DocuSign Envelope ID: 14C6B4A7-E739-4CAE-A3B9-89F5AF6C7146

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

Ingediend via www.internetconsultatie.nl
Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
t.a.v. mevrouw ir. C.E.G. van Gennip MBA
Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer F.M. Weerwind

Den Haag, 10 november 2023

dossiernummer: 204351
uw kenmerk: 14517
telefoonnummer: +31 (0)6 21 55 66 58
e-mail: e.trinthamer@advocatenorde.nl

Betreft: Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden

Geachte ministers,

Op 6 oktober 2023 is de internetconsultatie ‘Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden’ gepubliceerd. De NOvA heeft zijn adviescommissie arbeidsrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,

mr. drs. W.M. van Tellingen
plaatsvervangend algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie arbeidsrecht

Bezoekadres
Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

DocuSign Envelope ID: 14C6B4A7-E739-4CAE-A3B9-89F5AF6C7146

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

ADVIES

Aan:	algemene raad
Van:	wetgevingsadviescommissie arbeidsrecht
Datum:	3 november 2023
Betreft:	**wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden**

SAMENVATTING

Conclusie

Het wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden bevat in de visie van de adviescommissie arbeidsrecht (hierna “commissie”) zonder meer verbeteringen ten opzichte van de huidige wetgeving. Het wetsvoorstel reikt immers een wettelijk toetsingskader aan en verduidelijkt wanneer sprake is van werknemerschap. Ook maakt het wetsvoorstel de spiegelbeeldige situatie inzichtelijk, te weten wanneer het werk wordt verricht door een zelfstandige zodat ook voor die groep helderheid verschaft wordt. De commissie deelt de mening zoals vermeld in het wetsvoorstel dat de praktijk behoefte heeft aan duidelijkere kaders en normstelling, maar wijst de regering op de grote financiële gevolgen van herkwalificatie en raadt aan helder overgangsrecht op te nemen. De commissie geeft in het onderstaande de kernpunten aan van haar advies, waarna een uitwerking volgt.

Kernpunten

- Hoewel de regering heeft aangegeven dat betrokkenen vanaf publicatie in het staatsblad zes maanden de tijd hebben zich voor te bereiden op de invloed die deze verduidelijking eventueel heeft op de (beoordeling van) arbeidsrelatie, voorziet de commissie een toename van procedures en mogelijk grote financiële gevolgen ten gevolge van het ontstaan van aanspraken over het verleden. De commissie beveelt de regering aan met overgangsrecht de terugwerkende kracht te mitigeren.
- De introductie van het rechtsvermoeden van artikel 610aa houdt een inhoudelijke wijziging in. Dat rechtvaardigt de vraag of het opnemen van overgangsrecht wenselijk is, bijvoorbeeld dat het artikel alleen van toepassing is op overeenkomsten aangegaan na inwerkingtreding van het artikel.

DocuSign Envelope ID: 14C6B4A7-E739-4CAE-A3B9-89F5AF6C7146

CONSULTATIEREACTIE

Inleiding

1. Medio 2021 heeft het kabinet de hoofdlijnen van een herzien arbeidsmarktbeleid uiteengezet. Bij voortgangsbrief arbeidsmarktbeleid van april 2023 heeft het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid deze hoofdlijnen verder uitgewerkt en toegelicht welke maatregelen worden beoogd om de relevante passages uit het coalitieakkoord uit te werken, op basis van onder meer de conclusies van het Borstlap-rapport en het SER-MLT-advies. Het doel van het voorgestelde overkoepelende arbeidsmarktpakket is tweeledig: een betere balans tussen zekerheid en wendbaarheid op de arbeidsmarkt terwijl ook de sociale zekerheid toekomstbestendig moet zijn.

2. Het voorliggende wetsvoorstel betreft een (gedeeltelijke) uitwerking van het in april 2023 aangekondigde pakket van samenhangende maatregelen. Het wetsvoorstel richt zich onder andere op het tegengaan van schijnzelfstandigheid. Schijnzelfstandigheid is onder meer onwenselijk indien de bijbehorende werkzaamheden worden uitgeoefend door de kwetsbaren aan de onderkant van de arbeidsmarkt. Harde gegevens over het aantal schijnzelfstandigen in Nederland zijn er (nog) niet, maar het kabinet schat ruw in dat in ongeveer 200.000 gevallen sprake kan zijn van schijnzelfstandigheid.

3. Met het wetsvoorstel worden de regels rondom de beoordeling van arbeidsrelaties verduidelijkt door introductie van een wettelijk toetsingskader. Voorts wordt een rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst toegevoegd op basis van een uurtarief.

