Memorie van toelichting

I Algemeen deel

Inhoud

1 Inleiding 2
1.1 Inleiding 2
1.2 Aanleiding 3
1.3 Opzet 4
1.4 Probleemstelling 4
1.5 Oorzaken van de problematiek 12
1.6 Conclusie 18
2 Doel en aard van de maatregelen 19
2.1 Doel van de maatregelen 19
2.2 Aard van de maatregelen 24
2.3 Doeltreffendheid en doelmatigheid 25
2.4 Samenhang en fasering 27
3 Verduidelijking van 'werken in dienst van' 30
3.1 Inleiding 30
3.2 Aanleiding en probleembeschrijving 30
3.3 Hoofdlijnen van het voorstel 34
3.4 Uitwerking in casussen 49
3.5 Overwogen alternatieven 54
3.6 Overwogen uitwerking van de hoofdelementen 57
3.7 Verhouding tot internationaal recht 59
3.8 Verduidelijking in relatie tot de uitzendovereenkomst 61
4 Rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst 63
4.1 Inleiding 63
4.2 Aanleiding en probleemanalyse 63
4.3 Voorstel op hoofdlijnen 64
4.4 Nadere toelichting op voorgestelde regeling 68
4.5 Verhouding tot internationaal recht 74
4.6 Toezicht en handhaving 74
5 Gevolgen voor de werkende, werkgevende, arbeidsmarkt, regeldruk, financiën en Caribisch Nederland 76
5.1 Gevolgen voor de werkenden 76
5.2 Gevolgen voor de werkgevenden 79
5.3 Arbeidsmarkteffecten 80
5.4 Financiële effecten 84
5.5 Regeldruk 85
5.6 Gevolgen voor Caribisch Nederland 88
5.7 Mkb-toets 89
6 Inwerkingtreding 91
7 Evaluatie 92

CONCEPT

1 Inleiding

1.1 Inleiding

We kennen in Nederland verschillende contractvormen om arbeid te verrichten. Werkenden en werkgevenden hebben daarin verschillende, soms persoonlijke, voorkeuren. Uiteindelijk bepaalt de wijze waarop het werk is ingericht de keuze voor een contractvorm. De vraag of een werkende zelfstandig arbeid verricht, of dat 'in dienst van' een ander als werknemer doet, is ook belangrijk voor de sociale zekerheid, het arbeidsrecht en de fiscaliteit.

Het merendeel van het werk in Nederland wordt daarbij verricht op basis van verschillende typen arbeidsovereenkomsten – denk aan oproepcontracten, uitzendcontracten of contracten met vaste urenomvang, allen op ofwel tijdelijke, ofwel vaste basis. Binnen een arbeidsovereenkomst zijn tal van mogelijkheden om de arbeidsrelatie vorm te geven conform de wensen van partijen, maar een kenmerk van de arbeidsovereenkomst is dat het uiteindelijk de werkgever is die het economisch resultaat van het werk draagt. In het geval dat een werkende zelfstandig werk verricht, is dit anders en loopt de werkende zelf het risico bij de uitvoering van de werkzaamheden en draagt ook het economisch resultaat. Dit in tegenstelling tot een werknemer. De zelfstandigheid zorgt ervoor dat zelfstandigen[1] zelf hun werk vormgeven en de voorwaarden waaronder zij dat doen, en dus ook economische kansen kunnen grijpen zodra die zich aandienen. Zelfstandigen leveren op die manier een belangrijke bijdrage aan de Nederlandse economie en aan de welvaart in Nederland. Het kabinet hecht er daarom veel belang aan dat de Nederlandse arbeidsmarkt ruimte biedt om zowel als werknemer als zelfstandige te werken, dan wel als werkgevende[2] werk door werknemers of zelfstandigen te kunnen laten uitvoeren. Daarbij is belangrijk om op te merken dat de groep zelfstandigen (net als overigens de groep werknemers) heel divers is: zij zijn onder uiteenlopende omstandigheden aan het werk en hebben verschillende persoonlijke voorkeuren rondom werk.[3]

Tegelijkertijd is het belangrijk dat werk – ongeacht de contractvorm – plaatsvindt onder de wettelijke voorwaarden die daarbij horen. In teveel gevallen gebeurt dat nu niet en wordt werk verricht door werkenden die dat als zelfstandige menen te (kunnen) doen, terwijl in juridische zin sprake is van werknemerschap op basis van een arbeidsovereenkomst. Dit terwijl aan deze schijnzelfstandigheid belangrijke risico's zijn verbonden, voor de werkende zelf én voor de samenleving.

Een belangrijke oorzaak voor schijnzelfstandigheid is gelegen in het ontbreken van een duidelijk en hanteerbaar (wettelijk) toetsingskader. Die onduidelijkheid over het relevante toetsingskader voor de beoordeling van de arbeidsrelaties is bovendien onwenselijk voor werkgevenden, werkenden, uitvoerders en toezichthouders. Door met dit wetsvoorstel een wettelijk toetsingskader aan te reiken en te verduidelijken wanneer sprake is van werknemerschap en wanneer van werk dat door een zelfstandige kan worden verricht, wordt schijnzelfstandigheid tegengegaan, wordt handhaving daarop beter hanteerbaar én wordt meer grip geboden aan diegenen die als of met zelfstandige(n) willen werken. Ook wordt voor werkenden met beperkte onderhandelingsmacht een rechtsvermoeden van werknemerschap geïntroduceerd, waarmee zij hun rechtspositie effectiever kunnen opeisen.

---

[1] Daaronder worden in dit wetsvoorstel zowel zelfstandigen verstaan die kwalificeren als zelfstandige (in fiscale zin) als werkenden die arbeidsrechtelijk zelfstandig (niet "in dienst van een ander") het werk verrichten bijvoorbeeld op basis van een overeenkomst van opdracht, zonder dat sprake is van ondernemerschap in fiscale zin, maar waarvoor geldt dat fiscaal sprake is van resultaat uit overige werkzaamheden. Voor het arbeidsrecht is het al dan niet zijn van ondernemer voor de fiscaliteit in beginsel niet van belang, maar slechts de vraag of een werkende zelfstandig of in dienst van een ander het werk verricht.

[2] Werkgevenden is de verzamelnaam voor werkgevers en opdrachtgevers.

[3] Hierbij zijn verschillende onderscheiden mogelijk. Zo kan bijvoorbeeld een onderscheid worden gemaakt tussen de zzp'er die producten of grondstoffen verkoopt aan klanten en de zzp'er die eigen arbeid of diensten aanbieden aan bedrijven en/of particulieren. De groep zzp'ers die arbeid of diensten aanbiedt kan onderverdeeld worden in zzp'ers die vooral voor zakelijke opdrachtgevers werken en degene die vooral voor particuliere opdrachtgevers werken. Ook is er (fiscaal) onderscheid tussen zelfstandige ondernemers en mensen die meer incidenteel als zelfstandige werken, de zogenoemde resultaatgenieters.

CONCEPT

Dit wetsvoorstel moet worden gezien in de context van een breder pakket aan maatregelen om een betere balans te treffen rondom het werken met zelfstandigen en als zelfstandige op de arbeidsmarkt. Daarbij zijn er – naast verduidelijking en het rechtsvermoeden – twee andere lijnen waarop parallel stappen gezet worden: ten eerste het in evenwicht brengen van het speelveld voor werknemers en zelfstandigen, met name in fiscaal opzicht en op het vlak van sociale zekerheid. Verder wil het kabinet de handhaving op schijnzelfstandigheid versterken en verbeteren. Deze maatregelen zijn in samenhang nodig om de problematiek van schijnzelfstandigheid het hoofd te bieden. Op die manier wil het kabinet het (wettelijke) onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen minder relevant maken qua uitkomsten in sociale zekerheid en fiscaliteit, dat onderscheid duidelijker en scherper maken en daarop weer adequaat handhaven. Zoals hierna ook blijkt, wijzen tal van instanties erop dat de ene lijn niet zonder de andere kan.

Verder hangt dit wetsvoorstel samen met andere arbeidsmarktwet- en regelgeving die in voorbereiding is. Het hoofddoel daarvan is om werkenden meer zekerheid te geven en wendbaarheid van werkgevers te vergroten.[4] Zo krijgen flexibele werknemers meer inkomens- en roosterzekerheid door de voorstellen van dit kabinet rondom flexibele arbeid, en wordt de wendbaarheid van bedrijven vergroot met o.a. het wetsvoorstel rondom loondoorbetaling bij ziekte en het wetsvoorstel Crisisregeling Personeelsbehoud. Het voorliggende wetsvoorstel beoogt een bijdrage te leveren aan beide doelen van het arbeidsmarktbeleid: enerzijds zorgt dit wetsvoorstel voor meer zekerheid voor (schijn)zelfstandigen, anderzijds voor meer wendbaarheid voor echte zelfstandigen.

1.2 Aanleiding

Hervorming arbeidsmarkt

Het wetsvoorstel vloeit onder meer voort uit een brede maatschappelijke discussie over de wijze waarop we in Nederland werk reguleren. Een aantal adviezen, waaronder die van de Commissie Regulering van Werk, beter bekend als de Commissie Borstlap, en het SER Middellange termijn-advies (SER-MLT) heeft aandacht gevraagd voor het belang van het toekomstbestendig maken van de arbeidsmarkt. Eén van de belangrijkste aanbevelingen in dit kader is dat investeren in de kwaliteit van werk ongeacht de contractvorm zowel maatschappelijk als economisch cruciaal is.[5]

Het overkoepelende thema daarbij is de noodzaak van een hervorming van de arbeidsmarkt, om zo te zorgen voor een betere balans tussen zekerheid en wendbaarheid op de arbeidsmarkt en voor een toekomstbestendige sociale zekerheid. Het kabinet presenteerde de Tweede en Eerste Kamer de hoofdlijnen van dit beleid in haar brief van juli 2022.[6] De voortgangsbrief arbeidsmarktbeleid van april 2023[7] werkte deze hoofdlijnen vervolgens uit. Beide brieven beschrijven veel meer beleidsvoornemens dan alleen de voornemens die in dit wetsvoorstel worden uitgewerkt. Dit wetsvoorstel beoogt schijnzelfstandigheid tegen te gaan, waar de andere beleidsvoorstellen elk weer eigen doelen binnen het bredere arbeidsmarktpakket nastreven, zoals bijvoorbeeld het invoeren van een regeling voor ondersteuning van bedrijven met personeel bij crisis en het vergroten van de zekerheid voor werknemers bij een flexibele arbeidsovereenkomst.

Werken met en als zelfstandige(n) als onderdeel van de hervorming

Mede naar aanleiding van het rapport van de Commissie Regulering van Werk[8] hebben werkgevers- en werknemersorganisaties, samen met de SER-kroonleden, in het advies 'Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving', ook bekend als het SER-MLT advies 2021- 2025, voorstellen uitgewerkt voor hervorming van de arbeidsmarkt op de middellange termijn. Ook het SER-MLT adresseert de problematiek van schijnzelfstandigheid, en werkt voorstellen uit om met name kwetsbare schijnzelfstandigen te beschermen. Daarnaast roept

---

[4] Zie hiervoor de hoofdlijnenbrief arbeidsmarkt van 5 juli 2022 en de voortgangsbrief uitwerking arbeidsmarktpakket van 3 april 2023. Kamerstukken II, 2021-2022, 29544, nr. 1112 en Kamerstukken II 2022-2023, 29544, nr. 1176.

[5] Zie hierover de voortgangsbrief uitwerking arbeidsmarktpakket van 3 april 2023, Kamerstukken II 2022/23, 29544 nr. 1176.

[6] Kamerstukken II, 2021-2022, 29544, nr. 1112.

[7] Kamerstukken II 2022-2023, 29544, nr. 1176.

[8] Commissie Regulering van Werk, In welk land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk. Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (2020). Kamerstukken II 2019/20, 29544, nr. 960.

CONCEPT

het SER-MLT op om te zorgen voor een gelijker speelveld voor zelfstandigen en werknemers, en stelt het de verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen voor.[9]

Het coalitieakkoord van het kabinet Rutte-IV, 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst',[10] bevat dan ook een arbeidsmarktparagraaf die voortbouwt op de inzichten uit de Commissie Regulering van Werk en het SER-MLT, ook wat betreft de inzet rondom het werken met en als zelfstandige(n) en het tegengaan van schijnzelfstandigheid. Ook hierin komen de hiervoor genoemde drie lijnen van een gelijker speelveld, verduidelijking van het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen en handhaving naar voren. De afspraken uit het coalitieakkoord rondom schijnzelfstandigheid zijn vervolgens verder uitgewerkt in de Hoofdlijnenbrief arbeidsmarkt van 5 juli 2022[11], de voortgangsbrief werken met en als zelfstandige(n) van 16 december 2022[12] en de Kamerbrief voortgang uitwerking arbeidsmarktpakket van 3 april 2023.[13] Het wetsvoorstel is een uitwerking van de afspraken in het coalitieakkoord en de in de hiervoor genoemde brieven weergegeven uitwerking daarvan.

Ten slotte is het van belang dat het wetsvoorstel aansluit op adviezen die vanuit de Europese Commissie rondom (schijn)zelfstandigheid zijn gedaan de afgelopen jaren. Zo was één van de aanbevelingen in zowel 2019 als 2022: '*Adequate sociale bescherming voor zelfstandigen zonder personeel bevorderen, schijnzelfstandigheid aanpakken en prikkels om gebruik te maken van flexibele of tijdelijke contracten verminderen'*.[14] De aanpak van schijnzelfstandigheid is ook opgenomen in de plannen van Nederland als voorwaarde voor de ontvangst van steungelden in het kader van het Herstel- en Veerkrachtplan van de Europese Unie (Maatregel 4.1H4).

De bovenstaande alinea's laten zien dat er de afgelopen jaren brede consensus is ontstaan dat het werken met zelfstandigen, en hoe dat in Nederland vormgegeven wordt, toe is aan verandering. De adviesrapporten, die vervolgens hebben geleid tot de afspraken in het coalitieakkoord van het kabinet Rutte-IV en de hiervoor genoemde Kamerbrieven vormen, samen met de adviezen vanuit de Europese Commissie, de aanleiding voor dit wetsvoorstel.

1.3 Opzet

Het algemeen deel van de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel is als volgt opgebouwd:

- Hoofdstuk 1 beschrijft de probleemstelling en noodzaak voor dit wetsvoorstel;
- Hoofdstuk 2 beschrijft het doel en de aard van de maatregelen;
- Hoofdstuk 3 behandelt de verduidelijking van 'werken in dienst van ';
- Hoofdstuk 4 behandelt het wettelijk rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst gekoppeld aan een uurtarief;
- Hoofdstuk 5 gaat in op de gevolgen voor de uitvoerbaarheid van de werkgever, de werknemer, arbeidsmarkt, regeldruk en Caribisch Nederland;
- Hoofstuk 6 behandelt de inwerkingtreding;
- Hoofdstuk 7 beschrijft de evaluatie; en
- Hoofdstuk 8 beschrijft de consultatie en adviezen

1.4 Probleemstelling

In deze paragraaf wordt ingegaan op de problematiek van schijnzelfstandigheid en de omvang van deze problematiek. Daarna wordt onderbouwd waarom schijnzelfstandigheid (mede) het gevolg is geweest van keuzes in de wetgeving, waarom eerdere wetgeving dit probleem onvoldoende heeft opgelost en het belang van nieuwe wetgeving.

---

[9] Sociaal-Economische Raad. Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving (2021).

[10] Coalitieakkoord 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', Coalitieakkoord tussen VVD, D66, CDA en ChristenUnie. Het akkoord is op 15 december 2021 gepresenteerd.

[11] Kamerstukken II 2021/22, 29544, nr. 1112.

[12] Kamerstukken II 2022/23, 31311 nr. 246.

[13] Kamerstukken II 2022/23, 29544 nr. 1176.

[14] https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10172-2019-INIT/nl/pdf (2019), https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9766-2022-INIT/nl/pdf (2022)

CONCEPT

1.4.1 Definitie en aard van het probleem

De problematiek waarvoor met de verduidelijking van het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen een oplossing wordt gezocht is in hoofdzaak tweeledig. Enerzijds richt dit wetsvoorstel zich op het tegengaan van schijnzelfstandigheid, anderzijds op de te grote onduidelijkheid voor zelfstandigen en werkgevenden rondom de wijze waarop zij zonder een arbeidsovereenkomst werk kunnen verrichten. Door – in plaats van een uitermate casuïstische benadering (holistische toetsing) – een wettelijk toetsingskader aan te reiken, wordt meer houvast geboden op dit punt.

a. Schijnzelfstandigheid

i. Verschijningsvormen schijnzelfstandigheid

Door de verduidelijking van wetgeving en het introduceren van een rechtsvermoeden wil het kabinet schijnzelfstandigheid tegengaan. Schijnzelfstandigheid wordt gedefinieerd als de situatie waarin wordt gewerkt als zelfstandige terwijl de werkende op basis van het arbeidsrecht (juridisch) een arbeidsovereenkomst heeft. Dit komt voor in alle segmenten van de arbeidsmarkt. Schijnzelfstandigheid heeft dan ook verschillende verschijningsvormen.[15] Het kabinet schetst hieronder de verschillende verschijningsvormen van en mechanismen rondom schijnzelfstandigheid. Dit is uiteraard een versimpeling van de realiteit: in de praktijk kunnen verschillende vormen van schijnzelfstandigheid op verschillende plekken in de arbeidsmarkt voorkomen.

Met name aan de *basis van de arbeidsmarkt*, komt gedwongen schijnzelfstandigheid voor. In dat geval wenst de werkgevende te werken met een zelfstandige, ondanks dat er evident sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit is bijvoorbeeld ingegeven door flexibiliteits- en/of kostenoverwegingen. Als de werkende beperkte onderhandelingsmacht heeft of om andere redenen te kwetsbaar is om een dienstverband op te eisen, is sprake van schijnzelfstandigheid.

In het *midden en aan de bovenkant van de arbeidsmarkt* is vaker sprake van schijnzelfstandigheid die niet zozeer door de werkgevende is afgedwongen, als wel is ingegeven door de inzet van onderhandelingsmacht van de werkende. In dergelijke gevallen geeft de werkende de voorkeur aan het werken als zelfstandige omdat dat hem of haar bepaalde voordelen oplevert, zoals fiscale voordelen of een bepaalde (gepercipieerde) vrijheid in het vormgeven van de werkomstandigheden. De werkende heeft dan genoeg onderhandelingsmacht om "zelfstandigheid" af te dwingen, terwijl de werkgevende in feite de werkende in dienst zou willen nemen. In een krappe arbeidsmarkt kunnen ook werkgevenden die het wettelijk kader willen naleven – uit angst voor concurrenten die wel met schijnzelfstandigen willen werken – in de praktijk toch in zee gaan met de werkende. In maatschappelijke sectoren zoals zorg, onderwijs en kinderopvang lijkt dit steeds vaker aan de orde.[16]

Schijnzelfstandigheid komt zowel bewust als onbewust voor. Onbewust komt het voor als betrokkenen ten onrechte veronderstellen dat het werk als zelfstandige verricht kan of zelfs hoort te worden. Door een tamelijk onscherp begrensde wettelijke norm om werknemers van zelfstandigen te onderscheiden is dit een risico. Daarbij speelt de norm "in dienst van" een centrale rol, die casuïstisch is ingevuld door een veelheid aan jurisprudentie. Er is op dit moment geen overzichtelijk *wettelijk* toetsingskader voorhanden. Meer duidelijkheid over de grenslijn tussen werknemer en zelfstandig arbeid verrichten in de vorm van een toetsingskader dat houvast geeft bij het vormgeven van de gewenste overeenkomst om werk te verrichten is dan ook gewenst. Zowel om goedwillende werkenden en werkgevende te ondersteunen als de handhaving op de grenslijn te ondersteunen en verbeteren in die gevallen dat doelbewust met of als schijnzelfstandige(n) wordt gewerkt. Zie hierna daarover onder hoofddoel twee van dit wetsvoorstel.

[15] Het is afhankelijk van de onderhandelingsmacht van partijen of de (korte termijn) voordelen van de fiscale behandeling en lagere sociale afdrachten toevallen aan de werkende, of dat dit toevalt aan de werkgevende partij. Zie o.a. het eindrapport Interdepartementaal beleidsonderzoek zzp 2015, Kamerstukken II 2015/16 31311 nr. 154.

[16] Kamerstukken II 2022/23, 29544 nr. 1198.

In die situaties waarin op basis van de huidige wetgeving en jurisprudentie voldoende duidelijk is dat sprake is van een arbeidsrelatie, weten werkenden en werkgevenden (of zouden ze dit moeten weten) dat sprake is van schijnzelfstandigheid. Dergelijke vormen van welbewuste schijnzelfstandigheid zijn aan de orde als werkgeverschap en werknemerschap en bijbehorende rechten en verplichtingen bewust worden ontlopen. Dit is het geval als bij het verrichten van arbeid het zwaartepunt ligt op een gezagsrelatie met de werknemer en er weinig zelfstandigheid en/of ondernemerschap in de arbeidsrelatie aanwezig is. Toch wordt dan de afwezigheid van concrete instructies of de mogelijkheid van vervanging door een andere werkende, gepresenteerd als elementen die beslissend zouden bepalen dat een arbeidsrelatie buiten dienstverband kan plaatsvinden. Dit speelt bijvoorbeeld bij bepaalde vormen van platformwerk, waar de werkende nadrukkelijk aangestuurd wordt maar dan door een algoritme of een app.[17] Maar dit is evenzeer aan de orde bij bijvoorbeeld werk in sectoren als zorg, kinderopvang en onderwijs, indien de werkenden in deze sectoren in feite hetzelfde werk verrichten als werknemers en er geen sprake is van werk dat voor eigen rekening of risico (zelfstandig) wordt verricht.

ii. *Waarom is schijnzelfstandigheid onwenselijk?*

Schijnzelfstandigheid is om veel redenen onwenselijk. Ten eerste vanwege de kwetsbaarheid van werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt die hiermee te maken krijgen. Dit zijn werkenden die in de regel een onzeker en vaak laag inkomen hebben, en vrijwel geen onderhandelingsmacht hebben om hun arbeidsvoorwaarden te verbeteren. Zelfstandigheid is vaak geen bewuste keuze vanuit deze werkenden zelf, maar een die min of meer wordt opgelegd door de opdrachtgever. Met andere woorden, de enige manier om het werk te verrichten is door dat als zelfstandige te doen. Het onzekere, lage inkomen maakt het moeilijk voor deze werkenden om iets op te bouwen binnen het werk, om zo hun productiviteit en kansen op de arbeidsmarkt te vergroten. Ook kan de onzekere aard van het werk als kwetsbare zelfstandige mogelijk gevolgen hebben voor het privéleven van mensen, waardoor zij bijvoorbeeld levensgebeurtenissen uitstellen zoals het kopen van een huis. Daarnaast genieten zelfstandigen geen bescherming tegen bepaalde risico's die bij het werk horen, zoals werkloosheid, ziekte en (afgezien van de AOW) ouderdom. Zeker voor kwetsbare zelfstandigen is het ook moeilijk om dit zelf te organiseren.

Ten tweede is schijnzelfstandigheid niet goed voor de solidariteit binnen het sociale stelsel. Als teveel werknemers werken als schijnzelfstandigen en door belastingvoordelen in mindere mate meebetalen aan de algemene sociale voorzieningen als de zorg en de AOW ontstaat het risico dat er steeds minder werknemers zijn om de regelingen financieel gezond te houden en wordt het stelsel steeds duurder. Daarbij geldt dat niet alleen gedwongen schijnzelfstandigheid aan de basis van de arbeidsmarkt een probleem is vanuit het perspectief van de solidariteit, Juist voor werknemersregelingen, zoals de WW en de WIA, is er een risico voor de betaalbaarheid van het stelsel, als met name mensen met relatief weinig kans op werkloosheid of arbeidsongeschiktheid het stelsel verlaten en als zelfstandige aan de slag gaan. De mensen met 'hogere risico's' blijven dan achter, waardoor het stelsel steeds duurder wordt. In hoeverre dit risico zich precies manifesteert op dit moment is niet duidelijk. Wel staat vast dat zeker in de huidige krappe arbeidsmarkt diegenen met een goede onderhandelingspositie het gemakkelijkst richting een werkgevende zullen kunnen afdwingen als zelfstandige te willen worden ingehuurd ook als er in feite juridisch gezien geen sprake is van zelfstandigheid. Met oog op de houdbaarheid van sociale regelingen voor werknemers in de toekomst is het belangrijk dat iedereen die feitelijk werknemer hoort te zijn, ook bijdraagt aan de werknemersregelingen. Ook voor de aanvullende pensioenopbouw (de pensioenopbouw in de tweede pijler) is dit van belang. Dit kan, zeker in sectoren waar relatief veel schijnzelfstandigen werken, de solidariteit binnen fondsen verzwakken en de houdbaarheid onder druk zetten. Bovendien dragen de opdrachtgevers (eigenlijk werkgevers) geen pensioenpremie af voor de schijnzelfstandigen. Als de eigenlijke arbeidsrelatie gehandhaafd wordt, zullen in voorkomende gevallen de werkgevers van deze schijnzelfstandigen verplicht zijn (alsnog) een pensioenvoorziening te treffen en premies af te dragen.

[17] Ook in Europees verband wordt – mede om normvervaging tegen te gaan – gewerkt aan een richtlijn gericht op platformwerk, waarin ook een rechtsvermoeden is opgenomen die ertoe strekt te verduidelijken dat waar sprake is van aansturing van de werkende via een platform, in beginsel op basis van een arbeidsovereenkomst wordt gewerkt.

CONCEPT

Verder hebben zelfstandigen recht op fiscale faciliteiten, die bestaan om ondernemerschap te stimuleren. Het kabinet bouwt een deel van de fiscale voordelen voor zelfstandigen af, met oog op het gelijker trekken van het speelveld tussen werknemers en zelfstandigen. Maar een aantal fiscale faciliteiten blijft bestaan. Als schijnzelfstandigen die geen echte ondernemer zijn hier ook aanspraak op maken, genieten zij oneigenlijke voordelen ten opzichte van werknemers, ten koste van de algemene middelen. Ook dat is slecht voor de onderlinge maatschappelijke solidariteit. Het draagt bovendien niet bij aan het doel van deze fiscale faciliteiten, namelijk het stimuleren van ondernemerschap.

Ten derde, en gerelateerd aan het hiervoor genoemde argument, kan schijnzelfstandigheid ook worden opgevat als een oneerlijke vorm van concurrentie, zowel tussen werkenden onderling (werknemers/opdrachtnemers) als tussen werkgevenden onderling (werkgevers/opdrachtgevers). Immers, schijnzelfstandigen genieten fiscale voordelen die voor ondernemers bedoeld zijn en betalen niet mee aan werknemersregelingen.[18] Voor anderen die onder dezelfde omstandigheden werken maar wel als werknemer worden behandeld, geldt dit niet. Afhankelijk van de marktmacht van de schijnzelfstandige slaan die voordelen neer bij de schijnzelfstandige, bij de werkgevende, of beide. Bij een schijnzelfstandige die prijsnemer is (met andere woorden, zelf weinig invloed heeft op zijn of haar tarieven), slaan de voordelen vooral neer bij de werkgevende.[19] Daardoor kunnen deze bedrijven en organisaties die werken met schijnzelfstandigen tegen lagere kosten dezelfde arbeid inhuren, wat tot oneerlijke concurrentie leidt ten opzichte van andere bedrijven en organisaties die niet met schijnzelfstandigen werken. Een schijnzelfstandige die voldoende onderhandelingsmacht heeft, kan de financiële voordelen zelf te gelde maken, waardoor hij of zij meer verdient dan werknemers die hetzelfde werk doen. Dat vormt oneerlijke concurrentie ten opzichte van werknemers in die sectoren, en zorgt uiteraard voor een prikkel voor achterblijvende werknemers om óók de overstap naar zelfstandigheid te maken, waardoor de oneerlijke concurrentie steeds verder toeneemt. In kraptesectoren, zoals bijvoorbeeld maatschappelijke sectoren als zorg, onderwijs en kinderopvang, is deze problematiek voor zowel werkgevenden als werkenden in de praktijk ook nadrukkelijk aan de orde. Daarbij geldt dat dit ook een verhogend effect heeft op de kosten van de (publieke) diensten. Werkgevers vragen - zeker in kraptesectoren - dan ook in toenemende mate om maatregelen van het kabinet om oneerlijke concurrentie tegen te gaan.

Ten vierde constateert het kabinet dat een groter aandeel van schijnzelfstandigheid in een bedrijf of organisatie gevolgen heeft voor de werkdruk, de mate van innovatie en de continuïteit binnen het bedrijf of de organisatie. De afgelopen jaren hebben, zeker in voornoemde maatschappelijke sectoren als de zorg, de kinderopvang en het onderwijs, steeds meer werkenden ervoor gekozen om zich als zelfstandige te laten inhuren, terwijl zij hetzelfde werk doen als werknemers waarmee zij zij-aan-zij werken en er van daadwerkelijk werken voor eigen rekening en risico niet of heel beperkt sprake is. Vaak is de drijfveer om meer autonomie in het werk te bereiken: meer zeggenschap over werktijden, een hogere vergoeding, etc. Dat is een relevant signaal ook als het gaat om het belang van goed en modern werkgeverschap in organisaties. Hoe begrijpelijk ook vanuit individueel perspectief, gaan dergelijke keuzes echter ten koste van de 'overgebleven' werknemers, die als gevolg hiervan een hogere werkdruk overhouden, doordat zij bijvoorbeeld meer avond- en weekenddiensten moeten opvangen of de 'lastige' casussen moeten opvangen. Bij verdere toename van schijnzelfstandigheid komt de continuïteit van de maatschappelijke sectoren meer onder druk te staan.

Ten slotte is relevant om te onderkennen dat de groei van (schijn)zelfstandigheid ook onderdeel is van de bredere ontwikkeling dat arbeidsrelaties de afgelopen decennia in toenemende mate flexibel zijn georganiseerd. Zowel de OESO als de Commissie Regulering van werk hebben gewaarschuwd dat deze flexibilisering van arbeidsrelaties het Nederlandse verdienvermogen kan ondermijnen. Onderliggende oorzaken zijn dat in vaste arbeidsrelaties meer in menselijk en organisatiekapitaal geïnvesteerd wordt dan in flexibele arbeidsrelaties.[20] Werknemers met een flexibel contract (en

[18] Het gaat hier nadrukkelijk om schijnzelfstandigen. Bij zelfstandigen die werken voor eigen rekening en risico en die dus onder andere omstandigheden werken dan werknemers is dit een logisch gevolg.
[19] Zie hiervoor o.a. Eindrapport Interdepartementaal beleidsonderzoek zzp 2015, Kamerstukken II 2015/16 31311 nr. 154.
[20] Als genoemd in Eindrapport Commissie Regulering van Werk (2020), noot 72.

hun werkgevers) en (schijn)zelfstandigen investeren over het algemeen minder in scholings- en trainingsmogelijkheden.[21] Een omgeving met meer duurzame arbeidsrelaties, waarin doorgaans meer geïnnoveerd en geïnvesteerd wordt in de ontwikkeling van werkende, draagt bij aan het investeringsklimaat en de concurrentiepositie van Nederlandse bedrijven.

b. Onterecht afremmen contractvorming zelfstandige arbeid
Naast de hiervoor onder a. beschreven problematiek van schijnzelfstandigheid, kan ook echte zelfstandigheid worden afgeremd door het huidige wettelijk kader. Het grijze gebied kan ook ten onrechte zelfstandigen en hun opdrachtgevers ervan weerhouden om buiten een arbeidsovereenkomst een contract te sluiten. De grenslijn tussen werknemers en zelfstandigen, wordt immers mede via jurisprudentie (casuïstisch) ingevuld. Ook geldt dat de contra-indicaties die in jurisprudentie wijzen op de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst, niet eenduidig zijn vastgelegd en ook in jurisprudentie wisselend terugkomen. Mede hierdoor bestaat in de praktijk onduidelijkheid over het type contra-indicaties waar een zelfstandige en diens opdrachtgever zich bij het vormgeven van een contract op moeten richten.

Alhoewel er de afgelopen jaren beperkt op het wettelijk kader is gehandhaafd, kunnen juist welwillende zelfstandigen en opdrachtgevers worden afgeschrikt om contracten te sluiten. Zeker indien de handhaving door de Belastingdienst wordt verbeterd en versterkt, komt dit sneller aan de orde. Het gevolg hiervan is dat welwillende economische actoren, die veruit de meerderheid vormen op onze arbeidsmarkt, tijd kwijt zijn aan de kwalificatievraag, die zij uiteraard beter kunnen besteden aan productieve werkzaamheden. Ook komt voor dat zelfstandigen zich richten op bepaalde (vermeende) indicaties voor zelfstandig ondernemerschap (zoals het louter richten op aantallen opdrachtgevers), om er zeker van te zijn dat zij niet worden geclassificeerd als werknemer, terwijl die indicaties uit de jurisprudentie niet overzichtelijk zijn samengebracht en vastgelegd.

Het gevolg hiervan is dat werkenden en werkgevenden worden afgeschrikt om arbeidsrelaties aan te gaan of onnodig veel tijd kwijt zijn aan de kwalificatievraag, die zij uiteraard beter kunnen besteden aan productieve werkzaamheden. Dit is niet alleen onwenselijk omdat door deze onzekerheid de tijd van werkenden en werkgevenden minder efficiënt wordt ingezet, waardoor er economische kansen worden misgelopen. Bovenal is dit onwenselijk omdat dergelijke kwalificatievraagstukken, die in de praktijk vaak worden gezien als administratieve lasten, een negatief effect hebben op de mate waarin mensen het gevoel hebben regie te hebben over hun eigen leven en daarmee op het werkgeluk. Ook deze onzekerheid beoogt het kabinet zoveel mogelijk weg te nemen met dit wetsvoorstel. Ten behoeve van een optimale werking van de contractvorming helpt het wanneer onduidelijkheid en onzekerheid over het type contract dat wordt gesloten, zoveel mogelijk op voorhand kenbaar te laten zijn.

Dat is de reden dat het kabinet met dit wetsvoorstel een toetsingskader aanreikt in de wet en daarbij ook duidelijk maakt welke contra-indicaties voor een arbeidsovereenkomst relevant zijn. Waar in bestaande wetgeving het bestaan van "gezag" vooral centraal staat, wordt in het wetsvoorstel duidelijk gemaakt dat ook de mate waarin voor eigen rekening en risico wordt gewerkt, meeweegt bij de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Daarmee komt er voor zelfstandigen meer balans in de beoordeling van arbeidsrelaties en wordt wettelijk onderstreept dat niet alleen indicaties die wijzen op het bestaan van een gezags- of ondergeschiktheidsrelatie gewicht hebben bij de beoordeling van een arbeidsrelatie. Ook de mate van ondernemerschap in een betreffende arbeidsrelatie en – onder omstandigheden - de eigenschappen van de werkende persoon krijgen daarin een volwaardige plek en gewicht. Daarbij gaat het, zoals in hoofdstuk 3 nader wordt toegelicht, om het bepalen van het zwaartepunt in een arbeidsrelatie (ofwel werken onder gezag dan wel voor eigen rekening en risico).

1.4.2. Omvang van het probleem

a. Schijnzelfstandigheid
Het meten van de omvang en groei van het aantal schijnzelfstandigen op basis van individuele arbeidsrelaties zou het meest betrouwbare beeld geven van de omvang van de problematiek. Dit is echter niet één op één te geven, doordat schijnzelfstandigheid zich grotendeels buiten het zicht

[21] CBS, Chkalova, K., & van Gaalen, R., Flexibele arbeid en de gevolgen voor relatie- en gezinsvorming. Eindrapportage (2017). ROA, Leren onder werkenden met een kwetsbare positie op de arbeidsmarkt (2018), p. 75-76.

afspeelt. Buiten het zicht van publieke instanties, en door het grijze gebied soms ook buiten het zicht van de (schijn)zelfstandigen en hun opdrachtgevers zelf. Of sprake is van schijnzelfstandigheid is bovendien alleen per arbeidsrelatie (per casus) vast te stellen. Daarbij zijn werkende en werkgevende primair zelf verantwoordelijk voor de juiste kwalificatie. Handhaving is alleen aan de orde als bijv. blijkt (achteraf) dat ten onrechte geen loonheffingen zijn afgedragen. Dat betekent ook dat lang niet op elke arbeidsrelatie zicht kan bestaan.

Harde gegevens over het aantal schijnzelfstandigen in Nederland zijn er dan ook niet. Dat betekent dat het niet mogelijk is om de problematiek van schijnzelfstandigheid precies te kwantificeren.[22] Desalniettemin zijn er sterke aanwijzingen dat schijnzelfstandigheid in Nederland dermate veel voorkomt, dat de omvang – zeker in relatie tot de hiervoor beschreven gevolgen van de problematiek - voldoende serieus is om maatregelen te nemen.

Een eerste aanwijzing hiervoor vormt de sterke groei van de groep zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) in de afgelopen decennia. Beschikbare gegevens over de omvang van deze groep laten zien dat hun aantal en aandeel in de totale beroepsbevolking in de afgelopen decennia sterk is gestegen (zie figuur 1). Het aantal zp'ers in Nederland is gestegen van ruim 630 duizend in 2003, naar bijna 1,2 miljoen in 2022.[23] Deze groei is veel sterker dan die van de totale beroepsbevolking en van het aantal zelfstandigen met personeel, waardoor het aandeel zzp'ers in de totale werkzame beroepsbevolking in deze periode is gestegen van 8 procent naar 12 procent.

Op zichzelf is deze groei, zolang het gaat om echte zelfstandigen niet problematisch. Toch suggereren andere gegevens dat er in Nederland meer aan de hand is dan een normale groei in zelfstandigen en zelfstandig ondernemerschap. De ontwikkeling van het aandeel zzp'ers in Nederland wijkt namelijk flink af van die van vergelijkbare landen in de EU, met zowel een bovengemiddeld hoog aandeel zzp'ers als een bovengemiddeld sterke groei van dat aandeel in de laatste jaren.[24] Ook is - vooral in recente jaren - een duidelijke toename te zien van het aantal zzp'ers in maatschappelijke sectoren, zoals de zorg, het onderwijs en de kinderopvang. Hoewel het totale aandeel zelfstandigen in deze sectoren[25] nog wat onder het landelijk gemiddelde ligt, is de recente groei van het aandeel zelfstandigen in deze sectoren opvallend hoog geweest. Dit terwijl er geen reden is te veronderstellen dat het type werk(aanbod) in deze sectoren dusdanig veranderd is, dat dit het logisch maakt dat er substantieel meer met zelfstandigen zou kunnen worden gewerkt.

CONCEPT

[22] Gelet op het introduceren van wetgeving is het uiteraard wenselijk hier wel zoveel mogelijk zicht op te hebben, ook vanwege de proportionaliteit van de wettelijke maatregel (zie ook hierna in hoofdstuk 5 over onder meer de regeldruk). Hierbij dient wel bedacht te worden dat dit wetsvoorstel in de praktijk vooral helpt om met een beknopter en beter hanteerbaar toetsingskader de beoordeling van arbeidsrelaties te verrichten, een beoordeling die zij ook voor dit wetsvoorstel al zelf verplicht waren te doen.

[23] Bron: CBS, Statline. De cijfers vanaf 2013 zijn op een andere manier gemeten dan de cijfers tot 2013. Deze twee reeksen zijn daarom niet een op een met elkaar te vergelijken.

[24] https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-zzp/is-elders-in-de-eu-het-aandeel-zzp-ers-zo-hoog-als-in-nederland

[25] In 2022 o.b.v. CBS-gegevens: Kinderopvang: 9,6 procent, Zorg: 7,2 procent. In het bekostigd onderwijs werd in 2021 tussen de 3,8% en de 7,6% van de totale personeelskosten besteed aan personeel niet in loondienst (PNIL), waar zzp'ers een onderdeel van zijn. Naar schatting bedroegen de uitgaven aan zzp'ers in het primair onderwijs 0,6% en in het voortgezet onderwijs 0,5% van de totale personeelskosten (bron: Trendrapportage Arbeidsmarkt Leraren po, vo, mbo 2022).

Figuur 1 Ontwikkeling aantal zelfstandigen 2003-2022

Het is aannemelijk dat een aanzienlijk deel van de toename van werkenden die als zzp'er werkt schijnzelfstandigen betreft. Hoewel een deel van deze groei gevormd wordt door echte zelfstandigen, hebben deze grotere institutionele verschillen, gecombineerd met een periode van weinig handhaving, het aantrekkelijker gemaakt om te werken als zzp'er. Los van ondernemerschap, maar gedreven door kostenvoordelen in de fiscaliteit, sociale premies en pensioenpremies en/of zaken als meer ervaren autonomie en flexibiliteit in het werk. Dergelijke institutionele verschillen in behandeling tussen contractvormen dragen dan ook bij aan de toename van schijnzelfstandigheid doordat werkenden wel de voordelen van het werken als zelfstandige kunnen genieten ook als zij niet daadwerkelijk voor eigen rekening en risico werken. SEO schat in dat ongeveer de helft van de toename van het aantal zzp'ers sinds 1996 is gedreven door beleidskeuzes ten aanzien van deze verschillen in behandeling en de stimulering van ondernemerschap.[26]

Het voorgaande suggereert dat het, ondanks het ontbreken van harde kwantitatieve gegevens, aannemelijk is dat het aandeel schijnzelfstanden op de Nederlandse arbeidsmarkt is toegenomen de afgelopen decennia en dat deze groep inmiddels een serieuze omvang kent. Tegelijkertijd geldt: dat het aandeel zelfstandigen binnen de Nederlandse beroepsbevolking een flinke groei heeft doorgemaakt en dat Nederland internationaal een relatieve outsider is in dit opzicht, bewijzen op zichzelf niet dat er daadwerkelijk veel schijnzelfstandigheid voorkomt. De cijfers van de pilot webmodule, die in 2021 is geïntroduceerd als pilot om voor opdrachtgevers helder te maken of ze een zelfstandige mogen inhuren voor een klus, kleuren de hiervoor genoemde eerste indruk echter wel in. Op basis van deze pilot kan een grove[27] inschatting worden gemaakt van het aantal schijnzelfstandigen. Deze inschatting komt uit op circa 20 procent wat neerkomt op ruim 200 duizend situaties van werkenden waar sprake kan zijn van schijnzelfstandigheid.[28] De combinatie van de eerste indrukken en de gegevens van de webmodule, maken ondanks precieze kwantitatieve gegevens duidelijk dat schijnzelfstandigheid geen marginaal verschijnsel vormt.

[26] SEO, Waterbedeffecten van arbeidsmarktbeleid (2023). De overige helft van de groei kan worden verklaard door economische, demografische en culturele ontwikkelingen zoals sectorverschuivingen, en vergrijzing.
[27] Een grove inschatting omdat de webmodule niet specifiek gemaakt is met het doel het aantal schijnzelfstandigen te meten, dat maakt dat de schatting met meer onzekerheid omgeven is.
[28] Deze 20% is gebaseerd op de combinatie van het percentage van de zzp'ers die arbeid of diensten leveren aan vooral zakelijke opdrachtgevers (omdat die qua aard van het werk kunnen lijken op werknemers, aandeel is 46 procent) en het percentage van de gevallen in de webmodule waaruit een indicatie van dienstbetrekking komt (ongeveer 44 procent). 44 procent van 46 procent komt neer op ongeveer 20 procent. Omvang van de steekproef uit de webmodule is 6.600 arbeidsrelaties waarvoor de webmodule is ingevuld. Zie hiervoor: Kamerstukken II 2021/22, 313111, nr. 240 (bijlage). Bron van het percentage zzp'ers die arbeid of diensten leveren aan vooral zakelijke opdrachtgevers: Zelfstandige Enquête Arbeid 2023.

Zoomen we nog wat verder in dan geeft ook informatie over afhankelijkheid van een of een klein aantal opdrachtgevers inzicht in het risico op schijnzelfstandigheid. Zo is een (heel) klein aantal opdrachtgevers een indicatie van een hoge mate van afhankelijkheid van deze opdrachtgever(s), van beperkt ondernemerschap en (aan de basis van de arbeidsmarkt ook) van beperkte onderhandelingsmacht van de werkende. Een gezagsverhouding waarin arbeid niet zelfstandig verricht wordt, kan dan doorgaans sneller aan de orde zijn. Vooral wanneer deze opdrachten van lange duur zijn. Ook een hoog percentage omzet dat afkomstig is van de grootste opdrachtgever, kan een indicatie zijn van werk dat in feite (juridisch gezien) op basis van een arbeidsovereenkomst wordt verricht. Tabel 1 toont verschillende combinaties van aantallen opdrachtgevers per zelfstandige en het percentage van de omzet dat van de grootste opdrachtgever komt.

	Aantal opdrachtgevers in het afgelopen jaar							
	1	**2 tot 3**	**4 tot 9**	**10 tot 19**	**20-49**	**50-99**	**100 of meer**	**Totaal**
0-10%	0%	1%	1%	3%	6%	5%	9%	25%
10-40%	0%	2%	10%	8%	6%	3%	2%	30%
40-60%	0%	6%	10%	3%	2%	0%	1%	20%
60-90%	0%	8%	6%	1%	1%	0%	0%	15%
90-100%	5%	3%	1%	0%	0%	0%	0%	9%
Totaal	5%	18%	28%	14%	15%	8%	12%	100%

Tabel 1: Percentage omzet afkomstig van de grootste opdrachtgever[29]

In de groepen zelfstandigen die zijn opgenomen in tabel 1, concentreert het hoogste risico op schijnzelfstandigheid zich bij zzp'ers die in deze tabel in de onderste twee rijen (groot deel omzet van grootste opdrachtgever) en meest linker kolommen (kleinste aantal opdrachtgevers in een jaar) staan. Deze groepen zijn in ieder geval gedurende een jaar voor het grootste deel van het inkomen afhankelijk van één opdrachtgever. Hoewel een hoge mate van afhankelijkheid van een of een klein aantal opdrachtgevers slechts een van de factoren is die kunnen wijzen op schijnzelfstandigheid, biedt dit in combinatie met de hiervoor genoemde gegevens wel enig inzicht in de omvang van de groep potentiële schijnzelfstandigen.

Samenvattend lijkt op basis van de beschikbare informatie een aantal schijnzelfstandigen van rond de 200 duizend een logische ruwe inschatting. Dit getal is, zoals duidelijk gemaakt, wel omgeven met de nodige onzekerheid en moet dus met de nodige voorzichtigheid worden gehanteerd en geïnterpreteerd. Het bovenstaande maakt in elk geval duidelijk dat de omvang van schijnzelfstandigheid geen marginaal probleem is. Dit beeld wordt overigens vanuit de praktijk ook onderstreept door onder meer de brede maatschappelijke gesprekken die in 2021 en 2022 zijn gevoerd met zelfstandigen, werkgevenden en branchepartijen in een flink aantal sectoren.[30] Dit vormt volgens het kabinet, in combinatie met de gevolgen en (potentiële) impact van schijnzelfstandigheid (zoals toegelicht in paragraaf 1.3.1) voor de individuele werkende, solidariteit in collectieve stelsels en eerlijke concurrentieverhoudingen, voldoende aanleiding voor het nemen van maatregelen.

De mate van onzekerheid rond het aantal schijnzelfstandigen in Nederland is bovendien aanleiding voor het kabinet om meer zicht te krijgen op de omvang van het probleem. Dit is onder meer van belang voor een toekomstige evaluatie van de in dit wetsvoorstel voorgestelde maatregelen en van het verbeteren van de handhaving. Het kabinet werkt daarom aan een onderzoek waarmee beter en concreter zicht komt op het fenomeen schijnzelfstandigheid.

b. Onduidelijkheid voor zelfstandigen en opdrachtgevers
Ten aanzien van de problematiek dat de wetgeving niet in alle gevallen duidelijk is en echte zelfstandigen en hun opdrachtgevers kan afschrikken een arbeidsrelatie aan te gaan is ook geen harde kwantificering van de problematiek te geven. Hoeveel echte zelfstandigen en hun

[29] Bron: Zelfstandige Enquête Arbeid 2023, eigen bewerkingen SZW.
[30] Kamerstukken II 2021/22, 31 311, nr. 240.

CONCEPT

opdrachtgevers afgeschrikt worden door de onzekerheid over de grens tussen werknemers en zelfstandigen is niet duidelijk. Temeer niet omdat door de beperkte handhaving door het handhavingsmoratorium de afgelopen jaren, de consequenties van het niet juist naleven van de geldende normen beperkt zijn. Tegelijkertijd maken gesprekken met veldpartijen duidelijk dat er veel behoefte is aan zoveel mogelijk duidelijkheid over de voorwaarden waaronder zij een arbeidsrelatie als of met (een) zelfstandige zo kunnen vormgeven dat (achteraf) geen onzekerheid hoeft te bestaan over evt. naheffingen. In ruim 28% van de gevallen kon tijdens de pilot met de webmodule geen indicatie worden gegeven. Dat suggereert dat ook het aantal arbeidsrelaties in het grijze gebied, dusdanig vaak voorkomen, dat er behoefte is aan een toetsingskader dat meer houvast biedt. Ook in de evaluatie van de webmodule beoordeling arbeidsrelaties kwam dit als een breed gevoelde behoefte onder werkenden en werkgevenden duidelijk naar voren.[31]

1.5 Oorzaken van de problematiek

1.5.1. Context

Het identificeren van schijnzelfstandigheid als het hoofdprobleem dat dit wetsvoorstel beoogt tegen te gaan, roept de vraag op wat de oorzaak is van de problematiek. Alleen als de oorzaken van de problematiek goed worden doorgrond, kan een passende oplossing worden aangedragen. De afgelopen jaren hebben verschillende adviesrapporten een poging gedaan om de oorzaak van schijnzelfstandigheid te duiden. In dit kader kunnen onder meer genoemd worden: het Interdepartementaal Beleidsonderzoek zelfstandigen zonder personeel (2015)[32], het rapport van de OESO (2019)[33], het advies van de Commissie Regulering van Werk (2020)[34], het rapport van de WRR (2020)[35], het rapport van de DNB (2021),[36] en een rapport van de Algemene Rekenkamer (2022).[37] De breed gedeelde analyse is dat er drie oorzaken zijn van de huidige problematiek rondom schijnzelfstandigheid:

- Een ongelijk speelveld tussen contractvormen; (1.4.2)
- Beperkte handhaving op schijnzelfstandigheid (1.4.3)[38]; en
- Een te onscherpe grenslijn tussen werknemers en zelfstandigen (1.4.4).

Hieronder worden deze drie oorzaken verder uitgediept. Maar voorafgaand daaraan is het goed om een aantal zaken te benadrukken. Ten eerste is het belangrijk om te beseffen dat de groei van (schijn)zelfstandigheid geen autonoom proces is geweest dat losstaat van keuzes in beleid. Een breed gedeelde analyse in onder meer het eerdergenoemde advies van de Commissie Regulering van Werk, maar ook van de WRR, OESO en DNB, is dat institutionele verschillen tussen werknemers met een vast contract, met een flexibel contract en zzp'ers de afgelopen decennia in belangrijke mate hebben bijgedragen aan een sterke groei van flexibele arbeid, waaronder (schijn)zelfstandigheid. Dit geldt voor de verschillen tussen álle contractvormen. De keuze van werkgevers, en soms ook werkenden, voor flexibele arbeid wordt hierbij niet altijd bepaald door de inhoud en aard van het werk, maar wordt in belangrijke mate mede gedreven door risico- en kostenoverwegingen vanwege verschillen in fiscale en sociale bescherming.[39] De keuze voor flexibele arbeid wordt daarnaast bepaald via de cultuur binnen een sector of bedrijf, waarbij (ook binnen sectoren) bedrijven hierin autonome keuzes kunnen maken.[40] De vaak aangehaalde hypothese dat flexibilisering een autonoom proces is waarin werkgevers door bijvoorbeeld

[31] Zie evaluatie webmodule, Kamerstukken II 2021/22, 31 311, nr. 240.
[32] Eindrapport Interdepartementaal beleidsonderzoek zzp (2015), Kamerstukken II 2015/16 31311 nr. 154.
[33] OECD, Input to the Netherlands Independent Commission on the Regulation of Work (2019).
[34] Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (2020), Kamerstukken II 2019/20, 29544, nr. 960
[35] WRR, Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht (2020).
[36] DNB, De toekomst van de arbeidsmarkt (2021).
[37] ARK, Focus op handhaving Belastingdienst bij schijnzelfstandigheid (2022).
[38] De ARK spreekt over vier redenen. Maar twee van de redenen ('Beperkte handhavings-mogelijkheden Belastingdienst door handhavingsmoratorium' en Beperkte kwantitatieve en kwalitatieve capaciteit van de Belastingdienst') kunnen worden samengevat onder beperkte handhaving.
[39] DNB, *De toekomst van de arbeidsmarkt* (2021), p. 4.
[40] De Beer, Werkgeversmotieven voor flexibele arbeidsrelaties (2021), p. 67-68.

globalisering of technologische ontwikkeling automatisch 'gedwongen' tot het aanbieden van flexibele arbeidsrelaties worden, wordt door voornoemde onderzoeken dus niet ondersteund.

Institutionele verschillen hebben kortom bijgedragen aan de groei van schijnzelfstandigheid in de afgelopen jaren. Het gaat dan enerzijds om de wet- en regelgeving die de scheidslijn bepaalt tussen werknemers en zelfstandigen en handhaving daarop. Anderzijds gaat het om het ontbreken van een gelijk speelveld tussen werknemers en zelfstandigen voor wat betreft arbeidsrecht, sociale zekerheid en fiscaliteit. Tegelijkertijd zullen er, gelet op de aard van het werk, altijd verschillen overblijven tussen zelfstandigen en werknemers, zoals ook aangegeven door de Commissie Regulering van Werk. Een hanteerbaar onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen die op basis van andere contractvormen werk verrichten is daarom essentieel.[41] Tot slot komt het gebrek aan adequate handhaving op het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen in verschillende rapporten naar voren.[42] Hieronder worden deze drie oorzaken nader uitgewerkt, en wordt uitgelegd waarom dit wetsvoorstel zich met name richt op de te onscherpe grenslijn tussen werknemers en zelfstandigen.

1.5.2 Ongelijk speelveld tussen contractvormen

Vooral tussen eind jaren '90 en de jaren '10 van de 21e eeuw nemen de institutionele verschillen in behandeling tussen werknemers en zelfstandigen fors toe. Dat loopt in de tijd min of meer gelijk op met de toename van de aantallen werkenden die als zelfstandige aan de slag gaan. De verschillen in kosten en bescherming tussen werknemers en zelfstandigen zijn in deze periode verder uit elkaar gegroeid.[43]

De basis voor die steeds grotere verschillen is echter eerder gelegd. Sinds begin jaren '70 worden zelfstandige ondernemers fiscaal ondersteund door een zelfstandigenaftrek in de inkomstenbelasting.[44] Vanaf 2007 is daar ook de mkb-winstvrijstelling bij gekomen. Beide fiscale faciliteiten zijn in de loop van de jaren uitgebreid, tot 2020.

Voor de sociale zekerheid heeft de mate van gelijkheid van het speelveld zich met een golfbeweging ontwikkeld door de decennia heen. Zo werd in de jaren '70 besloten de bescherming tegen inkomensrisico's door ziekte en arbeidsongeschiktheid gelijker te maken voor alle werkenden, door invoering van de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet. Deze volksverzekering zorgde voor een inkomensbescherming op minimumniveau voor zowel werknemers als zelfstandigen. Werknemers waren onder voorwaarden aanvullend beschermd door de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO). Vanaf 1998 werden zelfstandigen door dit risico beschermd door de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen (WAZ). Hiermee werd opnieuw onderscheid gemaakt in de wijze en mate van verzekering tussen zelfstandigen en werknemers. Achterliggend doel was het versterken van de marktwerking op het terrein van de sociale verzekeringen. Met ingang van 2004 werd de WAZ afgeschaft. Zelfstandigen waren vanaf dat moment niet meer (verplicht) verzekerd tegen inkomensterugval door arbeidsongeschiktheid, en betaalden daarvoor dus ook niet meer (verplicht) premies. De ongelijke behandeling van verschillende contractvormen in het arbeidsrecht, sociale zekerheid en fiscaliteit kan een oneigenlijke prikkel vormen om werk buiten loondienst te (laten) verrichten. Zoals hiervoor geschetst is dit onwenselijk zowel vanuit het perspectief van bescherming van werkenden (bijv. tegen arbeidsongeschiktheid of werkloosheid) als het tegengaan van oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden en kosten tussen werkenden en werkgevenden. Daarnaast kan de solidariteit binnen het sociale en fiscale stelstel op deze manier onvoldoende geborgd worden. De constatering dat de verschillen in behandeling tussen werknemers en zelfstandigen een belangrijke, en oneigenlijke, prikkel vormen om als zelfstandige te werken, wordt breed gedeeld. Verschillende

[41] Zie ook de kabinetsreactie op het advies van de Commissie Regulering van Werk, "Daarnaast erkent het kabinet dat ook wanneer de verschillen in behandeling van werkenden worden gereduceerd en een meer gelijk speelveld ontstaat, een hanteerbare en eigentijdse afbakening tussen werknemers en zelfstandigen nog steeds van belang blijft."

[42] ARK, Focus op handhaving Belastingdienst bij schijnzelfstandigheid, (2022). Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (2020). Kamerstukken II 2019/20, 29544, nr. 960.

[43] Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (2020), Kamerstukken II 2019/20, 29544, nr. 960, p. 21-22. p. 21-22 en Eindrapport Interdepartementaal beleidsonderzoek zzp 2015, Kamerstukken II 2015/16 31311 nr. 154, p. viii.

[44] Kamerstukken II 1974/75, 13194, nr. 3.

rapporten hebben dan ook gewezen op het belang van een gelijker speelveld tussen werknemers en zelfstandigen. In dit kader kunnen onder meer genoemd worden het Interdepartementaal Beleidsonderzoek zelfstandigen zonder personeel (2015)[45], het rapport van de OESO (2019)[46], het rapport 'Het betere werk' van de WRR (2020)[47], De Commissie Regulering van Werk.[48]

Het kabinet spant zich in om de fiscale verschillen in behandeling tussen zelfstandigen en werknemers te verkleinen (zie hiervoor ook hoofdstuk 2). Tegelijkertijd geldt dat een volledig gelijk speelveld tussen werknemers en zelfstandigen nooit bereikt wordt, simpelweg omdat werknemers en zelfstandigen niet hetzelfde zijn en daarom ook anders behandeld moeten worden. Zo hebben werknemers met goede redenen recht op meer bescherming (bijv. tegen ontslag en werkloosheid) dan zelfstandigen (die op deze risico's meer grip hebben). Daarom verwacht het kabinet dat, ook bij een veel gelijker speelveld dan nu, nog steeds een adequate handhaving enerzijds, en heldere wet- en regelgeving anderzijds, nodig is om tussen werknemers en zelfstandigen een adequaat en hanteerbaar onderscheid te kunnen maken. Daarom is een gelijker speelveld niet voldoende om de problematiek te adresseren. Een hanteerbaar toetsingskader op basis waarvan in de praktijk weloverwogen keuzes kan maken om ofwel als of met werknemer(s) dan wel zelfstandige(n) te werken, blijft ook met een gelijker speelveld van belang.

1.5.3 Beperkte handhaving

Door de groei van het aantal zelfstandigen in de periode vanaf met name de jaren '90 en het ongelijke speelveld tussen werknemers en zelfstandigen is er tussen de jaren '90 en jaren '10 van de 21e eeuw steeds meer aandacht voor het belang van duidelijkheid over en zekerheid bij de kwalificatie van arbeidsrelaties. Doordat de beoordeling van de arbeidsrelatie in het arbeidsrecht gekoppeld is aan de fiscaliteit en sociale zekerheid, hebben opdrachtgevers behoefte aan duidelijkheid en rechtszekerheid over het al dan niet moeten inhouden en betalen van loonheffingen. Die behoefte aan zekerheid speelt overigens niet in alle sectoren even nadrukkelijk. De onzekerheid is vooral aan de orde bij werkzaamheden die persoonlijk worden verricht door opdrachtnemers binnen het bedrijf van de opdrachtgever.[49]

In 2001 werd de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) ingevoerd. Het doel van de invoering van de VAR was om de opdrachtgevers meer zekerheid te bieden over de verschuldigde loon- en premieheffingen. Om nog meer zekerheid te bieden werd vanaf 2005 de opdrachtgever vanaf het moment dat hij of zij een bepaald type VAR-verklaring verkreeg volledig gevrijwaard van heffing van loonbelasting en premies voor de werknemersverzekeringen. Hierdoor gold een vrijwel ongeclausuleerde vrijwaring voor de opdrachtgever om geen loonheffingen in te houden en af te dragen. Echter, de VAR leverde geen volledige vrijwaring op voor de opdrachtnemer. De opdrachtnemer bleef verantwoordelijk voor een toetsing van de arbeidsrelatie met zijn opdrachtgever. Echter werd vrij snel duidelijk dat de ongelijke verdeling in verantwoordelijkheden tussen opdrachtgever en opdrachtnemer onwenselijk was. De VAR werkte, onder andere in combinatie met het fiscaal stimuleren van ondernemerschap, schijnzelfstandigheid in de hand en zorgde ervoor dat het juist kwalificeren van de arbeidsrelatie naar de achtergrond verdween. Bovendien werd effectieve handhaving bemoeilijkt.[50] De gebrekkige handhaving werd door vrijwel iedereen als uiterst onbevredigend ervaren. Werkgevers gaven daarbij aan dat niet werd opgetreden tegen door de VAR afgedekte oneerlijke concurrentie. Deze situatie was aanleiding voor de invoering van de Wet Deregulering beoordeling arbeidsrelatie (Wet DBA) in 2016, waarmee de VAR werd afgeschaft.

Omdat er, ondanks de bezwaren tegen de VAR, nog steeds een wens voor meer duidelijkheid bestond, is gelijktijdig met de afschaffing van de VAR de mogelijkheid van de modelovereenkomst geïntroduceerd. Indien een door de Belastingdienst goedgekeurde modelovereenkomst wordt

---

[45] Eindrapport Interdepartementaal beleidsonderzoek zzp (2015), Kamerstukken II 2015/16 31311 nr. 154.

[46] OECD, Input to the Netherlands Independent Commission on the Regulation of Work (2019).

[47] WRR, Het betere werk. De nieuwe maatschappelijke opdracht (2020).

[48] Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (2020), Kamerstuk 29 544, nr. 960.

[49] Eindrapport Commissie Boot (2016), p. 12.

[50] Eindrapport Interdepartementaal beleidsonderzoek zzp (2015), Kamerstukken II 2015/16 31311 nr. 154. Eindrapport Commissie (Model)overeenkomsten in het kader van de Wet DBA (2016). Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie (2017).

gebruikt, bestaat vrijwaring voor de loonheffingen. Maar anders dan de VAR, zegt het hebben van een modelovereenkomst niets over de fiscale kwalificatie voor de inkomstenbelasting. De vrijwaring voor de loonheffingen geldt alleen als conform de modelovereenkomst wordt gewerkt. Het biedt dus geconditioneerde vrijwaring: de conditie bestaat uit het uitvoering geven aan de overeenkomst overeenkomstig de tekst van het contract. Tegelijkertijd met de invoering van de Wet DBA en de introductie van modelovereenkomsten, werd een moratorium aangekondigd voor handhaving door de Belastingdienst bij opdrachtgevers (loonheffingen).

Het handhavingsmoratorium is de afgelopen jaren regelmatig verlengd. Daardoor is over een periode van meer dan zes jaar onvoldoende aandacht geweest voor het juist kwalificeren van arbeidsrelaties door marktpartijen.[51] Het moratorium hield bij de inwerkingtreding in dat er in het geheel geen loonheffing over het verleden plaats kon vinden. Hier is in de jaren daarna bijgekomen dat wel gehandhaafd kan worden in geval van kwaadwillendheid bij het onjuist kwalificeren van de arbeidsrelatie of als aanwijzingen van de Belastingdienst niet binnen redelijke termijn zijn opgevolgd. Voor opdrachtnemers is geen handhavingsmoratorium ingesteld. Mede door de beperkte handhaving kan in de praktijk zonder veel gevolgen buiten het wettelijk kader gewerkt worden. Werkenden en werkgevenden zijn zich hierdoor zich minder bewust geworden van de eisen die gelden rondom het compliant inrichten van een arbeidsrelatie. Ook uit gesprekken met de praktijk blijkt dat er sprake is van een kennisachterstand bij zowel opdrachtnemers als opdrachtgevers wat betreft het geldende wettelijk kader omtrent de beoordeling van arbeidsrelaties. Ook de aard van de wettelijke normen in relatie tot de jurisprudentie (holistische benadering, waarbij een veelheid aan feiten en omstandigheden een rol kan spelen) wordt in de praktijk als complex en onduidelijk ervaren.[52]

Het kabinet heeft eerder aangegeven voornemens te zijn de handhaving op korte termijn te versterken en verbeteren en uiterlijk op 1 januari 2025 het handhavingsmoratorium volledig op te heffen. In de tussentijd zet de Belastingdienst meer capaciteit in binnen de kaders van het handhavingsmoratorium. Ook wordt nadrukkelijk de samenwerking met de markt gezocht vanuit het uitgangspunt dat het voldoen aan regelgeving primair een verantwoordelijkheid is van marktpartijen zelf. Handhaving kan daarmee ook niet zonder regelgeving die in voldoende mate duidelijk is voor werkenden en werkgevenden.

1.5.4 Onduidelijkheid

Zoals hiervoor kort genoemd: op dit moment ontbreekt een duidelijk wettelijk toetsingskader waar arbeidsrelaties aan kunnen worden vormgegeven en beoordeeld. Daar ondervinden zelfstandigen (en hun opdrachtgevers) last van. Ook uitvoeringsorganisaties hebben soms moeite met het uitvoeren van, en handhaven op, de bestaande wet- en regelgeving. Dat komt – naast hiervoor genoemde oordaken als een ongelijk speelveld – ook mede door het zogenoemde 'grijze gebied' in de huidige wet- en regelgeving rondom de kwalificatie van de arbeidsrelatie.
Dit grijze gebied hangt samen met de wijze waarop de grenslijn tussen werknemers en zelfstandigen momenteel is vormgegeven. In 1907 is de Wet op de arbeidsovereenkomst vastgesteld. Hierbij werd als uitgangspunt genomen dat diegene die niet zelfstandig werkt, maar aangestuurd wordt door een werkgevende voor wie het resultaat van de arbeid is, een economisch ondergeschikte partij is en daarom andere regulering en bescherming nodig heeft dan de werkende die voor eigen rekening en risico werkt. Vanaf dat moment gold: wie werkt 'in dienst van' (onder gezag), heeft dwingendrechtelijk een arbeidsovereenkomst en is dus werknemer; wie niet in dienst van een ander werkt, maar zelfstandig werkt, kan dat zonder arbeidsovereenkomst doen.

Deze grenslijn tussen werknemers en zelfstandigen, met daarin een centrale rol voor de relatief open norm "in dienst van" (gezag), is vanaf begin 20e eeuw steeds door jurisprudentie ingevuld. Zo konden de wettelijke normen ook meebewegen met de dynamiek op de arbeidsmarkt en kon er– in concrete casussen – ook zoveel mogelijk recht worden gedaan aan de aard van een individuele zaak. De nadelen in de sfeer van beperktere kenbaarheid vooraf van de relevante normen doen zich echter sterker voelen vanaf het moment dat institutionele verschillen toenemen, net als de aantallen werkenden die als zelfstandige aan de slag gaan (zie hiervoor). Daarbij geldt overigens

[51] Ook tijdens de periode van de VAR was al minder aandacht voor juiste kwalificatie.

[52] Zie ook de uitkomsten van het breed maatschappelijk gesprek over de beoordeling van arbeidsrelaties, Kamerstukken II 2021/22, 31 311, nr. 240, p. 9.

wel dat in verreweg de meeste gevallen waarin werk wordt verricht zonder meer vooraf duidelijk is of een werkende als werknemer dan wel als zelfstandige het werk verricht. Bij veel arbeidsrelaties is op voorhand duidelijk dat sprake is van werknemerschap of juist van werk dat door een zelfstandige wordt gedaan. Onduidelijkheid en bijbehorende potentiële onzekerheid is vooral aan de orde bij werkzaamheden die lijken op werkzaamheden die doorgaans door werknemers worden verricht en persoonlijk worden verricht door de werkende, binnen het bedrijf van de werkgevende.[53]

Door de relatief open norm "werken in dienst van" in de definitie van de arbeidsovereenkomst, spelen feiten en omstandigheden van een bepaalde arbeidsrelatie steeds een belangrijke rol bij de vraag of onder gezag wordt gewerkt. Daarmee krijgt de afbakening een casuïstisch karakter waarbij pas achteraf als de werkzaamheden worden of zijn verricht de vraag beantwoord kan worden of in dienst van een ander wordt gewerkt of niet. In de loop der tijd zijn in Nederland in de jurisprudentie vele elementen een rol gaan spelen. Deze elementen moeten steeds in onderlinge verhouding worden bezien en gewogen om vast te stellen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit is de zogeheten 'holistische benadering'. De holistische benadering heeft als gevolg dat potentieel elke omstandigheid in een arbeidsrelatie bij de kwalificatie betrokken kan worden. Daarnaast hangt de onderlinge verhouding en weging af van de specifieke situatie. Er zijn in de jurisprudentie 'rode draden' van belangrijke feiten en omstandigheden te vinden maar dit is niet vastgelegd en toetsing aan die elementen vindt ook niet gestructureerd plaats.

Hoewel in een grote meerderheid van de situaties het duidelijk is of iemand als werknemer het werk hoort te doen, of als zelfstandige het werk kan doen, geldt dat niet voor álle gevallen. Zeker als er persoonlijk werk verricht wordt voor een zakelijke opdrachtgever kan er twijfel ontstaan of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht of overeenkomst van aanneming van werk.

Figuur 2 Schematisch weergegeven diversiteit aan (mogelijk) relevante feiten en omstandigheden die momenteel betrokken kunnen worden bij de beoordeling van een arbeidsrelatie.

Er kleven flinke nadelen aan onduidelijke normen rondom de beoordeling van arbeidsrelaties, met name voor ondernemers. Ten eerste kan het economisch verkeer bemoeilijkt en vertraagd worden door onduidelijkheid. Als er teveel ruimte voor twijfel is, en ondernemers niet zeker weten wanneer ze 'het goede' doen, spenderen zij kostbare tijd aan het uitzoeken wat de beste keuze is, in plaats

[53] Eindrapport Commissie Boot (2016), p. 12.

van aan het verrichten van de economische activiteiten waarmee zij waarde toevoegen aan de samenleving en economie. Dat is onwenselijk. Zeker nu vanaf 1 januari 2025 weer gehandhaafd wordt hebben alle betrokkenen baat bij zo veel mogelijk duidelijkheid. Daarbij is van belang dat de Belastingdienst (net als de Auditdienst Rijk en Algemene Rekenkamer dit belang van beter hanteerbare regels voor de handhaving) aangeeft dat zij baat hebben bij verduidelijking van de regels rondom de beoordeling van arbeidsrelaties, zodat de handhaving eenvoudiger en efficiënter in te richten is.

Ten tweede maakt onduidelijkheid het moeilijker voor mensen om zelf regie te nemen op hoe ze hun werk inrichten en hun contract vormgeven. Mensen willen zich zeker (genoeg) voelen over hun werk, en de overheid hoort dat te bespoedigen. Dat is, door het grijze gebied waarin onduidelijkheid optreedt, niet altijd het geval. Alleen als helder is onder welke omstandigheden iemand in dienst hoort te zijn, en onder welke omstandigheden dat niet nodig is, kunnen mensen hun werk zodanig inrichten dat zij – al naar gelang hun wens – dat werk legitiem als ondernemer of als werknemer kunnen doen. De wet moet dan ook relatief eenvoudig kenbaar zijn voor iedereen die op de arbeidsmarkt opereert. Daarom vindt het kabinet het belangrijk dat er meer duidelijkheid komt in het kwalificeren van de arbeidsrelatie.

De beide hierboven genoemde redenen waarom onduidelijkheid over de grenslijn tussen werknemers en zelfstandigen onwenselijk is, berusten allebei op de veronderstelling dat mensen als het ware 'per ongeluk' hun werk ten onrechte verrichten als schijnzelfstandige, of in ieder geval, dat zij zich niet bewust zijn van hoe de regelgeving geïnterpreteerd moet worden. Het is de overtuiging van het kabinet dat het overgrote deel van de mensen die opereren als schijnzelfstandige of werken met schijnzelfstandigen, in deze categorie valt. Er zijn echter ook partijen die doelbewust de regels omzeilen, en daarbij dankbaar gebruik maken van het te grote grijze gebied dat op dit moment bestaat in de wet- en regelgeving. Verduidelijking van de wet- en regelgeving maakt het naar verwachting makkelijker om te handhaven op deze partijen.

Onduidelijkheid over de kwalificatie van de arbeidsrelatie speelt dus, naast gebrekkige handhaving en een ongelijk speelveld, een belangrijke rol in de groei en omvang van het aantal schijnzelfstandigen in Nederland. De afgelopen jaren zijn er dan ook al stappen gezet om de beoordeling van arbeidsrelatie te verduidelijken. Allereerst is geprobeerd de praktijk meer inzicht te bieden in de beoordeling van arbeidsrelaties door de Belastingdienst, door relevante indicaties bij de beoordeling van arbeidsrelaties in het Handboek Loonheffingen op te nemen. Ook de pilot met de webmodule beoordeling arbeidsrelaties had tot doel om meer duidelijkheid te bieden over de relevante normen inzake de beoordeling van arbeidsrelaties. Deze pilot heeft geleid tot een webmodule die ook na de pilotfase nog operationeel is en kan helpen om voorafgaand aan of tijdens een arbeidsverhouding duidelijkheid te krijgen over de aard ervan.[54]

Deze stappen hebben vooral het karakter gehad van inzicht bieden in alle mogelijk relevante indicaties bij het vormgeven van een arbeidsrelatie, op basis van alle jurisprudentie die tot dan toe bekend was. Dit is niet voldoende gebleken. De pilot webmodule beoordeling arbeidsrelaties en het Handboek loonheffingen bevatten een flinke lijst met indicaties waarbij tevens duidelijk is dat deze niet-limitatief zijn. Ook (met name lagere) rechtspraak komen wisselende beoordelingen van vergelijkbare casussen naar voren. Daardoor resteert een mate van onduidelijkheid voor de praktijk, juist voor de lastiger te beoordelen arbeidsrelaties in het grijze gebied.

Het kabinet zet, in het belang van duidelijkheid, verdergaande stappen. Waarbij de beoordeling van arbeidsrelaties in de wet beter gestructureerd wordt en alle relevante indicaties voor het beoordelen van arbeidsrelaties van te voren kenbaar zijn. Dat vergroot de duidelijkheid bij het vormgeven van arbeidsrelaties en biedt handvatten de arbeidsrelatie conform het wettelijk kader in te richten. Dat is van groot belang voor zelfstandigen én werkgevenden. Door de wet- en regelgeving te verduidelijken, in samenhang met het gelijker trekken van het speelveld tussen werknemers en zelfstandigen en met het versterken van de handhaving, beoogt het kabinet bovendien schijnzelfstandigheid tegen te gaan.

[54] Al geldt dat in de pilotversie in 28,4% van de gevallen geen indicatie wordt verkregen en dus duidelijk sprake is van een arbeidsrelatie in "het grijze gebied".

CONCEPT

1.6 Conclusie

Schijnzelfstandigheid is onwenselijk, allereerst vanwege de risico's die gepaard gaan met het zelfstandig werken voor kwetsbare schijnzelfstandigen. Daarnaast zijn de risico's die schijnzelfstandigheid met zich meebrengt voor de solidariteit in ons sociale stelsel en het ongelijke speelveld dat ontstaat tussen zelfstandigen en werknemers onwenselijk.

Hoewel niet exact meetbaar qua omvang, is het zeer aannemelijk dat het aandeel schijnzelfstandigheid binnen de populatie zelfstandigen is toegenomen de afgelopen decennia. Zowel de enorme groei van de afgelopen decennia (ook in vergelijking tot andere landen), institutionele factoren als gegevens uit (onder meer) de webmodule en het breed maatschappelijk gesprek over arbeidsrelaties wijzen nadrukkelijk in die richting. Bij de institutionele factoren spelen zowel het ongelijke speelveld tussen contractvormen, de gebrekkige handhaving als de onduidelijkheid in regelgeving een rol. Op die laatste institutionele oorzaak richt dit voorstel zich.

De relatief open definitie van de arbeidsovereenkomst en met name het wettelijk vereiste van "werken in dienst van" genereert een grijs gebied waarbinnen de wetgeving niet altijd duidelijk richting geeft voor de kwalificatievraag. In de jurisprudentie wordt een veelheid aan (mogelijke) indicaties gehanteerd die relevant kunnen zijn bij de beoordeling van arbeidsrelaties. Doordat het toetsingskader zoveel verschillende indicaties kent, beperkt dat de kenbaarheid en de hanteerbaarheid voor werkenden, werkgevenden en uitvoeringsorganisaties. Door het ongelijke speelveld en de gebrekige handhaving op schijnzelfstandigheid is de kwalificatievraag bovendien steeds belangrijker geworden. De kenbaarheid van de relevante normen (het toetsingskader) is zo voor de praktijk relatief (nog) belangrijker geworden omdat de consequenties van de kwalificatievraag groot zijn. Dat betekent dat handvatten voor het juist vormgeven van de arbeidsrelatie ook in belang zijn toegenomen. Daarop richt zich dit voorstel.

Ook met oog op de onduidelijkheid en bijbehorende onzekerheid die werkgevenden en werkenden nu kunnen ervaren rondom de juiste kwalificatie van de arbeidsrelatie als zij uitdrukkelijk niet beogen een arbeidsovereenkomst aan te gaan, is verdere verduidelijking gewenst. Dit zodat zelfstandigen en hun opdrachtgevers niet onnodig afgeremd worden om een overeenkomst tot het zelfstandig verrichten van arbeid (zoals de overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk) aan te gaan.

Eerdere stappen richting meer duidelijkheid voor de praktijk omtrent de beoordeling van arbeidsrelaties hebben hun doel niet volledig kunnen bereiken. Rondom de VAR en de Wet DBA bleek dat de zekerheid die vooraf via een 'papier' gegeven werd, niet altijd leidde tot de juiste uitkomsten in de praktijk van de arbeidsrelatie zelf, met vooral een te groot risico op schijnzelfstandigheid tot gevolg. De conclusie die daaruit te trekken valt, is dat zekerheid vooraf geven geen reële oplossingsrichting is. Ook de introductie een toelichting in het Handboek Loonheffingen en de webmodule hebben onvoldoende duidelijkheid kunnen bieden aan de praktijk en schijnzelfstandigheid niet voldoende kunnen tegengaan. Daarom concludeert het kabinet dat het nodig is om op wettelijk niveau de wetgeving te structureren en moderniseren. Daarnaast vindt het kabinet het nodig om de rechtspositie van kwetsbare schijnzelfstandigen te versterken. Dit wetsvoorstel beoogt deze twee zaken in wetgeving vast te leggen.

CONCEPT

2 Doel en aard van de maatregelen

2.1 Doel van de maatregelen

2.1.1 Hoofddoelen van dit wetsvoorstel

Het wetsvoorstel streeft twee hoofddoelen na met de verduidelijking van de scheidslijn tussen zelfstandigen en werknemers en de introductie van het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst: het verminderen van schijnzelfstandigheid en het bieden van een duidelijk toetsingskader zodat werkenden en werkgevenden meer duidelijkheid hebben omtrent hun rechtspositie.

2.1.1.1 Schijnzelfstandigheid verminderen

Gegeven de probleemanalyse in het vorige hoofdstuk, waar schijnzelfstandigheid enerzijds, en de onduidelijkheid omtrent hun rechtspositie voor economische actoren anderzijds, als belangrijkste problemen werd en aangemerkt, is het uiteindelijke hoofddoel van dit wetsvoorstel ook tweeledig: het verminderen van schijnzelfstandigheid en het bieden van meer duidelijkheid aan werkenden en werkgevenden omtrent de rechtspositie. Met beide maatregelen verwacht het kabinet schijnzelfstandigheid tegen te gaan. Met dit eerste hoofddoel, het tegengaan van schijnzelfstandigheid, wil het kabinet kwetsbare werkenden aan de basis van de samenleving beter beschermen, de solidariteit in het sociale stelsel te versterken, oneerlijke concurrentie tegen te gaan, regelgeving beter handhaafbaar maken en het verdienvermogen in Nederland versterken.

In de praktijk betekent dat, dat na invoering van dit wetsvoorstel, mensen die nu als schijnzelfstandige werken twee mogelijkheden hebben. Zij kunnen een arbeidsovereenkomst aangaan (of zij kunnen die makkelijker zelf afdwingen), waardoor ze beter beschermd zijn tegen inkomensrisico's, geen oneerlijke concurrentie meer aangaan met werknemers en meebetalen aan het sociale en fiscale stelsel. De tweede mogelijkheid is dat zij zich (nadrukkelijker) gedragen als echte zelfstandigen die voor eigen rekening en risico werken in al hun arbeidsrelaties, waardoor zij eerlijk concurreren met andere ondernemers.

Aangezien schijnzelfstandigheid het resultaat is van het (onbedoeld of bedoeld) niet naleven van wet- en regelgeving, is het doel van maatregelen tegen schijnzelfstandigheid per definitie volledige naleving. Schijnzelfstandigheid volledig uitbannen is echter, naar de verwachting van het kabinet, op korte termijn onmogelijk. Wetgeving wordt nooit zo concreet dat in de praktijk geen vragen meer kunnen rijzen over de toepassing in een casus. Ook wordt het speelveld tussen werknemers en zelfstandigen nooit helemaal gelijk, omdat werknemers en zelfstandigen verschillende groepen zijn met verschillende behoeftes als het gaat om sociale en fiscale regelingen. Bovendien zullen toezichthoudende en handhavende diensten altijd keuzes moeten maken ten aanzien van hun inzet. Door bovenstaande, en andere, redenen zullen er altijd arbeidsrelaties zijn waar betrokkenen de verkeerde keuze voor het werken als zelfstandige maken, of achteraf blijken te hebben gemaakt. Daarnaast zullen er altijd mensen zijn die bewust de regelgeving proberen te omzeilen. Bovendien zal er ook op de langere termijn altijd in zekere mate sprake zijn van schijnzelfstandigheid. Schijnzelfstandigheid volledig uitbannen zou een zodanig hoge inzet van handhaving vergen, en zodanig gedetailleerde wet- en regelgeving, dat het kabinet van mening is dat de nadelen hiervan niet opwegen tegen de voordelen. Daarom is het doel expliciet om schijnzelfstandigheid te verminderen, zonder daar een concreet aantal aan te koppelen. Dit heeft een rechtstreeks verband met de mate van onzekerheid die op dit moment bestaat over de exacte omvang van de groep schijnzelfstandigen. In aanloop naar de inwerkingtreding wordt een evaluatiekader opgesteld en een nulmeting uitgevoerd.

2.1.1.2 Duidelijk toetsingskader voor zelfstandigen en werkgevenden

Het tweede hoofddoel van het wetsvoorstel is het geven van een duidelijk toetsingskader voor werkenden en werkgevenden. Zoals in het vorige hoofdstuk beschreven, ervaren zelfstandigen en werkgevenden nu te veel onzekerheid over hoe zij hun arbeidsrelatie juist kunnen vormgeven. Veel mensen kennen de regels niet of onvoldoende, of weten de weg niet in de wetgeving en ontstane zeer uitgebreide jurisprudentie. Zeker met oog op het hervatten van de handhaving per 1 januari 2025 wordt dit probleem groter. Het kabinet wil dat mensen controle hebben over hun werk, en het gevoel hebben dat zij autonoom zijn in hun keuzes en invloed hebben op de omstandigheden die hun werkende leven beïnvloeden. Daarom vindt het kabinet het belangrijk dat er een duidelijk

CONCEPT

toetsingskader is, zodat zelfstandigen (en hun opdrachtgevers) van te voren duidelijk weten aan welke voorwaarden zij moeten voldoen om het werk als zelfstandige te kunnen uitvoeren. Dit is bovendien in het belang van de Nederlandse economie. Zekerheid over het kunnen verrichten van zelfstandige arbeid maakt het makkelijk erom als zelfstandige te opereren, wat goed is voor het verdienvermogen van Nederland.

Ook voor dit hoofddoel geldt echter dat volledige zekerheid en duidelijkheid vooraf niet het streven is van het kabinet. Die volledige zekerheid is ook niet mogelijk. Binnen het overeenkomstenrecht geldt het adagium "wezen gaat voor schijn". Niet de papieren afspraken, maar de werkelijke uitvoering van een overeenkomst is leidend voor de wijze waarop deze kwalificeert. Dat betekent dat ook bij de toetsing van een overeenkomst om werk te verrichten, de feitelijke situatie leidend moet zijn bij de beoordeling van een arbeidsrelatie.[55] Pas gedurende een arbeidsrelatie en achteraf staat die feitelijke situatie vast.

2.1.2 Subdoelen

Om de hiervoor beschreven twee hoofddoelen te bereiken, identificeert het kabinet vier subdoelen:

- Ten eerste is het wetsvoorstel erop gericht de jurisprudentie over de beoordeling van arbeidsrelaties te ordenen tot een hanteerbaar wettelijk toetsingskader. Subdoel 2 en 3 hangen hiermee samen.
- Ten tweede is het doel van dit wetsvoorstel om de bestaande wetgeving beter toe te snijden op de huidige arbeidsmarkt en toekomstbestendiger te maken, door enerzijds rekening te houden met het feit dat in sommige arbeidsrelaties klassiek gezag steeds minder een rol speelt, terwijl de werkende wel duidelijk in dienst van een werkgever is, en anderzijds aspecten van ondernemerschap (in een arbeidsrelatie) duidelijker mee te laten wegen.
- Ten derde beoogt dit voorstel, in verbinding met subdoel 1 en 2, werkenden en werkgevenden in de praktijk te ondersteunen bij het juist vormgeven van hun arbeidsrelatie; en institutionele actoren (uitvoering en rechtspraak) belast met de toepassing en handhaving van het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen te ondersteunen;
- Ten vierde dient dit wetsvoorstel eraan bij te dragen dat kwetsbare werkenden gemakkelijker hun rechtspositie kunnen opeisen en zo gebruik kunnen maken van de rechten en bescherming die hen toekomt.

Het kabinet hecht eraan om te benoemen dat de bovengenoemde subdoelen, zoals het bieden van meer duidelijkheid in de kwalificatie van de arbeidsrelatie en het versterken van de rechtspositie van potentieel kwetsbare werknemers, geen losstaande doelen zijn. Zoals in hoofdstuk 1 uiteengezet zijn de oorzaken voor die problematiek meerledig en moeten de maatregelen gericht op meer duidelijkheid over de rechtspositie van werkenden en betere opeisbaarheid van rechten nadrukkelijk in samenhang gezien worden met de stappen die gezet worden om te komen tot een gelijker speelveld tussen werknemers en zelfstandigen en het verbeteren van de handhaving. Zie hierna ook paragraaf 2.4 over de samenhang en fasering van verschillende relevante maatregelen.

Om verschillende hierboven beschreven (sub)doelen te bereiken, zet het kabinet twee instrumenten in, die beide worden vastgelegd in dit wetsvoorstel. Ten eerste gaat het om een aantal wijzigingen in wet- en regelgeving waarmee de kwalificatie van de arbeidsrelatie wordt verduidelijkt en het grijze gebied in de wet- en regelgeving wordt verkleind. Dit noemen we de 'verduidelijking'. Ten tweede introduceert dit wetsvoorstel een rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst op basis van een uurtarief – hierna: 'rechtsvermoeden'.

[55] Ook Europeesrechtelijk is dit het uitgangspunt bij de beoordeling van arbeidsrelaties: feiten en omstandigheden zijn bepalend, niet de (papieren) afspraken en bedoeling van partijen. Zie hierna uitgebreider in paragraaf 3.7.

CONCEPT

2.1.3 Verduidelijking: toelichting op de subdoelen

Het kabinet verwacht dat de verduidelijking in grote mate kan bijdragen aan het verkleinen van het grijze gebied en daarmee aan het tegengaan van schijnzelfstandigheid en geven van een duidelijk toetsingskader voor werkenden en werkgevenden. De wijzigingen die in dit verband worden voorgesteld worden in hoofdstuk 3 verder uitgewerkt. De subdoelen van verduidelijking zijn:

i. de jurisprudentie over de beoordeling van arbeidsrelaties te ordenen tot een hanteerbaar wettelijk toetsingskader;

ii. de bestaande wetgeving beter toe te snijden op de huidige arbeidsmarkt en toekomstbestendiger te maken. Dit door enerzijds rekening te houden met het feit dat in sommige arbeidsrelaties klassiek gezag steeds minder een rol speelt, terwijl de werkende wel duidelijk in dienst van een werkgever is, en anderzijds aspecten van ondernemerschap (in een arbeidsrelatie) duidelijker mee te laten wegen bij de beoordeling; en

iii. werkenden en werkgevenden in de praktijk te ondersteunen bij het juist vormgeven van hun arbeidsrelatie en institutionele actoren (uitvoering en rechtspraak) belast met de toepassing en handhaving van het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen te ondersteunen.

i. Het bieden van een geordend en hanteerbaar wettelijk toetsingskader
Zoals in hoofdstuk 1 duidelijk gemaakt is de relatief open norm "werken in dienst van" het meest onderscheidende wettelijke vereiste voor werk dat op basis van een arbeidsovereenkomst wordt verricht. Hierbij kunnen heel veel verschillende feiten en omstandigheden van een bepaalde arbeidsrelatie een rol spelen bij de vraag of onder gezag wordt gewerkt. Daarmee krijgt de afbakening een casuïstisch karakter waarbij pas achteraf als de werkzaamheden worden of zijn verricht de vraag beantwoord kan worden of in dienst van een ander wordt gewerkt of niet[56]. In de loop der tijd zijn in Nederland in de (nationale en Europese) jurisprudentie veel verschillende elementen een rol gaan spelen. De relevante indicaties die in de jurisprudentie een rol spelen bij de vraag of een arbeidsovereenkomst bestaat, moeten steeds in onderlinge verhouding worden bezien en gewogen voor een uitkomst. Daarbij geldt in Nederland sinds 1997 de zogeheten 'holistische benadering'. Hierbij hangt de onderlinge verhouding en weging van feiten en omstandigheden af van de specifieke situatie van een casus en laat de praktijk van de rechtspraak zien dat – afhankelijk van de casus – de veelheid van verschillende elementen uit eerdere jurisprudentie wisselend worden gehanteerd en gewogen. Er is dus geen duidelijk vaststaand *wettelijk* toetsingskader voor de beoordeling van arbeidsrelaties.

Het kabinet is voornemens om bestaande wet- en regelgeving en de daaropvolgende jurisprudentie samen te vatten en te structureren om tot een hanteerbaar toetsingskader te komen. Door de hoofdlijnen van jurisprudentie vast te leggen en een onderlinge verhouding aan te geven (ordening), biedt het kabinet meer duidelijkheid en houvast aan werkgevenden en werkenden bij het bepalen of er bij een arbeidsrelatie 'in dienst van' wordt gewerkt of niet. Dit zodat werkenden zich er ook beter op kunnen richten bij het vormgeven van een arbeidsrelatie.

Onder meer omdat de feiten en omstandigheden van een arbeidsrelatie prevaleren boven de papieren situatie, kan er bij het aangaan van een arbeidsrelatie nooit – ook niet na de verduidelijking - volledig zekerheid over de kwalificatie zijn. Maar ten opzichte van de grote hoeveelheid mogelijk relevante indicaties die nu in jurisprudentie voorkomen en – binnen het grijze gebied - onzekerheid over de aard van de arbeidsrelatie, biedt het wetsvoorstel en de daarop gebaseerde algemene maatregel van bestuur wel duidelijkheid over de relevante hoofdelementen en indicaties en daarmee een hanteerbaar toetsingskader.

[56] Dat er sprake is van relatief onscherp geformuleerde begrippen in de definitie van de arbeidsovereenkomst, is niet uniek voor Nederland. Zoals hiervoor al is kort geschetst, wordt de toegang tot het arbeidsrecht ook in alle andere lidstaten van de EU, evenals op veel plekken in de wereld, gekoppeld aan werken onder gezag/controle van een ander. Ook in andere landen wordt gezocht naar het bieden van meer duidelijkheid en het tegengaan van de nadelen van open normen. De instrumenten variëren van de inzet van rechtsvermoedens van werknemerschap (o.a. Spanje, België en in de Europese Unie voor platformwerk), het verduidelijken in wetgeving van belangrijkste indicaties die 'gezag' inkleuren (België) tot de inzet van webmodules (bijv. Verenigd Koninkrijk, Australië).

CONCEPT

ii. Bestaande wetgeving toesnijden op de huidige arbeidsmarkt en toekomstbestendiger maken
Jurisprudentie heeft zich sinds 1907, toen de Wet op de arbeidsovereenkomst werd vormgegeven, ontwikkeld en is meebewogen met maatschappelijke en economische ontwikkelingen. Het kabinet vindt het belangrijk dat in het vastleggen van de hoofdlijnen van de jurisprudentie die actualiseringsslag ook naar voren komt. De arbeidsmarkt en de actoren daarop hebben zich immers sinds begin 20e eeuw ook ontwikkeld.

In de ontwikkeling van de jurisprudentie komen verschillende elementen naar voren die een rol (kunnen) spelen bij de beoordeling van de arbeidsrelatie. Waar van oudsher de nadruk lag op klassieke gezagsuitoefening, is dat steeds meer aandacht gekomen voor de mogelijkheid van gezagsuitoefening niet zozeer door instructies en controle, maar door de wijze waarop het werk en de werkende in de organisatie een plaats hebben (organisatorische inbedding). Daarnaast is er een verschuiving opgetreden waarbij niet zozeer wordt 'gezocht' naar indicaties die wijzen op gezag, maar waarbij bezien wordt waar in een arbeidsrelatie het zwaartepunt ligt op de zelfstandigheid van de werkende of op het "in dienst zijn". Daarbij zijn contra-indicaties die wijzen op zelfstandigheid (werken voor eigen rekening en risico) en ondernemerschap belangrijker geworden.

Het element van *werkinhoudelijk gezag* komt van oudsher terug in de jurisprudentie en wordt vastgelegd als één van de hoofdelementen die van belang zijn bij de inkleuring van de wettelijke norm "werken in dienst van" uit artikel 7:610 BW. Daarnaast worden, gelet op de actualisering van de wetgeving, nog twee hoofdelementen onderscheiden. Dat zijn de *organisatorische inbedding van het werk en de werkende* en het *werken voor eigen rekening en risico* als contra-indicatie voor het werken in dienst van een ander.

Zoals hoofdstuk 3 uitgebreider beschrijft, zijn indicaties die wijzen op aansturing of sturingsmogelijkheden via de inbedding van het werk en de werkende in de organisatie een belangrijker element geworden bij de vraag of "in dienst van" een ander wordt gewerkt. Daarbij is van belang dat klassieke gezagsuitoefening door werkinhoudelijke aansturing minder onderscheidend is geworden tussen werknemers en zelfstandigen, onder meer door een gestegen opleidingsniveau en grotere autonomie van werknemers, maar ook door de ontwikkeling van technologie. Het element van organisatorische inbedding biedt meer houvast om werkzaamheden die onder gezag voor een ander verricht worden te onderscheiden van werkzaamheden die voor eigen rekening en risico worden verricht. Daarom neemt het kabinet het aspect van organisatorische inbedding op als hoofdelement bij de beoordeling van de arbeidsrelatie.

Ook contra-indicaties van ondernemerschap (werken voor eigen rekening en risico) zijn een prominentere rol gaan spelen binnen de jurisprudentie. Daarbij is er een verschuiving opgetreden waarbij niet zozeer wordt 'gezocht' naar indicaties die wijzen op gezag, maar waarbij bezien wordt waar in een arbeidsrelatie het zwaartepunt ligt op de zelfstandigheid van de werkende of op het "in dienst zijn". Contra-indicaties die wijzen op zelfstandigheid (werken voor eigen rekening en risico) en ondernemerschap worden in deze benadering belangrijker en komen tegenover gezagselementen te staan. De indicaties die wijzen op werken voor eigen rekening en risico krijgen evenveel potentieel gewicht als de indicaties die wijzen op werkinhoudelijk aansturing en organisatorische inbedding (gezag-indicaties). Bepaald moet worden waar het zwaartepunt ligt.

Dit sluit ook aan bij de wens van een toenemend aantal werkenden om zelfstandig en voor eigen rekening en risico (vaak als ondernemer) te werken. Het kabinet wil aan die wensen recht doen in dit wetsvoorstel, maar schijnzelfstandigheid wel voorkomen. Wanneer het zwaartepunt in een arbeidsrelatie ligt op werken voor rekening en risico van een ander (en er daarmee sprake is van een hiërarchische verhouding tussen werkende en werkgevende), blijft er sprake van werken 'in dienst van' (een arbeidsovereenkomst). Het kabinet hecht eraan erop te wijzen dat in die situaties dat het zwaartepunt ligt op het werken voor een ander, ook de Europeesrechtelijke kaders voorschrijven dat dwingendrechtelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst; dus ook in het geval dat werkende en/of werkgevende geen arbeidsovereenkomst wensen.

iii. Ondersteuning van de praktijk
Zoals onder i. hiervoor ook kort geschetst, is de verduidelijking erop gericht partijen in de praktijk te ondersteunen bij het binnen het wettelijk kader juist vormgeven van hun arbeidsrelatie. Dat geldt voor ten eerste werkgevenden (opdrachtgevers en werkgevers) bij het vormgeven van de

CONCEPT

gewenste arbeidsrelatie en de daarmee eventueel samenhangende inhoudingen voor de loonbelasting en premieafdrachten. Dat geldt ook voor werkenden: werknemers en diegenen die in een bepaalde arbeidsrelatie juist voor eigen rekening en risico als zelfstandige willen werken. Al die partijen zijn gebaat bij meer duidelijkheid over wanneer een werkgever-/werknemerrelatie aan de orde is, dan wel als opdrachtgever en opdrachtnemer gewerkt wordt. Door bij de verduidelijking zowel handvatten te geven over relevante indicaties van het werken als werknemer, als indicaties voor het werken buiten arbeidsovereenkomst, worden ook voor zelfstandigen die geen arbeidsovereenkomst willen aangaan, handvatten aangereikt om arbeidsrelaties zo vorm te geven dat ze buiten het bereik van de arbeidsovereenkomst blijven.

Doel van de verduidelijking is ook partijen te ondersteunen die een eigenstandige rol en taak hebben voor wat betreft de (handhaving op) de juiste beoordeling van de arbeidsrelaties. Dit zijn de Belastingdienst in de handhaving op naleving van het doen van de juiste afdrachten voor de loonheffingen door werkgevers, het UWV bij aanvragen van uitkeringen, (indirect) de NLA indien zij in het kader van bijv. de handhaving op het WML stuiten op schijnzelfstandigheid, en de rechtspraak, die in voorkomende gevallen uitspraken doet over het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst. Door het opnemen in wetgeving van jurisprudentie, het structureren daarvan en het gecomprimeerd samenbrengen van relevante hoofdelementen en (contra-)indicaties, wordt het toepassen wetgeving rondom de beoordeling van arbeidsrelaties naar verwachting beter hanteerbaar. Op deze manier is de verduidelijking van het onderscheid tussen werknemers en werkenden die zonder arbeidsovereenkomst werken, ondersteunend aan het verbeteren van de handhaving.

2.1.4. Overwegingen bij verduidelijking

Hieronder gaan we in op een aantal specifieke overwegingen rondom de keuzes bij het vormgeven van de verduidelijking van de regels rondom de beoordeling van arbeidsrelaties.

Wettelijke verduidelijking
Zoals hierna in hoofdstuk 3 uitgebreid aan de orde komt heeft de Hoge Raad in de zaak Deliveroo een uitspraak gedaan die een aantal belangrijke onderdelen rondom de beoordeling van arbeidsrelaties verduidelijkt. Desondanks kiest het kabinet ervoor de taak van verduidelijking niet alleen bij de rechter te laten, maar hierin ook wettelijk stappen te zetten. Een belangrijke overweging daarbij is dat de Hoge Raad weliswaar een aantal gezichtspunten bij de beoordeling van arbeidsrelaties noemt, maar geen overzichtelijk en vast (limitatief) toetsingskader hanteert. Dit terwijl voor de duidelijkheid in de praktijk belangrijk is dat er zo'n toetsingskader is. Ook benoemt de Hoge Raad in het Deliveroo-arrest nadrukkelijk de rol van de wetgever inzake het nader invullen van het begrip 'in dienst van' en laat die ruimte aan de wetgever door zelf terughoudend te zijn inzake rechtsontwikkeling ten aanzien van dit onderwerp.[57]

Geen volledige duidelijkheid vooraf
Het kabinet hecht eraan om toe te lichten waarom zij het geven van volledige duidelijkheid vooraf niet als subdoel van dit wetsvoorstel heeft gekozen. Er is immers een afruil tussen duidelijkheid en zekerheid vooraf op basis van wettelijke normen en de ruimte om in een individuele casus recht te doen aan de feiten en omstandigheden van het geval. Toekomstige normen moeten enige openheid houden ondanks de behoefte aan zoveel mogelijk duidelijkheid vooraf. De wetgever kan niet alle situaties van te voren voorzien en de rechter moet de feiten en omstandigheden van een geval kunnen wegen. Dit zorgt er ook voor dat indicaties kunnen meebewegen met de dynamische praktijk van de arbeidsmarkt, nu en in de toekomst, en dat er geen statische wetgeving wordt gemaakt die snel achterhaald raakt. Het kabinet vindt het dan ook van belang dat bij de verduidelijking van de normen rekening wordt gehouden met de dynamische praktijk.