4. Het kabinet vindt het wenselijk dat werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt meer bescherming krijgen. De introductie van het rechtsvermoeden zou het voor deze werkenden eenvoudiger moeten maken om het recht op een arbeidsovereenkomst te claimen. Daarnaast zou het rechtsvermoeden voor een preventief effect kunnen zorgen omdat bij werken tegen een tarief onder de norm beter dan nu beoordeeld kan worden of het werk door een zzp’er dan wel op basis van een arbeidsovereenkomst behoort te worden verricht. Het kabinet verwacht dat maximaal 25.000 werkenden de mogelijkheid en behoefte kunnen hebben om een beroep op het rechtsvermoeden te doen.

5. Verder is schijnzelfstandigheid niet goed voor de solidariteit waarop het huidige socialezekerheidsstelsel is gebaseerd. Als te veel werknemers werken als schijnzelfstandigen en door belastingvoordelen minder meebetalen aan de algemene sociale voorzieningen wordt het huidige socialezekerheidsstelsel steeds kostbaarder met alle gevolgen van dien. Verder moet voorkomen worden dat schijnzelfstandigen aanspraak kunnen maken op belastingvoordelen die uitsluitend bedoeld zijn voor ondernemers (en niet voor schijnzelfstandigen). Het kabinet gaat zich in ieder geval inspannen om de fiscale verschillen in behandeling tussen zelfstandigen en werknemers verder te verkleinen.

6. De inwerkingtredingsdatum wordt door de regering beoogd op 1 juli 2025. Het brede arbeidsmarktpakket, waarvan het voorliggende wetsvoorstel deel uitmaakt, is ondanks de val van het kabinet niet controversieel verklaard.

DocuSign Envelope ID: 14C6B4A7-E739-4CAE-A3B9-89F5AF6C7146

7. Hierna gaat de commissie in op het wetsvoorstel. Daarbij wordt de volgende indeling gehanteerd:

   I. Algemene aandachtspunten
   II. Verduidelijking van 'werken in dienst van' – art. 610 leden 2 t/m 4
   III. Rechtsvermoeden van de arbeidsovereenkomst - art. 610aa
   IV. Varia
   V. Overgangsrecht

I. Algemene aandachtspunten

Oorzaken toename schijnzelfstandigen

8. Voordat de commissie inhoudelijk op de tekst van het wetsvoorstel zal reageren, herhaalt zij dat het wetsvoorstel naar haar mening zonder meer verbeteringen bevat ten opzichte van de huidige wettelijke regelingen. Dat betreft in het bijzonder de concretisering van de definitie van een arbeidsovereenkomst, wat naar verwachting tot meer rechtszekerheid zal leiden ten opzichte van de huidige rechtspraktijk. Wat de commissie echter in algemene zin opvalt is dat het wetsvoorstel bij de oorzaken voor de toename van het aantal schijnzelfstandigen nauwelijks aandacht besteedt aan het huidige ontslagrecht. De commissie heeft dit eveneens als aandachtspunt gesignaleerd bij haar advies op het wetsvoorstel Wet verbetering zekerheid flexibele arbeidskrachten. De commissie acht het aannemelijk dat het huidige ontslagrecht veel werkgevers ervan weerhoudt schijnzelfstandigen een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Dit geldt temeer omdat de werkgever bij ziekte van de werknemer gehouden is een zeer lange termijn het (al dan niet volledige) loon door te betalen. De regering heeft op het onderdeel van de doorbetaling bij ziekte wel een handreiking gedaan maar heeft daarbij de loondoorbetalingsplicht gedurende (maximaal) 2 jaar gehandhaafd. De commissie vraagt zich af of dit werkgevers wel stimuleert om meer werknemers in vaste dienst te nemen.