Partijbedoeling niet doorslaggevend
Verder hecht het kabinet eraan om uit te leggen waarom zij niet kiest voor een norm die louter gebaseerd is op afspraken tussen twee partijen, maar voor een norm die gebaseerd is op de feiten en omstandigheden waaronder het werk wordt gedaan. 'Papieren' indicaties die contractueel zijn te omzeilen, moeten worden vermeden als deze niets zeggen over de feitelijke omstandigheden

[57] HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (Deliveroo), r.o. 3.2.6.

CONCEPT

waarin wordt gewerkt. Immers, als de feitelijke omstandigheden sterk afwijken van de papieren afspraken, kan dat tot ongewenste gevolgen leiden zoals schijnzelfstandigheid, of kan het noodzakelijk zijn dat handhavende instanties ingrijpen, wat onprettig is voor de partijen die meenden een papieren afspraak te hebben gemaakt. Daarom kiest het kabinet ervoor de open norm te structureren via wettelijk opgenomen hoofdelementen behorend bij het criterium "werken in dienst van" en als wetgever de relevante indicaties rondom de beoordeling van arbeidsrelaties in beginsel limitatief vast te leggen (in een algemene maatregel van bestuur). Daardoor wordt de onduidelijkheid zo veel mogelijk beperkt. Aan de hand hiervan kunnen ook hulpmiddelen om zoveel mogelijk vooraf duidelijkheid te hebben bij het juist kwalificeren van de arbeidsrelatie doorontwikkeld worden, zoals de webmodule beoordeling arbeidsrelaties. Naar verwachting kan in de toekomst met minder vragen in een dergelijk instrument duidelijkheid verkregen worden over de aard van de arbeidsrelatie.

Behouden van dwingendrechtelijk kader arbeidsrecht
Ten slotte hecht het kabinet eraan om toe te lichten waarom de modernisering van de beoordeling van arbeidsrelaties niet inhoudt dat partijen de volledige vrijheid wordt gegeven om als zij geen arbeidsovereenkomst wensen, daar vanaf te zien. De huidige definitie van de arbeidsovereenkomst is immers dwingendrechtelijk. Als voldaan is aan de wettelijke vereisten (arbeid, loon en werken in dienst van) dan is er sprake van een arbeidsovereenkomst. Deze dwingendrechtelijkheid blijft behouden. Ten eerste is de reden daarvoor dat als iedereen zou kunnen kiezen hoeveel bescherming hij of zij geniet, zouden werkgevenden diegenen met een zwakke onderhandelingspositie gemakkelijk afstand kunnen laten nemen van die werknemersbescherming. Dit geldt ook voor de sociale zekerheid: als deelname aan werknemersverzekeringen een vrije keuze zou zijn, is een collectief stelsel niet houdbaar. Daarom is – mede dwingend genormeerd door het Europees recht[58] – de feitelijke situatie waarop een arbeidsrelatie is vormgegeven in de praktijk leidend en niet de bedoeling van partijen. Daarbij geldt wel dat als partijen geen arbeidsovereenkomst willen aangaan, zij dit uiteraard kunnen doen maar dan moeten ze ervoor zorgen dat het zwaartepunt in de arbeidsrelatie ook nadrukkelijk ligt bij het voor eigen rekening en risico werken van de werkende. Dit wetsvoorstel ondersteunt werkenden en werkgevenden hierbij door een wettelijk toetsingskader neer te leggen.

2.1.5 Rechtsvermoeden: toelichting op subdoel

Naast de hiervoor voor verduidelijking uitgewerkte drie subdoelen heeft dit wetsvoorstel ten doel eraan *bij te dragen dat kwetsbare werkenden gemakkelijker hun rechtspositie kunnen opeisen en zo gebruik kunnen maken van de rechten en bescherming die hen toekomt.* Dit is het vierde subdoel van dit wetsvoorstel.

Het kabinet is zich ervan bewust dat er schijnzelfstandigen blijven die een kwetsbaardere arbeidsmarktpositie hebben, met relatief weinig onderhandelingsmacht. Deze groep is ook met een gelijker speelveld, een versterking van de handhaving en verduidelijking van de regelgeving, niet voldoende beschermd tegen schijnzelfstandigheid. Deze schijnzelfstandigen hebben een extra steun in de rug nodig om hun rechten als werknemer op te eisen. Het tweede onderdeel van dit wetsvoorstel is dan ook het invoeren van een rechtsvermoeden, met als subdoel om eraan bij te dragen dat specifiek kwetsbare werkenden gemakkelijker hun rechtspositie kunnen opeisen en zo gebruik kunnen maken van de rechten en bescherming die hen toekomst. Daardoor worden kwetsbare werkenden beter beschermd tegen schijnzelfstandigheid. In hoofdstuk 4 wordt verder ingegaan op de specifieke doelen die het rechtsvermoeden beoogt te bereiken.

2.2 Aard van de maatregelen
Zoals hierna in hoofdstuk 3 en 4 wordt uitgewerkt, zet het kabinet via de verduidelijking en het rechtsvermoeden in op het tegengaan van schijnzelfstandigheid. Deze maatregelen zijn onderdeel van een breder arbeidsmarktpakket waarbij onder meer ook ingezet wordt op een gelijker speelveld tussen werknemers en zelfstandigen en adequate handhaving op schijnzelfstandigheid en tegelijkertijd ook een bredere beweging gemaakt wordt om duurzame arbeidsrelaties binnen

[58] Voortgangsbrief werken met en als zelfstandige(n) van 16 december 2022, Kamerstukken II 2022/23, 31311 nr. 246.

CONCEPT

wendbare ondernemingen te bevorderen. Binnen dit wetsvoorstel zijn twee maatregelen aan de orde die verschillend van aard zijn.

Verduidelijking
De verduidelijking komt voort uit een wens om het grijze gebied in de wet- en regelgeving te verkleinen en zo de scheidslijn tussen werknemers en zelfstandigen scherper duidelijk te maken. Hoewel de beoordeling van de arbeidsrelatie in verreweg de meeste gevallen duidelijk is, geldt dat niet voor alle situaties, zoals ook de pilot met de webmodule arbeidsrelaties laat zien. In 28% van de gevallen kon in de pilot geen indicatie gegeven worden van de aard van de arbeidsrelatie. Dat er in die gevallen geen indicatie gegeven kon worden, wijst erop dat de wet- en regelgeving niet eenduidig toe te passen is voor eenieder. Ook doordat in uitspraken in de (lagere) rechtspraak soms een verschillende uitleg wordt gehanteerd voor het 'werken in dienst van', kan in casussen rechtsonzekerheid bestaan. Het kabinet wil met dit wetsvoorstel de bestaande jurisprudentie structureren en comprimeren zodat vooraf kenbaar is welke elementen er relevant zijn voor de beoordeling van een arbeidsrelatie. Door vast te leggen welke indicaties en contra-indicaties voor het werken in dienst van aan de orde kunnen zijn, wordt aan werkenden en werkgevenden handvatten geboden om een arbeidsrelatie te kwalificeren. Zo worden goedwillende werkenden en werkgevenden ondersteund om hun arbeidsrelatie vorm te geven conform de wettelijke vereisten van de contractvorm die ze nastreven. Uitvoeringsorganisaties worden ondersteund bij het vaststellen van het al dan niet aanwezig zijn van een arbeidsovereenkomst.

Het kabinet wil zoveel mogelijk aansluiten bij bestaande in jurisprudentie ontwikkelde kader en voor de invulling van de indicaties voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst of indicaties dat zo'n overeenkomst ontbreekt, zoveel mogelijk voortbouwen op bestaande jurisprudentie. Op deze wijze wordt voorkomen dat bestaande jurisprudentie in zijn geheel achterhaald wordt. Heel nieuwe normen hebben immers ook de tijd nodig om via jurisprudentie verder uit te kristalliseren. Omdat de huidige jurisprudentie zich over de laatste eeuw heeft ontwikkeld vormt deze wetgeving desalniettemin een actuelere vertaalslag van de huidige arbeidsmarkt. Daarnaast komt de wet zo meer in lijn met de normen en ideeën over zelfstandige arbeid die heersen in de samenleving. Daardoor is de wet toekomstbestendiger.

Voorgesteld wordt om de belangrijkste hoofdelementen voor de beoordeling van "werken in dienst van" in het Burgerlijk Wetboek (artikel 7:610) op te nemen. De indicaties die deze hoofdelementen inkleuren worden in een algemene maatregel van bestuur opgenomen.

Rechtsvermoeden
Het rechtsvermoeden is bedoeld om de juridische positie van kwetsbare zelfstandigen te versterken. Wat deze wet regelt is de formele werking van het rechtsvermoeden, dat in eerste instantie aangeroepen wordt binnen de werkende-werkgevende-relatie, maar in tweede instantie in een rechtszaak een rol kan spelen. Daarnaast beoogt het kabinet nadrukkelijk ook dat er een preventieve en normerende werking uitgaat van dit rechtsvermoeden in de praktijk, zodat kwetsbare werkenden van meet af aan minder snel in een situatie van schijnzelfstandigheid terecht komen. Voorgesteld wordt om ook het rechtsvermoeden in Boek 7, titel 10 van het Burgerlijk Wetboek op te nemen.

2.3 Doeltreffendheid en doelmatigheid
De doeltreffendheid van deze maatregelen hangt af van de wijze waarop en de mate waarin kan worden verwacht dat deze maatregelen bijdragen aan het realiseren van de overkoepelende doelstelling en subdoelstellingen. De doelmatigheid van deze maatregelen wordt bepaald door de zwaarte van het beleidsinstrument ten opzichte van de te realiseren resultaten ervan.

2.3.1. Doeltreffendheid maatregel van de verduidelijking
Wat de verduidelijking betreft, is het kabinet ervan overtuigd dat zij erin is geslaagd om subdoel 1 en 2 te bereiken (zie voor de subdoelen paragraaf 2.1.2), doordat zij zowel de wetgeving en jurisprudentie heeft geordend en samengevat in dit wetsvoorstel, als een moderniseringsslag heeft gemaakt door de elementen 'inbedding' en 'werken voor eigen rekening en risico' toe te voegen. Hiermee is een duidelijk, eenvoudig en eigentijdser toetsingskader geschapen, wat naar verwachting leidt tot een kleiner grijs gebied in de wetgeving, meer handvatten om arbeidsrelaties conform het wettelijk kader vorm te geven en daarmee ook minder mogelijkheden om het grijze

CONCEPT

gebied op te zoeken. Hierdoor wordt het makkelijker voor werkenden en werkgevenden om het 'vanzelf goed' te doen. In combinatie met maatregelen op het gebied van een gelijker speelveld en adequate handhaving verwacht het kabinet daarom dat schijnzelfstandigheid afneemt. Bovendien is de verwachting van uitvoeringsorganisaties als UWV, de Belastingdienst en de NLA dat verduidelijking hen gaat helpen om beter (uitlegbaar) toezicht te houden (Belastingdienst en NLA) en efficiënter beslissingen te nemen in situaties die zich in het grijze gebied bevinden (UWV) bij het vaststellen van recht op een evt. uitkering. Hiermee wordt niet alleen subdoel 3 bereikt: dit draagt in het algemeen bij aan de afname van schijnzelfstandigheid en het prikkelen van werkenden richting echt ondernemerschap, indien zij zonder arbeidsovereenkomst willen werken. Bovendien zorgt de wettelijke verduidelijking voor een actuele vertaalslag van jurisprudentie. Hiermee acht het kabinet dit wetsvoorstel doeltreffend.

Zoals hiervoor al aan de orde geweest zit er een afruil tussen duidelijkheid over de kwalificatie van de arbeidsrelatie in de wet en de mogelijkheid om maatwerk in individuele casussen te bieden, het voorkomen van 'papieren constructies' en mee te kunnen bewegen met de dynamiek op de arbeidsmarkt. Gelet hierop is er voor gekozen dat ook bij de verduidelijking normen een zekere openheid blijven behouden. Op die manier wordt voorkomen dat wetgeving te rigide wordt voor de veelkleurige en dynamische praktijk van de arbeidsmarkt en eveneens voorkomen dat te gemakkelijk contractueel geregeld wordt dat geen sprake is van schijnzelfstandigheid. De rechter moet dan ook de mogelijkheid hebben een materiële toets ui te voeren of het zwaartepunt in een bepaalde arbeidsrelatie ligt op het in dienst van een ander werken of op het werken voor eigen risico en rekening. Het gebruik maken van wettelijke normen die nog steeds een zekere openheid houden, beperken in zekere zin de doelmatigheid van het voorstel als het gaat om ondersteuning van partijen in de praktijk om binnen het wettelijk kader arbeidsrelaties vorm te geven en het beoordelen van arbeidsrelaties door de uitvoering. Tegelijkertijd wordt op de gekozen manier van verduidelijking het achterliggende hoofddoel van het tegengaan van schijnzelfstandigheid (op de lange termijn) wel beter geborgd.

2.3.2 Doelmatigheid maatregel van de verduidelijking

De doelmatigheid van deze maatregel wordt bepaald door de zwaarte van het beleidsinstrument ten opzichte van de te realiseren resultaten ervan. Het kabinet wijst erop dat de afgelopen jaren er al stappen gezet zijn om het grijze gebied te verkleinen en handvatten te bieden aan het conform wet- en regelgeving inrichten van arbeidsrelaties. Zo is onder het vorige kabinet reeds ingezet op de verduidelijking van wetgeving, destijds is gekozen voor het bijeenbrengen van jurisprudentie in het Handboek Loonheffingen van de Belastingdienst en de webmodule.

Ondanks deze stappen die de vorige kabinetsperiode zijn gezet om werkenden en werkgevenden meer duidelijkheid omtrent de relevante regels te geven, zijn verdere stappen op dit onderwerp toch gewenst. Uit de evaluatie van de webmodule blijkt dat in 28% van de casussen die ingevoerd wordt, geen indicatie over de arbeidsrelatie verkregen wordt. Ook zijn – mede als gevolg van de ruime mate aan indicaties die in de jurisprudentie relevant worden geacht – relatief veel vragen nodig om tot een indicatie te komen. Grondgedachte achter de verduidelijking is dat wanneer de wetgever de jurisprudentie structureert en comprimeert, ten opzichte van niet-wetgevende instrumenten echt een verdergaande stap gezet kan worden in het bieden van handvatten aan de (uitvoerings)praktijk bij het vormgeven en beoordelen van arbeidsrelaties. De jurisprudentie wordt, niet zoals in eerdere maatregelen gericht op verduidelijking (Handboek Loonheffingen, webmodule beoordeling arbeidsrelaties) in een overzicht bijeengebracht, maar de wetgever structureert en comprimeert dit. Zo wordt de praktijk niet alleen geïnformeerd, maar normeert wetgeving ook en kan de verduidelijking door het overzichtelijk bijeenbrengen en structureren van het normenkader zorgen voor convergentie in uitspraken van rechters over de kwalificatie van arbeidsrelaties.

In principe is de wettelijke verduidelijking daarbij nadrukkelijk een verdergaande vervolgstap op eerdere inzet richting het verkleinen van het grijze gebied. Tegelijkertijd blijft het een instrument dat qua zwaarte en impact op de praktijk naar verwachting beperkt is, omdat het zich hoofdzakelijk richt op het samenvatten en ordenen van bestaande jurisprudentie. Het voegt dus in die zin geen geheel nieuwe verplichtingen toe. Daarmee is dit bij uitstek een doelmatige maatregel. De introductie van de hoofdelementen inbedding in de organisatie en contra-indicaties voor gezag vanwege voor eigen rekening en risico werken zijn strikt genomen nieuw in de wet- en regelgeving, maar spelen in de jurisprudentie die deze wetgeving invult al wel een rol. Ook biedt

CONCEPT

het vastleggen van onderliggende relevante indicaties voor de praktijk helderheid wat wel niet valt onder de hoofdelementen zodat deze partijen in de toekomst gerichter een arbeidsrelatie kunnen vormgeven zonder dat daarbij de inmiddels gegroeide jurisprudentie geheel in ogenschouw genomen hoeft te worden. Bovendien biedt het element van contra-indicaties vanwege werken voor eigen rekening en risico juist extra ruimte aan zelfstandigen en werkgevenden om te werken als zelfstandige en met zelfstandigen. Ondanks de inschatting dat de zwaarte en impact op de praktijk naar verwachting beperkt is valt wel te verwachten dat, zeker in combinatie met het volledig hernemen van de handhaving op de kwalificatie van de arbeidsrelatie per 1 januari 2025 de arbeidsmarkt tijd nodig heeft om zich aan te passen aan de nieuwe realiteit, zodra de wet in werking treedt. Er is namelijk, zoals in hoofdstuk 1 beschreven, op (bepaalde plekken op) de arbeidsmarkt een praktijk gegroeid waarbij veelvuldig met schijnzelfstandigen wordt gewerkt. Deze verduidelijking maakt dat extra zichtbaar. Tegelijkertijd schat het kabinet in dat deze eventuele kosten ruimschoots opwegen tegen de duidelijkheid die wordt verschaft en de stap die daardoor wordt gezet richting meer echte zelfstandigen, meer mensen die de bescherming van een arbeidsovereenkomst genieten en minder schijnzelfstandigen.

2.3.3 Doeltreffendheid maatregel van het rechtsvermoeden

De doeltreffendheid van het rechtsvermoeden – de mate waarin dit beleidsinstrument de gedefinieerde doelen haalt - zit in het feit dat de maatregel wordt toegepast op de basis van de arbeidsmarkt en de minstverdienende zelfstandigen. Bij hen is het risico op gedwongen schijnzelfstandigheid, mede veroorzaakt door beperkte onderhandelingsmacht, het hoogst. Deze groep werkenden krijgt daarom een extra steun in de rug met het wetsvoorstel. Bovenal verwacht het kabinet dat het rechtsvermoeden mede dankzij de preventieve en normerende werking die ervan uitgaat een effectieve bijdrage kan leveren aan het verminderen van schijnzelfstandigheid. Omdat een uurtarief eenvoudig te communiceren is, verwacht het kabinet dat er snel brede bekendheid van het rechtsvermoeden kan worden bereikt in de samenleving. Daardoor kunnen ook de meest kwetsbare werknemers het rechtsvermoeden inroepen, eventueel met behulp van bijvoorbeeld een vakbond die dat namens hen kunnen doen.

2.3.4 Doelmatigheid maatregel van het rechtsvermoeden

Het rechtsvermoeden is naar mening van het kabinet ook doelmatig, omdat het kwetsbare werkenden een steun in de rug geeft in gesprekken met werkgevenden over hun arbeidsrelatie, zonder dat er veel administratieve lasten mee gepaard gaan. Om de impact van de maatregel zo gericht mogelijk te laten zijn, is het rechtsvermoeden gericht op de groep werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt waar het risico op beperkte onderhandelingsmacht en gedwongen schijnzelfstandigheid het hoogst is. Alleen deze groep werkenden krijgt daarom een extra steun in de rug met het wetsvoorstel. Daarbij is een uurtarief in de meeste gevallen relatief makkelijk vast te stellen of te berekenen en sluit ook aan bij wat gebruikelijk is in verkeer tussen het gros van de werkgevenden en werkenden en op hoe zij doorgaans contracteren. Bovendien is het niet nodig om naar de rechter te stappen om het rechtsvermoeden in te roepen of te effectueren. Pas als werkende (eventueel met een partij die hem ondersteund) en werkgevende er onderling niet uitkomen, zal het tot een rechtszaak komen. Dit betekent dat deze maatregel vooral een preventieve werking zal hebben. Ook dat draagt bij aan de doelmatigheid van de maatregel.

De doeltreffendheid en de doelmatigheid van zowel de verduidelijking als het rechtsvermoeden worden in respectievelijk hoofdstuk 3 en 4 uitgebreider toegelicht.

2.4 Samenhang en fasering

Samenhang met andere maatregelen gericht op het werken met zelfstandigen en als zelfstandige
Zoals gezegd kunnen alleen de verduidelijking en het rechtsvermoeden niet zorgen voor een significante afname van schijnzelfstandigheid. Daarom bereidt het kabinet, naast de verduidelijking en het rechtsvermoeden, ook maatregelen voor die zijn gericht op het gelijker maken van het speelveld tussen werknemers en zelfstandigen en de handhaving op de beoordeling van arbeidsrelaties.

Voor wat betreft het gelijker maken van het speelveld zijn al een aantal maatregelen getroffen. Fiscale maatregelen als de versnelde afbouw van de zelfstandigenaftrek en de afschaffing van de fiscale oudedagsreserve spelen daarbij een belangrijke rol. De (versnelde) afbouw van de

CONCEPT

zelfstandigenaftrek is al ingezet vanaf 2023 evenals het uitfaseren van de fiscale oudedagsreserve. Sinds 2020 wordt de zelfstandigenaftrek geleidelijk verlaagd, van € 7.280 in 2019 naar € 900 vanaf 2027. Daarmee is een aanzienlijke stap gezet in het gelijker maken van het speelveld. Ook is het kabinet bezig met de uitwerking van een wetsvoorstel om zelfstandigen weer verplicht te verzekeren tegen dit risico. Het gelijker maken van het speelveld is een van de doelen van de introductie van de AOV voor zelfstandigen. In het bijbehorende wetsvoorstel zal uitgebreider ingaan op de achtergrond en doelen van de AOV voor zelfstandigen. Verder is de positie van zelfstandigen in de Sociaal-Economische Raad (SER) versterkt, waarbij het aantal zetels voor organisaties van zelfstandigen binnen de SER flink is uitgebreid.

Deze inzet op een meer gelijk speelveld zorgt voor (steeds) minder verschillen in kosten, risico's en behandeling tussen zelfstandigen en werknemers, en vormt dat dus ook in steeds mindere mate een reden om te kiezen voor zelfstandigheid. Ook de inzet van het kabinet in het brede arbeidsmarktpakket om duurzame arbeidsrelaties binnen wendbare ondernemingen aantrekkelijker te maken, ondersteunt een gelijker speelveld. Naarmate over de volle linie verschillen tussen contractvormen afnemen, draagt dat eraan bij dat een contractvorm wordt gekozen omdat deze bij de aard van het werk en de werkzaamheden past en niet vanwege andere (oneigenlijke) redenen. De inzet op het verder verduidelijken van de wetgeving sluit hier naadloos op aan. Immers, doel is dat werkenden kiezen op basis van de manier waarop zij het werk verwachten te verrichten welke arbeidsrelatie het beste bij de opdracht past – en niet op basis van andere redenen zoals kosten vanwege sociale bescherming en fiscale behandeling. Dus terwijl het speelveld stap voor stap gelijker wordt gemaakt, wordt er een grote stap gezet richting een meer richtinggevende wet- en regelgeving rond de arbeidsrelatie. Volgens het kabinet zijn beide elementen essentieel, en daarom wordt er tegelijkertijd gewerkt aan het (voorbereiden van maatregelen gericht op een) gelijker speelveld en de verduidelijking van het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen.

Het versterken van de handhaving is een belangrijke pijler in het beleid rondom het werken met zelfstandigen. Handhaving hoort het sluitstuk te zijn, en daarom is handhaving ook nadrukkelijk niet het enige waar het kabinet op in wil zetten. Door de verduidelijking wordt verondersteld dat werkenden en werkgevenden zelf de regels beter kunnen toepassen. Bovendien wordt de uitvoeringspraktijk naar verwachting geholpen door de verduidelijking, zoals hierboven beschreven. Ook voor hen worden de regels rondom de beoordeling van arbeidsrelaties gestructureerd en daarmee duidelijker. Het handhavingsmoratorium wordt uiterlijk 1 januari 2025 opgeheven. De planning van dit wetsvoorstel is erop gericht om hierop zo veel mogelijk aan te sluiten – de planning is nu dat dit wetsvoorstel voor 1 januari 2025 wordt gepubliceerd. In de komende periode zal het kabinet aandacht houden voor de optimale aansluiting van de voorgenomen plannen op het terrein van de handhaving in relatie tot het voorliggend wetsvoorstel.

Samenhang met het bredere arbeidsmarktbeleid
Zoals hierboven al kort aangegeven, hangt het beleid rondom werken met zelfstandigen en als zelfstandige ook samen met het bredere arbeidsmarktbeleid. Het hoofddoel van het ingezette beleid is om werkenden meer zekerheid te geven en wendbaarheid van werkgevers te vergroten.[59] De onderdelen met de grootste relevantie voor dit wetsvoorstel – los van de arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen die hiervoor al is genoemd – namelijk de voorbereiding van maatregelen rondom flexibele arbeid, de maatregel rondom loondoorbetaling bij ziekte en de Crisisregeling Personeelsbehoud worden hieronder toegelicht.

Het is mogelijk dat een deel van de schijnzelfstandigen die naar aanleiding van dit wetsvoorstel een arbeidsovereenkomst aangaan, in flexibel werk terechtkomen. Het kabinet wil voorkomen dat zij van de ene vorm van onzeker werk, als schijnzelfstandige, in een andere vorm van onzeker werk terecht komen. Mede daarom werkt het kabinet aan een wetsvoorstel rondom flexibel werk, waarin de onderbrekingstermijn bij tijdelijk werk verhoogd wordt van zes maanden naar vijf jaar, nulurencontracten worden verboden en vervangen worden voor een basiscontract met meer rooster- en inkomenszekerheid, en de meest onzekere fasen binnen uitzendwerk worden verkort van maximaal 5,5 jaar naar maximaal 3 jaar. Hiermee wordt de inkomens- en roosterzekerheid van flexibel werk ook voor deze werkenden vergroot.

[59] Hoofdlijnenbrief arbeidsmarkt van 5 juli 2022 en de voortgangsbrief uitwerking arbeidsmarktpakket van 3 april 2023. Kamerstukken II, 2021-2022, 29544, nr. 1112 en Kamerstukken II 2022-2023, 29544, nr. 1176.

CONCEPT

Tegelijkertijd wil het kabinet het makkelijker en aantrekkelijker maken voor werkgevers om duurzame arbeidsrelaties aan te gaan. Daarom wordt de wendbaarheid van bedrijven en organisaties vergroot, onder meer door de Crisisregeling Personeelsbehoud in te voeren, waarmee werkgevers die te maken hebben met een crisis of calamiteit hun werknemers kunnen herplaatsen binnen het bedrijf of kunnen vragen om tijdelijk minder uren te werken. Om kleine en middelgrote bedrijven eerder duidelijkheid te geven over de mogelijkheid tot vervanging van een langdurig zieke werknemer, past het kabinet de regels rondom loondoorbetaling bij ziekte aan. Vaste arbeidsrelaties worden zo aantrekkelijker voor werkgevers, waardoor (schijn)zelfstandigheid relatief minder aantrekkelijk wordt gemaakt.

CONCEPT

3 Verduidelijking van 'werken in dienst van'

3.1 Inleiding

3.1.1 Inhoud voorstel op hoofdlijnen

De norm 'werken in dienst van' (gezag) uit artikel 7:610 van het Burgerlijk Wetboek wordt gestructureerd en ingevuld door drie hoofdelementen: werkinhoudelijke sturing (A), organisatorische inbedding (B), en – als contra-indicatie voor het werken in dienst van een werkgever (C) –werken voor eigen rekening en risico. Deze drie hoofdelementen worden op hun beurt bij algemene maatregel van bestuur verder ingekleurd door indicaties.

Hoe wordt omgegaan met de situatie dat indicaties van werken in dienst van door werkinhoudelijke aansturing en werken in dienst van door organisatorische inbedding in evenwicht zijn met de contra-indicaties van het werken voor eigen rekening en risico in de betreffende arbeidsrelatie wordt eveneens bij algemene maatregel van bestuur geregeld. Omwille van de begrijpelijkheid en toetsbaarheid van het wetsvoorstel wordt in dit hoofdstuk al wel zoveel mogelijk inzicht gegeven in de onderwerpen die bij algemene maatregel van bestuur verder uitgewerkt worden.

3.1.2 Opzet

Het algemeen deel van deze memorie van toelichting bij dit deel van het wetsvoorstel is als volgt opgebouwd:

- Hoofdstuk 3.2 Aanleiding en probleembeschrijving
- Hoofdstuk 3.3 Hoofdlijnen van het voorstel
- Hoofdstuk 3.4 Uitwerking in casussen
- Hoofdstuk 3.5 Overwogen alternatieven
- Hoofdstuk 3.6 Overwogen uitwerking van de hoofdelementen
- Hoofdstuk 3.7 Verhouding tot internationaal recht
- Hoofdstuk 3.8 Verduidelijking in relatie tot de uitzendovereenkomst

3.2 Aanleiding en probleembeschrijving

3.2.1 Overeenkomsten om arbeid te verrichten

Op de arbeidsmarkt wordt arbeid verricht door werknemers en zelfstandigen. Het Burgerlijk Wetboek kent verschillende vormen van overeenkomsten tot het verrichten van arbeid tegen beloning. De drie belangrijkste overeenkomsten hiervoor zijn: de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van aanneming van werk en de overeenkomst van opdracht.[60] Deze verschillende overeenkomsten hebben met elkaar gemeen dat het steeds gaat om het verrichten van werk (arbeid) tegen de betaling van een vergoeding. Het belangrijkste onderscheid tussen de drie genoemde overeenkomsten is gelegen in het verrichten van arbeid in dienst van een ander (arbeidsovereenkomst) of het verrichten van arbeid juist niet in dienst van een ander (overeenkomst van opdracht en aanneming van werk).

Een belangrijk beginsel binnen het contractenrecht - dat ook geldt voor contracten die erop zien tegen betaling arbeid te verrichten - is de partijautonomie. Het betreft de vrijheid om al dan niet een overeenkomst te sluiten, om te bepalen met wie een overeenkomst wordt gesloten en om de inhoud van een overeenkomst te bepalen. Partijen zijn dus in beginsel vrij om te kiezen hoe zij hun contractuele relaties vormgeven om werk te (laten) verrichten. Aan de hand van de kenmerken van die contractuele relatie en hoe partijen daar uitvoering aan geven vloeit vervolgens uit de wet de kwalificatie van die overeenkomst voort.

Arbeidsrechtelijke versus fiscale benadering kwalificatie arbeidsrelatie & werkende

In het dagelijks taalgebruik wordt doorgaans een onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen gemaakt. Met zelfstandigen wordt doorgaans voor de fiscaliteit geduid op

[60] Deze overeenkomsten zijn geregeld in de artikelen 7:610, 7:750 resp. 7:400 van het Burgerlijk Wetboek. Er zijn ook andere overeenkomsten (e.g. de vervoerovereenkomst) maar die zijn in het kader van deze wetgeving minder relevant.

CONCEPT

zelfstandig ondernemers. Er is, met name relevant voor het arbeidsrecht, echter nog een andere categorie werkenden, namelijk de zelfstandigen niet zijnde zelfstandig ondernemers. Zelfstandig ondernemers kunnen – anders dan zelfstandigen die geen ondernemer zijn - in aanmerking komen voor een aantal specifieke fiscale faciliteiten. Er zitten derhalve de nodige eisen aan het zijn van zelfstandig ondernemer. Dit vergt een uitgebreide beoordeling die afhangt van de persoonlijke feiten en omstandigheden van de werkende. Ter ondersteuning bij deze beoordeling heeft de Belastingdienst de zogeheten OndernemersCheck ontwikkeld.[61]

Als een werkende niet voldoet aan de dwingendrechtelijke voorwaarden van een arbeidsovereenkomst (er is geen sprake van arbeid, loon en werken in dienst van), betekent het niet automatisch dat die werkende voldoet aan de vereisten om als zelfstandig ondernemer te worden aangemerkt. Het kan ook dat een werkende niet werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst maar óók geen (fiscaal) ondernemer is. In de inkomensheffing wordt dan gesproken over 'resultaat uit overig werk', oftewel resultaatgenieters. Dit kan zich voordoen bij alle typen werkzaamheden. Het gaat dan bijvoorbeeld om werkenden die geen eigen onderneming runnen, maar af en toe een klus naast andere werkzaamheden uitvoeren.

Ook valt te denken aan werkzaamheden waarbij er geen sprake is van werken in dienst van maar het ook overduidelijk is dat de werkende geen zelfstandig ondernemer is. Afhankelijk hoe de afspraken en voorwaarden waaronder wordt gewerkt zijn vormgegeven, is het in die situaties goed denkbaar dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Een veelgehoord voorbeeld hiervan zijn bijvoorbeeld folder- en krantenbezorgers, of werkenden die incidenteel bijdragen in vakbladen schrijven tegen een vergoeding, maar dus niet onder 'gezag' staan. Ook na invoering van dit wetsvoorstel zal er sprake kunnen zijn en blijven van dergelijke resultaatgenieters en/of bijverdieners. Daarbij geldt dat deze werkenden op basis van een andere overeenkomst dan een arbeidsovereenkomst zijn; doorgaans een overeenkomst van opdracht.

3.2.2 Achtergrond bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst

Het is wenselijk dat er meerdere contractvormen bestaan om recht te doen aan de diversiteit waarmee arbeidsrelaties kunnen worden ingericht en de verschillende behoeften die werkgevenden en werkenden kunnen hebben. Op deze manier worden contractsvrijheid en de behoefte aan ordening met elkaar gebalanceerd. Dit geld ook voor het onderscheid tussen een zelfstandige die zelf verantwoordelijk is voor de economische output (het resultaat) van zijn arbeid en de werknemer die zijn arbeid aanbiedt in dienst van een ander. Die laatste draagt dus niet de verantwoordelijkheid voor het economisch resultaat van zijn arbeid, maar ontvangt loon voor de tijd waarin hij voor de ander arbeid heeft verricht.

Als er sprake is van werken in dienst van een ander (werken als werknemer), ligt het economisch risico van de te verrichten arbeid bij de werkgever. Dat betekent dat de werkgever – veel nadrukkelijker dan bij zelfstandige arbeid – wil (kunnen) toezien op de wijze waarop het werk plaatsvindt en het kader waarbinnen dat gebeurt. Van oudsher is de arbeidsovereenkomst daarom, anders dan andere overeenkomsten tot het verrichten van werk, gekenmerkt als een arbeidsrelatie waarbij de werknemer "in dienst" is bij de werkgever en sprake is van een zekere ondergeschiktheidsverhouding waarbij de werkgever gezag wil kunnen uitoefenen over de werknemer. Op grond van dit economische risico van de werkgever is het element "in dienst" wezenlijk voor de definitie van de arbeidsovereenkomst. Daarin onderscheidde (en onderscheidt) de arbeidsovereenkomst zich van de overeenkomst van aanneming van werk en van de overeenkomst van opdracht, waarbij het economische resultaat van de op basis van de overeenkomst verrichte werkzaamheden (ook) voor risico en rekening van de aannemer of opdrachtnemer komt.

De ondergeschiktheid van de werknemer brengt tegelijkertijd met zich dat die bescherming behoeft, zo was de grondgedachte van de wetgever bij het tot stand brengen van de arbeidsovereenkomst. Belangrijk uitgangspunt daarbij was (en is) de ongelijkheidscompensatie vanwege de economische afhankelijkheid en ondergeschiktheid van de werknemer ten opzichte van de werkgever. Gelet hierop biedt het arbeidsrecht de nodige bescherming aan degene die op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaam is en stelt het regels over de arbeidsverhouding tussen

[61] Ondernemerscheck: Checken of ik ondernemer ben voor de inkomstenbelasting (belastingdienst.nl).

werkgever en werknemer. Daarnaast is een belangrijk uitgangspunt de economische ordening, waarbij zelfstandigen bovengenoemde arbeidsrechtelijke en sociale zekerheidsrechtelijke bescherming niet nodig hebben en ook nog (fiscale) ondernemersfaciliteiten kunnen genieten, onderscheiden moeten worden van diegenen die bovengenoemde bescherming wel toevalt. Dat ordeningsaspect is van belang om oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden (zowel tussen werkenden onderling als tussen werkgevenden onderling) te voorkomen. Daarmee hangt ook een ander collectief uitgangspunt samen: het bewaken van het behoud van onderlinge solidariteit in werknemersregelingen in arbeidsrecht en sociale zekerheid. De contractuele vrijheid van werkende en werkgevende wordt daarom begrenst als het gaat om de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Dit betekent dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege bestaat als in de praktijk (de feitelijke arbeidsverhouding) sprake is van arbeid, loon en werken in dienst van. Wezen (de feitelijke situatie) gaat daarbij altijd voor schijn (de papieren weergave van de arbeidsrelatie).

Wanneer het voor partijen eenvoudig is zich aan de arbeidsovereenkomst en de bijbehorende verplichtingen te onttrekken, raakt dat ook andere spelers op de arbeidsmarkt en het sociale stelsel. Dit geldt zowel aan de basis van de arbeidsmarkt (waar het dwingendrechtelijk systeem mede dient om oneigenlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen) als aan de bovenkant (waar verplichte solidariteit geldt in het systeem van werknemersverzekeringen). Als iedereen zou kunnen kiezen hoeveel bescherming hij of zij geniet, zouden werkgevers diegenen met een zwakke onderhandelingspositie kunnen dwingen om afstand te nemen van werknemersbescherming. Hetzelfde geldt voor sociale zekerheid: bij een vrije keuze of aan werknemersverzekeringen wordt deelgenomen, is een collectief stelsel moeilijk houdbaar. De ondergeschikte en (economisch) afhankelijke positie ten opzichte van de werkgever vormt – kortom - in Nederland, net als in andere lidstaten van de Europese Unie (zie paragraaf 3.7 verhouding tot internationaal recht), de reden van de dwingendrechtelijke wettelijke bescherming van de werknemer.

De arbeidsovereenkomst is, kortom, een bijzondere contractvorm ten opzichte van andere contractvormen om werk te verrichten, omdat de arbeidsovereenkomst de contractuele vrijheid van werkenden en werkgevenden begrenst. Dit bijzondere karakter van de arbeidsovereenkomst is niet uniek voor Nederland, maar is zowel Europees als internationaal een breed gedeeld fundamenteel uitgangspunt van het arbeidsrecht. Dit geldt evenzeer voor het onderscheidende element van "werken in dienst van", "ondergeschiktheid" of "uitoefenen van controle" dat bepaalt of als zelfstandige dan wel als werknemer werk wordt verricht.

3.2.3 Gevolgen van de kwalificatie als arbeidsovereenkomst

Zoals ook in hoofdstuk 1 is toegelicht betekent de arbeidsovereenkomst toegang tot bescherming zoals ontslagbescherming, recht op doorbetaalde vakantie, loondoorbetaling bij ziekte en tal van andere regelingen, zoals die in de van toepassing zijnde cao en pensioenregelingen. Ook kent de arbeidsovereenkomst verplichtingen voor werknemers, zoals het meewerken aan re-integratie bij ziekte of zich te houden aan instructies van de werkgever omtrent het verrichten van de arbeid. De implicaties van de kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst zijn echter breder dan alleen het arbeidsrecht. Het vormt ook de basis voor het bereik van de werknemersverzekeringen en de loonheffingen.[62] Personen met een arbeidsovereenkomst zijn verzekerd voor de werknemersverzekeringen, tegen de risico's van ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid. Hierdoor worden risicoselectie en uitsluiting voorkomen en is in financiering voorzien. Als sprake is van een arbeidsovereenkomst (in de fiscaliteit en sociale zekerheid aangeduid als dienstbetrekking) geldt dat een arbeidsrelatie verplicht onder de loonheffingen valt. Dit zorgt voor een efficiënte heffing van loonbelasting, premie volksverzekeringen, inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet en premies werknemersverzekeringen die zijn verschuldigd over het inkomen (loon) voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst.

3.2.4 Afbakening arbeidsovereenkomst ten opzichte van andere overeenkomsten en grijs gebied

Gegeven de bovenstaande gevolgen is de vraag of er van een arbeidsovereenkomst sprake is een

[62] Loonheffingen = loonbelasting, premie volksverzekeringen, premies werknemersverzekeringen en inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet.

belangrijke vraag bij het (laten) verrichten van werk. In Nederland geldt, net als in alle andere landen in Europa, dat het doorslaggevende vereiste daarvoor werken in dienst van is. Dit gezagscriterium is het meest onderscheidende criterium dat werken voor eigen rekening en risico onderscheidt van werk dat op basis van een arbeidsovereenkomst wordt verricht.

Zoals hiervoor uitgelegd heeft de open norm "in dienst van" vanaf 1907 via de jurisprudentie invulling gekregen. Het belangrijkste voordeel van deze benadering is dat het begrip meebeweegt met de dynamiek van de arbeidsmarkt. Daarnaast geeft dit rechters de ruimte per geval recht te doen aan de omstandigheden van een casus. De rechter past een holistische toets toe.[63] In deze benadering wordt de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst getoetst aan de hand van de relevante feiten en omstandigheden van het geval in onderling verband bezien.[64] Deze 'holistische benadering' is in de jurisprudentie ontstaan en heeft als voordeel dat het de mogelijkheid biedt om recht te doen aan maatschappelijke diversiteit, om het arbeidsrecht actueel te houden via jurisprudentie en om ontwijkingsmogelijkheden te beperken. Een zekere mate van openheid in de norm blijft dus wenselijk.

Vanwege de open norm en de holistische benadering is een 'grijs gebied' inherent aan de huidige stand van het recht. In dit 'grijze gebied' is niet op voorhand duidelijk of een werkende op basis van een arbeidsovereenkomst werkt.[65] Niet te strikt afgebakende indicaties zijn op zichzelf nuttig, maar bedreigen de rechtszekerheid en bruikbaarheid wanneer de concrete invulling van de norm in een casus te ingewikkeld en onvoorspelbaar wordt. Dit risico manifesteert zich in het bijzonder bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Zeker in combinatie met het ongelijke speelveld tussen werknemers en zelfstandigen kent de huidige open benadering belangrijke nadelen.

Ten eerste dat het onduidelijkheid over de beoordeling van een arbeidsrelatie kan opleveren terwijl zowel werkenden als werkgevenden behoefte hebben aan zoveel mogelijk duidelijkheid vooraf. Beide partijen hebben belang bij helderheid onder welke omstandigheden een arbeidsrelatie kwalificeert als arbeidsovereenkomst en wanneer niet. Op basis daarvan kunnen zij zich bij het invullen van de arbeidsrelatie daar ook naar richten. De werkende weet dan van te voren ook of zij onder de werking van het arbeidsrecht en onder de werknemersverzekeringen valt. Werkgevenden hebben belang bij duidelijkheid zodat zij de juiste afdrachten doen en niet achteraf worden geconfronteerd met naheffingen door de Belastingdienst en betalingen aan pensioenfondsen.[66] Voor de grote groep werkenden en werkgevenden die zich aan de regels wil houden zijn er nu niet altijd voldoende handvatten om met een zekere voorspelbaarheid te weten hoe hun arbeidsrelatie kwalificeert. Als er teveel ruimte voor twijfel is, en betrokkenen niet zeker weten wanneer ze 'het goede' doen, spenderen zij kostbare tijd aan het uitzoeken wat de beste keuze is, in plaats van aan het verrichten van de economische activiteiten waarmee zij waarde toevoegen aan de samenleving en economie. Ten tweede is een belangrijk nadeel dat aan de beoordeling van de arbeidsrelatie een maatschappelijk belang is gekoppeld. Het arbeidsrecht is niet voor niets dwingendrechtelijk van karakter: de regels zijn gericht op de bescherming van de werknemers tegen de risico's rondom werk, op een verhoging van kansen tot ontplooiing en meer algemeen op een regulering en ordening van de arbeidsmarkt en het stelsel van de sociale zekerheid.[67]

Ten derde zorgt een te open norm voor extra werk voor partijen die moeten toetsen of werkgevenden en werkenden de arbeidsrelatie juist hebben beoordeeld. Daarbij is de handhaving op de kwalificatie van de arbeidsrelatie voor de loonheffingen (door de Belastingdienst) cruciaal. In de voortgangsbrief is toegelicht dat parallel de handhaving wordt verbeterd en versterkt en het

---

[63] HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (Groen/Schoevers). Hoge Raad 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231 (Thuiszorg Rotterdam/PGGM). HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (Participatieplaats) en HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (Deliveroo).

[64] Dit is niet alleen in Nederland het geval, ook op basis van Europese jurisprudentie is binnen de Europese Unie het uitgangspunt dat feiten en omstandigheden rondom de arbeidsrelatie leidend zijn. De feitelijke uitvoering van de arbeidsrelatie en niet de "papieren" werkelijkheid van het contract staat voorop.

[65] Hoe groot het "grijze gebied" is, is niet eenduidig vast te stellen. Binnen de webmodule Beoordeling Arbeidsrelaties, gebaseerd op jurisprudentie en het Handboek Loonheffingen voorzien van een weging, kon in 28% van de gevallen niet op voorhand een indicatie gegeven worden van de beoordeling van de arbeidsrelatie.

[66] Daarbij geldt dat ook als een werkende geen premie heeft betaald, wanneer hij werknemer is of blijkt te zijn (ook achteraf) wel recht bestaat op een pensioenaanspraken.

[67] Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrech*t, Deventer: Kluwer 2022, p. 6.

handhavingsmoratorium wordt afgeschaft.[68] Naast de Belastingdienst gebruikt het UWV de norm bij het vaststellen of er sprake is van verzekeringsplicht en gebruikt de Nederlandse NLA de norm (indirect) bij de controle op de arbeidswetten.

Hoe diffuser de normen om op te handhaven zijn, hoe complexer en tijdsintensiever dit voor de toezichthouder is. Verduidelijking maakt de rechtspraak eenduidiger en beter voorspelbaar. Dit komt de rechtszekerheid ten goede. Ten slotte zijn er ook kwaadwillenden die mede door het ongelijke speelveld en de beperkte publiekrechtelijke handhaving van de afgelopen jaren doelbewust de regels omzeilen. Daarbij maken ze dankbaar gebruik van het te grote grijze gebied dat op dit moment bestaat in de wet- en regelgeving. Om bovenstaande redenen behoeft de huidige open norm van 'werken in dienst van' (gezag) uit artikel 7:610 BW naar het oordeel van het kabinet nadere invulling.

3.3 Hoofdlijnen van het voorstel

3.3.1. Relevante indicaties bij de beoordeling van arbeidsrelatie

Bij de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst moet eerst door uitleg aan de hand van de Haviltexmaatstaf[69] worden vastgesteld welke rechten en verplichtingen partijen onderling zijn overeengekomen (de zogenoemde fase 1)[70,71]. Daarbij gaat het enkel om de omstandigheden die van belang zijn voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst die verband houden met de daadwerkelijke uitvoering van het werk. Hierbij dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook te worden gekeken naar de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven[72].

Deze eerste fase van de beoordeling van een arbeidsrelatie, gaat vooraf aan de kwalificatiefase (tot welk contract leiden de overeengekomen rechten en verplichtingen?). Volgens jurisprudentie[73] is de maatschappelijke positie van partijen van belang bij de vaststelling van de overeengekomen rechten en verplichtingen. Zo kan daarbij van belang zijn op wiens initiatief de contractsbepalingen zijn opgesteld en hoe belangrijk en relevant de opgenomen bepalingen voor (een van de) partij(en) daadwerkelijk zijn. Deze eerste fase van de beoordeling van een contract is daarmee ook van belang om het uitgangspunt "wezen gaat voor schijn" te realiseren. Voorkomen moet worden dat een contractpartij, door een kwetsbare onderhandelingspositie, tegen zijn zin een overeenkomst is aangegaan waarin allerlei afspraken zijn gemaakt die de daadwerkelijke verhouding tussen partijen niet weerspiegelt. Vervolgens moet worden beoordeeld tot welke overeenkomst deze set feiten en omstandigheden leidt (de zogenaamde fase 2, de kwalificatiefase).

Of een overeenkomst moet worden gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst wordt beoordeeld aan de hand van de kenmerken van de individuele contractuele relatie. Wanneer de overeenkomst de in artikel 7:610 van het Burgerlijk Wetboek wettelijke vereisten heeft, is sprake van een arbeidsovereenkomst. Dat artikel bepaalt daarover: "De arbeidsovereenkomst is 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." In de toetsing worden de volgende kenmerken onderscheiden:

- *Zich* verplichten om **arbeid** te verrichten;
- Tegen **loon**;
- **In dienst van** een ander; en
- Gedurende **een zekere tijd**.

---

[68] Kamerstukken II 2022/23, 31311 nr. 246.
[69] Hoge Raad, 13 maart 1982, ECLI:NL:HR:1981:AG4158. In deze uitspraak overwoog de Hoge Raad voor het eerst expliciet dat bij de uitleg van een schriftelijke overeenkomst het niet voldoende is om enkel naar de taalkundige betekenis van de tekst te kijken, maar dat ook gekeken moet worden naar de omstandigheden en wat partijen over weer van elkaar mochten verwachten.
[70] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (Participatieplaatsarrest), rov. 3.2.2. Vgl. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034 (kwalificatie pachtovereenkomst), rov. 3.2.3-3.2.4.
[71] Daarbij geldt dat wanneer een arbeidsovereenkomst is ontstaan ook van rechtswege wordt bepaald wat wederzijdse rechten en plichten zijn.
[72] Zie onder meer Hoge Raad 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231.
[73] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (Participatieplaats) en HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (Deliveroo)

Van de wettelijke vereisten dat arbeid wordt verricht, loon wordt betaald en dat dit gedurende zekere tijd plaatsvindt is al snel sprake.[74] Bij de vraag of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd is, kortom, het 'werken in dienst van' het meest onderscheidende criterium.

Daarbij moet opgemerkt worden dat over het persoonlijk verrichten van arbeid (*zich* verplichten) als vereiste wel discussie kan bestaan. Het persoonlijk door de werkende zelf verrichten van de arbeid is daarbij uitgangspunt voor de arbeidsovereenkomst.[75] Ook op het punt van het persoonlijk verrichten van de arbeid wil het kabinet de Hoge Raad volgen waar in het Deliveroo-arrest[76] duidelijk gemaakt is dat de in een overeenkomst neergelegde vrijheid voor de werkende om zich te laten vervangen op zichzelf niet onverenigbaar is met het bestaan van een arbeidsovereenkomst (en het persoonlijk verrichten van werk). Daarmee is de vraag of vervanging vrijelijk kan plaatsvinden niet een op zichzelf staand doorslaggevend criterium. De mogelijkheid van vrije vervanging kan dus zeker een rol spelen bij de vraag of 'in dienst van' wordt gewerkt, als dit een uiting vormt van het voor eigen risico en rekening werken. Zoals hiervoor uiteengezet is daar sprake van bij het commercieel aanwenden van vrije vervanging.[77]

3.3.2 Inzet op verduidelijking 'werken in dienst van'

Dit kabinet zet – nadrukkelijk in samenhang met de inzet op het creëren van een gelijker speelveld voor werkenden en het verbeteren en versterken van de handhaving - daarom in op het (verder) verduidelijken van het begrip "in dienst van" (gezag). Dit omdat, zoals hiervoor duidelijk gemaakt, dit wettelijke vereiste het voornaamste beslissende vereiste is bij de beoordeling van de arbeidsrelatie en omdat het in de praktijk de meeste onduidelijkheid oplevert. Een verduidelijking in wetgeving van dit begrip leidt er dan ook toe dat het grijze gebied tussen werken in een arbeidsovereenkomst en werken zonder arbeidsovereenkomst wordt verkleind. Het kabinet stelt daartoe voor om een drietal hoofdelementen op te nemen in artikel 7:610 BW, ter invulling van het 'werken in dienst van'. Deze hoofdelementen worden vervolgens bij algemene maatregel van bestuur verder ingekleurd door middel van een aantal limitatieve indicaties. Daarmee geeft de wetgever sturing aan de praktijk; de beoordeling van de arbeidsrelatie wordt beter inzichtelijk en hanteerbaar. Deze maatregel draagt bij aan de naleving van wet- en regelgeving omtrent de arbeidsrelatie, en helpt eveneens het toezicht en de handhaving op de arbeidsrelatie door toezichthouders te structureren en hanteerbaarder te maken. Dit in samenhang met de maatregelen om tot een gelijker speelveld te komen en de scheidslijn tussen werknemer en zelfstandige beter te handhaven.

Het uitgangspunt bij de verduidelijking is om zoveel mogelijk aan te sluiten bij bestaande jurisprudentie. Dit voorkomt dat een geheel nieuw normenkader ontstaat, dat ook de tijd nodig heeft om zich uit te kristalliseren. Het doel om meer duidelijkheid te bieden wordt dan niet bereikt, in ieder geval niet in de eerste jaren. De werkwijze is om via wetgeving orde te scheppen en systematisering aan te brengen in de huidige set aan indicaties uit bestaande jurisprudentie. De bestaande indicaties worden gecomprimeerd en vertaald naar drie hoofdelementen die worden uitgewerkt in indicaties. Dit kunnen zowel indicaties zijn die wijzen op een arbeidsovereenkomst,

---

[74] Over het persoonlijk verrichten van arbeid als vereisten heeft wel discussie bestaan. De wetgever volgt daarin de Hoge Raad uitspraak van 24 maart (ECLI:NL:HR: 2023:443) dat een neergelegde vrijheid om zich te laten vervangen is op zichzelf niet onverenigbaar met het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Dit criterium wordt, als sprake is van vrije vervanging die commercieel aangewend kan worden, wel meegewogen als onderdeel van de toetsing van 'werken in dienst van'. De verdere details over dit criterium zijn te vinden onder het kopje 'werken voor eigen rekening en risico in de betreffende arbeidsrelatie', onder C1 hiervoor.

[75] Dat betekent ook dat als gecontracteerd wordt met een rechtspersoon, zoals een directeur-grootaandeelhouder (DGA) die zich vanuit een BV laat inhuren, er in beginsel geen arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever ontstaat. Er is gecontracteerd met de rechtspersoon en niet met de werkende in persoon. Wel kan een arbeidsovereenkomst ontstaan als de rechtspersoon geen realiteitswaarde heeft ("wezen gaat voor schijn"). Bijvoorbeeld, omdat alleen een rechtspersoon is opgericht om persoonlijke aansprakelijkheid te voorkomen, of om te zorgen dat opdrachtgevers geen loonheffingen hoeven af te dragen. In dit soort gevallen wordt ervan uitgegaan dat er geen sprake van een rechtspersoon is. De arbeidsrelatie ontstaat dan niet met de rechtspersoon, maar met de persoon die de opdracht uitvoert. Zie bijvoorbeeld het arrest HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231 (Thuiszorg Rotterdam/PGGM).

[76] HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (Deliveroo).

[77] De verdere details over deze indicatie zijn te vinden onder het kopje 'werken voor eigen rekening en risico in de betreffende arbeidsrelatie', onder zie paragraaf 3.3.3.

als indicaties die op werken voor eigen rekening en risico wijzen. Het opnemen van een expliciete rol voor indicaties die wijzen op het werken voor eigen rekening en risico als zodanig, is wel nieuw in het Burgerlijk Wetboek, al speelt dit in jurisprudentie al wel een rol.

Ondanks dat een wettelijk toetsingskader wordt aangereikt, geldt wel dat normen in het arbeidsrecht (civiele recht) altijd een zekere openheid zullen moeten houden. Dit is ook wenselijk – niet alle situaties zijn immers door de wetgever te voorzien en regels moeten kunnen meebewegen met de dynamische praktijk op de arbeidsmarkt. Niet de papieren werkelijkheid moet beoordeeld worden, maar de feitelijke situatie (hoe wordt in de praktijk gewerkt?). Het is daarnaast belangrijk te voorkomen dat de bescherming van het arbeidsrecht eenvoudig kan worden ontdoken, door (strategisch) contractuele bepalingen in een overeenkomst op te nemen zonder dat deze bepalingen iets zeggen over de daadwerkelijke situatie waarin gewerkt wordt en de verhouding tussen partijen. Om dit tegen te gaan, geldt ook in de toekomst het adagium 'wezen gaat voor schijn'. Het als uitgangspunt nemen van de feitelijke situatie is ook mede de consequentie van het belang dat het kabinet eraan hecht om in de pas te blijven bij de uitleg van het begrip 'werknemer' in Europese jurisprudentie. Ook daar is het uitgangspunt dat bij de beoordeling van arbeidsrelaties de feiten en omstandigheden van de arbeidsrelatie doorslaggevend zijn voor de beoordeling ervan, niet dat wat er op papier staat.

3.3.3 Niveau van wetgeving

3.3.3.1 Hoofdelementen ter structurering van de norm 'werken in dienst van'

Voorgesteld wordt om de aan de jurisprudentie ontleende hoofdelementen die de wettelijke norm 'werken in dienst van' invullen limitatief in het Burgerlijk Wetboek zelf op te nemen. Dat vergt wijziging van artikel 7:610 BW en opname van een drietal structurerende elementen voor (de toetsing aan) de norm het 'werken in dienst van'. Daar is om een aantal redenen voor gekozen. Ten eerste is het uitgangspunt dat fundamentele onderdelen van regelgeving in de formele wet worden neergelegd (primaat van de wetgever). Naar het oordeel van het kabinet zijn deze hoofdelementen zodanig fundamenteel voor het antwoord op de vraag of in dienst van een ander wordt gewerkt, dat deze op het niveau van de formele wet moeten zijn neergelegd. Het al dan niet werken in dienst van is dat wat de werknemer van de zelfstandige onderscheidt en daarmee bepalend voor de vraag of een werkende onder de beschermende werking van het arbeidsrecht valt.[78] De hoofdelementen kleuren het werken in dienst van een ander verder in en zijn daardoor bepalend.

Ten tweede zijn de hoofdelementen naar het oordeel van het kabinet geschikt om duurzaam sturing en richting te geven aan de invulling van het werken "in dienst van". Voor het selecteren van deze hoofdelementen is immers nadrukkelijk gekeken naar de rode draden die uit de rechtspraak (zowel nationaal als de Europese jurisprudentie) en literatuur naar voren komen. Ook dit pleit ervoor om deze hoofdelementen op het niveau van de wet vast te leggen.
Deze hoofdelementen zijn limitatief opgenomen in het voorgestelde tweede lid in artikel 7:610 BW. Dat betekent dat daarmee in feite is gedefinieerd wat onder het werken in dienst van een ander moet worden verstaan. Alle feiten en omstandigheden die worden meegewogen bij de beoordeling van een arbeidsovereenkomst, moeten te brengen zijn onder de drie genoemde hoofdelementen. Het kabinet stelt voor om de hoofdelementen op deze wijze vast te leggen omdat hiermee het meeste recht wordt gedaan aan het doel om meer duidelijkheid en sturing te bieden aan de praktijk. Tegelijkertijd heeft de rechter voldoende ruimte om de feiten en omstandigheden die van belang zijn mee te wegen. De elementen die thans zichtbaar zijn in de literatuur en jurisprudentie zijn inpasbaar in de hoofdelementen in dit voorstel.

3.3.3.2 Indicaties

Het kabinet stelt voor om de indicaties die de hoofdelementen verder inkleuren op te nemen in een algemene maatregel van bestuur. Daartoe wordt voorgesteld een delegatiegrondslag in te voegen in een nieuw vierde lid in artikel 7:610 BW. Ten eerste geldt ook voor deze indicaties dat zij een zekere toekomstbestendigheid moeten hebben. Onder andere om deze reden wil het kabinet expliciet aansluiten bij de hoofdlijnen uit de Europese jurisprudentie over het werknemersbegrip. Het belang hiervan en welke hoofdlijnen zichtbaar zijn in de Europese jurisprudentie is in paragraaf

[78] Uiteraard mits ook de andere kenmerken van de arbeidsovereenkomst, het persoonlijk verrichten van arbeid en loon, aanwezig zijn.

CONCEPT

3.7 verder toegelicht. De indicaties zijn ten tweede zo geformuleerd dat zij voldoende ruimte geven aan de praktijk en ontwikkelingen daarin. Om die ruimte te geven is het belang dat alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van een arbeidsrelatie, zowel door de praktijk van werkenden en werkgevenden, als voor uitvoeringsorganisaties en (uiteindelijk) de rechter. Uiteraard draagt dit ook bij aan de toekomstbestendigheid van de indicaties. Tegelijkertijd is het van belang dat deze indicaties voldoende helder en afgebakend zijn om de gewenste duidelijkheid en sturing te geven. Omdat de inkleuring van de hoofdelementen door indicaties dusdanig belangrijk is voor het voorstel, worden de indicaties in deze memorie van toelichting al toegelicht. In de algemene maatregel van bestuur wordt dit uitgebreider beschreven.

Dat de rechtspraktijk kan uitgaan van de in de algemene maatregel van bestuur vastgelegde indicaties als relevant toetsingskader is – gelet op het doel van het wetsvoorstel – belangrijk. De indicaties worden daarom in beginsel limitatief vastgelegd. Anders biedt een toetsingskader onvoldoende houvast en duidelijkheid. Daarmee komt dit toetsingskader in de plaats van de (ongestructureerde) holistische benadering. Op basis van het toetsingskader bestaat voortaan duidelijkheid over welke hoofdelementen en indicaties van belang zijn bij de beoordeling of er sprake is van werken 'in dienst van' of van zelfstandigheid. Deze hoofdelementen en indicaties zijn overigens wel gebaseerd op elementen die in de jurisprudentie en daarin tot nog toe gehanteerde holistische benadering naar voren zijn gekomen. Zie in paragraaf 3.5 voor de keuzes die hierin gemaakt zijn bij de uitwerking van de hoofdelementen.

Er wordt in de algemene maatregel van bestuur wel voorzien in een bepaling die ruimte geeft om onder uitzonderlijke omstandigheden andere indicaties bij een beoordeling te betrekken die buiten de reikwijdte van de beschreven indicaties vallen. Er is daardoor met het oog op niet te voorziene toekomstige ontwikkelingen op de arbeidsmarkt in uitzonderlijke gevallen voorzien in ruimte om feiten en omstandigheden te betrekken bij de toetsing die niet onder één van de indicaties te brengen zijn. Doordat de indicaties die worden vastgelegd zijn gedestilleerd uit bestaande jurisprudentie en ook zijn geformuleerd dat er veel feiten en omstandigheden uit de praktijk aan zijn te relateren, is de kans dat er, bij wijze van "ventiel", daadwerkelijk gebruikt van moet worden gemaakt in de rechtspraak om tot billijke uitspraken te komen, beperkt. Zou blijken dat er door ontwikkelingen op de arbeidsmarkt structureel sprake is van nieuwe indicaties die relevant zijn voor de beoordeling van arbeidsrelaties dan zullen die, omwille van duidelijke en hanteerbare wetgeving, ook in de toekomst opgenomen worden in de algemene maatregel van bestuur.

3.3.4 Hoofdelementen en indicaties ter invulling van 'werken in dienst van'

Met dit wetsvoorstel wordt de open norm in dienst van uit artikel 7:610, lid 1 BW verduidelijkt. Vervolgens worden (bij algemene maatregel van bestuur) de belangrijkste indicaties op genomen die de drie hoofdelementen inkleuren. Ook deze indicaties die de hoofdelementen invullen, zijn aan jurisprudentie ontleend. Daarbij is ook acht geslagen op het in Europese jurisprudentie ontwikkelde werknemersbegrip. Deze hoofdelementen (in de wet) en indicaties (in algemene maatregel van bestuur) vormen voortaan het kader aan de hand waarvan getoetst wordt of sprake is van werken in dienst van een ander en (spiegelbeeldig) of buiten arbeidsovereenkomst arbeid kan worden verricht.

A	Werkinhoudelijke aansturing	1. De werkgevende is bevoegd om aanwijzingen en instructies te geven over de wijze waarop de werkende de werkzaamheden moet uitvoeren en de werkende moet deze ook opvolgen 2. De werkgevende heeft de mogelijkheid om de werkzaamheden van de werkende te controleren en is bevoegd om op basis daarvan in te grijpen
B	Organisatorische inbedding	1. De werkzaamheden worden verricht binnen het organisatorisch kader van de organisatie van de werkgevende. 2. De werkzaamheden behoren tot de kernactiviteit van de organisatie 3. De werkzaamheden hebben een structureel karakter binnen de organisatie 4. Werkzaamheden worden zij-aan-zij verricht met werknemers die soortgelijke werkzaamheden verrichten.

CONCEPT

C	Eigen rekening en risico	1. De financiële risico's en resultaten van de werkzaamheden liggen bij de werkende. 2. Bij het verrichten van de werkzaamheden is de werkende zelf verantwoordelijk voor gereedschap, hulpmiddelen en materialen. 3. De werkende is in het bezit van een specifieke opleiding, werkervaring, kennis of vaardigheden, die in de organisatie van de werkgevende niet structureel aanwezig is. 4. De werkende treedt tijdens de werkzaamheden zelfstandig naar buiten 5. Er is sprake van een korte duur van de opdracht en/of een beperkt aantal uren per week.
C+ (Aanvullend)	Of de werkende zich doorgaans als ondernemer of werknemer in het economisch verkeer gedraagt met betrekking tot vergelijkbare werkzaamheden	Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan: • De werkende heeft meerdere opdrachtgevers per jaar; • De werkende besteedt tijd en/of geld aan het verwerven van een reputatie en het vinden van nieuwe klanten of opdrachtgevers; • De werkende heeft bedrijfsinvesteringen van enige omvang; • De werkende gedraagt zich administratief als zelfstandig ondernemer: is ingeschreven bij de KVK, is btw-ondernemer en/of heeft recht op de fiscale voordelen van het ondernemerschap (zoals ondernemersfaciliteiten) Als hiervan geen of beperkt sprake is, dan is er sprake zijn van een werkende die zich doorgaans als werknemer in het economisch verkeer gedraagt.

a. Werken in dienst van door werkinhoudelijke aansturing
Als het economisch resultaat van de verrichte arbeid van de werkende voor rekening en risico van de werkgevende komt, brengt dat mee dat de werkgever gezag moet (kunnen) uitoefenen gedurende het verrichten van de arbeid. Deze omstandigheid onderscheidt werknemerschap van het werken als zelfstandige (niet op grond van een arbeidsovereenkomst). In de norm 'in dienst van' uit artikel 7:610 BW ligt dan ook besloten dat de werknemer zich in een ondergeschikte positie bevindt ten opzichte van de werkgever. Bij die gezagsrelatie gaat het in essentie om het vereiste dat de werknemer zich heeft verbonden onder zeggenschap van de werkgever werk te verrichten.

Lange tijd werd bij de beoordeling daarvan primair gekeken naar (de mogelijkheid van) gezagsuitoefening, waarbij de instructiebevoegdheid van de werkgevende, het leiding geven over het werk en het toezicht houden daarop, centraal stond.[79] Uit de jurisprudentie ontstaat het beeld dat dit nog steeds een belangrijk onderdeel is van de beoordeling van de arbeidsrelatie. Het feit dat de werkgevende aanwijzingen en instructies geeft over de werkinhoud en toezicht houdt op het werk, blijft immers een voorname aanwijzing dat er sprake is van een gezagsverhouding. Daarbij geldt dat voor het aannemen van een gezagsverhouding het voldoende is dat aanwijzingen en instructies over de werkinhoud *kunnen* worden gegeven. Het is dus niet nodig dat de werkgever in de praktijk steeds *daadwerkelijk* gezag uitoefent over de werknemer: voldoende is dat de werkgever die *bevoegdheid* heeft. Dit wordt in de literatuur ook wel met latent gezag aangeduid: het *kunnen* verstrekken van instructies en aanwijzingen ten aanzien van de wijze waarop het werk wordt verricht (*werkinhoudelijke instructies).*

Overigens kunnen ook in het kader van de overeenkomst van opdracht instructies worden verstrekt ter uitvoering van de opdracht.[80] Die aanwijzingsbevoegdheid is echter minder verstrekkend en beperkter dan in het kader van een arbeidsovereenkomst: aanwijzingen van een opdrachtgever kunnen alleen zien op de *uitvoering* van de opdracht, dienen verantwoord te zijn en moeten tijdig worden verstrekt.[81] Is dat niet het geval, dan is de opdrachtnemer bevoegd de aanwijzing naast zich neer te leggen of daarvan af te wijken.[82] De opdrachtnemer kan ook de opdrachtovereenkomst beëindigen als hij op redelijke grond de opdracht niet volgens de aanwijzingen uit wil voeren en de

[79] Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (2020), Kamerstukken II 2019/20, 29544, nr. 960
[80] Een opdrachtnemer hoeft alleen gevolg te geven aan aanwijzingen die tijdig verleend en verantwoord zijn (art. 7:402 BW). Bij arbeidsovereenkomsten spreekt de wet over "bevelen of opdrachten" (artikel 7: 678 lid 2 onder j BW).
[81] S. Saïd, De arbeidsovereenkomst. Een bewerkelijk begrip (2022), p. 81.
[82] Kamerstukken *II*, 1982-83, 17779, nr. 3 (memorie van toelichting), p.3.

CONCEPT

opdrachtgever daar desalniettemin aan houdt.[83] Hieruit volgt dat de aanwijzingsbevoegdheid van de opdrachtgever minder ver strekt dan de instructiebevoegdheid in het kader van werkinhoudelijke gezagsuitoefening van de werkgever.

De werkgever kan eveneens aanwijzingen geven ter bevordering van de goede orde binnen de onderneming (artikel 7:660 BW), die niet de beperkingen kennen van de aanwijzingsbevoegdheid van de opdrachtgever. In het kader van een arbeidsovereenkomst kunnen bij het (pertinent) weigeren van het opvolgen van instructies daarentegen sancties volgen, zoals ontbinding van de arbeidsovereenkomst, of zelfs ontslag op staande voet in een uiterst geval.[84] De werknemer is kortom verplicht instructies van de werkgever op te volgen, terwijl de opdrachtnemer op grond van artikel 7:402 BW aanwijzingen die worden gegeven naast zich neer kan leggen als hij daarvoor een redelijke grond heeft.

Hoewel er dus onderscheid is qua 'intensiteit' en verstrekkendheid van de aanwijzingen, is de bevoegdheid om instructies te geven niet uitsluitend mogelijk binnen een arbeidsovereenkomst. Dit is ook een van de redenen waarom, met een toegenomen opleidingsniveau en autonomie van werkenden de instructiebevoegdheid niet altijd meer toereikend is om zelfstandige arbeid van werk op basis van een arbeidsovereenkomst te onderscheiden. Daarom is in de loop der tijd ook meer aandacht gekomen voor de instructiebevoegdheid ten aanzien van de organisatorische inrichting van het werk, in de literatuur als formeel gezag aangeduid. Zie ook hierna de paragraaf over organisatorische inbedding. Dat wil echter niet zeggen dat de werkinhoudelijke aansturing van de werkende niet langer relevant is. In veel gevallen vormt de uitoefening van deze vorm van gezag nog steeds een heldere indicatie dat een werkende niet zelfstandig voor eigen rekening en risico werkt, maar dat het economisch resultaat van het werk voor een ander is, die daarom ook de werkinhoudelijke aansturing verzorgt of kan verzorgen.
Ten slotte is bij het eerste hoofdelement van belang dat de vorm waarin of het middel waarmee de instructies omtrent het werk kunnen worden verschaft niet ter zake doet. Of deze nu mondeling, schriftelijk, digitaal (bijvoorbeeld via een app gebaseerd op een algoritme) worden verstrekt is niet relevant. Bepalend is of de werkgever via de instructies gezag kan uitoefenen over de wijze waarop het werk wordt verricht en daarop toezicht kan houden.

De volgende indicaties geven invulling aan het hoofdelement 'gezag door werkinhoudelijke sturing' en worden opgenomen in een algemene maatregel van bestuur.

A1. De werkgevende is bevoegd om aanwijzingen en instructies te geven over de wijze waarop de werkende de werkzaamheden moet uitvoeren en de werkende moet deze ook opvolgen

Een belangrijke indicatie voor de aanwezigheid van een gezagsverhouding is de bevoegdheid van de werkgevende om bij de uitvoering van de werkzaamheden aanwijzingen en instructies te geven aan de werkende die deze moet opvolgen. Deze aanwijzingen en instructies kunnen zien op het te behalen en/of op het te leveren resultaat (het wat), maar ook op de manier waarop de werkende het werk moet uitvoeren (het hoe). Daarbij kunnen binnen de arbeidsovereenkomst doorgaans eerder op beide punten (wat en hoe) instructies worden gegeven en binnen een andere overeenkomst met name op het resultaat van de opdracht. Zoals hierboven reeds aangegeven gaat het bij dit criterium nadrukkelijk over een *bevoegdheid* van de werkgevende om aanwijzingen en instructies te geven aan de werkende. Of deze daadwerkelijk gegeven worden speelt daarbij geen rol. Het is een recht dat voorbehouden is aan de werkgevende om hiervan gebruik te maken. Dat recht is op zichzelf voldoende als indicatie voor werkinhoudelijke aansturing.

Het geven van aanwijzingen en instructies kan in vele vormen gebeuren. Zo kunnen deze direct of indirect gegeven worden, voorafgaand aan de werkzaamheden, of juist gedurende de werkzaamheden, mondeling of schriftelijk. Zoals hiervoor ook genoemd: aanwijzingen en instructies kunnen ook gegeven worden via de digitale weg, door middel van bijvoorbeeld een algoritme. Ook deze moderne uitingsvorm van het instructierecht is een indicatie van een gezagsverhouding.

[83] Artikel 7:402, lid 2, Burgerlijk Wetboek.
[84] S. Saïd, De arbeidsovereenkomst. Een bewerkelijk begrip (2022), p. 81.

Wanneer het door wet- en regelgeving van derden voor de werkende onmogelijk is om de werkzaamheden zonder aanwijzingen en toezicht te verrichten, is het de vraag of dergelijke aanwijzingen en toezicht ook een indicatie van gezag vormen. Dergelijke regels, die niet rechtstreeks door of namens de werkgevende zijn uitgevaardigd, kunnen het vaststellen van een gezagsrelatie bemoeilijken. Als het gaat om regels die ook gelden voor derden, bijvoorbeeld in het kader van de veiligheid, zoals deze op bijvoorbeeld een bouwplaats of regels met betrekking tot de verkeersveiligheid van toepassing zijn, kunnen dergelijke regels niet zonder meer als indicatie voor gezag gelden. Immers, de voorschriften gelden ook voor bezoekers of andere derden op de locatie of andere verkeersdeelnemers en zijn daarmee niet onderscheidend, ze zeggen in wezen niets over de aansturing(smogelijkheden) door de werkgevende.

Als het gaat om aanwijzingen en instructies voortkomend uit specifieke regelgeving die verband houdt met een specifieke verantwoordelijkheid van de werkgevende met betrekking tot de kwaliteit van de geleverde diensten, denk bijvoorbeeld aan eisen uit de Wet kinderopvang of wetgeving in de zorg en het onderwijs, op grond waarvan de werkgevende werkinhoudelijke eisen stelt en controle uitoefent op het werk van de werkende, dan betreft dit wel een indicatie van de aanwezigheid van een gezagsrelatie. De aanwijzingen en instructies voortvloeiend uit dergelijke regelgeving of protocollen zijn immers exclusief voorbehouden aan de werkenden binnen de betreffende organisatie en zijn doorgaans niet zonder meer van toepassing op derden. Dit is een aanwijzing dat de verantwoordelijkheid voor het resultaat van de (kwaliteit van de) arbeid ligt bij de werkgevende in plaats van de werkende. Als het daarbij aan de werkgevende is om concrete invulling te geven aan bestaande regelgeving dan wel protocollen richting de organisatie die hij heeft ingericht om het werk te verrichten, is dit een vorm van gezagsuitoefening. Als niet de werkende maar de werkgevende uiteindelijk afgerekend wordt op het resultaat en de werkende hier zelf geen of beperkt risico of verantwoordelijkheid loopt, is dit immers ook een belangrijke indicatie dat de werkgevende ook het werk wil kunnen aansturen om een bepaald resultaat te bereiken. De werkende moet 'meebewegen' met de (arbeids)behoeften van de werkgevende, wat impliceert dat de werkende onderworpen is aan (de mogelijkheid van) werkinhoudelijke aansturing.

A2. De werkgevende controleert de werkzaamheden van de werkende en is bevoegd om op basis daarvan in te grijpen

Wanneer de werkgevende toeziet op de werkzaamheden van de werkende, en ook bevoegd is om op basis hiervan bij te sturen of in te grijpen om te zorgen dat het resultaat van de arbeid voldoet aan zijn verwachtingen, is dit een indicatie van de aanwezigheid van een gezagsrelatie. Het monitoren van de werkzaamheden van de werkende kan op verschillende manier vorm krijgen. Het inzetten van GPS-trackers, of het gebruik maken van een vorm van (werk-)tijdregistratie zijn hier voorbeelden van. Het ingrijpen of bijsturen door de werkgevende naar aanleiding hiervan kan op verschillende manieren plaatsvinden, bijvoorbeeld door sancties op te leggen. Maar ook het bijsturen op basis van gemonitorde werkzaamheden of juist het bevorderen van werkenden op basis hiervan zijn voorbeelden. Tot slot is ook het voeren van functionerings- en/of voortgangsgesprekken over de wijze waarop de werkzaamheden worden uitgevoerd tussen werkgevende en werkende, een wijze van toezicht op en controle houden over de arbeid.

Het onderscheidende aspect bij deze indicatie, ten opzichte van werk dat uitgevoerd wordt door een zelfstandige (bijvoorbeeld op basis van de overeenkomst van opdracht), is de bevoegdheid van de werkgever om als opvolging op het toezien op de werkzaamheden ook actie te ondernemen om dit actief bij te sturen. Tegelijkertijd geldt hier dat bij een overeenkomst van opdracht en aanneming van werk ook bijsturing kan plaatsvinden door een opdrachtgever richting een opdrachtnemer (zelfstandige). Hier geldt, zoals hiervoor al opgemerkt, dat bij een opdrachtnemer (zelfstandige) aanwijzingen op de uitvoering van de opdracht moeten zien en verantwoord dienen te zijn en tijdig moeten worden verstrekt.[85] Is dat niet het geval, dan is de opdrachtnemer bevoegd de aanwijzing naast zich neer te leggen of daarvan af te wijken.[86] Dat betekent dat – net als bij de instructiebevoegdheid – de bevoegdheid om in te grijpen bij het toezicht houden op de werkzaamheden (veel) minder ver reikt dan die van een werkgever ten opzichte van een werknemer. Daarnaast ziet het toezicht of het bijsturen door de opdrachtgever in het geval van een overeenkomst van opdracht of bij aanneming van werk meestal vooral op het resultaat. In het

[85] S. Saïd, De arbeidsovereenkomst. Een bewerkelijk begrip, 2022, p. 81.
[86] Kamerstukken *II*, 1982-83, 17779, nr. 3 (memorie van toelichting), p.3.

geval van een arbeidsovereenkomst betreft dit veel vaker een inspanningsverplichting waarbij de werkgever dan ook het recht heeft om op de inspanningen toe te zien en bij te sturen.

b. Werken in dienst van door organisatorische inbedding
De afgelopen decennia is het al dan niet kunnen geven van instructies (materieel gezag) relatief minder belangrijk geworden bij de vraag of er sprake is van gezagsuitoefening. Werkenden zijn steeds verder geëmancipeerd en bezitten gemiddeld genomen over meer autonomie dan in het verleden. Dat heeft geleid tot de afname van arbeidsrelaties die gedomineerd worden door strikte instructies en toezicht van de werkgever. De werknemer krijgt in toenemende mate vrijheid bij de uitvoering van zijn werk. Met name bij werk dat doorgaans een grote mate van autonomie kent is, het goed denkbaar dat de werkgever in mindere mate instructies geeft over werkinhoudelijke zaken. Soms zal de werkgevende daar zelfs niet de expertise voor hebben. In andere gevallen ligt het verstrekken van werkinhoudelijke instructies juist minder voor de hand omdat de werkzaamheden verricht kunnen worden met geen of beperkte aanwijzingen (werkzaamheden van eenvoudiger aard bijvoorbeeld). Ook in die situaties kan er toch sprake zijn van ondergeschiktheid ten opzichte van de werkgevende. Deze ondergeschiktheid hangt dan (met name) samen met de organisatorische inbedding van het werk en de werkende (formeel gezag). Waarbij het ingebed zijn van het werk in de organisatie, een zekere mate van ondergeschiktheid impliceert.

In de loop der jaren is de gezagsverhouding in het kader van de arbeidsovereenkomst langs die lijn dan ook breder benaderd, zowel in de literatuur als in de rechtspraak. Dat betekent niet dat aanwijzingen en controle (zie hiervoor) helemaal niet meer van belang zijn als elementen van gezag. Maar wel dat in de loop der tijd gezagsuitoefening ruimer is opgevat dan alleen deze elementen. Volgens de jurisprudentie vindt gezagsuitoefening niet alleen plaats via materieel gezag dus het (kunnen) geven van instructies en houden van toezicht maar ook via formeel gezag, het zo inregelen van het werk en de werkende in de organisatie van een werkgevende, dat er de facto gezagsuitoefening plaatsvindt. Al in 1972 werd in de literatuur geconstateerd dat "de maatschappelijke werkelijkheid steeds meer arbeidsovereenkomsten te zien (geeft), waarbij de werkgever zich praktisch niet bemoeit met de individuele arbeidsverrichting, omdat zij is opgenomen in een zo goed als automatisch verlopend proces dan wel aan de deskundigheid van de functionaris kan worden overgelaten. Daarom is het voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst niet strikt noodzakelijk dat de werkgever werkvoorschriften feitelijk heeft gegeven of het geven daarvan zich uitdrukkelijk heeft voorbehouden".[87]

Ook de Hoge Raad weegt intussen de organisatorische aspecten rondom het werk en de werkende mee bij de beoordeling van de vraag of gezag wordt uitgeoefend. Het Deliveroo-arrest heeft dat meest recent duidelijk gemaakt,[88] maar deze ontwikkeling is al (veel) eerder ingezet. De Hoge Raad besliste reeds in 1978[89] dat bij de beoordeling van de arbeidsrelatie belang toekomt aan de omstandigheid dat de verrichte werkzaamheden behoorden tot de gewone bedrijfsarbeid van de werkgevende.[90] De gedachte hierachter is dat als de werkende ingebed is in de organisatie, dit een zekere mate van ondergeschiktheid impliceert. Een werkende die zich heeft te conformeren aan de organisatie waarbinnen hij werkzaam is, is niet (volledig) vrij in de wijze waarop hij zijn arbeid inricht en uitvoert. Deze invulling van het gezagscriterium leidt er dus toe dat de beschermende werking van het arbeidsrecht zich uitstrekt tot werkenden die *ondergeschikt* zijn aan de organisatie van de werkgevende. In die benadering is overigens niet vereist dat zowel materieel als formeel gezag aanwezig zijn om te kunnen spreken van werken "in dienst van" in de zin van artikel 7:610 BW.

De commissie Regulering van Werk concludeert in dit verband dat tot de jaren '60 van de vorige eeuw bij de beoordeling 'van werken in dienst van' vooral werd gekeken naar klassiek gezag waarbij de instructiebevoegdheid van de werkgevende, het leiding geven over het werk en het

[87] Zie verwijzing J.P.H. Zwemmer, De pluraliteit van werkgeverschap, 2012, p. 19. Zie ook: Ç.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, Functies onder spanning. Een nieuwe oriëntatie op de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst, 1997.
[88] HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (Deliveroo).
[89] Hoge Raad 17 november 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6391 (IVA/Queijssen).
[90] Al speelde de inbedding van het werk in de civiele rechtspraak lange tijd een minder prominente rol, overigens anders dan in de fiscale rechtspraak. Zie bijv. S. Said, 'Organisatorische inbedding: een bruikbaar kwalificatiecriterium of voer voor juristen?', *TRA* 2020/14.

toezicht houden daarop, centraal stond. In dit verband heeft de commissie Regulering van Werk geadviseerd nadrukkelijker (wettelijk) te verankeren dat de organisatorische inbedding van het werk van belang is bij de beoordeling van de vraag of in ondergeschiktheid wordt gewerkt. Onder andere om te voorkomen dat in jurisprudentie het gezagscriterium nu eens traditioneel en dan weer meer eigentijds wordt uitgelegd.[91] De commissie Regulering van Werk wijst er in dit verband ook op dat in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie de zogenoemde organisatorische inbedding van de werkende in de organisatie van de werkgevende ook een belangrijke rol speelt bij de vraag of sprake is van werknemerschap.[92]

Belangrijk bij dit hoofdelement is om het verband tussen de organisatorische inbedding van de werkende en de inbedding van het werk in de organisatie van de werkgevende te bezien. De organisatorische inbedding van de werkende en het werk staan in nauw verband met elkaar. Zoals hierboven uiteengezet, vindt er bij een zekere mate van organisatorische inbedding van de werkende bij de werkgevende, gezagsuitoefening plaats zonder dat er sprake is van (nadrukkelijke) instructies en toezicht. In het verlengde daarvan komt ook belang toe aan de vraag of het werk als zodanig structureel is ingebed in de organisatie van de werkgevende. Dit is het geval als de arbeid een kernactiviteit van de werkgevende betreft, of structureel en regelmatig binnen de onderneming wordt uitgevoerd. Bij dergelijke activiteiten ligt het immers voor de hand dat het economisch resultaat van de verrichte arbeid van de werkende voor rekening en risico van de werkgevende komt en brengt dat mee dat de werkgever daarover gezag wil uitoefenen. Gelet hierop wordt voor de invulling van het tweede hoofdelement gekeken naar zowel de inbedding van de werkende als naar de inbedding van het werk binnen de organisatie van de werkgevende.

De volgende indicaties geven invulling aan het hoofdelement 'gezag door organisatorische inbedding' en worden opgenomen in een algemene maatregel van bestuur.

B1. De werkzaamheden worden verricht binnen het organisatorisch kader van de organisatie van de werkgevende.
Het organisatorisch kader wordt gevormd door de binnen de organisatie geldende kaders, regels en (gedrags-)normen. Deze kaders kunnen zien op bijvoorbeeld gedragscodes of bedrijfsbeleid van de werkgevende. Maar ook het feit dat de werkzaamheden moeten worden verricht met behulp van de door de werkgevende beschikbaar gestelde voorzieningen, zoals materialen, bedrijfsmiddelen, hulpmiddelen, gereedschap, kantoorartikelen dragen bij aan het verrichten van de werkzaamheden binnen het organisatorisch kader van de organisatie.

Hoewel het niet per definitie een indicatie voor de aanwezigheid van een gezagsverhouding is als de aard van het werk met zich meebrengt dat de werkende op een bepaalde locatie of op een bepaald tijdstip moet werken, kan zeggenschap van de werkgevende hierover wel een indicatie vormen dat de werkende is ingebed in het organisatorisch kader. Ook het feit dat de werkende een vergelijkbaar systeem van arbeidsvoorwaarden kent als werknemers bij dezelfde organisatie, dezelfde opleidingen en/of trainingen dient te volgen en de werkende voor derden herkenbaar als werkende voor het bedrijf van de werkgevende en als zodanig naar buiten treedt tijdens de werkzaamheden, zijn indicaties dat de werkzaamheden worden verricht binnen het organisatorisch kader van de werkgevende.

B2. De werkzaamheden behoren tot de kernactiviteit van de organisatie van de werkgevende.
De kernactiviteit van een onderneming omvat de voornaamste bestaansreden van de onderneming. Wanneer de werkzaamheden die de werkende verricht behoren tot de kernactiviteiten van de bedrijfsvoering van de opdrachtgever, is het doorgaans lastiger voorstelbaar dat de werkgevende hier geen economisch risico op draagt en er dus geen sprake is van gezag. Verondersteld mag dan ook doorgaans worden dat de werkgevende mogelijkheden wil hebben om de activiteiten die daarmee samenhangen te willen sturen en controleren. Dat werkzaamheden onderdeel zijn van de kernactiviteit van een organisatie, vormt dan ook een indicatie voor het bestaan van gezag over de werkende. De vraag naar wat kernactiviteiten zijn, kan in beginsel beantwoord worden aan de hand van de activiteiten waarmee een organisatie zich in hoofdzaak bezighoudt, waar deze in de

[91] Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk, 2020. p. 185.
[92] Zie hierover ook de voortgangsbrief werken met en als zelfstandige(n) van 16 december 2022, zie ook paragraaf 3.7.

kern op is gericht voor wat betreft het bieden van producten of diensten. Denk aan de vrachtwagenchauffeur bij een transportbedrijf, een programmeur bij een IT-bedrijf, een OK-verpleegkundige in een ziekenhuis, een timmerman bij een meubelmakerij of een leraar op een school.

Wanneer het gaat om die activiteiten die zich bevinden in de schil rondom de kernactiviteit, maar die wel van belang zijn voor het functioneren van de organisatie (bedrijfsvoering), spreken we niet meer over kernactiviteiten. Het gaat in die gevallen veelal om functies ter ondersteuning van de bedrijfsvoering. Dat wil overigens niet zeggen dat, als werkzaamheden geen kernactiviteiten zijn, binnen die organisatie het hoofdelement organisatorische inbedding verder niet relevant kan zijn. Afhankelijk van de vormgeving van een specifieke arbeidsrelatie, kan er nog steeds voldaan worden aan indicaties die hierna worden besproken zoals werkzaamheden binnen het organisatorisch kader, een structureel karakter van werkzaamheden, en werkzaamheden die zij-aan-zij met werknemers worden verricht.

B3. De werkzaamheden hebben een structureel karakter binnen de organisatie
Ook het structurele karakter van de werkzaamheden vormt in een betreffende arbeidsrelatie een indicatie dat de werkzaamheden zijn ingebed in de organisatie. De werkzaamheden zijn structureel aanwezig binnen de organisatie, wanneer er sprake is van een regelmatig patroon van de werkzaamheden. Daarbij moet het niet gaan om werk dat een zeer marginale omvang heeft.
Het gaat hierbij om werkzaamheden die binnen de onderneming structureel worden uitgevoerd. Dit kan ook gelden voor werkzaamheden die geen kernactiviteit betreffen maar die langdurig of op regelmatige en wederkerige basis noodzakelijk zijn voor het draaiende houden van de organisatie.

Wanneer de werkzaamheden normaliter door werknemers worden verricht, is dit bijvoorbeeld een indicatie dat de werkzaamheden een structureel karakter hebben in de organisatie. Dat kan ook gaan om vervanging bij ziekte of zwangerschap, of om inspringen bij piekmomenten. In beginsel moet, indien de arbeidsrelatie verder niet anders wordt vormgegeven, een werkende die dit soort werk tijdelijk uitvoert binnen een organisatie op eenzelfde wijze als andere werknemers ook op arbeidsovereenkomst werkzaam zijn. Dat betekent niet dat tijdelijke klussen die een zekere inbedding kennen binnen een organisatie altijd op basis van een arbeidsovereenkomst plaats dienen te vinden. Wanneer de werkzaamheden zo anders zijn dan de wijze waarop het werk regulier is vormgegeven dan maakt dit de beoordeling van de specifieke casus anders en kan – afhankelijk van hoe de arbeidsrelatie in dat geval is ingericht – het zwaartepunt binnen de arbeidsrelatie toch liggen op het werken voor eigen rekening en risico (buiten arbeidsovereenkomst).

B4. Werkzaamheden worden zij-aan-zij verricht met werknemers die soortgelijke werkzaamheden verrichten.
Wanneer de werkzaamheden vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden van andere werknemers die bij dezelfde werkgevende op basis van een arbeidsovereenkomst werken, is dat een indicatie dat de werkende organisatorisch is ingebed. Het gaat in dat geval om werkenden die niet of nauwelijks te onderscheiden zijn van werkenden in loondienst in de organisatie. Daarbij gelden voor de werkenden dezelfde werkafspraken, bedrijfs- of gedragsregels of voorschriften als voor werknemers bij dezelfde organisatie. Het uitgangspunt is dat wanneer de werkende er uit ziet als een werknemer, de werkende wordt behandeld als een werknemer, en zich gedraagt als een werknemer, dat de werkende dan waarschijnlijk ook een werknemer is.[93]

c. Werken voor eigen rekening en risico in de betreffende arbeidsrelatie
Zoals het werken in dienst van de essentie is van het verrichten van werk als werknemer, is het voor eigen risico en rekening verrichten van werk (spiegelbeeldig) de essentie van het werken als zelfstandige. Het kabinet wil bij de beoordeling van een arbeidsrelatie ook recht doen aan dergelijke indicaties die wijzen op de afwezigheid van een arbeidsovereenkomst en deze een duidelijke positie geven bij de beoordeling. Daarom introduceert het kabinet het element van ondernemerschap voor het eerst als contra-indicatie bij de beoordeling van de arbeidsrelatie. Dit

[93] Zie ook: FNV Kiem / Staat der Nederlanden, HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411, r.o. 31, Hof Arnhem-Leeuwarden, 20 juni 2023, nr. 200.311.917/01.

CONCEPT

vanuit het uitgangspunt dat zelfstandige arbeid mogelijk moet zijn en blijven en de vrijheid om als zelfstandige werk te verrichten niet onnodig belemmerd moet worden. Zo wil het kabinet de kwalificatie van de arbeidsrelatie ook meer in lijn brengen met de moderne maatschappij. Waar werkinhoudelijke en organisatorische gezagsuitoefening nadrukkelijk wijzen op het werken in dienst van een ander, wijst het werken voor eigen risico en rekening op de afwezigheid van werken in dienst van een ander.

De onderliggende indicaties van het hoofdelement zijn – net als de indicaties voor organisatorische inbedding - niet nieuw in de jurisprudentie. Op basis hiervan zijn ook in het Handboek Loonheffingen indicaties opgenomen die wijzen op de afwezigheid van werken in dienst van. Deze zien in dat verband zowel op indicaties die wijzen op de afwezigheid van werkinhoudelijke aansturing (hoofdelement A) en organisatorische inbedding (hoofdelement B) als op indicaties die wijzen op zelfstandig werken voor eigen rekening en risico in de betreffende arbeidsrelatie (hoofdelement C). Ook in het recente Deliveroo-arrest overweegt de Hoge Raad dat ten aanzien van het verrichten van arbeid toegekende vrijheid om al dan niet op het werk te verschijnen en een opdracht te aanvaarden eerder wijst op de afwezigheid dan op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Overigens stonden die vrijheden in dat geval (uiteindelijk) niet in de weg aan de kwalificatie van de overeenkomst als arbeidsovereenkomst.[94]

Ook bij de beoordeling van een specifieke rechtsbetrekking (arbeidsrelatie) in de context van het Europese recht wordt bij de beoordeling of een werkende een werknemer is gewicht toegekend aan omstandigheden die duiden op het zelfstandig werken binnen een bepaalde arbeidsrelatie. Daarbij speelt mee of een werkende ondernemersrisico loopt met betrekking tot de werkzaamheden,[95] de vrijheid heeft om tijdschema, plaats en inhoud van het werk te kiezen en niet is opgenomen in de onderneming van de werkgevende.[96] Dit zijn allemaal spiegelbeeldige indicaties van kenmerken van een arbeidsrelatie waarbij in dienst van een ander wordt gewerkt. In het *Yodel-arrest*[97] wordt overwogen dat werknemerschap niet voor de hand ligt als de betreffende werkende de vrijheid heeft om bijvoorbeeld anderen in te schakelen, zelf te beslissen om taken al dan niet uit te voeren de vrijheid te hebben om voor de concurrent te werken en de werktijd naar eigen inzicht in te kunnen delen waarbij het belang van de werkgevende niet leidend is.

In nationale en Europese jurisprudentie komt het element van werken voor eigen rekening en risico dus al voor. Het kabinet kiest ervoor om dit hoofdelement een belangrijke rol te laten spelen bij de beoordeling van de arbeidsrelatie om beter rekening te houden met de huidige maatschappij en recht te doen aan de indicaties die wijzen op werken zonder arbeidsovereenkomst. Omdat er in een concrete casus zowel omstandigheden kunnen zijn die wijzen op het zelfstandig verrichten van werk als kenmerken die op onzelfstandigheid wijzen, wil de wetgever via het derde hoofdelement en de uitwerking daarvan handvatten bieden welke kenmerken wijzen op het zelfstandig verrichten van arbeid in een arbeidsrelatie. Als duidelijker wordt op welke wijze als werknemer dan wel als zelfstandige zonder arbeidsovereenkomst wordt gewerkt, is ook de praktijk daarbij gebaat.

Het uitgangspunt bij de uitwerking van indicaties behorend bij het hoofdelement *werken voor eigen rekening en risico* is dat de indicaties moeten liggen binnen de betreffende arbeidsrelatie. Hiervoor zijn meerdere redenen. Ten eerste, de kern van het overeenkomstenrecht is dat het contract, de daarin opgenomen bepalingen en de wijze waarop partijen daaraan uitvoering geven het startpunt vormt bij de kwalificatievraag (hoe het contract moet worden beoordeeld). Het is dus goed mogelijk dat iemand die doorgaans als werknemer werkt, er klussen als zelfstandige naast doet op basis van een overeenkomst van opdracht. Of tegenovergesteld: iemand die doorgaans als zelfstandige werkt, kan evengoed in een specifieke relatie arbeid verrichten als werknemer. De persoon van de werkende kan kortom niet op voorhand bepalend zijn welk type contract wordt

[94] HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, r.o. 3.3.2 tot en met 3.3.4.
[95] In dit kader is relevant of de werkende is ingebed in de organisatie van de werkgevende. In het verlengde daarvan kan belang toekomen aan de organisatorische inbedding van de *arbeid* en dus de vraag of de arbeid een kernactiviteit van de werkgevende is. Als het gaat om een kernactiviteit van de werkgevende ligt het immers voor de hand dat de werkgevende het economisch risico van de werkzaamheden draagt. Dit element (is de arbeid een kernactiviteit van de werkgevende) is in Europese rechtspraak inzake het werknemersbegrip tot dusver niet genoemd als gezichtspunt in de beoordeling van het Europese werknemersbegrip.
[96] HvJ EU 4 december 2014, ECLLI:EU:C:2014:2411, zaak C-413/13 (FNV KIEM), r.o. 36.
[97] HvJEU 22 april 2020, ECLI:EU:C:2020:288, zaak C-692/19 (Yodel).

aangegaan, daarvoor is het beoordelen van het contract zelf relevant. Ten tweede is het van belang voor de (uitvoerings)praktijk dat de indicaties die zien op de persoon van de werkende (of de werkende een groot aantal opdrachtgevers heeft en tijd of geld besteed aan het opbouwen van een reputatie en vinden van klanten) meestal in mindere mate (voorafgaand) kenbaar en inzichtelijk zijn voor werkgevenden en uitvoeringsorganisaties. Het standaard bij elke arbeidsrelatie moeten toetsen van deze indicaties zou ook voor opdrachtgevers en uitvoeringsorganisaties arbeidsintensief zijn. Ten slotte staat in de huidige rechtspraak (zowel nationaal als Europees) bij de beoordeling steeds de betreffende arbeidsrelatie centraal en niet de persoon van de werkende, al laat jurisprudentie zien dat ook ondernemerschapskenmerken van de werkende wel worden meegewogen.

d. Ondernemerschap buiten de betreffende arbeidsrelatie (C+)
Ook al kan het ondernemerschap van de persoon van de werkende gelet op het bovenstaande niet centraal staan bij de beoordeling van een concrete rechtsbetrekking, het kabinet acht het wel van belang ondernemerschap van de persoon een rol te geven bij de beoordeling van arbeidsrelaties.[98]

In bestaande nationale jurisprudentie komen verschillende indicaties naar voren die raken aan ondernemerschap en een specifieke arbeidsrelatie overstijgen. Zo zijn in het recente Deliveroo-arrest[99] een aantal van deze aspecten benoemd die iets duidelijk maken over hoe de werkende zich doorgaans in het economisch verkeer manifesteert. Daarbij laat de Hoge Raad zich overigens niet uit hoeveel gewicht hieraan moet worden toegekend. Ook bestaat er een maatschappelijke wens om deze kenmerken een rol te geven in de kwalificatie. Met name diegenen die doorgaans als zelfstandig ondernemer werken, zouden graag zien dat dit ook gewicht heeft in de beoordeling van arbeidsrelaties die zij aangaan, onder andere om het risico te verkleinen dat ze in een specifieke arbeidsrelatie (zonder dat ze dat beogen) in dienst van een ander te werken. Het kabinet begrijpt deze wens en wil hier ruimte voor scheppen met dit wetsvoorstel. In paragraaf 3.3.5.1 wordt duidelijk gemaakt hoe deze indicaties een rol krijgen.

Hierna gaan we eerst in op de indicaties die invulling geven aan het hoofdelement 'werken voor eigen rekening en risico' *in de betreffende arbeidsrelatie.* Deze worden opgenomen en uitgewerkt in een algemene maatregel van bestuur.

C1. De financiële risico's en resultaten van de werkzaamheden liggen bij de werkende.
Zoals hierboven toegelicht is het werken voor eigen rekening en risico de essentie van het werken als zelfstandige, bijvoorbeeld op basis van een overeenkomst van opdracht of overeenkomst van aanneming van werk.

In het verlengde hiervan is het dus een contra-indicatie van werken in dienst van wanneer de financiële risico's en resultaten van het werk bij de werkende liggen. Hierbij gaat het om het debiteurenrisico, aansprakelijkheidsrisico en de financiële risico's bij het niet nakomen van een resultaatverplichting. Voor de beoordeling is het niet van belang of de werkende het risico al dan niet heeft afgedekt door het afsluiten van een verzekering.

Een onderdeel van deze contra-indicatie is daarnaast dat de werkende investeringen heeft gedaan die van belang zijn voor de betreffende arbeidsrelatie. Hierbij is zowel de aard als de omvang van de investeringen van belang. Van belang is ten eerste of de investeringen nadrukkelijk van belang zijn voor de arbeidsrelatie. Zo kan in overweging genomen worden of de bedrijfsmiddelen normaliter ook in de privésfeer gebruikt kunnen worden (bijv. een personenauto, computer, telefoon, fiets). Dit staat in relatie met de verantwoordelijkheid voor gereedschap, hulmiddelen en materialen (de indicatie die hierna wordt besproken). Vervolgens moet gekeken worden naar de omvang van de investeringen in relatie tot de verdiensten om na te gaan of er sprake is van investeringen van relevante omvang.

Essentieel is tevens dat naast de benoemde risico's en daar bijhorende verantwoordelijkheid de werkende ook de mogelijkheid heeft om in de betreffende arbeidsrelatie hogere winst of rendement te boeken. In de kern gaat ondernemerschap over het toevoegen van economische waarde, met

[98] HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (Deliveroo).
[99] HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (Deliveroo).

CONCEPT

winst uit onderneming als inkomen. Het is van belang dat deze toegevoegde waarde aanwezig is en leidt tot winst voor de ondernemer. Hierbij kan afwisselend sprake zijn van tijden van winst en verlies. En dus ook tijden waar geen winst wordt geboekt maar er nog wel een realistisch perspectief dat die winst in de toekomst weer kan komen.

Bij het werken voor eigen rekening en risico kan ook de reële mogelijkheid van de werkende om zich vrij te laten vervangen, betrokken worden. Wanneer de werkende zich, zonder voorafgaande toestemming, kan laten vervangen, is dit een indicatie dat de werkende voor eigen rekening en risico werkt. Dit is het geval wanneer de vormgeving van de arbeidsrelatie en bedrijfsvoering het mogelijk maakt dat de werkende zich, zonder overleg met de werkgevende, laat vervangen en dat dit een reële mogelijkheid is die commercieel aangewend kan worden. Alleen als de vrije vervangingsmogelijkheid ook commercieel benut kan worden door de werkende, zegt dat iets over het ondernemerschap van de werkende in die arbeidsrelatie. Het gaat daarbij niet om de situatie waarbij een werkende zich incidenteel laat vervangen. Bij het commercieel benutten van de vrije vervanging kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de pakketbezorger die de bezorging van een postcodegebied als opdracht aanneemt, en anderen inzet om de klus te klaren.

Voor de indicatie geldt dat het van belang is dat de werkende er daadwerkelijk voor gekozen heeft om de risico's en resultaten van het werk te dragen. En dat de werkende niet door beperkte onderhandelingsmacht de facto gedwongen wordt om alle risico's te dragen. Zoals bij alle indicaties, geldt dat de situatie in de praktijk en de verhoudingen tussen partijen moet overeenkomen met de afspraken op papier. Is dat niet zo dan geldt: "wezen gaat voor schijn".

C2. Bij het verrichten van de werkzaamheden is de werkende is zelf verantwoordelijk voor gereedschap, hulpmiddelen en materialen.
In het verlengde van de investeringen vormt een indicatie dat niet in dienst van gewerkt wordt wanneer de werkende tijdens de uitvoering van de werkzaamheden eigen gereedschap, hulpmiddelen en materialen gebruikt. Dat hoeven niet alleen fysieke hulpmiddelen te zijn, maar kan evenzeer bijvoorbeeld bepaalde software zijn. Bedrijfsmiddelen die over het algemeen als basisvoorziening in de privésfeer kunnen worden gezien (zoals een personenauto, computer, telefoon, fiets) en/of die onder een marktconforme prijs worden aangeboden door een opdrachtgever of tussenpersoon worden aangeboden zijn geen onderdeel van deze indicatie. Dan gaat het om zaken die algemeen gangbaar zijn om over te beschikken ook als privépersoon. Het gaat erom dat het daadwerkelijk investeringen doen in de middelen waarmee wordt gewerkt, wijst op werken voor eigen rekening en risico, als ondernemer. Zo kan de aanschaf van, bijvoorbeeld een bestelbus, wel gezien worden als een dergelijke investering.

C3. De werkende is in het bezit van een specifieke opleiding, werkervaring, kennis of vaardigheden, die in de organisatie van de werkgevende niet structureel aanwezig is.
Wanneer de werkende in het bezit is van een specifieke opleiding, werkervaring, kennis of vaardigheden, die in de organisatie van de werkgevende niet aanwezig is, kan dat een indicatie vormen dat sprake is van werken voor eigen rekening en risico. Dit criterium kan in relatie gezien worden tot de beschrijving onder het hoofdelement organisatorische inbedding. Wanneer werkzaamheden structureel worden uitgevoerd binnen de onderneming en daarvoor werknemers ingeschakeld worden dit werkt te doen dan is dit een indicatie voor een arbeidsovereenkomst.

Omgekeerd geldt: als er sprake is van een werkende die qua competenties werkzaamheden kan verrichten die niet structureel binnen de organisatie van de werkgevende aanwezig zijn en werkzaamheden verricht met gebruikmaking van die competenties, is voldaan aan dit criterium. Dit vormt daarmee een indicatie van werken voor eigen rekening en risico.

C4. De werkende treedt tijdens de werkzaamheden zelfstandig naar buiten
Wanneer de werkende tijdens de werkzaamheden binnen de arbeidsrelatie als zelfstandige economische entiteit naar buiten treedt, de arbeidsrelatie is dit een indicatie voor werken voor eigen rekening en risico. Hierbij is van belang dat het naar buiten toe treden als zelfstandige ook voor derden kenbaar is. Als voor derden duidelijk is dat sprake is van een zelfstandige die op afstand staat van de organisatie van de werkgevende waarvoor hij werk verricht is dit een indicatie dat er geen sprake is van werken in dienst van. De werkende is daarmee – zichtbaar – geen onderdeel van de organisatie van de werkgevende, ook al verricht hij voor de werkgevende

CONCEPT

werkzaamheden. Op deze manier vormt het zelfstandig naar buiten treden als werkende, een contrast met organisatorische inbedding. Als de werkende de ruimte heeft om als zelfstandige entiteit naar buiten toe te treden ook gedurende de werkzaamheden, vormt dat een indicatie dat voor eigen rekening en risico wordt gewerkt. Dit kan bijvoorbeeld kenbaar worden gemaakt door zichtbare eigen logo's,

C5. Er is sprake van een korte duur van de opdracht en/of een beperkt aantal uren per week
Wanneer sprake is van een kortdurende opdracht, met een beperkte (uren)omvang, is dit een indicatie die wijst op het werken voor eigen rekening en risico. Bij deze indicatie geldt dat als een opdracht korter en met minder uren dan gangbaar is voor dit soort werk (binnen de organisatie) dat dit wijst op werken voor eigen rekening en risico. De lange duur van een overeenkomst wordt (intuïtief) vaak gekoppeld aan een arbeidsovereenkomst, en korte klussen aan (de mogelijkheid) van een overeenkomst van opdracht of overeenkomst van aanneming van werk. Alhoewel geldt dat ook een kortdurende opdracht, met een beperkte (uren)omvang, op basis van een arbeidsovereenkomst onder gezag plaats kan vinden, geldt doorgaans wel dat hoe korter de opdracht en voor hoe minder uren, hoe waarschijnlijker dat de werkzaamheden verricht kunnen worden zonder dat er sprake is van werkinhoudelijke aanwijzingen en organisatorische inbedding. Eveneens is ook de (financiële) afhankelijkheid van de werkende ten opzichte van de werkgevende doorgaans minder groot bij dergelijke klussen.

Het kabinet reikt geen concrete omvang van duur of aantal uur per week aan om deze indicatie nader in te vullen. Vanaf welke duur en omvang geldt dat zij beperkt qua omvang zijn, hangt af van de omstandigheden van de concrete casus en hangt bijvoorbeeld sterk samen met de werkzaamheden die het betreft, de sector waarin wordt gewerkt en wat daarin gebruikelijk is voor zowel werknemers als zelfstandigen qua duur van werkzaamheden, ook in de desbetreffende organisatie. Indien er steeds vergelijkebare, korte opdrachten worden verricht voor dezelfde opdrachtgever, worden deze niet geacht te vallen onder het criterium korte duur en beperkte omvang. De opdrachten moeten in deze situatie in samenhang worden bezien. Dat geldt ook als er bemiddeld wordt door een tussenpartij, bijvoorbeeld een platform. Indien de werkgevende via een platform bijvoorbeeld de werkende inhuurt terwijl er door de inhurende partij in de praktijk wel gezag wordt uitgeoefend (werkinhoudelijk dan wel via organisatorische inbedding), moet dit worden gezien als uitzendwerk op basis van een arbeidsovereenkomst (uitzendovereenkomst) en niet als zzp-bemiddeling.

3.3.5 Beoordeling en weging
Gevolg van deze benadering waarin ook kenmerken van het werken voor eigen rekening en risico worden meegewogen, is dat bij het meest onderscheidende vereiste van "werken in dienst van" in de definitie van de arbeidsovereenkomst nadrukkelijker een weging plaatsvindt tussen die hoofdelementen die wijzen op de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst en contra-indicaties die wijzen op de afwezigheid ervan. Deze benadering heeft in de jurisprudentie inmiddels al gestalte gekregen. Om de beoordeling meer structuur te geven wil de wetgever de stappen die genomen moeten worden verduidelijken en verdergaand structureren en – de aan jurisprudentie ontleende indicaties voor elk van de hoofdelementen – benoemen zodat deze indicaties ook als handvatten voor de praktijk kunnen dienen om hun arbeidsrelatie vorm te geven naar de gewenste contractvorm. Partijen moeten immers in eerste instantie zelf een beoordeling van de arbeidsrelatie doen. Hieronder wordt toegelicht wat dit betekent voor de beoordeling van de arbeidsrelatie en op welke manier de hoofdelementen gewogen moeten worden.

Bij de beoordeling van 'werken in dienst van' wordt met de voorgenomen wetgeving structuur aangebracht en een toetsingskader aangereikt. De beoordeling van 'werken in dienst van' start met de toetsing aan hoofdelementen A (werkinhoudelijke aansturing) en B (organisatorische inbedding). Alleen als er sprake is van hoofdelementen A en/of B, kan er sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. Andersom geldt dat, als er geen indicaties zijn van deze hoofdelementen in een casus, er ook geen sprake is van werken in dienst van en daarmee niet van een arbeidsovereenkomst (er is in dat geval sprake van noch werkinhoudelijk noch organisatorisch aansturing van de werkende). De beoordeling kan dan stoppen. Het is in zulke gevallen niet nodig om aan contra-indicaties voor het bestaan van het werken in dienst van te toetsen (hoofdelement C). Dit kunnen werkenden zijn die duidelijk buiten een arbeidsovereenkomst werken en

CONCEPT

ondernemer zijn. Maar dit geldt ook voor degene die zowel niet in loondienst als geen ondernemer zijn (fiscaal heet dit resultaat uit overige werkzaamheden).

Indien er wel in enige mate sprake is van indicaties die wijzen op de aanwezigheid van werkinhoudelijke aansturing dan wel organisatorische inbedding, dan worden deze indicaties in samenhang bezien en gewogen met de contra-indicaties. Er moet vervolgens worden gekeken waar het zwaartepunt in een arbeidsrelatie ligt, ofwel op werken in dienst van, dan wel op werken voor eigen rekening en risico. In deze benadering worden hoofdelement A en/of B nadrukkelijk tegenover hoofdelement C geplaatst en wordt gewogen waar het zwaartepunt ligt. Beide zijden van de medaille (A en/of B versus C) kunnen in potentie evenveel gewicht in de schaal leggen.

Door een volgordelijkheid in toetsing aan te brengen, wordt duidelijk hoe de hoofdelementen moeten worden langsgelopen om tot een beoordeling van de arbeidsrelatie te komen. Deze structuur biedt meer duidelijkheid ten opzichte van de huidige situatie waarin niet gespecificeerd is aan welke elementen binnen werken in dienst van getoetst moet worden en welke indicaties daarbij betrokken moeten worden. Het aanbrengen van structuur in de hoofdelementen, ontleend aan de rode draden uit de Nederlandse en Europese jurisprudentie, verlaagt tevens de druk op de toetsing voor partijen (werkenden, werkgevenden maar ook uitvoeringsorganisaties en rechters). Bij een toetsing van de arbeidsrelatie moet voortaan altijd de bovenstaande structuur gevolgd worden waarbij hoofdelementen het gewicht krijgen zoals beschreven. Bij de onderliggende indicaties hangt het gewicht dat hen toekomt mede af van de mate waarin de indicaties daadwerkelijk betekenis hebben voor de partij die de werkzaamheden verricht. Dit is belangrijk tegen de achtergrond van de bescherming van de werkende en het adagium 'wezen gaat voor schijn'. Waar in een contract slechts bepalingen zijn opgenomen die in de praktijk voor een werkende weinig of geen betekenis hebben, geldt - conform de huidige jurisprudentie hierover en bevestigd in het Deliveroo-arrest[100] – dat daaraan beperkt gewicht kan worden toegekend.

Deze structuur betekent dat voor de praktijk duidelijk is welke hoofdelementen belangrijk zijn voor de beoordeling van de arbeidsrelatie, welke indicaties daarbij een rol spelen en hoe partijen derhalve hun gewenste contractvorm conform wetgeving kunnen vormgeven. In het grootste deel van de gevallen zal duidelijk zijn hoe een arbeidsrelatie moet worden gekwalificeerd.

Tegelijkertijd is het kabinet zich ervan bewust dat een grijs gebied resteert in de gevallen dat niet op voorhand duidelijk is waar het zwaartepunt in een arbeidsrelatie ligt. In die gevallen waar de indicaties van werkinhoudelijke aansturing en organisatorische inbedding in evenwicht zijn met de contra-indicaties van het werken voor eigen rekening en risico wordt het van belang geacht dat feiten en omstandigheden die wijzen op dat de werkende zich doorgaans als ondernemer in het economisch verkeer gedraagt, een rol krijgen bij de beoordeling. Daarbij krijgt de vraag of de werkende zich doorgaans met betrekking tot vergelijkbare in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt (buiten de arbeidsrelatie) *werkzaamheden* een rol in de beoordeling van de arbeidsrelatie. De indicaties die wijzen op ondernemerschap in het economisch verkeer (arbeidsrelatie overstijgend) noemen we C+ indicaties.

Wanneer de feiten en omstandigheden zo zijn dat in een bepaalde arbeidsrelatie de indicaties die wijzen op het werken 'in dienst van' (A en/of B) in vergelijkbare mate (van vergelijkbaar soortelijk gewicht) aanwezig zijn als indicaties die wijzen op voor eigen rekening en risico werken in de arbeidsrelatie (C) dan kunnen deze C+ indicaties uitsluitsel bieden. Als de werkende doorgaans als zelfstandige zijn werk verricht dan leidt het betrekken van C+ in de betreffende situatie tot een oordeel dat er in deze arbeidsrelatie geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Geldt dat de werkende zich in het economisch verkeer doorgaans niet als ondernemer gedraagt, dan geldt dat er wel sprake is van een arbeidsovereenkomst in de geschetste situatie. De voorwaarde deze, op de persoon betrekking hebbende indicaties, te betrekken is dat er nadrukkelijk en in voldoende mate indicaties aanwezig zijn die wijzen op werken in dienst van (werkinhoudelijke sturing en organisatorische inbedding). Dit komt naar verwachting in een relatief beperkt aantal gevallen voor. De wijze waarop de werkende zich doorgaans in het economisch verkeer gedraagt krijgt in een dergelijke situaties gewicht bij de beoordeling. Als de hoofdelementen werkinhoudelijke aansturing en organisatorische inbedding enerzijds en werken voor eigen rekening en risico

[100] HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (Deliveroo), r.o.v. 3.2.5.

anderzijds in evenwicht zijn, wordt de persoon van de werkende betrokken om in dergelijke situaties tot een uitkomst te komen voor de beoordeling van de arbeidsrelatie.

De wijze waarop de werkende zich doorgaans in het economisch verkeer presenteert, kan uit verschillende elementen blijken. Hierbij is van belang dat de wijze waarop de werkende zich in het economisch verkeer gedraagt wel voor soortgelijke werkzaamheden moet zijn als de werkzaamheden die worden verricht in de arbeidsrelatie die wordt beoordeeld.

Het kabinet denkt hierbij aan de volgende indicaties:

- De werkende heeft meerdere opdrachtgevers per jaar;
- De werkende besteedt tijd en/of geld aan het opbouwen van een reputatie en het vinden van nieuwe klanten of opdrachtgevers;
- De werkende heeft bedrijfsinvesteringen gedaan van enige omvang[101];
- Het administratief handelen van de werkende wijst op ondernemerschap.
    - De werkende is ingeschreven bij de KVK
    - De werkende is btw-ondernemer
    - De werkende heeft recht op de fiscale voordelen van het ondernemerschap (zoals ondernemersfaciliteiten).

Schematische weergave beoordeling

Figuur 3. Schematische weergave van de beoordeling van 'werken in dienst van' volgens het voorstel.

3.4 Uitwerking in casussen

In deze paragraaf wordt aan de hand van enkele casussen geïllustreerd hoe de hierboven geïntroduceerde hoofdelementen en indicaties uitpakken bij toepassing in een aantal praktische situaties.

Opgemerkt moet worden dat de het één op één toepassen van deze casussen op de praktijk ingewikkeld is omdat feiten en omstandigheden per casus meestal nooit exact hetzelfde zijn. Wijzigen die feiten en omstandigheden, dan wijzigt mogelijk ook de uitkomst op basis van het toetsingskader. Daarbij geldt ook het uitgangspunt: wezen gaat voor schijn. Als de feitelijke

[101] Onder bedrijfsinvesteringen die niet direct aan de concrete arbeidsrelatie zijn toe te rekenen gaat het om investeringen die de werkende persoon als ondernemer doet. Deze investeringen moeten een zodanige omvang hebben dat duidelijk is dat deze gericht zijn op het duurzaam kunnen voeren van een onderneming. Bij bedrijfsinvesteringen kan bijvoorbeeld worden gedacht aan investeringen in inventaris, transportmiddelen, huisvestingskosten, gereedschappen. Investeringen van geringe omvang in zaken die ook in de privésfeer gangbaar zijn om te gebruiken zoals een mobiele telefoon en laptop vallen hieronder niet.

situatie anders is dan op papier gepresenteerd, dan geldt de feitelijke situatie als uitgangspunt voor de beoordeling.

Casus 1: Een zorgverlener werkt voor twee ziekenhuizen. Bepaalt zelf het tarief en heeft aansprakelijkheidsverzekeringen. De klanten zijn de ziekenhuizen die zelf worden gekozen door de medewerker. Het werk dat de medewerker verricht wordt verder bepaald door het ziekenhuis. Het werk betreft een kernactiviteit van het ziekenhuis en is structureel van aard. De wijze waarop de werkende invulling geeft aan de verzorging van de patiënten kan door het ziekenhuis ter discussie worden gesteld. Er is een zekere autonomie maar er gelden ook strenge algemene protocollen/instructies voor de wijze waarop wordt gewerkt. Onderdeel daarvan is dat de medewerker niet zijn eigen materialen mag gebruiken. Ook zijn er aanwijzingen over hoe de medewerker zich binnen de organisatie dient te presenteren en dient te gedragen. De werkende heeft inspraak op zijn werktijden. Er is geen sprake van resultaatsverplichtingen. Er is geen sprake van specifieke kennis of ervaring die niet structureel in de organisatie aanwezig is.

Op basis van de informatie:

- *Er is sprake is van 'werkinhoudelijke aansturing' (er zijn strenge protocollen instructies en er is geen resultaatsverplichting maar een inspanningsverplichting).*
- *Er is ook sprake van organisatorische inbedding (het is een kernactiviteit en binnen een organisatorisch kader, activiteiten zijn structureel, er is een organisatorisch kader waar de werkende zich aan moet houden).*
- *Er is gering sprake van werken voor eigen rekening en risico. De financiële risico's en resultaten liggen niet bij de medewerker en is deze ook niet verantwoordelijk is voor de materialen.* Er is geen sprake van specifieke kennis of ervaring die niet structureel in de organisatie aanwezig is.

De elementen die wijzen op gezag zijn nadrukkelijker aanwezig.

<u>Conclusie: Er is daarom sprake van twee arbeidsovereenkomsten, namelijk met beide ziekenhuizen.</u>

Casus 2: Een acteur komt elk jaar voor groep 8 helpen bij het begeleiden van de eindmusical. Deze acteur doet naast dit werk nog ander werk voor verschillende opdrachtgevers en heeft een eigen website. De acteur moet op afgesproken tijden in de klas zijn en er zijn richtlijnen voor de inhoud van de musical vanwege de identiteit van de school. De acteur werkt samen met de leerkracht van groep 8 aan de musical. De acteur bepaalt de inhoud van de werkzaamheden verder zelf. De acteur mag zich naar de leerlingen en ouders presenteren als een zelfstandig werkende acteur. De acteur heeft geen aansprakelijkheidsverzekeringen.

Op basis van de informatie:

- *Er is zeer gering sprake van 'werkinhoudelijke aansturing', want de acteur heeft veel vrijheid om zelf de inhoud van de werkzaamheden te bepalen. Resultaat dat de acteur oplevert staat centraal (resultaatsverplichting).*
- *Er is zeer gering sprake van organisatorische inbedding (geen kernactiviteit, wel kaders van afgesproken tijden, geen zij-aan-zij werken).*
- *Is er geen of beperkt sprake van de eerste twee hoofdelementen (geen gezagsuitoefening). Er hoeft derhalve niet gekeken te worden naar de contra-indicaties van werken voor eigen rekening en risico.*

<u>Conclusie: Er is geen sprake van een arbeidsovereenkomst</u>

Casus 3: Een leerkracht Spaans laat zich inhuren bij een school waar de leerkracht zes uur per week werkt. De leerkracht maakt gebruik van de lesmethoden en materialen van de school die zijn voorgeschreven, houdt zich aan de interne regels en is aanwezig op de afgesproken tijden van de school. Het functioneren wordt jaarlijks besproken (soort van functioneringsgesprek). De leerkracht

CONCEPT

geeft ook examentrainingen vanuit een bij de KvK ingeschreven onderneming en doet regelmatig vertaalklussen.
Op basis van de informatie:

- *Er is sprake van 'werkinhoudelijke aansturing' (dient zich aan de lesmethoden te houden die zijn voorgeschreven, functioneringsgesprek).*
- *Er is sprake van organisatorische inbedding (kernactiviteit, structureel werk, interne regels, afgesproken werktijden)*
- *Er is gering sprake van werken voor eigen rekening en risico (het risico van het resultaat van het werk dat de les niet wordt gegeven of niet goed wordt gegeven ligt bij de school en de leraar loopt niet zelf of zeer beperkt het risico m.b.t. resultaat van de arbeid).*

Conclusie: Er is sprake van een arbeidsovereenkomst met de school als het gaat om de werkzaamheden als leraar Spaans (dat zegt verder niks over de examentrainingen en vertaalklussen die de leraar als zelfstandig buiten een arbeidsovereenkomst kan verrichten).

Casus 4 Een schilder wordt gevraagd om een schildersbedrijf te helpen. De schilder wordt toegevoegd aan een team van schilders in loondienst dat met een grote schilderopdracht bezig is. De schilder is gevraagd voor het team vanwege specifieke kennis en vaardigheden met betrekking tot het schilderen en restaureren van oudere gebouwen en in het bijzonder de restauratie van de plafondornamenten. Als het de schilder niet lukt de plafondornamenten in goede staat op te leveren, krijgt de schilder niet betaald. Om betaald te krijgen, moet de schilder in dat geval op eigen kosten het werk opnieuw doen. Alle schilders werken samen in een team, maar deze schilder is vanwege zijn specifieke expertise verantwoordelijk voor een specifiek onderdeel (de ornamenten). De schilder krijgt voor een gedeelte van de werkzaamheden gelijkluidende instructies als het team waar de schilder zich in bevindt, maar voor de ornamenten veel autonomie. De schilder heeft geen functioneringsgesprekken en neemt eigen gereedschappen en materialen mee (specifiek geschikt voor ornamenten).
Verder heeft de schilder een groot aantal opdrachtgevers en een eigen website. Ook gebruikt hij een eigen busje waar zijn naam en het logo van zijn bedrijf op staat. De schilder staat ingeschreven bij de KvK, is btw-ondernemer en heeft al jaren recht op de zelfstandigenaftrek.

Op basis van de informatie:

- *Er is beperkt sprake van 'werkinhoudelijke aansturing' (instructies over de manier waarop het werk gedaan moet worden, maar minder toezicht zoals functioneringsgesprekken en er is sprake van een resultaatsverplichting).*
- *Er is nadrukkelijk sprake van organisatorische inbedding (het betreft een kernactiviteit, is structureel werk, en er wordt zij-aan-zij gewerkt met werknemers)*
- *Is er eveneens nadrukkelijk sprake van werken voor eigen rekening en risico (de schilder loopt financiële risico's, beschikt over specifieke vaardigheden, gebruikt eigen gereedschap en materialen en de opdracht is van korte duur)*
- *Er lijkt een min of meer evenwicht te zijn tussen werkinhoudelijke aansturing en organistische inbedding aan de ene kant en eigen rekening en risico aan de andere kant. Beide zijn immers nadrukkelijk aanwezig met vergelijkbare zwaarte.*
- *Er moet daarom worden gekeken naar (C+) of de werkende zich in het economisch verkeer doorgaans als ondernemer gedraagt. Dit is het geval: groot aantal opdrachtgevers, eigen website, heeft bedrijfsinvesteringen gedaan en gedraagt zich administratief als zelfstandig ondernemer.*

Conclusie: Er is geen sprake van een arbeidsovereenkomst.

Casus 5: Een organisatieadviseur laat zich regelmatig inhuren om reorganisaties in kaart te brengen, hiervoor een plan van aanpak op te stellen en (indien nodig) te begeleiden bij de implementatie. Hij acquireert zelf. Bij grotere bedrijven duren de opdrachten wat langer, voor kleinere bedrijven geldt dat het in kortere termijn kan. Voor het plan van aanpak geldt een

CONCEPT

resultaatsverplichting. De organisatieadviseur is vrij in hoe hij dit plan van aanpak realiseert en de inhoud ervan. Er is geen inhoudelijke aansturing vanuit de bedrijven. Bij de begeleiding van de implementatie is dat wat diffuser, maar uiteindelijk stopt het werk na de implementatie. De adviseur heeft een e-mailadres van de onderneming waar de reorganisatie wordt verricht en heeft zich te houden aan de werktijden in de onderneming. De betaling hangt af van het succes van de reorganisaties.
Op basis van de (beperkte) informatie:

- *is er geen sprake van 'werkinhoudelijke aansturing'.*
- *Is er slechts beperkt sprake van organisatorische inbedding (werkzaamheden zijn niet structureel, betreffen geen kernactiviteit, worden niet zij-aan-zij verricht, maar er is wel sprake van werk binnen organisatorisch kader (vanwege de werktijden en gebruik van een e-mailadres van de organisatie)).*
- *De elementen die zien op 'werkinhoudelijke aansturing' en 'organisatorische inbedding' zijn dusdanig beperkt aanwezig dat een arbeidsovereenkomst niet aangenomen kan worden. Er hoeft derhalve niet gekeken te worden naar de elementen die zien op 'werken voor eigen rekening en risico'.*

Conclusie: Er is geen sprake van een arbeidsovereenkomst.

Casus 6: Een interim-manager laat zich inhuren om als manager te fungeren bij ziekte van een manager die in loondienst is bij een werkgever. De interim-manager is zeer ervaren als manager en kan daardoor snel inspringen. De interim-manager is personeelsverantwoordelijk voor ca. 25 FTE. De cultuur van het bedrijf is om managers relatief vrij te laten en autonoom te laten opereren zolang productie op peil blijft, maar het bedrijf is nadrukkelijk wel bevoegd om aanwijzingen te geven. De interim-manager houdt zich aan de organisatorische kaders die gelden en opereert daarbinnen. De interim-manager heeft hiermee doorgaans 2 of 3 fulltime klussen per jaar voor enkele maanden per opdracht.

Op basis van de informatie:

- *Er is enigszins sprake zijn van 'werkinhoudelijke aansturing' (ondanks de vrijheid die de interim-manager krijgt, zijn anderen wel bevoegd om aanwijzingen en instructies te geven).*
- *Er is nadrukkelijk sprake van organisatorische inbedding (structureel werk, want de activiteiten worden normaal ook uitgevoerd, het is een kernactiviteit, ze worden zij-aan-zij uitgevoerd met managers die in loondienst zijn en er is sprake van een organisatorisch kader waar de manager zich aan heeft te houden)*
- *Er is gering sprake van werken voor eigen rekening en risico (de risico's liggen bij de opdrachtgever, er is geen sprake van unieke kennis die niet structureel aanwezig is in de organisatie, de werkende is (naar buiten toe) ook niet herkenbaar als zelfstandig werkende). Wel gaat het om een opdracht van relatief kortere duur (afgezet tegen de gebruikelijke termijn van een management functie).*

Conclusie: De mate van werkinhoudelijke aansturing en inbedding in de organisatie weegt duidelijk zwaarder dan de mate van werken voor eigen rekening en risico. Er is sprake van een arbeidsovereenkomst.

Casus 7: Bij een bouwbedrijf zijn kort na elkaar drie werknemers vertrokken. De orderportefeuille zit vol, dus moeten op korte termijn nieuwe medewerkers worden gevonden. Het bedrijf probeert nieuwe werknemers te werven, maar dat lukt gedeeltelijk. Slechts 1 nieuwe werknemer en 1 stagiair worden gevonden. Daarom heeft het bouwbedrijf een bij hen bekende zzp'er benaderd om tijdelijk, ongeveer 2 maanden, mee te draaien op lopende bouwprojecten voor 2 dagen in de week. Deze zzp'er kan in overleg 2 dagen per week invallen voor dit bouwbedrijf. De zzp'er krijgt een specifieke eigen opdracht toegewezen (het installeren van de keukens in een nieuw huizenproject), waarbij de zzp'er de werkzaamheden alleen uitvoert en zelfstandig verantwoordelijk is om dit conform opdracht en tijdig op te leveren. Gedurende die 2 maanden werkt deze zzp'er met zijn

CONCEPT

eigen klusbus (met daarop zijn naam en logo) en eigen gereedschap. De inkoop van de bouwmaterialen voor de projecten waar de zzp'er meewerkt worden gedaan door het bouwbedrijf.

De zzp'er gaat zelf over zijn werktijden, waarbij hij wel heeft afgesproken kenbaar te maken wanneer hij aanwezig is om de coördinatie van werk en aanwezigheid op de bouwplaats door het bouwbedrijf mogelijk te maken. De zzp'er stuurt maandelijks facturen, gebaseerd op het werkelijke aantal uren vermenigvuldigd met zijn uurtarief (€50, te verhogen met btw). De zzp'er krijgt specifieke opdrachten. Als deze opdrachten niet naar voldoening worden afgerond, moet de zzp'er deze op eigen kosten herstellen. Als de zzp'er tijdens de werkzaamheden schade veroorzaakt, moet de zzp'er de kosten van de schade vergoeden. De zzp'er beschikt over een aansprakelijkheidsverzekering. De zzp'er staat bij de Belastingdienst al enkele jaren bekend als ondernemer voor de omzetbelasting en inkomstenbelasting.

Op basis van de informatie:

- *Er is beperkt sprake van werkinhoudelijke aansturing (zzp'er wordt in beperkte mate aangestuurd door het bouwbedrijf, krijgt alleen specifieke opdrachten)*

- *Er is sprake van organisatorische inbedding (het betreft structureel werk, werkzaamheden zijn kernactiviteit van het bedrijf, er zijn werknemers die hetzelfde werk doen) maar de werkende kiest zelf de dagen en werktijden binnen de openingstijden van het bedrijf en werkt alleen aan zijn opdracht.*

- *Er is ook sprake van werken voor eigen rekening en risico (de zzp'er is zelf verantwoordelijk voor een specifieke opdracht, de zzp'er loopt risico als hij niet werkt, hij moet op eigen kosten werk herstellen en indien van toepassing schade vergoeden. Hij werkt met eigen gereedschap. De werkende treedt onder eigen naam naar buiten (hij werkt met zijn eigen bus met naam en logo erop) en het betreft een opdracht van korte duur).*

- *Er lijkt evenwicht te zijn tussen werkinhoudelijke aansturing en organistische inbedding aan de ene kant en eigen rekening en risico aan de andere kant. Er moet daarom worden gekeken naar of de werkende zich doorgaans als ondernemer gedraagt.*
  Dit lijkt het geval: de werkende is al jaren zzp'er, heeft een eigen klantenportefeuille, heeft meerdere opdrachtgevers per jaar, heeft bedrijfsinvesteringen gedaan (eigen bus en gereedschappen) en hij gedraagt zich administratief als zelfstandige.

Conclusie: Er is geen arbeidsovereenkomst.

Casus 8: Een maaltijdbezorger werkt op regelmatige basis een wisselend aantal uren per week voor een platformbedrijf. Wanneer hij wil werken meldt hij zich aan in de app en krijgt dan op basis van een algoritme instructies ten aanzien van de te bezorgen maaltijden. Daarbij geldt dat hij meer aanbod krijgt naarmate hij meer/sneller werkt. Hij heeft daarbij vrije keuze wanneer hij wil werken en of hij zich eventueel laat vervangen. Hij gebruikt hiervoor zijn eigen fiets en mag zelf zijn kleding kiezen. De maaltijdbezorger werkt alleen voor dit platform en hoewel het mag, laat hij zich niet vervangen. De bezorger krijgt betaald per afgeleverde maaltijd.

Op basis van de informatie:

- *Er is sprake van 'werkinhoudelijke aansturing' (aanwijzingen en instructies worden gegeven en de werkzaamheden worden gecontroleerd).*

- *Er is enigszins sprake van 'organisatorische inbedding'. De werkzaamheden behoren tot de kernactiviteit van de organisatie en hebben een structureel karakter (ondanks dat het verschillende opdrachten achter elkaar zijn, zijn ze zo vergelijkbaar dat ze als structureel mogen worden gezien).*

- *Er is gering sprake van werken 'voor eigen rekening en risico'. De werkende is wel zelf verantwoordelijk voor eigen materialen (de fiets).*

CONCEPT

Conclusie: <u>De mate van werkinhoudelijke aansturing en inbedding in de organisatie weegt duidelijk zwaarder dan de mate van werken voor eigen rekening en risico. Er is sprake van een arbeidsovereenkomst.</u>

Casus 9: Opdrachtnemer laat zich inhuren om als HR specialist een rapport op te stellen i.v.m. een aanstaande reorganisatie, waarbij de kosten van een afdeling moeten worden beperkt. Opdrachtnemer is geheel vrij om te bepalen hoe dit rapport tot stand komt zolang dit maar voldoet aan de randvoorwaarden die door opdrachtgever zijn geschetst in de opdracht. Er wordt hiervoor een overeenkomst van opdracht gesloten van 16 uur per week voor een periode van 6 maanden. Na afronding van een succesvolle reorganisatie is de klus afgerond.

Na 5 maanden wordt één van de parttime HR medewerkers (20 uur per week) van opdrachtgever langdurig ziek. Opdrachtgever verzoekt opdrachtnemer om de werkzaamheden van de zieke medewerker over te nemen. Deze aanvullende werkzaamheden bestaan voornamelijk uit verzuimregistratie en het bijwonen en vastleggen van arbeidsvoorwaardengesprekken in afstemming met het hoofd HR. Opdrachtnemer neemt deze werkzaamheden voor 12 maanden over en werkt daarbij onder dezelfde voorwaarden en binnen hetzelfde team als de zieke medewerker.

Op basis van de informatie:

- *Bij de eerste opdracht is er geen sprake van 'werkinhoudelijke aansturing' (de werkgevende heeft niet mogelijkheid om instructies te geven en kan het werk inhoudelijk bijsturen er is een resultaatsverplichting)*
- *Bij de eerste opdracht is geen sprake van organisatorische inbedding (geen kernactiviteit, geen interne regels, geen afgesproken tijden)*
- *Bij deze eerste opdracht zijn er onvoldoende elementen van 'werkinhoudelijke aansturing' en 'organisatorische inbedding' om een arbeidsovereenkomst aan te nemen.*
- *Bij de tweede opdracht inzake het overnemen van de werkzaamheden van de zieke werknemer is er sprake van 'werkinhoudelijke aansturing' (werkzaamheden worden in afstemming met het hoofd HR uitgevoerd) en van organisatorische inbedding (structureel werk want de activiteiten worden normaal ook uitgevoerd, het is een kernactiviteit, ze worden zij aan zij verricht).*
- *Bij het overnemen van de werkzaamheden van de zieke werknemer is geen sprake van werken voor eigen rekening en risico (de risico's liggen bij de opdrachtgever, er is geen sprake van specifieke kennis die niet structureel aanwezig is binnen de organisatie en de werkende is niet herkenbaar als zelfstandig werkende, ook niet voor beperkte duur en omvang: opdracht van korte duur).*

<u>Conclusie 1: Bij de eerste opdracht is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst.</u>

<u>Conclusie 2: Door het overnemen van de werkzaamheden van de zieke werknemer ontstaat er voor dit deel van de werkzaamheden een arbeidsovereenkomst.</u>

3.5 Overwogen alternatieven

Het bovenstaande betekent dat ook in de toekomst bij het aangaan van een overeenkomst tot het verrichten van werk niet vooraf volledige zekerheid geboden kan worden over de status van de arbeidsrelatie. Immers, alleen achteraf is het mogelijk rekening te houden met alle feiten en omstandigheden van het specifieke geval. Dit betekent dat een bepaalde mate van onzekerheid inherent verbonden blijft aan het proces en partijen op de arbeidsmarkt een eigen verantwoordelijkheid hebben om vanuit het wettelijke (toetsings-)kader bewuste keuzes te maken. Het wetsvoorstel biedt hier handvatten voor. Met de voorgenomen maatregel wordt – kortom - geen zekerheid vooraf, maar wel meer duidelijkheid geboden omtrent de relevante normen rondom de beoordeling van arbeidsrelaties. Duidelijkheid voor werkenden, werkgevenden, uitvoerders en toezichthouders en tot slot ook voor de rechtspraak.

Voor de overwogen alternatieve maatregelen gaat ook op dat hoewel – nadrukkelijk binnen Europese kaders - gezocht is naar een zo groot mogelijke marge van duidelijkheid en zekerheid,

CONCEPT

deze nooit volledig is. Er zijn varianten denkbaar waarbij deze marges mogelijk groter zijn, maar daar komen weer andere tegenargumenten bij naar voren. In deze paragraaf wordt een aantal van deze alternatieven, en de daarmee gepaard gaande voor- en nadelen geschetst, als ook het proces hoe uiteindelijk tot de keuze voor deze maatregelen is gekomen.

De optie om het ondernemerschap als uitgangspunt te nemen is een van de onderzochte alternatieven. Te denken valt dan aan varianten waarbij – voordat toegekomen wordt aan de beoordeling van een arbeidsrelatie – eerst getoetst wordt aan de vraag of een werkende gekwalificeerd kan worden als ondernemer. Daarbij wordt vaak voorgesteld aansluiting te zoeken bij (fiscale) criteria voor ondernemerschap, waarbij onterecht wordt aangenomen dat die op voorhand duidelijker zouden zijn dan de open normen in het arbeidsrecht. Voorstellen als een ondernemersovereenkomst en zelfstandigen een eigenstandige positie in de wet geven, vormen hiervan een illustratie en beogen te voorkomen dat "echte" ondernemers (ongewenst) blijken een arbeidsovereenkomst te hebben. Het idee is dat deze varianten werkenden en werkgevenden die hen inhuren meer zekerheid kunnen bieden voordat het werk van start gaat. De beoogde gevolgen daarvan zijn dat zelfstandig ondernemers niet als werknemers kunnen worden aangemerkt in specifieke arbeidsrelaties en het voorkomen van naheffingen in de sfeer van loonheffingen door de Belastingdienst. Dergelijke alternatieven gaan eraan voorbij dat ook 'ondernemerschap' in de fiscaliteit een holistisch begrip betreft en door middel van jurisprudentie is ingevuld waarbij feiten en omstandigheden van het geval een belangrijke rol spelen.

Daarbij geldt dat maatregelen die het ondernemerschap als uitgangspunt nemen niet het beoogde effect kunnen hebben dat daarmee wordt nagestreefd: ook als een werkende doorgaans als ondernemer zelfstandig het werk verricht, kan hij in een bepaalde arbeidsrelatie toch werken op basis van een arbeidsovereenkomst. De kern van het overeenkomstenrecht is namelijk dat een specifieke contractsrelatie startpunt is bij de vraag welke contractvorm te gelden heeft en niet de personen die een overeenkomst aangaan. Ten slotte zijn deze begrippen moeilijker inzichtelijk te maken voor werkgevenden die ook een belangrijke verantwoordelijkheid bij de beoordeling van de arbeidsrelatie.

Vanwege het bovenstaande wordt bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een overeenkomst van opdracht of een arbeidsovereenkomst gekeken naar dat wat partijen onderling zijn overeengekomen en hoe ze daar in de praktijk uitvoering aan hebben gegeven. Dat betekent dat ook met dergelijke maatregelen waarbij het ondernemerschap als uitgangspunt wordt genomen niet kan worden voorkomen dat een werkende in een specifieke arbeidsrelatie toch als werknemer kan worden aangemerkt. Zoals – andersom – ook een werkende die een arbeidsovereenkomst heeft (als werknemer) ook klussen als zelfstandige kan verrichten. Het feit dat de werkende een arbeidsovereenkomst heeft, dwingt de werkende niet ook in alle andere werkzaamheden die hij verricht tot werknemerschap. Ook in geval van een arbeidsrelatie met een werkende, die daarnaast als zelfstandig ondernemer werkt, kan er dus voor een specifieke opdracht of werkzaamheden nog steeds sprake zijn van een arbeidsovereenkomst, namelijk als er sprake is van arbeid, loon en werken in dienst van. Dit moet steeds voor elke afzonderlijke arbeidsrelatie beoordeeld worden. Dat is het gevolg van de inrichting van ons overeenkomstenrecht, als ook van de Europeesrechtelijke benadering van arbeid, loon en werken in dienst van en de dwingendrechtelijke aard daarvan. Weliswaar zijn (Europeesrechtelijk) ook de vrijheid van ondernemerschap en contractsvrijheid van belang, maar die worden ook in dat kader begrensd door de dwingendrechtelijke bescherming van werknemers. Als er 'in dienst van' wordt gewerkt, is geen sprake van ondernemerschap en wordt de contractsvrijheid van de werkende en werkgevende begrensd.

Een ander alternatief, is om als wetgever de verdere invulling en verduidelijking van "werken in dienst van" te laten rusten en verdere ontwikkeling over te laten aan de jurisprudentie. Het kabinet kiest hier echter niet voor. Hoewel de rechtspraak op een aantal belangrijke punten lijkt te convergeren en de laatste jaren op een aantal belangrijke punten helderheid is geboden rondom de beoordeling van arbeidsrelaties, blijft de holistische benadering van de beoordeling van de arbeidsovereenkomst een te grote mate van openheid en relatieve onvoorspelbaarheid houden. Weliswaar zijn inmiddels een aantal omstandigheden en indicaties aangewezen door de Hoge Raad die van belang kunnen zijn bij de beoordeling maar deze zijn niet begrensd of gestructureerd. Om zowel werkenden en werkgevenden, als uitvoerende en toezichthoudende instanties meer

CONCEPT

duidelijkheid te bieden - bij de beoordeling (en vormgeving) van arbeidsrelaties, zijn daarom aanvullende stappen nodig. Om niet onnodig extra onduidelijkheid te creëren wordt, daarbij zoveel mogelijk aangesloten bij normen die uit de jurisprudentie voortvloeien. Overigens geeft ook de Hoge Raad nadrukkelijk aan geen aanleiding te zien voor nadere regels omdat dit de aandacht heeft van de Nederlandse en Europese wetgever.[102]

In eerdere kabinetsperiodes is ook geprobeerd om duidelijkheid te scheppen door zzp'ers afhankelijk van het tarief minder of meer bescherming te bieden. Deze maatregelen zijn om meerdere redenen niet doorgevoerd. Van de Arbeidsovereenkomst bij laag tarief werd door het kabinet aangenomen dat deze zou gaan stuiten op Europeesrechtelijke bezwaren. Het wetsvoorstel minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring is niet ingevoerd, omdat dit voorstel een enorme impact zou gaan hebben op de administratieve lasten. In de verschillende voortgangsbrieven is de Tweede Kamer hierover geïnformeerd.[103]

Tot slot is meermaals (politiek) aandacht gevraagd voor de wijze waarop in België de verduidelijking van de arbeidsrelatie gestalte heeft gekregen en of dit niet een alternatief zou kunnen zijn voor Nederland. De Belgische situatie heeft overlap maar wijkt op belangrijke punten ook af van de situatie in Nederland. Belangrijkst verschil is dat de verschillen in behandeling tussen werknemers en zelfstandigen in de fiscaliteit en sociale verzekeringen in België een stuk kleiner zijn dan in Nederland; er is sprake van een veel gelijker speelveld. Zo zijn bijvoorbeeld alle zelfstandigen verplicht om zich aan te sluiten bij een sociaal verzekeringsfonds. Afhankelijk van het fonds en de dekking is de bijdrage hieraan zo'n 20% van het inkomen, waardoor zelfstandigen onder meer tegen arbeidsongeschiktheid/ziekte en voor pensioen verzekerd zijn. Er staat in vergelijking met België, kortom, dan ook minder 'druk' op de beoordeling van de arbeidsrelatie dan in Nederland.

Overeenkomst is dat dat ook in België het gezagscriterium doorslaggevend voor de vraag of als zelfstandige wordt gewerkt dan wel als werknemer in dienst van een werkgever. Ook in België is deze relatief open norm van oudsher via jurisprudentie ingevuld. Tegen de achtergrond dat in het begin van vorig decennium onduidelijkheid en (dus rechtsonzekerheid) was ontstaan, heeft de Belgische wetgever in de Arbeidsrelatiewet in 2006 nadrukkelijk duidelijk willen maken welke elementen van belang zijn bij het beantwoorden van de vraag wanneer er sprake is van een arbeidsovereenkomst. In dat licht is er in België voor gekozen om de open norm van gezag (de ondergeschiktheidsrelatie) in wetgeving nader in te vullen aan de hand van de toen bestaande jurisprudentie. De in de wet geformuleerde criteria bieden (meer) richting en houvast aan de praktijk dan normen die enkel voorkomen in de jurisprudentie en in de rechtspraak wisselend kunnen worden toegepast. Het kabinet vindt dit een bemoedigend voorbeeld van hoe de inzet op de verduidelijking van regels rondom de beoordeling van arbeidsrelaties de rechtspraktijk ook in Nederland verder kan helpen.
Naast de algemene criteria, is er in België de mogelijkheid om sectorspecifieke criteria te ontwikkelen, maar daaraan blijkt in de praktijk weinig behoefte te bestaan. Er is in België van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Bij de uitwerking van de criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, heeft de wetgever in België als vertrekpunt de bestaande jurisprudentie genomen. Daarbij is ook aandacht voor de contractsvrijheid, met daarbij wel de notie dat de uitvoering van de overeenkomst ook moet overeenstemmen met de wil van de partijen zoals in de overeenkomst uitgedrukt. Als die wil van partijen niet overeenstemt met de feiten en omstandigheden in de praktijk dient een overeenkomst opnieuw te worden gekwalificeerd. Sinds het Participatieplaatsen-arrest[104] van de Hoge Raad is duidelijk dat in Nederland de partijbedoeling niet als zelfstandig element meeweegt bij de kwalificatie van een arbeidsrelatie, maar alleen van belang is bij de interpretatie van overeengekomen rechten en plichten (in de fase voorafgaand aan de kwalificatie).[105]

[102] HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (Deliveroo), r.o. 3.2.6.
[103] Kamerstukken II 2017/18, 3131, nr. 207, Kamerstukken II 2018/19, 31311, nr. 212, Kamerstukken II 2018/19, 31311, nr. 219, Kamerstukken II 2019/20, 31311, nr. 220 en Kamerstukken II 2019/20, 31311, nr. 23.
[104] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (Participatieplaats).
[105] Kamerstukken II 2020/21, 31311, nr. 237.

Vier algemene criteria vormen de basis waarop de aard van de arbeidsrelatie beoordeeld wordt. Eerste criteria is de wil van de partijen zoals in de overeenkomst uitgedrukt. Dit gaat dan bijvoorbeeld om of het een functie of een opdracht betreft, of er een mogelijkheid tot vervanging is en wat de afspraken zijn over aansprakelijkheid en vergoeding. Naast de wil van partijen zoals in de overeenkomst uitgedrukt spelen in België de volgende algemene criteria een rol: de vrijheid van organisatie van werktijd, de vrijheid van organisatie van werk en de mogelijkheid om een hiërarchische controle uit te oefenen. Bij deze elementen ligt volgens de gesproken partijen de nadruk op de klassieke (formele) gezagsuitoefening (toezicht houden, instructies geven etc.). De meer economische benadering waarbij het bestaan van ondernemerschap van de werkende en de inbedding in organisatie meer centraal staan, speelt in België in beginsel minder een rol dan in Nederland (zowel in de jurisprudentie als de daarop gebaseerde Belgische algemene criteria). Contra-indicaties van werken voor eigen rekening en risico spelen dan ook geen wettelijke rol bij de kwalificatie in België.

Het wetsvoorstel komt in hoge mate overeen met de benadering die in België op dit punt is gekozen: het wettelijk vastleggen van de belangrijkste in jurisprudentie ontwikkelde indicaties. Alleen de specifieke invulling van de wetgeving in de gekozen hoofdelementen en bijbehorende indicaties wijken (op onderdelen) van elkaar af. Dit komt voor uit dat er verschillen zijn tussen de Belgische en Nederlandse jurisprudentie en dat het kabinet het van belang vindt om meer ruimte te geven aan de elementen die wijzen op zelfstandigheid (eigen rekening en risico).

3.6 Overwogen uitwerking van de hoofdelementen

Op dit moment zijn veel feiten en omstandigheden die in de jurisprudentie naar voren zijn gekomen als (mogelijk) relevant voor de invulling van 'werken in dienst van'. De onderlinge weging hiertussen is in de huidige situatie onduidelijk. Zoals hiervoor duidelijk gemaakt heeft het kabinet gekozen voor het wettelijk vastleggen van drie hoofdelementen, gebaseerd op de rode draden uit jurisprudentie en literatuur. Bij de keuze voor de hoofdelementen en de uitwerking daarvan in de relevante indicaties die bij deze elementen horen, is ook gebruik gemaakt van het SEO onderzoek 'kwalificatie arbeidsrelaties'.[106] Uit het onderzoek blijkt dat de indicaties die horen bij de twee hoofdelementen feitelijk (werkinhoudelijk) gezag en organisatorische inbedding deels overlappen, maar tegelijkertijd voldoende onderscheidend van elkaar zijn en daardoor bruikbaar zijn om meer kleuring te kunnen geven aan de invulling van de norm 'werken in dienst van'.[107]

Het startpunt voor de verdere invulling van de drie overkoepelende hoofdelementen is het flinke aantal in de jurisprudentie tot stand gekomen relevante indicaties en contra-indicaties geweest. Deze lijst is voor het tot stand komen van het Handboek Loonheffingen en de pilot webmodule opgesteld na uitgebreid jurisprudentie-onderzoek. Uit de jurisprudentie zijn verschillende/belangrijkste indicaties geselecteerd en gecomprimeerd die zijn toegelicht in paragraaf 3.3. Ten eerste wordt toegelicht hoe de selectie is gemaakt. Daarnaast wordt van enkele belangrijke indicaties uitgelegd waarom die niet zijn opgenomen.

Wijze van bepaling relevante indicaties onder de hoofdelementen

De indicaties die de verschillende hoofdelementen operationeel maken worden opgenomen in een nog vast te stellen algemene maatregel van bestuur. Omdat deze indicaties dusdanig belangrijk zijn voor de inhoud van dit wetsvoorstel, worden deze indicaties al wel toegelicht in deze memorie van toelichting. Bij het bepalen van de bij de hoofdelementen behorende relevante indicaties is het vertrekpunt de jurisprudentie geweest. Hierin heeft de praktijk immers meer dan een eeuw zijn weerslag gehad en daarin zijn een grote hoeveelheid feiten en omstandigheden als relevante indicatie voor een arbeidsovereenkomst of juist als contra-indicatie ontwikkeld.
Het vertrekpunt is daarbij primair geweest jurisprudentie die is samengebracht in het Handboek Loonheffingen en de webmodule beoordeling arbeidsrelaties en daarbij is in ogenschouw genomen de relevante jurisprudentie die vervolgens nog is verschenen. Het voornoemde Deliveroo-arrest

[106] SEO, Kwalificatie arbeidsrelaties, 2021. Zie: https://www.kennisplatformwerkeninkomen.nl/documenten/publicaties/2023/03/29/kwalificatie-arbeidsrelaties.-potentiele-criteria-voor-de-beoordeling-van-arbeidsrelaties.

[107] De kanttekening die daarbij gemaakt moet worden is dat de feiten en omstandigheden die horen bij indicaties die wijzen op gezag, door werkenden en werkgevenden niet altijd hetzelfde worden geïnterpreteerd. Waar een werkgevende bijvoorbeeld meent dat sprake is van de mogelijkheid om instructies te geven, kan de werkende daar anders over denken.

heeft daarbij een belangrijke plek. Voor het vertrekpunt van het Handboek Loonheffingen en de webmodule is gekozen omdat tijdens het kabinet Rutte-III al uitvoerig jurisprudentieonderzoek is verricht naar de in rechtspraak gehanteerde indicaties rondom de beoordeling van arbeidsrelaties. Op die manier is gekomen tot de meest relevante indicaties bij de beoordeling van arbeidsrelaties om te gebruiken voor de voornoemde instrumenten. Hiervoor is destijds zowel van de zijde van het kabinet zelf op basis van jurisprudentie in beeld gebracht wat relevante indicaties zouden kunnen zijn, als gebruik gemaakt van onderzoek en database van de Universiteit van Amsterdam.[108] Op basis hiervan zijn conceptvragenlijsten voor de webmodule opgesteld, die vervolgens in gesprek met veldpartijen zijn doorontwikkeld. Ten opzichte van de instrumenten van het handboek en de webmodule en daarin relevant geachte indicaties en bijbehorende vragen zijn in dit wetsvoorstel een aantal andere keuzes gemaakt. Die zijn samen te brengen onder een aantal noemers:

a. Het werken voor eigen rekening en risico is nadrukkelijker gemarkeerd
Het kabinet vindt het belangrijk dat wanneer er in een arbeidsrelatie de nadruk ligt op het zelfstandig werk verrichten, dit plaats kan vinden zonder (verplichte) arbeidsovereenkomst. Ook indien er sprake is van gezagselementen in de arbeidsrelatie, kan er in dat geval toch zonder arbeidsovereenkomst worden gewerkt. Daarmee schept het kabinet bewust, ten opzichte van het Handboek Loonheffingen en de webmodule meer ruimte om ook de elementen die wijzen op zelfstandigheid gewicht te geven. Ook indien er sprake is van balans tussen feiten en omstandigheden die wijzen op gezag en werken voor eigen rekening en risico, krijgen elementen van ondernemerschap van de werkende persoon gewicht. Deze elementen zaten minder nadrukkelijk in de voornoemde instrumenten en hadden geen plek in de wetgeving.

b. Feiten en omstandigheden (en bijbehorende vragen) opgenomen onder een 'bredere noemer'
Ook zijn er in het Handboek en de webmodule een flink aantal omstandigheden en daaraan gerelateerde vragen opgenomen die in de toelichting bij het wetsvoorstel (en de op te stellen algemene maatregel van bestuur) onder een bijbehorende, maar bredere geformuleerde indicatie worden geschaard. Zo valt onder 'werkend binnen het organisatorisch kader van de organisatie' onder meer de vraag of een werkende zijn eigen werktijd mag bepalen en of hij zijn eigen plaats van werken mag kiezen en of hij deelneemt aan bedrijfsuitjes. Dergelijke omstandigheden zijn in de webmodule nu allemaal apart uitgevraagd. Soms zitten er ook vragen in beide instrumenten die gericht zijn op het uitvragen van dezelfde feiten en omstandigheden. Zoals bijvoorbeeld de vraag of de opdrachtgever instructies kan geven over de manier waarop de werkende de opdracht moet uitvoeren (het hoe) en een andere vraag of het resultaat van de opdracht niet duidelijk is omschreven. De hieraan gerelateerde feiten en omstandigheden kunnen beide gerelateerd worden aan de indicatie die hoort bij het hoofdelement werkinhoudelijke aansturing "de werkgevende is bevoegd om aanwijzingen en instructies te geven over de wijze waarop de werkende de werkzaamheden moet uitvoeren en de werkende moet deze ook opvolgen".

c. Feiten en omstandigheden (en bijbehorende vragen) die niet zijn opgenomen als zelfstandige indicatie of behorend bij een indicatie omdat ze veeleer een gevolg zijn van de kwalificatievraag

Feiten en omstandigheden die eerder een gevolg zijn van de kwalificatievraag zijn niet opgenomen als zelfstandige indicatie om de arbeidsovereenkomst te beoordelen. Daarbij gaat het met name om de omstandigheid dat loon doorbetaald wordt bij ziekte door de organisatie, er een verzuimtraject gestart wordt bij ziekte, vakantieverlof wordt opgebouwd etc. Afspraken van deze aard behoren bij een arbeidsovereenkomst en zijn een gevolg van de kwalificatie van de arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst. Een contra-indicatie voor een arbeidsovereenkomst (het werken voor eigen rekening en risico) is wel dat de werkende financiële risico's loopt die verband houden met het werk. Deze contra-indicatie zal niet gemakkelijk aan te nemen zijn als bovenstaande zaken in een overeenkomst zijn vastgelegd; anders zou het gemakkelijk zijn om de bescherming van het arbeidsrecht te omzeilen.

d. Feiten en omstandigheden (en bijbehorende vragen) die te weinig onderscheidend zijn
Sommige feiten en omstandigheden die in de jurisprudentie en daarop gebaseerde instrumenten worden gehanteerd als relevant, zijn toch bij het bepalen van de indicaties buiten beschouwing gelaten omdat ze niet of te beperkt onderscheidend worden geacht. Het gaat hierbij om de vraag

[108] Kamerstukken II 2019/20, 31311 nr. 220.

of er sprake is van een concurrentiebeding of van beperkingen in het aannemen van werk. Hiervoor geldt dat dergelijke bedingen voor alle werkenden kunnen gelden en waar in de sfeer van werkgeverschap (juridisch) meer ruimte is voor dergelijke bedingen, discussie bestaat of deze ruimte niet ingeperkt moet worden. Ook de betaalwijze van de vergoeding voor de verrichte arbeid wordt als te weinig onderscheidend gezien. Deze kan verschillend vormgegeven worden binnen verschillende contracten en zelfs binnen eenzelfde contract fluctueren.

e. Feiten en omstandigheden die van belang zijn het bepalen van de overeengekomen rechten binnen een overeenkomst (fase 1)
Zoals hiervoor in paragraaf 3.3.4.1 uiteengezet, dient voor het kwalificeren van een overeenkomst, eerst vastgesteld te worden wat de overeengekomen rechten en verplichtingen zijn die tussen partijen zijn afgesproken. Volgens jurisprudentie[109] is daarbij de maatschappelijke positie van partijen van belang. Er wordt in jurisprudentie, ook in het Deliveroo-arrest, een aantal feiten en omstandigheden relevant geacht die in deze sleutel worden geplaatst (de eerste fase van de beoordeling van een contract). Dat gaat onder meer over de feiten/omstandigheden dat een werkende een financieel belang heeft in de organisatie waarvoor hij werkt, de wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen tot stand is gekomen. Deze feiten en omstandigheden zijn niet gekoppeld aan de indicaties behorend bij de hoofdelementen van "werken in dienst van", maar kleuren in de eerste fase wel de maatschappelijke positie van partijen. Deze maatschappelijke positie van partijen komt deels ook terug bij de mate waarin in een arbeidsrelatie gezag uitgeoefend wordt en de situatie waarin er in gelijke mate sprake is van elementen die wijzen op een gezagsrelatie, als van elementen die wijzen op ondernemerschap. In een dergelijk geval wordt bij de kwalificatievraag betrokken hoe de werkende persoon doorgaans in het economisch verkeer werkt.

f. Partijbedoeling
Zoals toegelicht, is de feitelijke uitvoering van een contract om werk te verrichten doorslaggevend voor de kwalificatie van dat contract, en dus niet de keuze of bedoeling van partijen omtrent de kwalificatie. Toch speelde de partijbedoeling sinds 1997 nadrukkelijker een rol bij de beoordeling van de arbeidsrelatie. Uit het arrest Groen/Schoevers[110] van de Hoge Raad werd afgeleid dat de bedoeling van partijen om een arbeidsovereenkomst te sluiten, moest worden meegewogen bij de beoordeling. In de praktijk gaf dit spanning met het uitgangspunt dat feiten en omstandigheden leidend zijn voor de kwalificatie van een arbeidsrelatie. Met het arrest van 6 november 2020 heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat de partijbedoeling geen zelfstandig element is bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst.[111] Wel speelt de bedoeling van contractspartijen een rol bij de vaststelling van wat partijen aan rechten en verplichtingen in het contract zijn overeengekomen. Met laatstgenoemd arrest is dus duidelijkheid ontstaan over de rol die de partijbedoeling speelt in de kwalificatie van de arbeidsrelatie. In de kabinetsreactie op dit arrest is uitgebreider ingegaan op de consequenties ervan.[112] Het kabinet deelt de opvatting dat de partijbedoeling geen zelfstandig element moet spelen in de kwalificatiefase, en daarom behoudt dit wetsvoorstel de duidelijkheid die er op dit punt, sinds het arrest van 2020, bestaat.

3.7 Verhouding tot internationaal recht
In het Europees recht komt het werknemersbegrip voor, dat is vastgelegd in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) en in verschillende richtlijnen (Arbeidstijdenrichtlijn[113], richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden[114]). Voor het begrip 'werknemer' in het VWEU geldt dat het een communautaire, dat wil zeggen EU-rechtelijke, invulling heeft.[115] In richtlijnen is het begrip 'werknemer' niet gedefinieerd. Uit de rechtspraak van het Europese Hof blijkt steeds duidelijker dat het voor de uitleg van het werknemersbegrip in

[109] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (Participatieplaats) en HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443 (Deliveroo)
[110] HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997: ZC2495 (Groen/Schoevers).
[111] HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (Participatieplaats)
[112] Kamerstukken II 2020/21, 31311, nr. 237
[113] Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd
[114] Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie.
[115] HvJ 3 juli 1986, 66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie-Blum*).

richtlijnen aansluiting zoekt bij het communautaire werknemersbegrip in het VWEU[116]. Bijvoorbeeld de richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden verwijst voor het toepassingsbereik van die richtlijn naar het werknemersbegrip in het nationale recht.[117] Ook in dergelijke gevallen is het communautaire werknemersbegrip van betekenis. Het HvJEU heeft meermaals overwogen dat toepassing van het nationale werknemersbegrip er niet toe mag leiden dat verwezenlijking van de doelstellingen van richtlijnen in gevaar komt.[118] Het Unierechtelijk werknemersbegrip wordt gezien deze ontwikkelingen in de Europese jurisprudentie van steeds groter belang. Het staat lidstaten als gevolg niet vrij, voor zover wetgeving vanuit Europa geharmoniseerd is, een (geheel) eigen nationaalrechtelijke invulling te geven aan werknemerschap. Het is daarom van belang dat de verduidelijking van de regels rondom de kwalificatie van de arbeidsrelatie conform het Europeesrechtelijke juridische kader plaatsvindt en aansluit bij de invulling van het Unierechtelijke werknemersbegrip.

Over het begrip werknemer in de zin van het EU-recht is in de jurisprudentie van het HvJEU geoordeeld dat dit moet worden gedefinieerd aan de hand van (ruimere) objectieve indicaties die kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding, rekening houdend met de rechten en verplichtingen van de betrokken personen.[119] Verder is duidelijk dat de kwalificatie als zelfstandige naar nationaal recht niet uitsluit dat een persoon EU-rechtelijk moet worden aangemerkt als werknemer, indien haar zelfstandigheid slechts fictief is en dus een echte arbeidsverhouding verhult.[120] Uit de arresten van het HvJEU is verder op te maken dat de kwalificatie als arbeidsverhouding van geval tot geval moet worden beoordeeld aan de hand van alle feiten en omstandigheden die de verhouding tussen de partijen kenmerken.[121] Die beoordeling van de feiten en omstandigheden is leidend voor de kwalificatie van een arbeidsrelatie.[122] Het is aan de nationale rechter om alle relevante omstandigheden mee te nemen in de beoordeling van de status van de werkende.[123]

De Europese jurisprudentie over het werknemersbegrip is voor de invulling van dat begrip primair voor lidstaten van belang voor onderwerpen die op EU-niveau zijn geharmoniseerd.[124] Gelet op de (verdergaande) interactie tussen het Europese en nationale niveau lijkt het echter ook van belang dat het Nederlandse werknemersbegrip, ook voor de niet geharmoniseerde delen van het arbeidsrecht, zoveel mogelijk aansluit op het Europese kader. Dit vloeit niet dwingend voort uit Europees recht, maar het ontstaan van twee verschillende werknemersbegrippen, een Europeesrechtelijke en een nationaalrechtelijke is zeer onwenselijk omdat de relevante richtlijnen deels in het Burgerlijk Wetboek zijn geïmplementeerd. Ook de Commissie Regulering van Werk heeft op het belang van een goede aansluiting van nationale wetgeving op Europese wetgeving en jurisprudentie gewezen.[125]

Hoewel de rechtspraak van het HvJEU casuïstisch is, kunnen een aantal algemene lijnen getrokken worden voor wat betreft indicaties die een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of iemand als werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst werkt. Volgens het EU-kader is iemand werknemer indien zij onder leiding van een ander handelt wat betreft onder meer de vrijheid om haar tijdschema en de plaats en de inhoud van haar werk te kiezen, tegen loon prestaties verricht, niet deelt in de ondernemersrisico's van de werkgever en/of tijdens de duur van de

[116] S. Saïd, De arbeidsovereenkomst. Een bewerkelijk begrip (2022), p. 190.
117 Artikel 1, tweede lid, van de Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie.
[118] Zie HvJ EU 1 maart 2012, C 393/10, ECLI:EU:C:2012:110 (*O'Brien*), r.o. 34 over de Richtlijn van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid en HvJ EU 17 november 2016, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandklinik*) over Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid.
[119] HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:NL:EU:C:2014:2411 (FNV KIEM), r.o. 34.
[120] HvJ EU 13 januari 2004, C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18 (Allonby), r.o. 71.
[121] HvJ EG 18 mei 1989, C-3/87, ECLI:EU:C:1989:650 (*Agegate*), r.o. 36.
[122] Dat de feitelijke uitvoering leidend is en niet de gekozen vorm van een contract of bedoeling van partijen geldt overigens in alle lidstaten van de Europese Unie. *Christina Hießl,* Case law on the classification of platform workers: Cross-European comparative analysis and tentative conclusions, Report prepared for the European Commission (2021), p. 32-33.
[123] HvJ EU 22 april 2020, C-692/19 (*Yodel Delivery*), r.o. 45.
[124] Dat geldt onder meer voor onderwerpen als vakantiewetgeving, (keten)aansprakelijkheid voor het loon, transparantie over arbeidsvoorwaarden en het verstrekken van informatie door de werkgever rondom het loon. Vermeldenswaardig is nog de richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden, die expliciet naar de HvJ EU jurisprudentie verwijst.
[125] Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (2020) Kamerstukken II 2019/20, 29544, nr. 960.

arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van de werkgevende, waarmee zij een economische eenheid vormt. Waar iemand daadwerkelijk zelfstandig ondernemer is (in een arbeidsrelatie) kan er geen sprake zijn van werknemerschap en een arbeidsovereenkomst. Elementen die voor het HvJEU bij die beoordeling relevantie hebben zijn: de mate van inbedding in de organisatie en ondernemerschap, de ruimte om onderaannemers of vervangers in te zetten, ruimte om te beslissen welke en hoeveel taken geaccepteerd worden, ruimte om diensten aan elke derde partij te leveren en de ruimte om eigen werktijden te bepalen (binnen bepaalde parameters). Bij de verduidelijking van het gezagscriterium is expliciet rekening gehouden met deze hoofdlijnen uit de Europese jurisprudentie en wordt hierbij aangesloten. Dit geldt voor zowel de hoofdelementen, die in dit wetsvoorstel zijn neergelegd, als de voor de verdere uitwerking daarvan bij algemene maatregel van bestuur.

3.8 Verduidelijking in relatie tot de uitzendovereenkomst

Artikel 7:610, lid 1, BW met daarin de definitie voor de arbeidsovereenkomst en artikel 7:690 BW met daarin de definitie van de uitzendovereenkomst werken in elkaar door. Uit de definitie van de uitzendovereenkomst wordt duidelijk dat er bij uitzending sprake is van een bijzondere arbeidsovereenkomst. Toezicht en leiding, uitgeoefend door de inlener van de uitzendwerknemer, waarvan artikel 7:690 BW spreekt, hebben dezelfde strekking als het wettelijke vereiste "werken in dienst van" (in de literatuur aangeduid met werkgeversgezag). In het Care4Care-arrest heeft ook de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat de vraag of sprake is van toezicht en leiding als bedoeld in artikel 7:690 BW aan de hand van dezelfde maatstaven moet worden beantwoord als die gelden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een werken in dienst van als bedoeld in artikel 7:610 BW.[126]

Belangrijk daarbij is dat in de bijzondere situatie van een driehoeksrelatie van uitzendwerk, het gezag niet door de formele (uitzend)werkgever wordt uitgeoefend, maar wordt uitgeoefend door de inlener (de "derde" uit artikel 7:690 BW). De (uitzend)werknemer heeft immers geen contractuele relatie met de inlener (de opdrachtgever van de werkgever) bij wie de werknemer het werk verricht. Het werkgeversgezag wordt zo bezien in feite "verdeeld" over de (uitzend)werkgever en de inlener. De uitzendwerkgever oefent geen gezag uit over de feitelijke arbeid van de (uitzend)werknemer, maar die werknemer heeft zich jegens de uitzendwerkgever wel contractueel verplicht om arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de inlener. In de literatuur wordt dit wel aangeduid met contractueel gezag.[127] Daarnaast is er nog het feitelijke gezag dat door de inlener uitgeoefend kan worden over de werknemer. Daarbij geldt dat als de uitzendwerkgever in het geheel geen werkgeversgezag uitoefent of kan uitoefenen, er geen sprake kan zijn van een arbeidsrelatie tussen de uitzender en de uitzendkracht.

In het voorliggende wetsvoorstel wordt voorgesteld de wettelijk vereiste van "werken in dienst van een ander" nader in te kleuren via de hoofdelementen werkinhoudelijke ondergeschiktheid, organisatorische inbedding en contra-indicaties van werken voor eigen rekening en risico. Daarbij geldt dat het onderscheid tussen materieel gezag en formeel gezag ook in jurisprudentie al langer wordt onderkend. In relatie tot de definitie van de arbeidsovereenkomst levert dat geen knelpunten op en dit wetsvoorstel maakt dat naar verwachting niet anders. Voor beide elementen die wijzen op uitoefening van gezag geldt dat bij een driehoeksverhouding zoals bij uitzenden, meestal voor rekening van de inlener komen. Voor wat betreft de werkinhoudelijke gezagsuitoefening geldt dit evenzeer als voor de organisatorische inbedding van het werk en de werkende. Tegelijkertijd blijft de contractuele relatie en verplichting om werk te verrichten voor een derde bestaan tussen (uitzend)werknemer en de (uitzend)werkgever en vormt deze, voldoende basis voor het contractueel gezag. In situaties waarop artikel 7:690 BW van toepassing is, blijft het gezag dan ook verdeeld tussen inlener en (uitzend)werkgever.

De verduidelijking van het wettelijk vereiste van "werken in dienst van" kan, via doorwerking in artikel 7:690 BW, wel tot gevolg hebben dat scherper duidelijk wordt wanneer sprake is van inzet van schijnzelfstandigen in driehoeksrelaties. Immers, als werkenden via een partij (bijvoorbeeld via bemiddeling of tussenkomst door deze partij) ingezet worden om werk te verrichten bij een derde

[126] HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356

[127] J.P.H. Zwemmer, 'Het Care4Care-arrest en de olievlekwerking van artikel 7:690 BW', *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 2017.

(de opdrachtgever van die partij) en door die derde wordt werkinhoudelijk gezag uitgeoefend en/of is sprake van organisatorische inbedding en onvoldoende sprake is van contra-indicaties voor het "werken in dienst van" dan is er – afhankelijk van de feiten en omstandigheden van de situatie - in die verhouding sprake van een arbeidsovereenkomst of uitzendovereenkomst.

CONCEPT

4 Rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst

4.1 Inleiding

4.1.1 Algemeen

Het kabinet is van mening dat arbeidsrelaties moeten worden vormgegeven conform de geldende wet- en regelgeving. De in hoofdstuk 3 opgenomen verduidelijking van regels inzake de beoordeling van de arbeidsrelaties maakt het makkelijker voor werkgevenden en werkenden om vooraf te bepalen welk type arbeidsrelatie moet worden aangegaan. Werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt hebben echter vaak minder onderhandelingsmacht dan de werkgevende. Hierdoor is het voor hen lastiger om een arbeidsovereenkomst op te eisen indien er onduidelijkheid bestaat over de kwalificatie van de arbeidsrelatie en de werkgevende geen arbeidsovereenkomst wenst aan te bieden. Indien duidelijk is dat de werkzaamheden zo zijn vormgegeven dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst (er is geen sprake van arbeid, loon en werken in dienst van), dan levert dat geen problemen op. Dit knelt echter als er op grond van de wet- en regelgeving sprake is van een arbeidsovereenkomst (of hier sterke aanwijzingen voor zijn) en de werkende – in strijd met deze regelgeving - toch als zzp'er wordt ingezet en niet bij machte is om een arbeidsovereenkomst op te eisen.

Om specifiek deze groep werkenden te ondersteunen bij het claimen van hun rechten op een arbeidsovereenkomst wordt (naast het rechtsvermoeden uit artikel 7:610a BW, zie verder paragraaf 4.4.8) een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst op basis van een uurtarief (hierna kortheidshalve ook wel: het rechtsvermoeden) geïntroduceerd. Het kabinet vindt de in het SER MLT-advies[128] voorgestelde benadering voor een rechtsvermoeden gekoppeld aan een uurtarief, een goede stap om die werkenden te ondersteunen voor wie het opeisen van hun rechtspositie het meest ingewikkeld kan zijn. De werkende die minder dan een bepaald uurtarief verdient, kan zijn rechtspositie door de introductie van het rechtsvermoeden in de toekomst makkelijker (bij de rechter) opeisen. Het kabinet is in lijn met de Commissie Regulering van Werk[129] en de SER[130] van oordeel dat de inzet van een rechtsvermoeden voor werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt kan bijdragen aan het effectief en juist kwalificeren van arbeidsrelaties.

4.1.2 Opzet

Het algemeen deel van deze memorie van toelichting bij dit deel van het wetsvoorstel is als volgt opgebouwd:

- Hoofdstuk 4.2 gaat in op de aanleiding en probleemanalyse.
- Hoofdstuk 4.3 behandelt het voorstel op hoofdlijnen.
- Hoofdstuk 4.4 bevat een nadere toelichting op de maatregel.
- Hoofdstuk 4.5 ziet op de verhouding tot het internationale recht
- Hoofdstuk 4.6 beschrijft de vormgeving van het toezicht en de handhaving.

4.2 Aanleiding en probleemanalyse

Werkgevenden en werkenden zijn in Nederland in principe vrij om afspraken te maken over hoe ze het werk inrichten en daarbij de contractuele relatie onderling vorm te geven. De verantwoordelijkheid voor de duiding van de arbeidsrelatie ligt dus in de eerste plaats bij de werkgevende en werkende. Die moeten zich daarbij houden aan de grenzen van de wet en een eventueel van toepassing zijnde cao.

Eén van die wettelijke grenzen is dat de bescherming op grond van artikel 7:610 van het Burgerlijk Wetboek dwingendrechtelijk recht is. Dit betekent dat een arbeidsovereenkomst bestaat als in de praktijk (de feitelijke arbeidsverhouding) sprake is van arbeid, loon en 'werken in dienst van' (gezag). Partijen kunnen in het contract niet afspreken om deze regels naast zich neer te leggen. Op dat punt worden partijen begrensd in de contractvrijheid.

[128] Sociaal-Economische Raad, Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving (2021).
[129] Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk (2020). Kamerstukken II 2019/20, 29544, nr. 960.
[130] Sociaal-Economische Raad, Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving (2021).

CONCEPT

Hoewel er in Nederland een systeem van dwingend arbeidsrecht is, is er een groep werkenden ontstaan die als zelfstandige werkzaam is, terwijl er eigenlijk sprake zou moeten zijn van een arbeidsovereenkomst (er is dan sprake van schijnzelfstandigheid). Hierdoor vallen deze werkenden buiten de bescherming van het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en de verplichting van de werkgever ten opzichte van werknemers om een pensioenregeling aan te bieden als dat in de cao of sector is afgesproken. Terwijl ze daar in veel gevallen wel recht op hebben. Dit heeft te maken met het ongelijke speelveld tussen werknemers en zelfstandigen, onduidelijkheid in de wet- en regelgeving rondom de arbeidsrelatie, en de beperkte handhaving, zoals ook al beschreven in hoofdstuk 1.

Met name aan de basis van de arbeidsmarkt is de onderhandelingspositie van zelfstandigen, net als die van veel werknemers, uiterst beperkt. Zelfstandigen aan de basis van de arbeidsmarkt concurreren zonder bodem op beloning (er geldt geen wettelijk minimumloon) en arbeidsvoorwaarden. Dit leidt zowel tot concurrentie tussen deze zelfstandigen onderling als tot een ongelijk speelveld met werknemers. Deze omstandigheden zorgen voor een neerwaartse druk op de tarieven die zelfstandigen hanteren en leidt er aan de basis van de arbeidsmarkt toe dat zelfstandigen vaak niet in staat zijn om de kosten voor bijvoorbeeld een verzekering tegen inkomensverlies bij ziekte en arbeidsongeschiktheid, zogenoemde leegloop (dat wil zeggen een periode waarin geen werkzaamheden worden verricht vanwege het ontbreken van opdrachten), aanvullende pensioenreserveringen en vakantie in de tarieven te verdisconteren of daarvoor buffers op te bouwen. Zouden deze zelfstandigen deze kosten wel in hun tarief verdisconteren, dan zou dat een concurrentienadeel betekenen ten opzichte van zelfstandigen die vergelijkbaar werk doen en die deze kosten niet in hun tarieven verdisconteren. Dit betekent dat er voor zelfstandigen aan de basis van de arbeidsmarkt maar weinig ruimte is om te onderhandelen en deze zelfstandigen veelal "prijsnemers" zijn. Zo blijkt uit onderzoek van Panteia dat bij uurtarieven van minder dan €20,00 het tarief in belangrijke mate door de opdrachtgever wordt bepaald.[131]

Een laag uurtarief is dan ook een aanwijzing dat de werkende onvoldoende in staat is geweest in de onderhandeling met de werkgevende de hierboven opgesomde kosten te verdisconteren in het tarief dat hij betaald krijgt. Daarmee is een laag tarief een aanwijzing voor een beperkte onderhandelingsmacht van de werkende. Dit kan op zijn beurt ook weer een aanwijzing zijn voor het risico dat de werkende zich gedwongen voelt om als zelfstandige aan het werk te gaan, terwijl er feitelijk sprake zou moeten zijn van een arbeidsovereenkomst. Voor werkenden met een beperkte onderhandelingspositie is het dan moeilijk hun werkgevende hierop aan te spreken, laat staan naar een rechter te stappen. De introductie van het rechtsvermoeden maakt het voor werkenden met beperkte onderhandelingsmacht makkelijker om het recht op een arbeidsovereenkomst te claimen bij de werkgevende en desnoods bij de (civiele) rechter.

4.3 Voorstel op hoofdlijnen

4.3.1 Beschrijving op hoofdlijnen

Het rechtsvermoeden zoals door het kabinet voorgesteld betreft een civielrechtelijk rechtsvermoeden gebaseerd op een uurtarief. Bij een tarief onder € 32,24 (peildatum 1 juli 2023) geldt het rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat niet wordt geregeld dat bij een uurtarief boven € 32,24 er een rechtsvermoeden van zelfstandigheid geldt. Daarbij is ook van belang dat het uurtarief geen hard minimumtarief voor het werk als zelfstandige inhoudt. Het rechtsvermoeden kan worden ingeroepen door de werkende (of diens vertegenwoordiger). Het gaat hierbij om een weerlegbaar rechtsvermoeden. Er ontstaat dus niet automatisch een arbeidsovereenkomst, maar de werkende kan zich in geval van een tarief onder de norm wel op het rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst beroepen en gemakkelijker een arbeidsovereenkomst opeisen (bij de eigen werkgever en desnoods via de civiele rechter).

4.3.2 Uitsluitend civielrechtelijke werking

Het rechtsvermoeden heeft uitsluitend civielrechtelijke werking. Omdat het gaat om een puur civielrechtelijk rechtsvermoeden, geldt het rechtsvermoeden uitsluitend tussen werkende en werkgevende. Dit betekent dat derden niet zelfstandig (dat wil zeggen uit eigen naam) een beroep

[131] Eindrapport gebruik van de overeenkomst van opdracht, Research van Beleid onderdeel van Panteia (september 2011).

op het rechtsvermoeden kunnen doen. Zo kan bijvoorbeeld een pensioenuitvoerder niet via het rechtsvermoeden een arbeidsovereenkomst (en daarmee pensioenafdracht) afdwingen. Ook een vakbond kan niet als zelfstandige organisatie een beroep doen op het rechtsvermoeden. Een vakbond kan dit wel als vertegenwoordiger van een werkende die een beroep op het rechtsvermoeden wil doen. In beginsel betreft het daarmee een individuele juridische procedure. Dit laat onverlet dat vakbonden, net als nu al het geval is, namens meerdere werkenden in een soortgelijke positie een procedure kunnen starten en de rechtbank kunnen verzoeken om in hun uitspraak soortgelijke gevallen te betrekken.

Een werkende die onder het tarief van € 32,24 per uur wordt betaald, en meent te werken op basis van een arbeidsovereenkomst, kan zich in eerste instantie bij de werkgevende beroepen op het rechtsvermoeden. Als de werkgevende hier niet aan tegemoet wil komen kan de werkende (of zijn vertegenwoordiger) naar de rechter stappen. De werkende moet in dat geval aantonen dat er sprake is van een uurtarief onder de norm. Slechts dan kan een beroep op het rechtsvermoeden door de werkende succesvol zijn. Als de werkende hierin slaagt, wordt de arbeidsrelatie vermoed een arbeidsovereenkomst te zijn. Het is vervolgens aan de werkgevende om voor de rechter aan te tonen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst (in hoofdstuk 4.4.6 wordt nader ingegaan op de (procesrechtelijke) functie van het rechtsvermoeden).

Het rechtsvermoeden werkt niet rechtstreeks (publiekrechtelijk) door naar de uitvoering van de socialezekerheidswetgeving en de fiscaliteit. Dit betekent dat UWV[132], de Belastingdienst en de NLA niet zelfstandig toetsen aan het rechtsvermoeden. UWV, de Belastingdienst en de NLA houden hun eigen onderzoeksplicht. In geval UWV, Belastingdienst of de NLA een onderzoek instellen naar de kwalificatie van een arbeidsrelatie toetsen zij dus niet aan dit rechtsvermoeden maar doen zij dat op basis van arbeid, loon en gezag (conform artikel 7:610 BW). Dit laat onverlet dat wanneer er door een werkende succesvol een beroep is gedaan op het rechtsvermoeden, uitvoeringsorganisaties zich wel kunnen baseren op de rechterlijke uitspraak waarin het werknemerschap van de werkende is vastgesteld. UWV, Belastingdienst en de NLA kunnen op basis van deze uitspraak er dus van uitgaan dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit betekent in het algemeen dat de werkgever loonheffingen moet afdragen en de werkende verzekerd is voor de werknemersverzekeringen en de arbeidswetten van toepassing zijn. Bovendien dient er pensioenpremie afgedragen te worden wanneer een aanvullende pensioenregeling onderdeel is van de arbeidsvoorwaarden. Ten overvloede wordt benadrukt dat pensioenuitvoerder zich niet kunnen beroepen op het civielrechtelijk, maar de werknemer kan dit wel zelf zodra het werknemerschap door de rechter is vastgesteld. De werkende of zijn vertegenwoordiger, bijvoorbeeld een vakbond) heeft met een civielrechtelijk rechtsvermoeden een eenvoudig instrument om een arbeidsovereenkomst op te eisen. Als een pensioenregeling onderdeel is van deze arbeidsovereenkomst heeft de pensioenuitvoerder vervolgens de mogelijkheid om de premieafdracht bij de werkgever op te eisen.

Rechtstreekse doorwerking naar socialezekerheidswetgeving en fiscaliteit is niet wenselijk om een aantal redenen. Om een beroep te doen op het rechtsvermoeden is het noodzakelijk inzicht te hebben in het uurtarief. Waar de werkende dit doorgaans zal hebben, geldt dat een wettelijke (publiekrechtelijke) norm die ertoe leidt dat uitvoeringsinstanties het rechtsvermoeden kunnen inroepen, deze instanties ook altijd inzicht zullen moeten hebben bij alle werkenden in de tariefhoogte. Dit betekent dat er een uitgebreide administratie door werkenden en werkgevenden bijgehouden moet worden waaruit het uurtarief van elke opdracht blijkt. Anders kunnen uitvoeringsinstanties immers niet weten of een bepaalde werkende voor zijn werkzaamheden al dan niet onder de wettelijke grens van het rechtsvermoeden betaald krijgt. Voor werkgevende en werkende gezamenlijk zijn er daarnaast mogelijkheden om het uurtarief te beïnvloeden (bijvoorbeeld via het aantal gewerkte uren of door kosten mee te nemen in het uurtarief), waardoor UWV en Belastingdienst het uurtarief niet goed kunnen controleren. Door het rechtsvermoeden te beperken tot het civiele recht, speelt dit vraagstuk uitsluitend tussen de werkende en de werkgevende, waarbij de werkende er belang bij heeft aan te tonen dat het daadwerkelijke tarief onder het uurtarief voor het rechtsvermoeden ligt, terwijl de werkgevende wil

[132] Met uitzondering van de verplichtingen die gelden voor UWV op grond van Hoofdstuk IV WW, waarin UWV bepaalde verplichtingen van een werkgever overneemt in geval van betalingsonmacht of faillissement.

aantonen dat het daadwerkelijke tarief juist hoger is (of dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst vanwege het ontbreken van arbeid, loon of gezag).

Door het rechtsvermoeden uitsluitend civielrechtelijke werking te geven, worden de administratieve lasten beperkt tot die situaties dat de werkende zelf een beroep doet op het rechtsvermoeden. De administratieve lastendruk was één van de grote bezwaren bij de maatregelen van het vorige kabinet (waaronder het wettelijk minimumtarief voor zelfstandigen, een maatregel die qua doel en strekking gelijkenis vertoont met het rechtsvermoeden) zo is gebleken uit de internetconsultatie, de mkb-toets en het advies van het Adviescollege Toetsing Regeldruk. Over de uitkomsten van deze toetsen en consultaties is de Kamer geïnformeerd met de voortgangsbrief 'werken als zelfstandige' van 15 juni 2020.[133] Aan dit bezwaar wordt grotendeels tegemoetgekomen door de beperking tot civielrechtelijke werking. Daarnaast blijft van belang of sprake is van loon, arbeid en gezag ("in dienst van"), los van de hoogte van het uurtarief. Ofwel, ook als onder het uurtarief wordt gewerkt en er geen sprake is van bijvoorbeeld gezagsuitoefening, bestaat er geen arbeidsovereenkomst.

4.3.3 Doelmatigheid

Het kabinet is van mening dat een rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst gekoppeld aan een uurtarief een doelmatige manier is om kwetsbare werkenden een betere rechtspositie te bieden. De werkende of zijn vertegenwoordiger (bijvoorbeeld een vakbond) kan een beroep op het rechtsvermoeden doen, in geval het uurtarief waartegen wordt gewerkt onder de norm ligt. In veel gevallen zal het uurtarief duidelijk zijn, en zal dus ook duidelijk zijn of sprake is van een tarief onder de norm. Bij die werkenden is aannemelijk dat er een minder sterke onderhandelingspositie bestaat en dat het risico op schijnzelfstandigheid groter is. In die gevallen leidt het rechtsvermoeden ertoe dat de rechtspositie gemakkelijker opgeëist kan worden. Dit levert voor werkgevenden een extra prikkel op om voor werkenden onder het gekozen uurtarief vooraf goed te beoordelen of voor een bepaalde opdracht een zelfstandige kan worden ingehuurd, of dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Tegelijkertijd levert het rechtsvermoeden geen onnodige (administratieve) lasten op. Pas als een werkende (of een vertegenwoordiger) een beroep wil doen op het rechtsvermoeden dan zal het uurtarief aannemelijk moeten worden gemaakt. In overige gevallen levert de introductie van het rechtsvermoeden geen extra verplichtingen en/of administratieve lasten op. UWV, de Belastingdienst en de NLA kunnen zich niet beroepen op het rechtsvermoeden. Dit beperkt de extra verplichtingen en/of administratieve lasten tot uitsluitend die gevallen waarin een werkende (of zijn vertegenwoordiger) een beroep op het rechtsvermoeden wil doen.
Een werkende die zich in het economisch verkeer (doorgaans) als zelfstandige presenteert, zal geen beroep willen doen op het rechtsvermoeden. Slechts in die gevallen dat werkenden zich gedwongen voelen als zelfstandige aan de slag te gaan terwijl er (vermoedelijk) feitelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst, of wanneer onduidelijkheid bestaat over de kwalificatie van de arbeidsrelatie, zal de werkende of diens vertegenwoordiger een beroep op het rechtsvermoeden willen doen.

Door een uurtarief te hanteren wordt verder zoveel mogelijk aangesloten bij het gebruikelijk verkeer tussen opdrachtgevers en zelfstandigen. Zo is het gebruikelijk om op basis van een offerte een overeenkomst te sluiten, waarna de zelfstandige (dit kan dus ook een schijnzelfstandige zijn) op basis van een factuur uitbetaald krijgt. Het is bovendien gebruikelijk dat de zelfstandige een administratie bijhoudt. Om gebruik te kunnen maken van de zelfstandigenaftrek dient bovendien al een urenadministratie bijgehouden te worden. Daarnaast is het gebruikelijk dat een opdrachtgever een factuur controleert voordat deze wordt betaald. Op deze manier zal in veel situaties het uurtarief al aangetoond kunnen worden.

Het kabinet realiseert zich dat ook andere vormen van vergoedingen voor een opdracht voorkomen, waarbij geen uurtarief wordt gehanteerd zoals een opdracht tegen een vooraf overeengekomen totaalprijs, of bij vergoeding van stuksprijs. In paragraaf 4.4.3 wordt daar nader op ingegaan.

[133] Voortgangsbrief werken met en als zelfstandige(n) van 16 december 2022, Kamerstukken II 2022/23, 31311 nr. 246.

CONCEPT

4.3.4 Doeltreffendheid

Werkenden kunnen zich (in rechte) beroepen op het rechtsvermoeden bij een uurtarief onder de norm van € 32,24. Als een werkgever hier niet aan tegemoet wil komen, kan de werkende (of een vertegenwoordiger van de werkende) zich tot de rechter wenden. Indien de werkende dat doet, en er inderdaad sprake is van een uurtarief onder deze norm, wordt de werkende gesteund in zijn procesrechtelijke positie, doordat niet de werkende, maar de werkgevende dan aan zet is. De werkgevende moet in dat geval stellen en bewijzen dat er geen sprake is van werkgeverschap (een arbeidsovereenkomst).

Het kabinet beseft dat de stap naar een gerechtelijke procedure voor veel werkenden groot is. Hierdoor bestaat het risico dat werkenden beperkt gebruik maken van het rechtsvermoeden. Ook van bestaande rechtsvermoedens (zoals bijvoorbeeld opgenomen in artikel 7:610a BW) bestaat de indruk dat daar weliswaar gebruik van wordt gemaakt, maar niet in veel gevallen. Deze indruk komt voort uit het gegeven dat er relatief weinig rechtszaken over de toepassing van dit rechtsvermoeden voorhanden zijn.

Van de werking van het voorgestelde rechtsvermoeden wordt een groot preventief effect verwacht. Een uurtarief is in veel gevallen een relatief helder criterium om te beoordelen. Er gaat een normstellend effect vanuit en dit versterkt de herkenbaarheid van de maatregel. Hierdoor zal zowel bij werkgevenden als bij de werkenden het besef van het bestaan van dit rechtsvermoeden groot zijn. Dit zal ertoe leiden dat werkgevenden bij het aangaan van een arbeidsrelatie beter zullen toetsen hoe deze arbeidsrelatie vormgegeven wordt. In vergelijking met het bestaande rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW (zie ook paragraaf 4.4.8) is het criterium van een uurtarief bij aanvang van de werkzaamheden veelal bekend en hoeft niet eerst de arbeidsrelatie gedurende een bepaalde tijd geduurd te hebben alvorens duidelijk is of op het rechtsvermoeden een beroep gedaan kan worden. Dit vergroot naar verwachting het potentieel van het preventieve effect van het rechtsvermoeden gekoppeld aan een uurtarief ten opzichte van het rechtsvermoeden in artikel 7:610a BW.

Dit verwachtte preventieve effect werd gedeeld in meerdere gesprekken die rondom de uitwerking van het rechtsvermoeden zijn gevoerd met experts (met arbeidsrechtelijke, sociale zekerheidsrechtelijke en fiscale expertise) alsmede met stakeholders, waaronder sociale partners. De verwachting vanuit deze partijen is dat werkgevenden en werkenden als gevolg van de introductie van dit rechtsvermoeden zorgvuldiger dan nu het geval is, beoordelen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Zeker als het tarief overduidelijk onder de afgesproken tariefgrens ligt. Daarmee dient het rechtsvermoeden zijn doel, zelfs als er nauwelijks een beroep op wordt gedaan of het rechtsvermoeden niet wordt toegepast in rechtszaken.

Bovendien geldt dat met de introductie van dit rechtsvermoeden de regeling uitwerking geeft aan een voorstel uit het SER-MLT advies.[134] Dit betekent dat er draagvlak is voor deze maatregel bij werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties om werkenden die onder het geldende uurtarief worden betaald, meer rechtsbescherming te bieden via dit rechtsvermoeden. Dit versterkt het preventieve effect. Van werkgeversorganisaties wordt verwacht dat zij hun achterban oproepen om bij een lagere beloning goed te beoordelen of sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst. Anderzijds zullen vakbonden een belangrijke rol kunnen spelen om namens werkenden een beroep te doen op het rechtsvermoeden en hen daarbij te ondersteunen.

De verwachting is dat met de introductie van dit rechtsvermoeden schijnzelfstandigheid wordt verminderd. Enerzijds door het genoemde preventieve effect, en anderzijds doordat het werkenden makkelijker wordt gemaakt een arbeidsovereenkomst te claimen bij de werkgever dan wel via een gang naar de rechter.

4.3.5 Overwogen alternatieven

Tijdens de vorige kabinetsperiode zijn twee alternatieven onderzocht waarbij werkenden die onder een bepaald tarief werden betaald ook extra bescherming werd geboden:

[134] Sociaal-Economische Raad, Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving (2021).

CONCEPT

- Arbeidsovereenkomst bij laag tarief (hierna: ALT)
- Minimumtarief

Deze beide alternatieven zijn uiteindelijk niet ingevoerd. Van de ALT werd door het kabinet aangenomen dat deze zou gaan stuiten op Europeesrechtelijke bezwaren. Het minimumtarief voor zelfstandigen is niet ingevoerd, omdat dit voorstel een enorme impact zou gaan hebben op de administratieve lasten. In de verschillende voortgangsbrieven is de Tweede Kamer hierover geïnformeerd.[135]

Ook is nagedacht over sectorale rechtsvermoedens, bijvoorbeeld gericht op sectoren waarvan het beeld bestaat dat er veel kwetsbare werkenden werkzaam zijn en schijnzelfstandigheid potentieel veel voorkomt. Het kabinet kiest echter niet voor de introductie van sectorale rechtsvermoedens. Onder meer vanwege problemen die worden voorzien rondom het goed afbakenen van sectoren, zoals onduidelijkheid wanneer het niet op voorhand duidelijk is welke sector het betreft en mogelijke ontwijkingsmogelijkheden. Bij een generiek uurtarief speelt dit niet. Bovendien is de problematiek van werkenden met een minder goede onderhandelingspositie niet beperkt tot enkele sectoren. Dit kan in elke sector voorkomen. Met een generiek rechtsvermoeden wordt dan ook een bredere werking bereikt. Hiermee wordt elke werkende ondersteunt die tegen een laag tarief wordt ingehuurd en van mening is dat hij aanspraak kan maken op een arbeidsovereenkomst, onafhankelijk van de sector waarin hij of zij werkt.

Ten slotte is nagedacht over een generieke "werknemer, tenzij" bepaling. Daarbij geldt in alle gevallen dat een arbeidsrelatie wordt aangegaan een vermoeden van arbeidsovereenkomst, tenzij de werkgevende kan aantonen dat daar geen sprake van is. Met de brief van 23 november 2020[136] zijn aan de Tweede Kamer ambtelijk uitgewerkte technische beleidsvarianten als invulling van het advies van de Commissie Regulering van Werk meegegeven waarbij ook gereageerd is op het generiek omdraaien van de bewijslast (werknemer, tenzij principe). Dit alternatief schept potentieel meer duidelijkheid, maar de vraag kan gesteld worden of een generieke maatregel proportioneel is. Daarnaast heeft de Commissie Regulering van Werk zelf destijds ook al aangekaart dat deze maatregel tot Europese bezwaren zou kunnen leiden en een inbreuk oplevert op de vrijheid van diensten, die minder gemakkelijk te rechtvaardigen is omdat de maatregel ook veel zelfstandigen treft die voor eigen rekening en risico werken. Het kabinet vindt daarom een generieke aanpak waarbij iedereen in beginsel werknemer is tot het tegendeel blijkt, niet wenselijk en denkt bovendien dat een dergelijke aanpak op Europeesrechtelijke bezwaren stuit.

4.4 Nadere toelichting op voorgestelde regeling

4.4.1 Het tarief

Het tarief is bedoeld om te zorgen dat mensen die niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst, een makkelijkere toegang krijgen tot de rechter om in voorkomende gevallen een arbeidsovereenkomst te claimen. Met name werkenden met een laag tarief blijken in de praktijk weinig onderhandelingsmacht te hebben. Hierdoor is het risico op (gedwongen) schijnzelfstandigheid groot. Het tarief dat gaat gelden voor het rechtsvermoeden, gaat daarom gelden voor werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt, hetgeen wordt uitgedrukt in een bepaald maximum uurtarief.

Het kabinet verstaat onder werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt: werkenden die een beloning kunnen genereren op het niveau van ten hoogste 120% van het wettelijk minimumloon (WML). Voor deze norm gaat het kabinet uit van voltijds werkenden. Het kabinet beschouwt als "voltijd" voor een zelfstandige dat deze een fulltime werkweek (36 uur) en 46 weken per jaar werkt. Het tarief 120% van het WML wordt in meer sociale regelgeving gebruikt als definitie van kwetsbare werknemers. Daarbij wordt er bovendien rekening mee gehouden dat zij zich moeten kunnen verzekeren tegen inkomensverlies bij ziekte en arbeidsongeschiktheid, pensioen kunnen opbouwen en gelden kunnen reserveren voor periodes waarin sprake is van onvoldoende opdrachten. Het zou immers onwenselijk en incoherent zijn wanneer een zelfstandige die ervoor

[135] Kamerstukken II 2017/18, 3131, nr. 207, Kamerstukken II 2018/19, 31311, nr. 212, Kamerstukken II 2018/19, 31311, nr. 219, Kamerstukken II 2019/20, 31311, nr. 220 en Kamerstukken II 2019/20, 31311, nr. 23

[136] Kamerstukken II 2020/21, 29544, nr. 1031

CONCEPT

kiest zich op welke manier dan ook te verzekeren tegen genoemde risico's daardoor alsnog onder 120% WML zakt.

Berekend is welk tarief een zelfstandige moet hanteren om op een vergoeding van 120% WML uit te komen, rekening houdend met reserveringen voor de genoemde risico's. Die berekening is als volgt gemaakt.

Berekening:

Uurtarief bij 120% van het wettelijk minimumloon per 1 juli 2023	€ 15,35
+ 25% opslag t.b.v. kosten voor arbeidsongeschiktheidsverzekering en pensioenreservering	€ 3,84
+ 15% opslag voor algemene, niet aan opdracht toerekenbare kosten	€ 2,30
= Uurtarief na opslag	€ 21,49
+ Correctie niet facturabele uren	X 1,5
Uurtarief voor rechtsvermoeden	**€ 32,24**

De hoogte van het uurtarief voor het rechtsvermoeden is gebaseerd op de hoogte van 120% WML. Deze grens wordt vaker gehanteerd bij regelingen die laagbetaalde of kwetsbare werkenden willen ondersteunen.

Met ingang van 1 juli 2023 bedraagt het WML € 12,79 per uur, uitgaande van een 36-urige werkweek.

Bij de bepaling van de hoogte van het uurtarief wordt rekening gehouden met het feit dat een zelfstandige niet alle uren die hij werkt ook daadwerkelijk bij de opdrachtgever kan declareren. Uit cijfers van het zzp-panel uit 2012[137] blijkt dat gemiddeld zo'n 67% van de uren die een zelfstandige aan zijn bedrijf of beroep besteedt gedeclareerd kunnen worden. Alhoewel dit oudere cijfers betreft, is er geen aanleiding te veronderstellen dat deze verhouding nu significant anders ligt. Het is onwenselijk dat als een zelfstandige fulltime werkt hij uiteindelijk alsnog onder het uurtarief terechtkomt doordat hij maar een beperkt deel van die uren kan declareren. Ook heeft het kabinet bij het bepalen van de hoogte van het tarief rekening gehouden met het maken van reserveringen voor werkloosheid ("leegloop"), arbeidsongeschiktheid, de eerste twee ziektejaren en reserveringen voor pensioen. Voor de hoogte van die reserveringen is uitgegaan een vergelijkbaar percentage (25%) van de loonsom aan werkgeverslasten voor werkloosheid, arbeidsongeschiktheid, ziekte en pensioen voor werknemers in dezelfde looncategorie.

Tenslotte heeft het kabinet bij de berekening van de hoogte van het uurtarief rekening gehouden met de kosten die zelfstandigen hebben. Met betrekking tot het begrip kosten wordt een onderscheid gemaakt tussen wel en niet direct aan de opdracht toe te rekenen kosten. De direct aan de opdracht toe te rekenen kosten, zoals materiaalkosten, zijn niet meegenomen in de berekening van de hoogte van het tarief. Deze kosten brengt de werkende in rekening bij de werkgevende, naast de kosten voor de arbeid die hij verricht. Een zelfstandige maakt echter ook kosten die niet direct aan de opdracht zijn toe te rekenen (daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan kosten voor administratie of acquisitie). Deze kosten dienen te worden verrekend in het uurtarief. Op basis van cijfers van SEO Economisch Onderzoek[138] heeft het kabinet daarom gekozen voor een verhoging van 15%.

Hiermee rekening houdend wordt het uurtarief gesteld op € 32,24 exclusief btw (per 1 juli 2023). Het kabinet is zich ervan bewust dat dit een grove benadering is van de werkelijkheid en dat de daadwerkelijke kosten per zelfstandige anders kunnen zijn. Het doel van het uurtarief is echter niet dat alle afzonderlijke kosten kloppen, maar dat met het gekozen uurtarief het rechtsvermoeden van toepassing is op de grootste groep werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt. Voor de

[137] Stichting ZZP Nederland, Stand van zaken zelfstandigen zonder personeel in Nederland, 2012,
[138] SEO, Karakteristieken en tarieven zzp'ers, 2018, p. 46.

CONCEPT

volledigheid wordt opgemerkt dat hiermee niet wordt geregeld dat er bij inhuur boven de tariefgrens geen sprake kan zijn van schijnzelfstandigheid. De hoogte van het uurtarief zal worden geïndexeerd, op hetzelfde moment en conform de indexatie van het WML.

4.4.2 Elementen van het uurtarief

Het gaat bij het uurtarief om datgene dat door de werkgevende wordt betaald voor de arbeid die de werkende verricht voor de specifieke opdracht waar de werkende voor wordt ingehuurd.

Het kabinet kiest ervoor om niet te proberen uitputtend te regelen welke elementen allemaal meespelen en welke niet bij de vaststelling van het uurtarief. Daarvoor is de praktijk te verschillend. Wel wordt in deze paragraaf op hoofdlijnen geschetst hoe het uurtarief kan worden vastgesteld. Daarbij geldt dus als hoofdregel dat het gaat om de beloning voor de door de werkende verrichte arbeid.

Daarmee kan de berekening van het uurtarief worden gevat in de volgende formule:

$$uurtarief = \frac{\text{vergoeding voor verrichte arbeid} - \text{direct aan de opdracht toe te rekenen kosten}}{aantal\ direct\ aan\ de\ opdracht\ toe\ te\ rekenen\ uren}$$

Uitgangspunten ten aanzien van de vergoeding voor de verrichte arbeid (arbeidsbeloning)
Voor de vaststelling van de hoogte van de arbeidsbeloning wordt de vergoeding voor de opdracht zonder omzetbelasting in aanmerking genomen. Verder gaat het niet om de afgesproken vergoeding, maar om de werkelijk betaalde vergoeding.

Indien een vergoeding of prijs inclusief kosten overeengekomen wordt, dienen de direct aan de opdracht toerekenbare kosten in mindering te worden gebracht op de vergoeding of prijs om tot een controle van het uurtarief voor de arbeidsbeloning te komen. Om vast te stellen wat de arbeidsbeloning is, dienen de door de werkende gemaakte kosten die direct zijn toe te rekenen aan de opdracht in mindering te worden gebracht op de vergoeding voor de opdracht. Met direct aan de opdracht toe te rekenen kosten worden kosten bedoeld die voor de desbetreffende opdracht worden gemaakt. Direct aan de opdracht toe te rekenen kosten zijn bijvoorbeeld materiaalkosten, kosten voor (de aanschaf, huur of lease van) bedrijfsmiddelen, waaronder werkruimtes, die specifiek voor de betreffende opdracht worden gemaakt en kosten van inhuur van derden.

Direct aan de opdracht toe te rekenen uren
Voor de vaststelling van de omvang van de arbeidstijd wordt uitgegaan van de direct aan de opdracht toe te rekenen uren. Met direct aan de opdracht toe te rekenen uren wordt de arbeidstijd bedoeld die aan de desbetreffende opdracht wordt besteed. Direct aan de opdracht toe te rekenen tijd kan bijvoorbeeld tijd zijn die is besteed aan de aanschaf en de huur van materialen, voorbereidingstijd en de tijd die wordt besteed aan de uitvoering van de opdracht. De tijd die een tegelzetter besteedt aan het aanbrengen van tegels bij de opdrachtgever vormt bijvoorbeeld direct aan de opdracht toe te rekenen tijd. Ook de voorbereidingstijd die een tegelzetter besteedt, zoals het bezoek aan een tegelverkoper vormt direct aan de opdracht toe te rekenen tijd.

Niet direct aan de opdracht toe te rekenen kosten
De niet direct aan de opdracht toe te rekenen kosten hoeven niet op de vergoeding voor de opdracht in mindering te worden gebracht. Deze kosten zijn verdisconteerd in het uurtarief voor de arbeidsbeloning. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om kosten voor vervoer van en naar de vaste woon- of verblijfplaats, acquisitie- en representatiekosten, administratiekosten, scholings- en studiekosten en kosten voor vakliteratuur, verzekeringspremies, kosten voor communicatie en communicatiemiddelen en kosten die gemaakt worden voor het opstellen en ondertekenen van de overeenkomst op basis waarvan de zelfstandige zijn werkzaamheden gaat verrichten.
Ook kosten die zijn gemaakt voor bedrijfsmiddelen die voor meerdere opdrachten worden of zullen worden gebruikt zijn evenmin kosten die worden beschouwd als direct aan de opdracht toe te rekenen kosten. Hierbij kan het bijvoorbeeld gaan om de kosten van aanschaf van bedrijfsmiddelen maar ook kosten voor het leasen of huren van bedrijfsmiddelen die voor meerdere opdrachten worden of zullen worden gebruikt. Deze kosten worden niet beschouwd als direct aan de opdracht toe te rekenen kosten. Bedrijfsmiddelen zijn bijvoorbeeld machines, vervoermiddelen, installaties,

CONCEPT

apparaten, gereedschappen en werkruimtes die door de zelfstandige worden of kunnen worden gebruikt bij of ten behoeve van zijn werkzaamheden.

Niet direct aan de opdracht toe te rekenen uren
De niet direct aan de opdracht toe te rekenen uren worden niet betrokken bij de berekening van het uurtarief. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om tijd besteed aan vervoer van en naar de vaste woon- of verblijfplaats, om tijd besteed aan acquisitie en representatie, om tijd die is besteed aan administratie, om tijd besteed aan scholing, studie en vakliteratuur. Verder gaat het om tijd besteed aan het opstellen en ondertekenen van de overeenkomst op basis waarvan de zelfstandige zijn werkzaamheden gaat verrichten. De tijd die is besteed aan het ter beschikking krijgen van bedrijfsmiddelen wordt evenmin beschouwd als direct aan de opdracht toe te rekenen tijd wanneer die bedrijfsmiddelen voor meerdere opdrachten worden of zullen worden gebruikt. Hierbij kan het gaan om die tijd die is gemoeid met de aanschaf, het huren of leasen van een bedrijfsmiddel.

Deze uitleg is in lijn met de niet aan de opdracht toe te rekenen kosten. In algemene zin geldt bij de berekening van het tarief dat als kosten niet direct aan de opdracht zijn toe te rekenen, de tijd die ermee gemoeid is eveneens niet direct aan de opdracht toe te rekenen is.

4.4.3 Opdrachten waarbij geen uurtarief wordt gehanteerd
Het rechtsvermoeden is ook van toepassing op opdrachten waarbij geen uurtarief wordt gehanteerd. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan een opdracht met een overeengekomen totaalprijs, of een opdracht waarbij tegen stuksprijs wordt gewerkt.

Om in die situatie het rechtsvermoeden in te kunnen roepen, moet de werkende aannemelijk maken dat het tarief dat hij betaald krijgt lager is dan het uurtarief voor het rechtsvermoeden. In geval er geen vast uurtarief is overeengekomen, maar bijvoorbeeld een totaaltarief of een stuksprijs, dan is het aan de werkende om aannemelijk te maken dat tegenover dit tarief een bepaald aantal werkzame uren staan, zodat aannemelijk gemaakt kan worden dat het uurtarief lager is dan het uurtarief voor het rechtsvermoeden.

Dit betekent echter niet dat er in alle gevallen een nieuwe verplichting tot bijhouden van een urenadministratie ontstaat. Sinds 1 januari 2018 is de overeenkomst van opdracht (OVO) onder de WML gebracht. Doordat de WML van toepassing is verklaard op de Overeenkomst van Opdracht dient in voorkomende gevallen al een urenadministratie te worden bijgehouden. Een uitzondering hierop geldt voor een OVO die is aangegaan met een zelfstandige in de uitoefening van bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van beroep (dit betreft werkenden die fiscaal worden gezien als ondernemer). Daarop is de WML niet van toepassing.

Voor zover er sprake is van een overeenkomst met een zzp'er die niet kwalificeert als zelfstandig ondernemer in fiscale zin, moet de werkgevende kunnen aantonen dat ten minste het minimumloon wordt betaald. Dit vereist dat een uurtarief kan worden aangetoond doordat zowel de betaling als het feitelijk aantal gewerkte uren inzichtelijk moet kunnen worden gemaakt. In die situatie moet er dus een urenadministratie worden bijgehouden en moet ook de werkende relatief eenvoudig het uurtarief aannemelijk kunnen maken.
Als de zzp'er kwalificeert als ondernemer in fiscale zin geldt de WML niet. Het is in dat geval geheel aan de werkende zelf om een uurtarief aannemelijk te maken, wil een beroep op het rechtsvermoeden kunnen slagen. De werkende moet in dat geval aannemelijk maken dat tegenover de stuksprijs of de totaalprijs een bepaald aantal gewerkte uren staan, zodat een bepaald uurtarief kan worden verondersteld. Desgewenst kan hierbij ook gebruik worden gemaakt van de urenadministratie die nodig is om in aanmerking te kunnen komen voor de zelfstandigenaftrek.

4.4.4 Particuliere opdrachtgevers
Particuliere opdrachtgevers worden uitgezonderd van de toepassing van het rechtsvermoeden. Dit wordt in deze paragraaf nader toegelicht.

Het rechtsvermoeden beoogt het werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt, met een minder sterke onderhandelingspositie makkelijker te maken een arbeidsovereenkomst op te eisen.

CONCEPT

In geval het rechtsvermoeden ook van toepassing wordt verklaard op particuliere opdrachtgevers, legt dit een grotere verantwoordelijkheid bij particuliere opdrachtgevers. Zij moeten dan immers aan de hand van de hoofdelementen arbeid, loon en werken in dienst van (gezag) aantonen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Onder particuliere opdrachtgevers wordt in dit kader verstaan een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van bedrijf of beroep[139].
Als het rechtsvermoeden ook op particuliere opdrachtgevers van toepassing wordt verklaard, kunnen particulieren mogelijk geconfronteerd worden met het zijn van werkgever (of in ieder geval met het aantonen dat zij dit niet zijn). Alhoewel er in de Regeling Dienstverlening aan Huis (RDAH) uitzonderingen zijn gemaakt op de werkgeversverplichtingen, betekent dit toch een extra belasting voor particulieren. Het kabinet ziet een aantal redenen om particuliere opdrachtgevers uit te zonderen.

Ten eerste beoogt het rechtsvermoeden de (onderhandelings)positie van de werkende te versterken ten opzichte van de werkgevende. Het idee hierachter is dat onder een bepaald uurtarief de werkende een zwakkere onderhandelingspositie heeft ten opzichte van de werkgevende. Hiervan zal in de regel bij inhuur door een particuliere opdrachtgever geen sprake zijn. Wanneer er sprake is van een particuliere opdrachtgever, kan men er redelijkerwijs van uitgaan dat de (onderhandelings)positie van de werkende veel gelijkwaardiger is aan die van de particuliere opdrachtgever, dan wanneer de werkende onderhandelt met een zakelijke opdrachtgever.

Ten tweede betekent het van toepassing laten zijn van het rechtsvermoeden op particuliere opdrachtgevers dat zij vaker geconfronteerd kunnen gaan worden met claims dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Bewijzen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst vraagt om veel juridische kennis, welke bij de meeste particuliere opdrachtgevers niet aanwezig is. Er moet dan rechtshulp worden ingeschakeld, met hoge administratieve/ regeldruklasten en kosten voor een advocaat. De vraag is of dit proportioneel is, zeker als ook het doel van de regeling (creëren meer gelijkwaardige onderhandelingspositie) niet van toepassing lijkt te zijn bij deze doelgroep.

Ten derde gaat het bij particuliere opdrachtgevers in veel gevallen om werkenden die veel korte opdrachten verrichten (bijvoorbeeld de schoonmaker die wekelijks komt, de glazenwasser, of de buitenschilder die in een paar dagen het huis heeft geschilderd). Deze werkende kan dan bij elke afzonderlijke particuliere opdrachtgever een beroep doen op het rechtsvermoeden. Dit wordt niet wenselijk geacht.

4.4.5 Inhoud (omvang en duur) arbeidsovereenkomst die wordt verkregen bij effectief beroep op vermoeden

Als succesvol een beroep wordt gedaan op het rechtsvermoeden, ontstaat er een arbeidsovereenkomst. De vraag is dan wat de inhoud is van deze arbeidsovereenkomst. Dit is op zichzelf geen nieuw vraagstuk, want dit speelt ook bij het huidige rechtsvermoeden zoals opgenomen in artikel 7:610a BW. Het kabinet kiest er dan ook voor hier geen nadere regels voor te stellen en dit over te laten aan de rechtspraktijk. Bij de beoordeling van de specifieke casus kunnen daarbij alle relevante omstandigheden van het geval worden meegewogen. In het algemeen wordt als er sprake is van een duidelijk afgebakende opdracht (in uren en duur) hierbij aangesloten qua omvang van de arbeidsovereenkomst. In geval dit minder duidelijk ligt, biedt het rechtsvermoeden zoals opgenomen in artikel 7:610b BW een aanknopingspunt. Daarin is bepaald dat indien een arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, de bedongen arbeid in enige maand vermoed wordt een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de drie voorafgaande maanden.

4.4.6 Bewijslastverdeling bij beroep op het rechtsvermoeden

Voor de werking van het rechtsvermoeden is het belangrijk duidelijk te maken wie van de partijen moet stellen en bewijzen dat het rechtsvermoeden van toepassing is, en wie vervolgens moet stellen en bewijzen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. De regels van stelplicht en bewijslast zijn geregeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

[139] NB: het rechtsvermoeden is dus wel van toepassing op particulieren die bedrijfsmatig activiteiten uitoefenen en daar zelfstandigen voor inhuren. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een pandjesbaas die iemand inhuurt voor onderhoud aan het pand.

CONCEPT

Situatie voor introductie weerlegbaar rechtsvermoeden
De hoofdregel is dat de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten draagt (artikel 150Rv). Hieruit volgt dat als de werkende stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en dit onderbouwt met feiten (arbeid, loon, werken in dienst van), de werkende deze feiten moet bewijzen, voor zover deze door de werkgevende gemotiveerd worden betwist (feiten die niet of onvoldoende zijn betwist, worden door de rechter op grond van artikel 149 Rv als vaststaan aangenomen).

Situatie na invoering weerlegbaar rechtsvermoeden
De hoofdregel blijft dat het stellen van de feiten berust bij degene die zich beroept op de rechtsgevolgen daarvan (artikel 150 Rv). Op grond van artikel 610aa BW geldt dat als de werkende voldoende feiten stelt om aannemelijk te maken dat er sprake is van een uurtarief lager dan € 32,24 (stand per 1 juli 2023), de rechter bij wege van feitelijk vermoeden een arbeidsovereenkomst aanneemt. Het is dan aan de werkgevende om middels het leveren van feiten en bewijzen aan te tonen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Indien de werkgevende hier dusdanig in slaagt dat de rechter zich genoodzaakt ziet om terug te komen op het feitelijk vermoeden, moet de werknemer alsnog de feiten bewijzen om in rechte vast te stellen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Casus: De werkende stelt dat hij recht heeft op een arbeidsovereenkomst en doet bij de rechter een beroep op het rechtsvermoeden. De werkende moet in dat geval aannemelijk maken dat er sprake is van een tarief onder het uurtarief van € 32,24 (dat is lichter dan bewijzen, want alleen de feiten voor dat vermoeden moeten worden aangetoond, oftewel: alleen het lage tarief). De rechter neemt dat vermoeden dan aan ("voorshands staat vast dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst"). Maar dit vermoeden is weerlegbaar. Dus de werkgevende is vervolgens belast met het ontkrachten van het vermoeden dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. De werkgevende moet hiervoor voldoende concrete feiten naar voren brengen, waardoor dat vermoeden wordt ontzenuwd. Gaat het vermoeden vervolgens van tafel (de rechter is gaan twijfelen aan het van toepassing zijn van het rechtsvermoeden), dan draagt de werkende de bewijslast van de feiten die door de werkgever zodanig zijn betwist dat het rechtsvermoeden zijn kracht heeft verloren. Voor de werkgevende staan hier twee wegen open. De werkgevende kan aantonen dat het uurtarief wel degelijk boven het bedrag € 32,24 ligt. In dat geval vervalt het beroep van de werkende op het rechtsvermoeden. Of de werkgevende kan aantonen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst (arbeid, loon en gezag).

Stel dat de werkgevende in dit voorbeeld stelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, omdat het element gezag ontbreekt. Het element gezag is dan het betwiste feit. Dan geldt dat de werkgevende moet aantonen dat er geen sprake is van gezag door het leveren van (tegen)bewijs. Gaat de rechter hierin mee (het vermoeden dat aan alle voorwaarden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst is voldaan, is ontkracht), dan geldt dat de werkende de bewijslast draagt dat er wél sprake is van gezag. De werkende kan hiervoor nader bewijs aanleveren door bijvoorbeeld getuigen te laten horen. Vervolgens kan de werkgevende tegenbewijs aanvoeren, bijvoorbeeld in contra-enquête (zelf getuigen aandragen om door de rechter te worden gehoord). Hierna beslist de rechter.

4.4.7 Relatie richtlijn platformwerk
Een rechtsvermoeden gebaseerd op een uurtarief heeft volgens dit kabinet toegevoegde waarde ten opzichte van de (concept) Europese richtlijn platformwerk.[140] Bij een rechtsvermoeden gebaseerd op een uurtarief, kunnen ook andere kwetsbare werkenden (dan alleen platformwerkers) een beroep doen op het rechtsvermoeden. Daarmee wordt een grotere groep werkenden beschermd dan met de Europese richtlijn platformwerk. Het wordt daarmee voor een grotere groep werkenden laagdrempeliger om een arbeidsovereenkomst op te eisen van de werkgevende.

[140] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work.

CONCEPT

Het is juridisch geen belemmering als deze twee rechtsvermoedens naast elkaar zouden gaan bestaan. Het is aan de werkende (of zijn vertegenwoordiger) om te bezien op welk rechtsvermoeden hij zich beroept. Als ze beiden van toepassing (lijken te) zijn, kan bij een rechtsgang ook gewoon op beide rechtsvermoedens (primair en subsidiair) een beroep worden gedaan. Dit vergroot de kans op een geslaagd beroep.

4.4.8 Relatie rechtsvermoeden artikel 7:610a BW

In artikel in 7:610a BW is eveneens een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst opgenomen. Bij dat rechtsvermoeden gaat het om een vermoeden van een arbeidsovereenkomst indien gedurende 3 maanden wekelijks dan wel ten minste 20 uur per maand arbeid wordt verricht. Dit rechtsvermoeden blijft bestaan, waardoor de werkende met het nieuwe rechtsvermoeden een extra mogelijkheid krijgt om een arbeidsovereenkomst te claimen.

Uit de expertmeetings en de stakeholderbijeenkomsten lijkt er consensus dat van een rechtsvermoeden gebaseerd op een uurtarief een groter preventief effect verwacht mag worden dan van het bestaande rechtsvermoeden. De verwachting is dat er van een uurtarief voorafgaand aan het aangaan van een overeenkomst een normstellend effect uitgaat. Waarbij er in het geval dat er een lager tarief wordt overeengekomen beter dan nu wordt beoordeeld of de opdracht zich ervoor leent om door een zelfstandige te worden uitgevoerd dan wel dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Het is juridisch geen bezwaar om deze twee rechtsvermoedens naast elkaar te hebben. Een werkende van mening is een arbeidsovereenkomst te moeten hebben, kan zich op meerdere wetsartikelen beroepen. Ten eerste op de hoofdregel in artikel 7:610BW. Daarnaast kan de werkende zich op één van deze rechtsvermoedens beroepen dan wel op allebei (primair en subsidiair). Dit vergroot juist de kans op een geslaagd beroep.

4.5 Verhouding tot internationaal recht

Het kabinet is van oordeel dat er geen reden is om te veronderstellen dat het rechtsvermoeden in strijd is met de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie). Het is immers aan de werkende zelf om een eventueel beroep te doen op het rechtsvermoeden. De werkende wordt in die zin niet belemmerd in het zijn van een ondernemer.

De introductie van het rechtsvermoeden brengt eveneens geen belemmering van het vrij verkeer van vestiging (artikel 49 VWEU) of de vrijheid van dienstverrichting (artikel 56 VWEU) met zich mee. Zoals is aangegeven in paragraaf 4.3.1 en 4.3.2, roept in beginsel de werkende zelf het rechtsvermoeden dient in jegens diens werkgevende. Niets staat de werkende in de weg om – als daadwerkelijk zelfstandige – voor een bedrag lager dan het uurtarief te werken. Naar verwachting zullen werkgevenden, in de situatie dat zij arbeid laten verrichten voor een uurtarief dat onder het tarief van het rechtsvermoeden ligt, met het oog op eventuele procesrisico's zorgvuldiger gaan toetsen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, of dat de arbeid als zelfstandige kan worden verricht. In voorkomend geval kan dit betekenen dat een werkgevende er in een dergelijke situatie voor kiest de arbeid op basis van een arbeidsovereenkomst te laten verrichten. Dit (verwachte) effect brengt naar het oordeel van het kabinet echter niet met zich mee dat er sprake is van een belemmering van het Europeesrechtelijke vrij verkeer van vestiging of van diensten.
Omdat er met het rechtsvermoeden geen sprake is van een minimumuurtarief, maar enkel van een rechtsvermoeden dat geactiveerd kan worden wanneer de arbeid wordt verricht voor een uurtarief dat lager ligt dan € 32,24 is artikel 15, tweede lid, onderdeel g, van de dienstenrichtlijn, eveneens niet van toepassing.

4.6 Toezicht en handhaving

Zoals in paragraaf 4.3.2 en 4.3.3 toegelicht kent het rechtsvermoeden uitsluitend civielrechtelijke werking. Dit betekent dat de uitvoerende instanties UWV, Belastingdienst en de NLA geen beroep kunnen doen op het rechtsvermoeden. Er zijn in dat kader dus geen gevolgen voor het toezicht en de handhaving.

UWV, Belastingdienst en de NLA behouden in voorkomende gevallen een eigen onderzoeksplicht.

CONCEPT

Indien er een gerechtelijke uitspraak is gedaan omdat een werkende een beroep op het rechtsvermoeden heeft gedaan, is dit in beginsel wel een belangrijk uitgangspunt voor de uitvoerende instanties. Mocht een rechter hebben geoordeeld dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst dan geldt deze uitspraak wel in brede zin. UWV en Belastingdienst kunnen op basis van deze uitspraak ervan uitgaan dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit betekent in het algemeen dat de werkgever loonheffingen moet afdragen en de werkende verzekerd is voor de werknemersverzekeringen.[141]

CONCEPT

[141] Hierop bestaan uitzonderingen in de materiewetten. Bijvoorbeeld in geval van fictieve dienstbetrekkingen, of bepaalde aangewezen arbeidsovereenkomsten die niet als dienstbetrekking worden beschouwd.

5 Gevolgen voor de werkende, werkgevende, arbeidsmarkt, financiën en Caribisch Nederland

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de gevolgen voor de werkende, voor de werkgevende, voor de arbeidsmarkt, regeldruk, openbare financiën en Caribisch Nederland.

5.1 Gevolgen voor de werkenden

5.1.1 Doenvermogen en handelingsperspectief

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) heeft in 2017 het rapport *Weten is nog geen doen: Een realistisch perspectief op redzaamheid* gepubliceerd. De WRR constateert dat de overheid in toenemende mate een beroep doet op de redzaamheid van mensen, terwijl de menselijke vermogens daartoe begrensd zijn. Redzaamheid vraagt niet alleen om denkvermogen maar ook om doenvermogen. Lang niet alle burgers zijn hier onder alle omstandigheden toe in staat. Door een realistischer ontwerp van beleid kan de overheid de redzaamheid van burgers versterken. In het rapport beveelt de WRR daarom aan om bij voorgenomen wet- en regelgeving vooraf te toetsen of de regeling 'doenlijk' is voor burgers. Inhoudelijke vragen die hierbij kunnen helpen zijn vragen naar de samenstelling en eigenschappen van de doelgroep; de mentale lasten van de regeling voor burgers; de eventuele cumulatie van lasten; de gevolgen van nalatigheid of fouten en de aanwezigheid van hulp. In deze paragraaf wordt ingegaan op het doenvermogen van burgers in relatie tot de wetswijzigingen die met onderhavige voorstel worden beoogd. Daarbij wordt achtereenvolgend ingegaan op het onderdeel verduidelijking van het werken in dienst van en het rechtsvermoeden.

5.1.1.1 Doelstelling en doelgroep

De doelgroepen van dit wetsvoorstel zijn werkenden en werkgevenden. Het begrip doenvermogen is echter gericht op burgers. In de context van deze wet kwalificeren alleen de werkenden en de particuliere opdrachtgever als burgers. Daarbij moet opgemerkt worden dat het rechtsvermoeden niet kan worden ingeroepen wanneer gewerkt wordt voor een particuliere opdrachtgever.
Het kabinet past het doenvermogen echter ook toe op zzp'ers en het (kleine) mkb (Kamerstuk 2018/2019, 34775, nr. AQ). De bijzondere status van de zzp'er wordt daarbij erkend: het betreft een specifieke soort kleine ondernemer, waarbij de (administratieve) lasten niet gedeeld kunnen worden met bijvoorbeeld personeel. Daarom is voor de werkbaarheid, uitvoerbaarheid en administratieve lasten van de voorgenomen maatregelen voor bedrijven een mkb-toets uitgevoerd (zie 5.6). Via het breed maatschappelijk gesprek[142] en meerdere bijeenkomsten met belanghebbenden en wetenschappers zijn suggesties opgehaald die verwerkt zijn in het voorstel. Met de zzpvertegenwoordigers, vakbonden en werkgeversorganisaties uit de SER is aanvullend gesproken en die hebben concrete suggesties op concepten kunnen aanleveren. Ook is uitvoerig gesproken met werkgeversvertegenwoordigers en zzp-organisaties. Ten slotte worden zzp'ers en mkb'ers in de gelegenheid gesteld te reageren via de internetconsulatie.

5.1.1.2 Verduidelijking

Onduidelijkheid over hoe de arbeidsrelatie ingericht moet worden kan onzekerheid met zich mee brengen voor werkenden. Als je graag wilt ondernemen, wil je ook zekerheid dat je daarbij niet achteraf voor vervelende verrassingen komt te staan. Dat geeft rust, vertrouwen en grip. Tegelijkertijd moet ook duidelijk zijn wanneer en onder welke omstandigheden niet als zelfstandige gewerkt kan worden. Naar de aard van het Nederlandse (en Europese) contractenrecht verschilt dit per overeenkomst, oftewel per arbeidsrelatie. Dat maakt dat zekerheid geven aan een groep ondernemers over hun status niet aan de orde is. Er moet dus per werkende en per arbeidsrelatie een afweging gemaakt worden.

Met de verduidelijking van het werken in dienst van, wordt voor werkenden inzichtelijker waaraan een arbeidsrelatie getoetst moet worden om al dan niet als zelfstandige uitgevoerd te kunnen worden. Het beoordelen van de arbeidsrelatie wordt daarmee ingekaderd en beter behapbaar en inzichtelijk. Er wordt middels een drietal hoofdelementen met daaronder een limitatief aantal

[142] Kamerstukken II 2021/22, 31 311, nr. 240, p. 9.

CONCEPT

indicaties duidelijk langs welke lat de opdracht gelegd moet worden. En omdat dit niet alleen van toepassing is voor werkenden en werkgevenden, maar ook voor uitvoerders, toezichthouders en rechtspraak, wordt het 'grijze', onduidelijke gebied verkleint en ontstaat er meer voorspelbaarheid ten aanzien van de aard van arbeidsrelaties.
Omdat het arbeidsrecht dwingendrechtelijk van aard is, en er aan de kwalificatie van de arbeidsrelatie een aantal verstrekkende gevolgen verbonden zijn, is het belangrijk dat werkenden daar bewust mee omgaan. Dit kan ingewikkeld zijn. Extra complicerend daarbij kan de ongelijke machtsverhouding tussen werkgevenden en werkenden zijn. Werkenden worden in de gelegenheid gesteld om kennis te nemen van de nieuwe wet- en regelgeving met een periode voor inwerkingtreding van de wetgeving. Voor lopende contracten geldt dus dat zij voldoende tijd hebben om (indien van toepassing) te worden omgezet naar de juiste vorm.

Het kabinet spant zich aanvullend in om partijen te ondersteunen bij die verantwoordelijkheid. Dit gebeurt door inzet van communicatie, hulpmiddelen, inzet op specifieke sectoren en samenwerking met de markt (zie ook paragraaf 5.1.1.4).

Werkenden moeten uiteindelijk zelf, samen met opdrachtgevers/werkgevers, kijken naar hoe de arbeidsrelatie die zij op het punt staan aan te gaan, moet kwalificeren. Voor werkgevenden bestaan daarvoor de ondersteunende instrumenten zoals de webmodule. Voor werkenden ligt dit anders. Zij kunnen ook profiteren van de duidelijkheid die werkgevenden verkrijgen via de ondersteunende instrumenten, maar uiteindelijk moeten zij zichzelf ook informeren over het feit of zij al dan niet 'in dienst van' gaan werken. Vooral voor zelfstandig ondernemers is dit relevant, maar van hen mag verwacht worden dat zij zich goed informeren over de condities waaronder opdrachten al dan zonder arbeidsovereenkomst kunnen worden uitgevoerd. Middels communicatie, onder andere via de Kamer van Koophandel, zal hiervoor aandacht worden gevraagd.

5.1.1.3 Rechtsvermoeden

De acties van de werkende bestaan voornamelijk uit het controleren of de werkgever zich aan de juiste beoordeling van de arbeidsrelatie houdt, en indien de werkgever geen arbeidsovereenkomst aangaat terwijl de werkende hier wel recht op meent te hebben zich op het rechtsvermoeden te beroepen. De werkende kan er ook voor kiezen om een vertegenwoordiger (bijvoorbeeld een vakbond) namens hem een beroep op het rechtsvermoeden te laten doen.
Om een beroep op het rechtsvermoeden te kunnen doen, moet de werkende aannemelijk maken dat het uurtarief dat door de werkgevende wordt betaald lager is dan de tariefgrens die geldt voor de toepassing van het rechtsvermoeden.

Het gaat dan om een werkende die een arbeidsovereenkomst wil opeisen bij de werkgevende. Hiervoor staan na de invoering van het rechtsvermoeden drie manieren open:

- Via de reguliere weg op grond van artikel 7:610 BW. In dat geval moet de werkende aantonen dat er sprake is van arbeid, loon en werken in dienst van. Vooral het aantonen van een gezagsrelatie vraagt veel, doordat bij die beoordeling alle relevante feiten moeten worden meegenomen en in onderlinge samenhang moeten worden gewogen. Dit vraagt relatief veel van de werkende in het kader van het doenvermogen.
- Door een beroep te doen op het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW. Zoals in paragraaf 4.4.9 beschreven gaat het daarbij om een vermoeden van een arbeidsovereenkomst indien gedurende 3 maanden wekelijks dan wel ten minste 20 uur per maand arbeid wordt verricht.
- Via een beroep op het rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst gekoppeld aan een uurtarief: In dat geval moet de werkende het uurtarief aannemelijk maken. Dit is eenvoudiger dan arbeid, loon en gezag aantonen. Daarmee ontstaat er een besparing op administratieve lasten.

De introductie van het rechtsvermoeden geeft werkenden een eenvoudig instrument (naast de bestaande instrumenten) om een arbeidsovereenkomst te claimen. In het algemeen is het uurtarief relatief eenvoudig aan te tonen. Dit helpt het doenvermogen van de werkende.

Een beroep doen op het rechtsvermoeden kan echter voor werkenden ook heel lastig zijn. Zeker omdat het rechtsvermoeden zich richt op werkenden met een verwachtte minder goede onderhandelingspositie. In het overgrote gedeelte van de gevallen zal dit goed gaan. Veel

CONCEPT

werkgevers willen zich immers aan de wet houden en spannen zich ook in dit geval in om aan de wettelijke verplichtingen te voldoen. Tegelijkertijd zal er een groep zijn waarvoor dit niet het geval is. We weten dat het voor veel mensen nu lastig is om hier zelf stappen in te nemen. Daarom zijn er een aantal stappen in gang gezet om het doenvermogen hierin te verbeteren. Die staan beschreven in paragraaf 5.1.1.4. Een mogelijkheid is dat vakbonden een beroep op het rechtsvermoeden instellen namens de werkende. Het is onderdeel van de taken van de vakbond om de individuele en gezamenlijke belangen van werkenden te vertegenwoordigen. Dit geldt ook in geval een beroep op het rechtsvermoeden kan worden gedaan.

5.1.1.4 Kennen en kunnen

Kennen
Allereerst moeten werkenden de nieuwe regels kennen. Daarom zal vanuit de overheid voor inwerkingtreding van deze wet een informatiecampagne gestart worden, waarbij expliciet wordt ingezet op het bereiken van doelgroepen die niet automatisch deze informatie gaan opzoeken, zoals jongeren, ouderen, praktisch opgeleiden en arbeidsmigranten. Dit zal gebeuren via de reguliere kanalen, zoals rijksoverheid.nl, maar ook via sociale media. Daarbij zal ook gekeken worden naar eerdere campagnes, zoals de campagne 'Weet wat je tekent', die voor en mede door jongeren is opgezet[143] en initiatieven om arbeidsmigranten te informeren, zoals www.workinnl.nl. Waar mogelijk worden raakvlakken gezocht met andere partijen, zoals vakbonden en het juridisch loket.

Kunnen
Uit onderzoek komt naar voren dat bekendheid met de regels nog niet betekent dat mensen in actie komen als er zaken fout gaan. Ongeveer 3 op de 10 rechtzoekenden vindt hun weg naar professionele ondersteuning om informatie te krijgen over rechten en vervolgstappen of om te bemiddelen.[144] Het grootste aandeel van deze werknemers vond hulp bij hun vakbond, en ook niet-leden wisten een vakbond te bereiken. Daarnaast maken rechtzoekenden voor professionele ondersteuning gebruik van rechtsbijstandsverzekeraars, het juridisch loket, advocaat, vertrouwenspersoon en OR/MR. Als laatste kan het zijn dat er daadwerkelijk juridische stappen moeten worden genomen om werkgevers te bewegen zich aan de regels te houden.
Dit blijkt juist voor flexibel en/of laagbetaalde werkenden soms lastig. Daarom is het kabinet voornemens om de mogelijkheden om professionele hulp te zoeken te verbeteren voor deze groepen.

Het uitgangspunt bij de beoordeling van de arbeidsrelaties blijft dat werkende en werkgevende verantwoordelijk zijn voor de juiste kwalificatie van de arbeidsrelatie. Deze verantwoordelijkheid kan worden ingevuld door goed gebruik te maken van de beschikbare hulpmiddelen, weg te blijven bij het grijze gebied en processen in te richten die gericht zijn op het voorkomen van schijnzelfstandigheid. Door de verduidelijking wordt het makkelijker voor werkenden en werkgevenden om een goede invulling te geven aan deze verantwoordelijkheid. Het kabinet spant zich aanvullend in om partijen te ondersteunen bij die verantwoordelijkheid. Dit gebeurt door inzet van communicatie, hulpmiddelen, inzet op specifieke sectoren en samenwerking met de markt. Er wordt zowel ingezet op wat partijen nu al kunnen doen om de arbeidsrelatie juist te beoordelen alsmede voor hoe dat kan worden vormgegeven indien het wetsvoorstel in werking treedt. Bij sectoren waar ongewenste schijnzelfstandigheid extra knelt is aanvullend aandacht voor communicatie.

Daarnaast wordt door de Belastingdienst als onderdeel van de inzet op handhaving ingezet op het ondersteunen van partijen om de wet- en regelgeving in één keer goed toe te passen. Het gaat daarbij niet alleen om samenwerking met opdrachtgevers en opdrachtnemers, maar ook met koepels en brancheorganisaties, dienstverleners (financieel, fiscaal of anderszins) en andere overheidsorganisaties zoals de Nederlandse NLA en het UWV.[145] Met partijen die willen voldoen aan de fiscale en sociale verplichtingen (zoals inhouding en afdracht van de loonheffing en de afdracht van de premies voor de werknemersverzekeringen en de bijdrage voor de ZVW) wordt actieve

[143] Weet wat je tekent | Hoe werkt Nederland.
[144] I&O Research (2022). *Onderzoek naar effectuering arbeidsrecht.*
[145] Belastingdienst, Handhavingsplan Arbeidsrelaties, tranche 2023

samenwerking gezocht. Dit wordt binnen het "ontwikkelplan handhaving arbeidsrelaties" uitgewerkt.[146] Ten slotte wordt verkend hoe naar de toekomst toe omgegaan kan worden met modelovereenkomsten. Daarbij wordt aandacht besteed aan de rol van en de impact op de fiscaal dienstverleners. In de verkenning worden praktijkervaringen meegenomen, waaronder de redenen tot het intrekken van modelovereenkomsten en de ervaringen en behoeftes van marktpartijen. Er zal niet in honderd procent van de gevallen vooraf zekerheid zijn over de arbeidsrelatie maar de verwachting van het kabinet is dat met de bovenstaande ondersteuning in combinatie met het wetsvoorstel werkenden en werkgevenden genoeg middelen krijgen om tot een juiste weloverwogen kwalificatie van de arbeidsrelatie te komen.

Het aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten onder leiding van Roemer heeft aanbevolen om de toegang tot het recht voor arbeidsmigranten te verbeteren. Het is wenselijk om dit breder aan te pakken dan de oorspronkelijke doelgroep (zoals omschreven in Roemer) en te richten op alle kwetsbare werknemers, zoals laagbetaalde werknemers, werknemers met flexibele contracten én arbeidsmigranten. Momenteel worden mogelijkheden onderzocht om de toegang tot het recht op een adequate wijze te verbeteren door bestaande organisaties of structuren te versterken en wordt gekeken naar laagdrempelige geschilbeslechting.

Door deze gerichte acties voor bewustwording, hulp en ondersteuning en laagdrempelige toegang tot geschilbeslechting voor groepen kwetsbare werkenden heeft het kabinet het vertrouwen erin dat werknemers door dit wetsvoorstel beter in staat worden gesteld om hun werkende leven vorm te geven en door de aanvullende acties in staat worden gesteld om hier ook actie op te ondernemen als het niet goed gaat.

5.1.1.5 Gevolgen van onoplettendheid

Onderdeel van de toets op uitvoerbaarheid is of de gevolgen van onoplettendheid zijn te overzien en in verhouding zijn. Het kabinet is van mening dat dit het geval is. Door de verduidelijking van wet- en regelgeving omtrent de beoordeling van de arbeidsrelatie wordt het makkelijker om de juiste contractvorm aan te gaan.

Mocht een werkende desondanks het gevoel hebben ten onrechte geen arbeidsovereenkomst te hebben gekregen dan staan meerdere wegen open om alsnog een arbeidsovereenkomst te claimen. Dit kan door aan te tonen dat er sprake is van arbeid, loon en werken in dienst van (artikel 7:610 BW), of door een beroep te doen op het bestaande rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst in artikel 7:610a BW (minimaal 3 maanden wekelijks dan wel ten minste 20 uur per maand arbeid hebben verricht), dan wel door een beroep te doen op het nieuwe rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst als de beloning lager is dan € 32,24 per uur. Hierbij kan ook een wettelijk vertegenwoordiger (bijvoorbeeld een vakbond) worden ingeschakeld.

5.2 Gevolgen voor de werkgevenden

5.2.1 Uitvoerbaarheid en handelingsperspectief

In het kader van dit wetsvoorstel is ook de uitvoerbaarheid voor werkgevenden in kaart gebracht. De toets die daarvoor is aangelegd is iets anders dan die voor werkenden. Werknemers zijn immers burgers. Werkgevenden zijn bijna altijd bedrijven die als zodanig aan het economisch verkeer deelnemen. Van hen kan daarom meer verwacht worden. Tegelijkertijd is het grootste gedeelte van de werkgevers een zogenoemde kleine werkgever, met maximaal 10 werknemers in dienst. Ook specifiek voor hen voor hen moeten de wettelijke verplichtingen uitvoerbaar zijn. Daarom is er wel een toets op uitvoerbaarheid gedaan, zonder bepaalde aspecten van de doenvermogentoets, zoals de toets of er sprake is van samenloop met 'levensgebeurtenissen', omdat dit niet toepasbaar is op (kleine) bedrijven.

5.2.2 Verduidelijking

Werkgevers en opdrachtgevers dienen bij het aangaan van een arbeidsrelatie te beoordelen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of niet (en er bijvoorbeeld met een zelfstandige kan worden gewerkt). Dit moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 7:610BW, waarin is opgenomen dat als er sprake is van arbeid, loon en werken in dienst van (gezag) er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Voor werkgevenden geldt dat er ook gevolgen verbonden zijn aan een

[146] Belastingdienst, Handhavingsplan Arbeidsrelaties, tranche 2023

CONCEPT

verkeerde kwalificatie van de arbeidsrelatie, oftewel het onterecht inhuren van een zelfstandige waar dat eigenlijk een arbeidsovereenkomst moet zijn. Zo kan zij geconfronteerd worden met een werknemer die al dan niet via de rechter alsnog een arbeidsovereenkomst opeist. Maar ook kan via contact met toezichthouders, waaronder de Belastingdienst, duidelijk worden dat er sprake is van het onterecht inzetten van zelfstandigen.

Door de verduidelijking wordt het makkelijker voor werkgevenden om dit te voorkomen en is de verwachting dat het minder tijd zal kosten om de arbeidsrelatie te beoordelen.
De werkgevende wordt ondersteund bij het maken van een juiste afweging door onder andere de webmodule en communicatie.

5.2.3 Rechtsvermoeden

Het is aan werkgevenden en werkenden om vooraf te beoordelen welk type arbeidsrelatie wordt aangegaan. Op die manier is vooraf duidelijk of er sprake is van een arbeidsovereenkomst en de werkgever dientengevolge ook loonheffingen moet inhouden en afdragen. Dit verandert door de introductie van het rechtsvermoeden niet.
Door het rechtsvermoeden ontstaat wel een prikkel om in geval er sprake is van inhuur van een opdrachtnemer tegen een uurtarief lager dan € 32,24, extra goed te beoordelen of er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Door de verduidelijking van de wet- en regelgeving heeft de werkgevende hiervoor betere handvatten.
Indien een werkende (of zijn vertegenwoordiger) toch een beroep doet op het rechtsvermoeden, dan is het aan de werkgevende om tegenbewijs te leveren. Dat kan zijn door aan te tonen dat het uurtarief toch boven de grens van € 32,24 ligt. Of door aan te tonen dat er geen sprake is van arbeid, loon of werken in dienst van. Een werkgevende die het lastig vindt om een uurtarief te onderbouwen kan er dus ook voor kiezen om op basis van de reguliere beoordeling op grond van artikel 7:610BW aan te tonen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

5.2.4 Ondersteuning van werkgevenden

De webmodule beoordeling arbeidsrelaties geeft de opdrachtgever (zoveel mogelijk) een indicatie over de vraag hoe een specifieke arbeidsrelatie gekwalificeerd moet worden. De webmodule is gebaseerd op de huidige wet- en regelgeving en jurisprudentie en 'toetst' aan de hand van de relevante feiten en omstandigheden die in de jurisprudentie worden meegewogen.[147] Het kabinet zet in op intensiever gebruik van de webmodule beoordeling arbeidsrelaties en doorontwikkeling. Deze doorontwikkeling zal gefaseerd plaatsvinden. Ten eerste wordt de huidige pilotomgeving omgezet naar een meer definitieve vorm. Daarbij zal de huidige vragenlijst gebruikt blijven worden, maar wordt bezien of de gebruiksvriendelijkheid kan worden verbeterd. Naar verwachting zal dit eind dit jaar leiden tot een gebruiksvriendelijkere versie van de webmodule.
In de volgende fase worden de vragen in de webmodule aangepast, op basis van de aanpassingen in wet- en regelgeving op grond van dit wetsvoorstel. De hierop aangepaste webmodule zal beschikbaar moeten zijn bij inwerkingtreding van dit wetsvoorstel. De verwachting is dat in dat geval met minder vragen en in meer gevallen een indicatie over de aard van de arbeidsrelatie gegeven kan worden. Hierdoor neemt naar verwachting het gebruik van de webmodule toe.

5.3 Arbeidsmarkteffecten

Onderstaande geeft een korte overwegend kwalitatieve analyse van (de onzekerheid rond) de arbeidsmarkteffecten van voorliggende maatregelen. Het uiteindelijke hoofddoel van dit wetsvoorstel – zoals toegelicht in hoofdstuk 2 - is het verminderen van schijnzelfstandigheid in Nederland. Effecten op de arbeidsmarkt zullen zich daarom vooral uiten in verschuivingen tussen typen arbeidsrelaties, in het bijzonder in de verhouding tussen werknemers en zzp'ers op de arbeidsmarkt. Afgeleide beoogde effecten zijn meer solidariteit in het belastingstelsel en in de sociale zekerheid en meer eerlijke concurrentie op de arbeidsmarkt tussen werkenden onderling en tussen werkgevenden onderling. De analyse van de arbeidsmarkteffecten van de maatregelen in dit wetsvoorstel richten zich primair op de verwachte verandering van het aantal zzp'ers in verhouding tot het aantal werknemers en inactieven. Dit geeft het meeste inzicht in de directe effecten en bovendien een indicatie van de afgeleide effecten. Andere denkbare effecten kunnen bijvoorbeeld veranderingen zijn in gemiddelde tarieven of lonen.

CONCEPT

Samenhang met het bredere arbeidsmarktpakket en autonome ontwikkelingen op de arbeidsmarkt
De in dit wetsvoorstel voorgestelde maatregelen hangen nauw samen met diverse andere maatregelen die dit kabinet neemt of heeft genomen om de werking van de arbeidsmarkt te verbeteren.[148] Het gaat in het bijzonder om maatregelen rond het invoeren van een verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen, het verder afbouwen van de zelfstandigenaftrek, het afschaffen van de fiscale oudedagsreserve, het beter reguleren van flexibel werk en het wendbaarder maken van het vaste contract. De arbeidsmarkteffecten van deze maatregelen kunnen daarom niet los van elkaar worden gezien. Dat geldt zowel voor de beoogde effecten, zoals een andere verhouding tussen typen arbeidsrelaties en een andere verdeling van (on)zekerheden, als voor het tegengaan van onbedoelde effecten, zoals waterbedeffecten richting andere typen flexibele arbeidsrelaties of richting werkloosheid en inactiviteit.
Daarnaast is de ontwikkeling van het totale aantal en aandeel zzp'ers op de arbeidsmarkt afhankelijk van diverse andere factoren die buiten dit wetsvoorstel en buiten het bredere arbeidsmarktpakket liggen. Het gaat daarbij vooral om de in hoofdstuk 1 genoemde economische, demografische en culturele ontwikkelingen. Wanneer in deze paragraaf wordt gesproken over een stijging of daling van het aantal of aandeel zzp'ers, betreft dit een verschil ten opzichte van de situatie zonder deze maatregelen en dus niet per definitie een stijging of daling in absolute zin.

5.3.1 Verduidelijking

Gegeven het hoge aandeel zzp'ers op de Nederlandse arbeidsmarkt, en de overige maatregelen die dit kabinet neemt, is de verwachting dat de verduidelijking per saldo bijdraagt aan een kleiner aantal schijnzelfstandigen en daardoor zzp'ers. Vooral doordat de mogelijkheden tot schijnzelfstandigheid worden beperkt.
Onderliggend werken de effecten op het aantal zzp'ers verschillende kanten op. Deze hangen af van de motieven van, mogelijkheden van, en onderlinge verhoudingen tussen werkenden en werkgevenden. Grosso modo zijn vier typen mechanismen te onderscheiden waarin de verduidelijking leidt tot arbeidsmarkteffecten:

1. Werkende en werkgevende willen beiden als echte zelfstandige respectievelijk opdrachtgever werken, maar zijn onder de oude wet- en regelgeving onzeker over de aard van de arbeidsrelatie. In deze gevallen stelt de verduidelijking partijen beter in staat om hun arbeidsrelatie zo vorm te geven dat het voldoet aan de voorwaarden van een zelfstandige – opdrachtgeverrelatie. Dit heeft naar verwachting een beperkt positief effect op het aantal zelfstandigen. Vaak werken deze partijen in de praktijk nu al als zelfstandige en opdrachtgever. Het vergroten van de mate van duidelijkheid kan echter leiden tot meer opdrachten die tot stand komen en daarmee mogelijk ook tot meer zelfstandigen. Voor zover het aantal zelfstandigen stijgt door dit mechanisme, zijn dit echte zelfstandigen.

2. Werkende en werkgevende willen gezamenlijk werken buiten dienstverband, met als doel om onder werkgevers- en werknemersverplichtingen uit te komen en zo kostenvoordelen te realiseren. In deze situaties is vaak sprake van schijnzelfstandigheid met een relatief gelijke machtsverhouding tussen werkende en werkgevende.

   De verduidelijking leidt via dit mechanisme tot minder schijnzelfstandigen. Het grijze gebied wordt kleiner, waardoor het voor werkenden en werkgevenden moeilijker en risicovoller wordt om dit bewust op te zoeken. Een deel zal uit het grijze gebied willen blijven en kiezen voor een arbeidsovereenkomst. Deze keuze geeft de meeste zekerheid aan beide partijen en betekent dat geen naheffingen voor de loonheffingen worden opgelegd. Dit leidt tot minder schijnzelfstandigen. Het andere deel dat uit het grijze gebied wil blijven, kiest voor een duidelijke zelfstandige – opdrachtgeverrelatie. Bijvoorbeeld door de werkende duidelijk(er) voor eigen rekening en risico te laten werken, tegen een daarbij passend tarief. Dit gedrag heeft geen effect op het aantal zelfstandigen, omdat deze groep onder oude wet- en regelgeving al als zelfstandige werkte. Het risico op schijnzelfstandigheid neemt bij deze groep af. Wel kan dit leiden tot hogere tarieven. Dat hangt samen met het rechtsvermoeden op basis van een uurtarief, dat in de volgende paragraaf wordt behandeld. Een ander deel van de werkenden en werkgevenden in deze

[148] Voortgangsbrief uitwerking arbeidsmarktpakket. Kamerstukken II 2022-2023, 29544, nr. 1176.

CONCEPT

groep, zal het (kleinere) grijze gebied blijven opzoeken en dus als zelfstandige werken, met een risico op schijnzelfstandigheid. Dit heeft geen direct effect op het aantal en aandeel zelfstandigen, omdat ook deze groep onder oude wet- en regelgeving al als zelfstandige werkte. Wel zal de verduidelijking naar verwachting de mate van handhaafbaarheid vergroten waardoor indirect het aantal zzp'ers via dit mechanisme naar verwachting afneemt. Een noemenswaardige toename van het aantal inactieven ligt door dit mechanisme niet voor de hand, gezien de redelijk sterke arbeidsmarktpositie van deze werkenden.

3. De werkgevende dwingt met een ongelijke machtsverhouding een zelfstandige – opdrachtgeverrelatie af, terwijl de facto in een gezagsverhouding wordt gewerkt.

   In deze gevallen leidt verduidelijking tot een kleiner aantal schijnzelfstandigen, enerzijds doordat de verduidelijking het grijze gebied verkleint en het moeilijker wordt om aannemelijk te maken dat er sprake is van zelfstandige arbeid wanneer dat niet het geval is. Anderzijds neemt het aantal zelfstandigen af in dit mechanisme doordat publieke uitvoerders beter uit de voeten kunnen met de wetgeving en daardoor effectiever kunnen handhaven, waardoor schijnzelfstandigheid in deze situaties meer wordt tegengegaan. Voor deze groep is de samenhang met het afschaffen van het handhavingsmoratorium en met het rechtsvermoeden van belang. Deze groep heeft namelijk onder de oude wet- en regelgeving in veel gevallen al recht op een arbeidsovereenkomst, maar ervaart moeite met het (laten) afdwingen daarvan. In deze gevallen is het, meer dan bij mechanisme 2, mogelijk dat een deel van de afname van het aantal zzp'ers leidt tot meer inactieven omdat het gaat om zelfstandigen met een relatief kwetsbare arbeidsmarktpositie. Hoe de verschuiving richting inactieven zich verhoudt tot een verschuiving richting werknemers is mede afhankelijk van de situatie op de arbeidsmarkt en economie in den brede. Zeker in de huidige krappe arbeidsmarkt zal het effect richting inactiviteit naar verwachting zeer beperkt zijn.

4. De werkende dwingt met een ongelijke machtsverhouding een zelfstandige – opdrachtgeverrelatie af, terwijl de facto in een gezagsverhouding wordt gewerkt.

   In deze gevallen leidt de verduidelijking tot minder zelfstandigen, al zal het effect daarvan naar verwachting zeer beperkt zijn. Zeker in vergelijking met mechanisme 3. Zowel de werkende als de werkgevende zullen in dit geval niet snel een arbeidsovereenkomst opeisen. De werkende heeft gekozen om als zelfstandige te werken, dus zal het belang van het opeisen van een arbeidsovereenkomst meestal niet zien. De werkgevende zal niet snel een arbeidsovereenkomst willen opeisen, om te voorkomen dat de werkende de arbeidsrelatie om die reden beëindigt. Wel kan de verduidelijking een normerend effect hebben, waardoor werkgevenden meer in staat zullen zijn om werkenden in loondienst te nemen. Ook geeft de verduidelijking meer handvatten aan uitvoerders om te handhaven tegen deze vorm van schijnzelfstandigheid.

Samengevat leidt alleen het eerstgenoemde mechanisme tot een (beperkte) toename van het aantal zelfstandigen, terwijl de andere drie leiden tot een verschuiving van zelfstandigen richting werknemers of inactiviteit. Gegeven de in hoofdstuk 1 beschreven aard en omvang van de problematiek van schijnzelfstandigheid, is de verwachting daarom dat effecten twee en drie in omvang overheersen waardoor de verschuiving van zelfstandigen richting werknemers het grootst zal zijn.

Tot slot, deze vier mechanismen zijn uitdrukkelijk bedoeld als een gestileerde weergave van effecten van de verduidelijking op de arbeidsmarkt. Het is daarmee ook geen uitputtende beschrijving van alle soorten arbeidsrelaties die worden beïnvloed door de verduidelijking en alle manieren waarop dit in de praktijk zal gebeuren. Wel beschrijven ze naar verwachting de meest omvangrijke arbeidsmarkteffecten van de verduidelijking.

5.3.2 Rechtsvermoeden

De introductie van het rechtsvermoeden maakt het voor werkenden met beperkte onderhandelingsmacht makkelijker om het recht op een arbeidsovereenkomst te claimen bij de werkgevende en desnoods bij de (civiele) rechter. Dit draagt bij aan een eerlijkere verdeling van rechten en risico's en naar verwachting aan een kleiner aandeel (schijn)zelfstandigen.

CONCEPT

Net als de verduidelijking heeft ook het rechtsvermoeden via verschillende mechanismen effect op de arbeidsmarkt. Op hoofdlijnen gaat het om verschuivingen van zelfstandigen richting werknemers en mogelijk deels richting inactiviteit. Daarnaast is een opwaarts effect te verwachten op de tarieven die rond het aan het rechtsvermoeden gekoppelde uurtarief liggen. Dat kan indirect leiden tot een verschuiving van zelfstandigen richting werknemers. De verwachte mechanismen van de arbeidsmarkteffecten van deze maatregel zijn als volgt:

1. Meer arbeidsovereenkomsten door preventieve normerende werking: het uurtarief heeft een preventieve werking door het signaal dat een beloning onder het uurtarief in principe niet passend of toereikend is voor een zelfstandige. Een deel van de werkenden en werkgevenden die rond het uurtarief zouden uitkomen, gaan naar verwachting op voorhand vaker een arbeidsovereenkomst aan. Werkgevenden beperken daarmee ook het risico dat alsnog met succes een arbeidsovereenkomst wordt afgedwongen.

2. Vrijwillige omzetting van bestaande opdrachtovereenkomsten in arbeidsovereenkomsten: voor werkenden die al als zelfstandige werken onder het uurtarief, kan een deel in onderling overleg met de werkgevende alsnog een arbeidsovereenkomst aangaan. Het rechtsvermoeden verhoogt de druk op de werkgevende om hiermee in te stemmen.

3. Hogere tarieven: een deel van de opdrachtgevers zal zelfstandigen hogere tarieven bieden. De opdrachtgever loopt dan minder risico dat met succes een arbeidsovereenkomst wordt geclaimd. Dit mechanisme leidt niet in directe zin tot een daling van het aantal zelfstandigen maar tot een stijging van het gemiddelde tarief. Dit heeft ook een keerzijde, zoals hierna beschreven.

4. Inactiviteit: zelfstandigen met een verdienvermogen dat te laag is voor het wettelijke minimumloon zouden door het rechtsvermoeden een groter risico kunnen lopen om niet onder het uurtarief te worden ingehuurd en niet als werknemer te worden aangenomen. Deze groep loopt daardoor een hoger risico op verlies van werk. Werkgevenden kunnen weliswaar zelfstandigen blijven inhuren onder het uurtarief, maar lopen meer risico op een succesvol beroep op een arbeidsovereenkomst. Hierdoor daalt zowel het aantal zelfstandigen als het aantal werkenden.

Alle hiervoor genoemde mechanismen werken richting minder zzp'ers en in de meeste gevallen richting meer werknemers. Hoewel ook bij deze maatregel een kwantitatieve inschatting van de bovengenoemde effecten niet mogelijk is, is er indicatief wel een bovengrens aan te geven van de omvang van de groep werkenden die voor wie het rechtsvermoeden relevant is. Uit figuur 4 (oranje en gele blokken) blijkt dat 13 procent van zzp'ers die eigen arbeid levert, aangeeft gemiddeld onder het uurtarief van 32 euro te werken. Daarvan geeft 2 procentpunt aan dat ze liever als werknemer zouden willen werken. Dat zou voor de gehele groep zzp'ers impliceren dat ca. 25 duizend personen de mogelijkheid hebben om het rechtsvermoeden in te roepen en hier behoefte aan kunnen hebben. Dit is nadrukkelijk niet de omvang van de groep die naar verwachting het rechtsvermoeden zal inroepen. Bovendien leidt het inroepen van het rechtsvermoeden niet automatisch en niet altijd tot een arbeidsovereenkomst. Dat is ook niet het doel van deze maatregel. Zo is de verwachting dat de omvang van de groep zzp'ers die werkt onder het uurtarief, kleiner wordt door het preventieve effect van het uurtarief. Daarnaast zullen veel zzp'ers die (blijven) werken onder het uurtarief, naar verwachting niet in een situatie komen waarin ze het rechtsvermoeden willen inroepen. Bijvoorbeeld omdat zij als zelfstandige willen werken en dat daadwerkelijk doen, omdat ze niet weten dat het rechtsvermoeden bestaat of omdat zij zich geremd voelen om een conflict aan te gaan met de werkgevende. Tot slot leidt niet ieder beroep op het rechtsvermoeden tot een arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld doordat de werkgevende het ontbreken van een arbeidsovereenkomst kan bewijzen. De werkelijke omvang van de groep zzp'ers die door een beroep op het rechtsvermoeden of het proactief omzetten van de arbeidsrelatie werknemer wordt, ligt daarom naar verwachting lager dan de hiervoor genoemde bovengrens. Het grootste, maar niet kwantificeerbare effect ligt naar verwachting dan ook in de preventieve werking.

CONCEPT

Figuur 4. Uurtarieven en gewenste arbeidsrelatie[149]

5.4 Financiële effecten

Met de komst van dit wetsvoorstel treden geen directe budgettaire effecten op. Wel kunnen indirecte budgettaire effecten optreden doordat verschuivingen kunnen plaatsvinden in het type arbeidsrelaties als gevolg van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel heeft als doel om te voorkomen dat een groep werkenden die nu als zelfstandige werkzaam is, terwijl er eigenlijk sprake zou moeten zijn van een arbeidsovereenkomst (schijnzelfstandigheid). Er zijn werkenden die buiten de bescherming van het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en pensioenen, vallen terwijl ze daar feitelijk wel recht op zouden hebben. In deze gevallen zouden er ook premies voor afgedragen horen te zijn. Ten slotte wordt met de komst van dit wetsvoorstel ook de handhaving op schijnzelfstandigheid naar verwachting beter hanteerbaar. De in deze wet aangekondigde maatregelen brengen op zichzelf geen extra handhavingskosten met zich mee, maar hebben wel gevolgen op de manier waarop er gehandhaafd wordt.

Voor het gehele pakket aan zzp maatregelen zijn wel uitgaven begroot. Deze uitgaven zijn reeds verwerkt in de begrotingen van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en het ministerie van Financiën. Op basis van de uitvoeringstoetsen van dit wetsvoorstel en het afschaffen van het handhavingsmoratorium, worden de financiële implicaties verder geconcretiseerd.

Uitgaven x miljoen €	**2023**	**2024**	**2025**	**2026**	**2027**	**2028**	**Structureel**
Handhavingspaciteit Belastingdienst			15	15	15	15	15
Webmodule			1	0,8	0,3	0,3	0,3
Informatievoorziening ZZP			6	5,2	5,2	5,2	5,2
Totaal			**22**	**23**	**20,5**	**20,5**	**20,5**

Het kabinet neemt maatregelen om de handhaving op schijnzelfstandigheid te verbeteren[150] waaronder de ambitie om het handhavingsmoratorium per 1-1-2025 op te heffen. De

[149] Zelfstandige Enquête Arbeid 2021, eigen bewerkingen SZW.
[150] Kamerstukken II 2022/23, 31311 nr. 246.

CONCEPT

uitvoeringskosten voor de intensivering van handhaving op schijnzelfstandigheid worden door zowel het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid als het ministerie van Financiën gefinancierd.

Door middel van de webmodule wordt ondersteuning gegeven aan werkgevenden en werkenden in de beoordeling van arbeidsrelaties. De kosten aan de webmodule zijn naar verwachting de eerste twee jaar hoger dan structureel en bedragen in 2025 en 2026 € 0,5 miljoen. Per 2027 zijn de structurele kosten naar verwachting € 0,25 miljoen. Voor de evaluatie van de webmodule wordt aanvullend € 0,25 miljoen gereserveerd in 2025 en 2026.

Omdat door de nieuwe kwalificaties en de handhaving daarop een aantal zaken gaat veranderen voor werkgevenden en werkenden, wordt naast de webmodule ook geïnvesteerd in voorlichting en communicatietrajecten door het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en het ministerie van Financiën. Hiervoor wordt in 2025 € 6 miljoen en in de jaren daarna € 5,2 miljoen uitgetrokken, dat gezamenlijk door beide departementen wordt gefinancierd.

5.5 Regeldruk

5.5.1 Verduidelijking

Het kabinet wil de regelgeving rondom de beoordeling van arbeidsrelaties verduidelijken en het grijze gebied tussen werknemers en zelfstandigen verkleinen. Het doel van deze maatregel is de duidelijkheid te vergroten voor werkenden, werkgevers en opdrachtgevers, uitvoeringsorganisaties (zoals het UWV, de Belastingdienst en de NLA) en rechtspraak en bevorderen dat de wijze van beoordeling van arbeidsrelaties consistent is. Een verduidelijking moet het voor de markt, de uitvoeringsorganisaties en de rechtspraak inzichtelijker maken wanneer als zelfstandige of werknemer kan worden gewerkt.

Kennisnemingskosten

Allereerst moeten werkenden (zelfstandigen), bedrijven en particuliere opdrachtgevers kennisnemen van de gewijzigde regels met betrekking tot de beoordeling van de arbeidsrelatie. Zij moeten weten welke elementen voor de beoordeling van de arbeidsrelatie in de wet- en regelgeving zijn opgenomen. Aan de hand van deze elementen dient voortaan beoordeeld te worden of sprake is van een arbeidsovereenkomst.
Ook als de wetgeving rondom de beoordeling van de arbeidsrelatie verduidelijkt is, blijft het complexe materie. Dit betekent dat om kennis te nemen van de aanpassingen in de wet- en regelgeving veel vraagt van zowel de werkenden als de werkgevenden.
De kennisnamekosten bedragen eenmalig € 6,4 miljoen voor burgers en € 16,2 miljoen voor bedrijven.

Regeldrukkosten werkgevende en werkende

Werkgevenden en werkenden dienen bij het aangaan van een arbeidsrelatie ook nu al te beoordelen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of niet (en er bijvoorbeeld met of als een zelfstandige kan worden gewerkt). Indien zowel werkgevende en werkende een arbeidsovereenkomst willen aangaan, is deze beoordeling minder van belang. Dit is omdat er in dat geval al snel sprake is van overeenstemming, en er afdracht van loonheffingen plaatsvindt, waardoor er ook geen risico bestaat op naheffingen. Pas als er beoogd wordt geen arbeidsovereenkomst aan te gaan, of er verschil van inzicht bestaat over de vraag of er sprake van een arbeidsovereenkomst moet zijn, wordt het van groot belang dat getoetst wordt aan de voorwaarden van artikel 7:610BW. Het gaat daarbij immers om een dwingendrechtelijke bepaling, die niet door een partijbedoeling opzij gezet kan worden.
Het werken in dienst van is in de huidige wetgeving een open norm, die nader is ingevuld door jurisprudentie en waar in de loop der tijd vele elementen een rol in zijn gaan spelen. Deze elementen moet in onderlinge verhouding worden bezien en gewogen om vast te stellen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit is de zogeheten holistische benadering. Hierbij hangt de onderlinge verhouding en weging af van de specifieke situatie. In hoofdstuk 1 en 2 is toegelicht dat in de huidige situatie deze beoordeling niet altijd op een juiste manier plaatsvindt. Enerzijds omdat de huidige wet- en regelgeving als onduidelijk wordt beschouwd, anderzijds doordat er een prikkel bestaat om met en als zelfstandige te werken. De verduidelijking van wet- en regelgeving structureert en comprimeert de elementen uit de jurisprudentie en biedt betere handvatten aan

CONCEPT

werkenden en werkgevenden om de arbeidsrelatie te kwalificeren. Hiermee wordt de beoordeling van de arbeidsrelatie eenvoudiger, omdat deze met minder elementen kan plaatsvinden.
Doordat ook het toezicht en handhaving wordt versterkt, leidt dit ertoe dat werkgevenden en werkenden bewuster omgaan met de kwalificatie van de arbeidsverhouding. Dit leidt op zichzelf tot extra inspanningen en dus regeldruk, maar dit is een gewenst effect. Voor werkgevenden die in de huidige situatie zich ook al inspannen om op correcte wijze de arbeidsrelatie vast te stellen, levert het wetsvoorstel juist een verlichting op omdat deze werkwijze vereenvoudigd wordt.
Alhoewel het gebruikelijk is om bij regeldrukeffecten ervan uit te gaan dat de regelgeving wordt nageleefd (in de huidige en toekomstige situatie), acht het kabinet het niet realistisch om alleen dat scenario in beeld te brengen. De verduidelijking van wet- en regelgeving wordt ingezet als onderdeel van bestrijding van schijnzelfstandigheid (waarbij de regelgeving dus niet wordt nageleefd). En omdat parallel aan de invoering van deze wet- en regelgeving ook het toezicht en handhaving wordt geïntensiveerd, leidt dit in de praktijk voor werkgevenden ertoe dat zij vaker dan nu het geval is, de arbeidsrelatie zullen kwalificeren.

Zouden we ervan uitgaan dat in de huidige situatie 100% van alle werkgevenden zich inspant om tot een juiste kwalificatie van de arbeidsrelatie te komen, dan geldt dat deze beoordeling voor iedereen eenvoudiger wordt. Daarmee zou een verlichting van de regeldruk ontstaan van € 28,0 miljoen. Gaan we ervan uit dat in de huidige situatie geen enkele werkgevende zich inspant om tot een juiste kwalificatie van de arbeidsrelatie te komen, en dat na invoering van dit wetsvoorstel, gecombineerd met het intensiveren van toezicht en handhaving, werkgevenden zich in 100% van de gevallen gaan inspannen om tot een juiste kwalificatie te komen, dan levert dit een verzwaring van de regeldruk op met € 33,2 miljoen.

De daadwerkelijke effecten op de regeldruk, zullen tussen deze twee uitersten liggen. Het valt echter niet in te schatten hoe vaak werkgevenden en werkenden in de huidige situatie al tijd steken in het op juiste wijze beoordelen van de gezagsverhouding, bij het aangaan van een arbeidsrelatie. De hypothese is echter dat de meerderheid van werkgevenden en werkenden zich aan de geldende wet- en regelgeving houdt (of in ieder geval wil houden), en zich dus inspant om tot een juiste kwalificatie van de arbeidsrelatie te komen. De hypothese is dat in 70% van de gevallen werkgevenden zich inspannen om tot een juiste kwalificatie te komen en dit in 30% van de gevallen niet het geval is. Voor de 70% van de gevallen leidt dit wetsvoorstel dan tot een verlichting van regeldruk met € 19,6 miljoen, omdat de beoordeling eenvoudiger wordt. Voor de 30% leidt dit wetsvoorstel tot een extra inspanning en daarmee tot verzwaring van de regeldruk met € 10,0 miljoen. Per saldo nemen de regeldrukkosten voor werkgevenden in dit scenario af met € 9,6 miljoen ten opzichte van de huidige situatie. Omdat in een beperkt aantal van de gevallen voor de beoordeling van de arbeidsrelatie extra informatie nodig is van de werkende, om vast te stellen of de werkende zich doorgaans als zelfstandige in het economisch verkeer gedraagt, nemen de regeldrukkosten voor de werkende toe met € 0,3 miljoen.

5.5.2 Rechtsvermoeden

Het rechtsvermoeden wordt ingesteld om het werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt makkelijker te maken een arbeidsovereenkomst te claimen bij de werkgevende en in voorkomende gevallen, een betere toegang tot de rechter te geven. Het rechtsvermoeden kan worden ingeroepen indien de werkende een tarief voor zijn werkzaamheden krijgt dat lager is dan de uurtariefgrens voor het rechtsvermoeden (per 1 juli 2023 is dat een uurtarief ad € 32,24).
Het inroepen van het rechtsvermoeden heeft alleen zin, als de werkende geen arbeidsovereenkomst heeft en er onduidelijkheid bestaat over de kwalificatie van de arbeidsrelatie dan wel dat de werkende ervan overtuigd is dat er sprake zou moeten zijn van een arbeidsovereenkomst maar de werkgevende hem alleen als zelfstandige wil inhuren.

Kennisnemingskosten
Allereerst moeten werkenden (zelfstandigen), bedrijven en particuliere opdrachtgevers kennisnemen van de regels met betrekking tot de introductie van rechtsvermoeden gekoppeld aan een uurtarief. Men moet weten dat werkenden die minder dan de tariefgrens betaald krijgen, een beroep kunnen doen op het rechtsvermoeden. En dat in geval van een rechtsgang de werkende het uurtarief aannemelijk moet maken. En als de werkende daar in slaagt, het aan de werkgevende is om aan te tonen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

CONCEPT

Dit leidt tot eenmalige kennisnemingskosten. Deze kennisnamekosten bedragen eenmalig € 2,1 miljoen voor burgers en € 1,4 miljoen voor bedrijven.

Regeldrukkosten werkende
Allereerst is van belang om te benoemen dat het rechtsvermoeden uitsluitend van belang is voor de werkende die niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is, maar die van mening is dat daar wel sprake van zou moeten zijn. Voor alle werknemers, die dus op basis van een arbeidsovereenkomst werken, levert het rechtsvermoeden geen verandering in regeldrukkosten op. Verder is van belang dat van het rechtsvermoeden een preventief effect wordt verwacht. Kort gezegd wordt verwacht dat werkgevenden die iemand willen inhuren (niet op basis van een arbeidsovereenkomst) tegen een lager tarief dan het geldende uurtarief, vooraf al goed beoordelen of er geen sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst. Dit veronderstelde preventieve effect leidt er toe dat minder werkenden in de situatie komen dat zij een beroep moeten doen op het rechtsvermoeden. Bijvoorbeeld omdat de werkgevende al bij voorbaat een arbeidsovereenkomst is aangegaan, of omdat duidelijk is dat er daadwerkelijk als zelfstandige gewerkt kan worden, of doordat de werkgevende een tarief boven de tariefsgrens hanteert (in dat geval kan geen beroep worden gedaan op het rechtsvermoeden, maar kan een werkende nog wel op basis van de bestaande mogelijkheden een arbeidsovereenkomst claimen).

Voor de werkende die een arbeidsovereenkomst wil claimen, geeft het rechtsvermoeden een extra instrument om dit te kunnen doen. Om een beroep op het rechtsvermoeden te kunnen doen, moet de werkende aannemelijk maken dat het uurtarief dat door de werkgevende wordt betaald lager is dan de tariefgrens die geldt voor de toepassing van het rechtsvermoeden. Bij de uitwerking van dit wetsvoorstel is zo veel mogelijk aangesloten bij het gebruikelijk verkeer tussen opdrachtgevers en zelfstandigen. Zo is het gebruikelijk om op basis van een offerte een overeenkomst te sluiten, waarna de zelfstandige op basis van een factuur uitbetaald krijgt. Het is gebruikelijk dat de zelfstandige een administratie bijhoudt. Sterker nog, voor de inkomensheffing zijn veel zelfstandigen zelfs verplicht een administratie bij te houden. Daarnaast is het gebruikelijk dat een opdrachtgever een factuur controleert voordat deze wordt betaald.

Het gaat bij de toepassing van het rechtsvermoeden om een werkende die een arbeidsovereenkomst wil claimen bij de werkgevende. Hiervoor staan na de introductie van het rechtsvermoeden drie manieren open. De werkende kan kiezen welk wijze voor hem het meest eenvoudig aan te tonen is en dan daarvoor kiezen. Dit kan door een beroep op artikel 7:610 BW, of op het bestaande rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW (zie paragraaf 4.4.8). Dan wel op basis van dit nieuwe rechtsvermoeden. Is het uurtarief moeilijk aan te tonen, dan is een keuze voor een beroep op artikel 7:610a BW wellicht eenvoudiger. Ook kan bij een rechtszaak op beide rechtsvermoedens een beroep worden gedaan (primair en subsidiair). Dit vergroot de kans op een geslaagd beroep op het rechtsvermoeden.

Op grond van het bovenstaande kan gesteld worden dat er voor de werkende die een arbeidsovereenkomst wil claimen, met de introductie van het rechtsvermoeden een besparing op de administratieve lasten kan optreden. Deze besparing treedt op in de situatie dat de werkende met succes een beroep doet op het rechtsvermoeden. Zoals in paragraaf 5.3.2 aangegeven, gaat het naar verwachting om maximaal 25.000 werkenden die de mogelijkheid en de behoefte kunnen hebben om een beroep op het rechtsvermoeden te doen. Deze besparing wordt geraamd op € 0,38 miljoen.

Als het de werkgevende echter lukt aan te tonen dat het uurtarief niet lager is dan de tariefgrens, dan slaagt het beroep op het rechtsvermoeden niet. Het is dan aan de werkende om indien de werkende dit nog wilt, alsnog op grond van artikel 7:610 BW aan te tonen dat er sprake is van arbeid, loon en gezag. In dat geval is er feitelijk sprake van een toename van de administratieve lasten, aangezien de werkende dan ook nog het uurtarief aannemelijk heeft moeten maken. Naar verwachting is dit een beperkt aandeel van de gevallen waarbij als de werkende aannemelijk heeft kunnen maken dat het tarief onder de grens ligt, de werkgevende alsnog kan aantonen dat het tarief toch hoger is. Daarbij zal het in veel gevallen gaan om een beperkte toename van de administratieve lasten, omdat er voor werkenden meer redenen zijn een urenadministratie bij te houden. Bijvoorbeeld om een factuur te kunnen sturen, of om een beroep te kunnen doen op de zelfstandigenaftrek, of voor de administratie van de werkgevende om gecontroleerd te kunnen

CONCEPT

worden op toepassing van de WML. De extra kosten die hiermee gepaard gaan worden geraamd op € 0,04 miljoen.

Regeldrukkosten werkgevende
Er kan gesteld worden dat het rechtsvermoeden niet leidt tot extra regeldrukkosten bij de werkgevende. Een werkgevende moet ook nu al vooraf beoordelen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, dan wel dat een zelfstandige ingehuurd kan worden. Als deze beoordeling goed wordt uitgevoerd, heeft de werkende geen belang bij een beroep op het rechtsvermoeden. Immers, de werkende heeft dan een arbeidsovereenkomst, indien dit op grond van wet- en regelgeving is aangewezen. Zeker als door de verduidelijking van de wet- en regelgeving deze beoordeling eenvoudiger is geworden.
Zoals eerder aangegeven wordt echter een preventief effect verwacht van het rechtsvermoeden doordat werkgevenden bij opdrachten waarbij zelfstandigen worden ingehuurd tegen een laag tarief nadrukkelijker gaan beoordelen of er geen sprake zou moeten zijn van een arbeidsovereenkomst. Dit (gewenste) preventieve effect brengt regeldrukkosten met zich mee, omdat de werkgevende dan vaker moet beoordelen of er geen sprake is van arbeid, loon en werken in dienst van. Alhoewel deze beoordeling door de verduidelijking van wet- en regelgeving eenvoudiger is gemaakt, brengt dit dan toch regeldrukkosten met zich mee. Deze regeldrukkosten worden geraamd op maximaal € 1,9 miljoen. Deze regeldrukkosten zijn echter grotendeels al opgenomen in de regeldrukkosten die zijn berekend onder "verduidelijking". Daar is immers in kaart gebracht welke regeldrukkosten gepaard gaan met de nieuwe manier van beoordelen van de kwalificatie van de arbeidsrelatie.

Daarnaast is het in de praktijk mogelijk dat een werkgevende vaker geconfronteerd wordt met een werkende die een arbeidsovereenkomst claimt. Als de werkgevende geen arbeidsovereenkomst aangaat en de werkende stapt naar de rechter dan treden voor de werkgevende aanvullende kosten op. In dat geval moet de werkgevende (in plaats van de werkende) namelijk aantonen dat er geen arbeidsovereenkomst aanwezig is (op basis van arbeid, loon en werken in dienst van). Hierbij is sprake van een verschuiving van regeldrukkosten van de werkende naar de werkgevende van. Voor de werkenden treedt een besparing op van € 3,4 miljoen. Voor werkgevenden treedt een verzwaring op van € 7,9 miljoen.

Particuliere opdrachtgevers
Particuliere opdrachtgevers worden uitgezonderd van de toepassing van het rechtsvermoeden. Behoudens de kennisnemingskosten, zijn er derhalve geen aanvullende administratieve lasten voor de particuliere opdrachtgever.

5.6 Gevolgen voor Caribisch Nederland
In dit wetsvoorstel is de keuze gemaakt om dit stelsel (nog) niet van toepassing te laten zijn op Bonaire, Sint Eustatius en Saba (Caribisch Nederland), maar enkel op het Europese deel van Nederland.

Met de staatkundige transitie van 10 oktober 2010, de datum waarop Bonaire, Sint Eustatius en Saba een bijzondere gemeente (openbaar lichaam) van Nederland werden, is de Nederlands Antilliaanse wet- en regelgeving grotendeels beleidsluw omgezet. Daarbij werd toentertijd het principe van legislatieve terughoudendheid geïntroduceerd. Bij deze met name wetstechnische operatie werd het mede gelet op het absorptievermogen en insulaire karakter van Caribisch Nederland onwenselijk geacht om ook meteen over te gaan tot een grote inhoudelijke wijzigingsslag. De wet- en regelgeving die betrekking heeft op arbeidsmarkt en arbeidsrecht wijkt daarom aanzienlijk af van die in het Europees deel van Nederland.

Het coalitieakkoord heeft een duidelijke ambitie neergezet: "In Caribisch Nederland blijven we ons inspannen om Bonaire, Saba en Sint Eustatius een gelijkwaardig deel van Nederland te laten zijn"[151]. Het kabinet heeft daarbij het principe van 'comply or explain' omarmd. Op basis van dit principe moet bij nieuw beleid, wetgeving en investeringen voor Europees Nederland telkens worden beoordeeld of dit ook toegepast kan worden op Caribisch Nederland; of dat er goede en

[151] Coalitieakkoord «Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst». (Kamerstuk 35 788, nr. 77)

uitlegbare redenen zijn dat niet te doen. Het principe *comply or explain* biedt de benodigde ruimte voor maatwerk en differentiatie. Als er goede redenen zijn kan er afgeweken worden (*explain*). Het toepassen van *comply or explain* vergt steeds een zorgvuldige benadering, waarbij de bijzondere context van Caribisch Nederland in acht moet worden genomen en rekening moet worden gehouden met het aanpassingsvermogen van de lokale samenleving en de uitvoerbaarheid. Ook de beschikbare capaciteit bij alle betrokken is een relevante factor. Deze overwegingen nopen tot keuzes.

Op meerdere terreinen moet voor Caribisch Nederland een inhaalslag worden gemaakt. Zo zijn zowel de Wet werk en zekerheid als de Wet arbeidsmarkt in balans (nog) niet geïmplementeerd in Caribisch Nederland. De arbeidsmarkt in Caribisch Nederland functioneert anders en kent andere uitdagingen dan de arbeidsmarkt in Europees Nederland. Om de hieruit voortvloeiende bijzonderheden goed te kunnen wegen, wordt eerst een verkenning gestart naar de verschillen in het arbeidsrecht tussen Europees Nederland en Caribisch Nederland en de positie van werkenden op de arbeidsmarkt in Caribisch Nederland.

Op basis van deze verkenning wordt in overleg met de Centraal Dialogen en bestuurscolleges als belanghebbende partijen op de eilanden bepaald of en in hoeverre de aangekondigde maatregelen ook voor Caribisch Nederland gaan gelden. Daarbij kunnen de ervaringen die zijn en worden opgedaan in Europees Nederland, bijvoorbeeld in het kader van de evaluatie van de Wet werk en zekerheid en de Wet arbeidsmarkt in balans, te zijner tijd helpen om richting te bepalen.

5.7 Mkb-toets

Op 6 juli 2023 heeft een mkb-toets plaatsgevonden in hybride vorm. In het mkb-panel namen verschillende ondernemingen plaats die (gedeeltelijk) werken met zzp’ers. Deze ondernemingen zijn werkzaam in verschillende branches of als bemiddelingsbureau en zijn verschillend qua omvang. Aan de deelnemers van het mkb-panel is een samenvatting van dit wetsvoorstel voorgelegd met daarbij een aantal vragen. Het doel van deze mkb-toets was om te zien of de voorstellen zoals opgenomen in dit wetsvoorstel begrepen worden en in de praktijk toepasbaar en werkbaar zijn. Dit is per onderdeel van het wetsvoorstel besproken.

Verduidelijking ‘werken in dienst van’
De deelnemers deelden hun ervaringen en standpunten met het beoordelen van arbeidsrelaties onder de bestaande wet- en regelgeving. De meeste deelnemers gaven aan dat zij op de hoogte zijn van de regels rondom het werken met zelfstandigen, maar dat ze bij de zzp’ers zelf en binnen sommige andere organisaties met wie zij samenwerken wel veel onduidelijkheid zien. Ook gaven de deelnemers aan dat er naar hun mening momenteel een groot grijs gebied is. Daarnaast merkten de deelnemers op dat de zzp’ers veel onderhandelingsmacht hebben. Zo voelen zij zich als opdrachtgever soms genoodzaakt om zzp’ers in te huren om hun roosters te vullen of werk gedaan te krijgen, ook wanneer ze zich dan in een grijs gebied vinden. Onder de deelnemers was consensus dat verduidelijking van de regels en het aanreiken van een toetsingskader van belang is.

Vervolgens hebben de deelnemers hun mening gegeven over de voorstellen van het kabinet om de regels te verduidelijken. Een deelnemer die werkt in de zorg constateerde dat er in de zorg vrijwel altijd sprake is van inbedding in de organisatie. Ook worden er vrijwel altijd materialen van de werklocatie gebruikt. Een andere deelnemer uitte de angst dat door het criterium inbedding zwaar te wegen, heel veel ondernemers niet meer door kunnen met hun onderneming. De deelnemers zijn het er over eens dat je altijd naar een breder palet aan indicaties moet kijken, en niet één criterium/hoofdelementdirect doorslaggevend moet zijn. Meerdere deelnemers gaven aan hoofdelement C (eigen rekening en risico) positief te vinden en dat het van belang is de economische zelfstandigheid een duidelijke rol te geven. Een deelnemer gaf aan dat een zzp’er die niet economisch zelfstandig is en wel ingebed logischerwijs een schijnzelfstandige is. Een andere deelnemer benoemde dat de elementen inbedding in de organisatie en ondernemerschap voor haar organisatie tot scheve gezichten kunnen leiden aangezien sommige zzp’ers wel door kunnen als zzp’er, maar anderen dit niet meer zouden mogen.

CONCEPT

Rechtsvermoeden
De deelnemers deelden ook hun mening over het rechtsvermoeden op basis van een uurtarief. De deelnemers constateerden dat de grootte van de groep die hier onder gaat vallen, erg afhankelijk is van het tarief dat gekozen wordt. Over het algemeen voorzien de deelnemers in hun sector een beperkte invloed van het rechtsvermoeden. De redenen die hiervoor werden gegeven zijn dat er in hun sector met aanzienlijk hogere tarieven worden gerekend dan de €30-€35 die als indicatie wordt gegeven, en dat het juist de zzp'ers zelf zijn die niet in loondienst willen. Wel kunnen de deelnemers zich voorstellen dat er ingewikkelde discussies kunnen komen of iemand wel of niet onder het rechtsvermoeden valt wanneer het tarief daar net boven of onder ligt. Sommige deelnemers denken dat er een preventief effect van het rechtsvermoeden kan uitgaan, andere deelnemers zien een risico dat het uurtarief juist gebruikt wordt om de regels heen te werken. Een deelnemer merkte op dat de tarieven erg verschillen per beroepsgroep en functie en suggereerde om daar onderscheid in te maken, bijvoorbeeld door te verwijzen naar cao's. Een deelnemer benadrukte nog dat hij het rechtsvermoeden goed vindt voor zzp'ers aan de onderkant van de arbeidsmarkt die gedwongen worden om als zzp'er te werken.

Het gesprek bood waardevolle input voor het wetsvoorstel. Het hoofdelement C (werken voor eigen rekening en risico) is naar aanleiding van de mkb-toets (en op basis van gesprekken met anderen belanghebbenden) meer gericht op de economische zelfstandigheid. In het wetsvoorstel moeten hoofdelementen en onderliggende indicaties in samenhang bekeken worden, dat betekent ook dat inbedding in de organisatie niet op zichzelf doorslaggevend is. In de toelichting is naar aanleiding van MKB-toets aanvullende uitleg toegevoegd dat niet één hoofdelement altijd doorslaggevend is. Ook zijn casussen aan hoofdstuk 3 van het wetsvoorstel toegevoegd om meer duidelijkheid te bieden over de werking van het wetsvoorstel. Indien het wetsvoorstel in werking treedt zal er aanvullende aandacht zijn voor communicatie en praktijk uitleg. Ook is er in de toelichting extra aandacht geschonken aan het verwachte preventieve effect van het rechtsvermoeden.

Aangezien dit wetsvoorstel onderdeel uitmaakt van het brede arbeidsmarktpakket, wordt er voor de volledigheid opgemerkt dat er in de mkb-toets van het wetsvoorstel *meer zekerheid flexwerkers* ook deelnemers waren die opmerkten dat het minder aantrekkelijk maken van uitzendarbeid kan leiden tot meer schijnzelfstandigheid. Met de maatregelen uit wetsvoorstel beoogt het kabinet dit effect zo klein mogelijk te houden.

CONCEPT

6 Inwerkingtreding

Het beoogde tijdstip van inwerkingtreding van de maatregelen in dit voorstel is 1 juli 2025, mits uitvoerbaar. Voor de maatregel is geen overgangsrecht voorzien. Dit betekent dat de maatregelen bij inwerkingtreding onmiddellijke werking hebben. De onmiddellijke werking houdt in dat de regels van toepassing zijn op elke arbeidsovereenkomst die op 1 juli 2025 bestaat en op arbeidsovereenkomsten die op of na die datum ingaan.

Dit komt voort uit het doel van de beoogde maatregel, namelijk het verschaffen van duidelijkheid over de kwalificatie van de arbeidsrelatie, alsmede de introductie van een weerlegbaar rechtsvermoeden waarmee werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt een betere rechtspositie krijgen. Daarmee verandert in wezen het bestaande toetsingskader niet. Immers, de toetsingsgrondslag was en blijven de wettelijke vereisten zoals in artikel 7:610 BW zijn geformuleerd. Wel kan deze aanvullende verduidelijking betekenen dat in een aantal gevallen de arbeidsrelatie, na de inwerkingtreding van deze verduidelijking, anders kwalificeert. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat sprake is van een arbeidsovereenkomst in plaats van een overeenkomst van opdracht. Dit kan gevolgen hebben voor zowel de werkgevende als werkende. Daarnaast kan een werkende die tegen een laag uurtarief wordt ingehuurd, een beroep doen op het rechtsvermoeden. Daarbij geldt eveneens dat of sprake is van een arbeidsovereenkomst wordt beoordeeld aan de hand van onder andere de verduidelijkte hoofdelementen onder werken in dienst van.

Uitgaande van publicatie in het staatsblad op 1 januari 2025 hebben betrokkenen (werkgevenden, werkenden, uitvoeringsinstanties en rechtspraak) 6 maanden de tijd om zich voor te bereiden op de invloed die deze verduidelijking eventueel heeft op de (beoordeling van) arbeidsrelatie. Tot slot geldt ook dat in eerste instantie werkgevenden en werknemer nu ook al scherp behoren kijken naar of de gekozen contractvorm past bij de feitelijke (dagelijkse) invulling daarvan en – indien nodig – hierin aanpassingen maken.

CONCEPT

7 Evaluatie

Om de doeltreffendheid en doelmatigheid van het wetsvoorstel te kunnen meten, wordt het wetsvoorstel vijf jaar na de inwerkingtreding van de onderdelen van het wetsvoorstel in zijn geheel geëvalueerd.

In aanloop naar de inwerkingtreding wordt een evaluatiekader opgesteld en een nulmeting uitgevoerd. Aan de hand van het evaluatiekader wordt bepaald welke indicatoren relevant zijn voor de evaluatie (inclusief nulmeting). Ook wordt per indicator bepaald wie over gegevens beschikt en of het nodig is om aanvullende gegevens te verzamelen. Dit betreft kwantitatieve gegevens, zoals aantallen zzp'ers, tarieven waarvoor wordt gewerkt, een eventuele uitstroom van een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk naar een arbeidsovereenkomst, uitgesplitst naar sectoren. Daarnaast kan ook gekeken worden naar kwalitatieve data, zoals enquêtes, interviews met werkenden (zowel in loondienst als zzp) en werkgevenden en jurisprudentie. Hierin wordt ook aandacht besteed worden aan het doenvermogen van de werkenden.

Door middel van een nulmeting wordt de huidige situatie in kaart gebracht. Hier kan de situatie na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel (herhaalmeting) mee vergeleken worden. Waar mogelijk wordt bij de nulmeting gebruik gemaakt van de gegevens die in lopende en komende onderzoeken zijn verzameld.

Specifiek voor verduidelijking wordt aandacht besteed aan de vraag in hoeverre deze voorstellen hebben geleid tot meer duidelijkheid voor werkgevenden en werkenden in het inrichten van hun arbeidsrelatie en verkleining van het grijze gebied. Daarnaast wordt er gekeken naar de samenhang tussen verduidelijking en de handhaving door de Belastingdienst.
Specifiek voor het rechtsvermoeden zal worden gekeken naar de situaties waarin het rechtsvermoeden wordt ingeroepen door de werkende, en hoe vaak het vervolgens bij de rechter wordt voorgelegd. Ook kan er specifiek gekeken worden naar het inroepen van het rechtsvermoeden door een vakbond. Daarnaast zal er gekeken worden naar de ontwikkeling van uurtarieven rondom het tarief waaronder het rechtsvermoeden geldt.

Aangezien dit wetsvoorstel onderdeel uitmaakt van een breed pakket aan maatregelen op het gebied van zzp, alsmede een nauwe samenhang met het brede arbeidsmarktpakket heeft, zal er ook in de evaluatie aandacht besteed worden aan de wijze waarop deze verschillende onderdelen van het brede arbeidsmarktpakket hebben bijgedragen aan de effecten. Hier wordt nadrukkelijk ook gekeken naar het waterbedeffect tussen de verschillende contractvormen. Indien nodig worden onderdelen in samenhang geëvalueerd.

CONCEPT

8 Uitvoering, consultatie en adviezen

In deze paragraaf wordt de internetconsultatie, de reactie van de ATR, de uitvoeringstoetsen van de Belastingdienst, UWV en NLA en het advies van de Raad voor de rechtspraak besproken.

CONCEPT

II Artikelsgewijs

Artikel I, onderdeel A

Zoals paragraaf 3.3.5 uiteen is gezet, verloopt de beoordeling of sprake is van werken onder gezag steeds volgens dezelfde structuur. De beoordeling start met een toets aan de hoofdelementen A en B (werkinhoudelijke aansturing en inbedding in de organisatie van de werkgevende), die duiden op het werken in dienst van een ander. Zijn dergelijke elementen niet aanwezig, dan zal geen sprake zijn van een gezagsrelatie en daarmee niet van een arbeidsovereenkomst. Is minstens één van beide hoofdelementen aanwezig, dan is ook een toets aan hoofdelement C aan de orde. Hoofdelement C duidt erop dat de werkende voor eigen rekening en risico werkt, en daarmee juist op de afwezigheid van een gezagsrelatie. De beoordeling draait dan om de vraag waar het zwaartepunt in de arbeidsrelatie ligt; het werken in dienst van een ander, of het werken voor eigen rekening en risico. De aanwezigheid van de hoofdelementen wordt getoetst aan de hand van bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen indicaties. Deze structuur is leidend bij iedere beoordeling van een arbeidsrelatie.

Deze structuur komt tot uitdrukking in de voorgestelde wijziging van artikel 7:610 BW. Voorgesteld wordt om drie leden in te voegen. Het voorgestelde tweede lid bevat de hoofdelementen. Door de volgorde waarin deze elementen zijn opgenomen, wordt duidelijk gemaakt dat eerst wordt gekeken of de hoofdelementen A of B aanwezig zijn. Hierbij wordt opgemerkt dat de hoofdelementen A en B (voorgestelde onderdelen a en b in het tweede lid) niet allebei aanwezig hoeven te zijn om aan te kunnen nemen dat sprake is van werken in dienst van een ander. Om die reden zijn beide hoofdelementen opgenomen als alternatieve opsomming.
Indien er feiten en omstandigheden zijn die duiden op aanwezigheid van één of beide hoofdelementen A en B, wordt ook bezien of er feiten en omstandigheden zijn die wijzen op werken voor eigen rekening en risico (hoofdelement C, ondergebracht in onderdeel c van het voorgestelde tweede lid). In de redactie van dat lid is daarmee tot uitdrukking gebracht dat toetsing aan dit hoofdelement pas aan de orde is ná toetsing aan hoofdelement A en B. Het voorgestelde tweede lid brengt overigens geen onderlinge wettelijke weging aan tussen de hoofdelementen.

Het voorgestelde derde lid regelt dat, als hoofdelement A of B, of allebei, aanwezig is, moet worden bepaald waar het zwaartepunt ligt. Hierbij wordt voor de volledigheid opgemerkt dat als hoofdelement A en B allebei geheel afwezig zijn, men niet toekomt aan een toetsing aan hoofdelement C. Er zijn dan immers geen feiten en omstandigheden die erop wijzen dat in dienst van een ander wordt gewerkt. Er is dan geen sprake van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW.

Zijn er wel feiten en omstandigheden aanwezig die wijzen op het bestaan van een gezagsrelatie (met andere woorden: is hoofdelement A of B, of beide, aanwezig), dan is de volgende stap om te bezien of er ook elementen zijn die erop wijzen dat de werkende voor eigen rekening en risico werkt. Dat leidt niet automatisch tot de conclusie dat er geen gezagsrelatie is. Per geval is een afweging nodig waar het zwaartepunt ligt. Hierbij zij opgemerkt dat om een arbeidsrelatie te kunnen kwalificeren als arbeidsovereenkomst, altijd onder meer sprake moet zijn van werken in dienst van een ander. Met andere woorden: in een individueel geval moet hoofdelement A of B, of beide, in voldoende mate aanwezig zijn om het bestaan van een gezagsrelatie aan te kunnen nemen. In dat geval zal de balans in de meeste gevallen ook doorslaan naar hoofdelement C. Dat leidt dan ook tot een afweging tussen enerzijds hoofdelement A en B, en anderzijds hoofdelement C.

Het voorgestelde vierde lid tot slot voorziet in een delegatiegrondslag om nadere regels te stellen. Die delegatiegrondslag ziet op twee zaken. Enerzijds is dat nadere inkleuring van de hoofdelementen, in lijn met paragraaf 3.3.4. Daarnaast zullen bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld over hoe een arbeidsrelatie wordt beoordeeld wanneer in gelijke mate sprake is van feitelijke ondergeschiktheid of inbedding enerzijds, en werken voor eigen rekening en risico anderzijds. Zie daarover nader paragraaf 3.3.5.

Artikel I, onderdeel B

CONCEPT

Met het voorgestelde artikel 7:610aa wordt het rechtsvermoeden op basis van een uurtarief geïntroduceerd, zoals dit is toegelicht in hoofdstuk 3 van deze Memorie van Toelichting. In het eerste lid is neergelegd dat er sprake is van een rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst wanneer er gewerkt wordt voor een bedrag van ten hoogste € 32,24 per uur. Voor de formulering van de bepaling is aangesloten bij het reeds bestaande rechtsvermoeden dat is neergelegd in artikel 7:610a. Dit bedrag wordt geïndexeerd met ingang van de dag waarop het bedrag, genoemd in artikel 8, eerste lid, onder a, van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Wml), wordt herzien, met het percentage van deze wijziging. Het gaat daarbij allereerst om indexeringen ingevolge artikel 14, eerste lid, van de Wml, en om een indexering bij algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 14, vijfde lid, van de Wml. Tot slot kan wijziging aan de orde zijn wanneer het bedrag uit artikel 8, eerste lid, onder a, van de Wml, door middel van wetswijziging wordt aangepast. Van deze wijziging wordt op grond van het vierde lid door of namens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid mededeling gedaan in de Staatscourant. In het derde lid van de voorgestelde bepaling is opgenomen dat het artikel niet van toepassing is wanneer de ander, ten behoeve van wie gewerkt wordt, een natuurlijke persoon betreft die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Verwezen wordt naar paragraaf 4.4.4.

Deze memorie van toelichting wordt ondertekend mede namens de Minister voor Rechtsbescherming.

De Minister van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,

C.E.G. van Gennip

CONCEPT