Handhaving

9. Een ander knelpunt zal naar verwachting van de commissie de handhaving zijn. In de toelichting op het wetsvoorstel wordt aangekondigd dat de belastingdienst het huidige handhavingsmoratorium uiterlijk per 1 januari 2025 volledig zal opheffen. Daarnaast wordt aangekondigd dat het kabinet voornemens is de handhaving te verbeteren en te versterken ten opzichte van de huidige situatie. De commissie onderschrijft dat de handhaving versterkt en verbeterd moet worden. Zonder afbreuk te doen aan de goede intenties van de wetgever op dit onderdeel, vraagt de commissie zich af of verbetering en versterking van de handhaving haalbaar zijn. Personeelskrapte bij onder meer de NLA is al geruime tijd een serieus aandachtspunt en voor de commissie is niet helder of dat probleem binnen afzienbare tijd op te lossen is. De roep om uitbreiding en versterking neemt immers alleen maar toe vanwege de diverse wetsvoorstellen die ingevoerd gaan worden waarbij handhaving eveneens een speerpunt is. Mocht versterking en uitbreiding niet haalbaar zijn, dan bestaat het risico dat de gevolgen van invoering van het wetsvoorstel in de praktijk gering zullen zijn. Het is immers bekend dat een grote groep schijnzelfstandigen er de voorkeur aan geeft te werken als zzp'er en om die reden bewust geen beroep doet op de arbeidsrechtelijke bescherming die zij ook onder de huidige wet zouden kunnen genieten. Getuige bijvoorbeeld de ruim 20.000 (waarvan 12.976 unieke) opt-out verklaringen van platformwerkers in de collectieve zaak die de vakbonden zijn

DocuSign Envelope ID: 14C6B4A7-E739-4CAE-A3B9-89F5AF6C7146

gestart tegen Temper, afgezet tegen 117 opt-in verklaringen.[1] De levensvatbaarheid van het wetsvoorstel wordt dus in belangrijke mate beïnvloed door de mogelijkheid om te handhaven.

Gevolgen herkwalificatie onduidelijk

10. Verder valt het de commissie op dat in de MvT bij de gevolgen van een herkwalificatie (lees: opdrachtovereenkomst wordt arbeidsovereenkomst) veel aandacht besteed wordt aan de situatie dat de schijnzelfstandige een *hoger* loon zal kunnen claimen bij een arbeidsovereenkomst dan bij de opdrachtovereenkomst. In de MvT wordt evenwel geen aandacht besteed aan de tegenovergestelde situatie; de schijnzelfstandige ontvangt een hogere vergoeding dan de vergoeding die op basis van een arbeidsovereenkomst betaald zou moeten worden. In dit kader wordt verwezen naar een recent onderzoeksartikel van Boot en enkele masterstudenten van de Universiteit Leiden, waaruit onder meer blijkt dat in de Nederlandse schaarse rechtspraak over zaken waarbij wordt geherkwalificeerd, vrijwel altijd het als zzp'er verdiende loon tot uitgangspunt wordt genomen, soms zelfs vertaald naar een netto werknemersloon – anders dan bijvoorbeeld in Duitsland of Frankrijk Dat dit als onredelijk kan worden ervaren wordt verduidelijkt aan de hand van het volgende voorbeeld:

> *"Want, stel de volgende situatie. Een zorginstelling is op zoek naar een verloskundige en heeft, bijvoorbeeld vanwege de inzetbaarheid op inconveniënte arbeidstijden, voorkeur voor een werknemersrelatie. Een kandidaat-werknemer-verloskundige is niet te vinden, maar wel een zzp-verloskundige die zich verhuurt voor € 74 per uur exclusief btw. De zorginstelling gaat hiermee, bij gebrek aan alternatieven, akkoord. Stel dat deze arbeidsrelatie - hetzij op initiatief van de zzp'er of op initiatief van bijvoorbeeld het pensioenfonds of door de rechter - wordt geherkwalificeerd tot arbeidsovereenkomst. Indien het zzp-loon voor die arbeidsovereenkomst tot uitgangspunt wordt genomen, dan geldt dus een uurloon van € 74 bruto, waarbovenop recht bestaat op vakantietoeslag, vakantiedagen, doorbetaling bij ziekte enzovoort. En dat terwijl het loon van een werknemerverloskundige volgens de ziekenhuis-cao op voltijdsbasis € 3.500 tot € 4.500 bruto per maand bedraagt, dat wil zeggen ongeveer € 20 tot € 30 bruto per uur. Is het redelijk een dergelijke last volledig bij de nieuwe werkgever neer te leggen, of is dat nu eenmaal de prijs van het dwingend karakter van - een groot deel van - het arbeidsrecht? De vraag wordt nog pregnanter wanneer de nieuw-gekwalificeerde werkgever onder een standaard-cao valt, zoals de Cao Ziekenhuizen. In dat geval is het de nieuwe werkgever niet eens toegestaan aan de (nieuwe) werknemer meer te betalen dan het cao-loon.[10]"*[2]

Volgens de auteurs is er naast de in de rechtspraak te ontwaren lijn, waarbij het zzp-loon na herkwalificatie voor de arbeidsovereenkomst als uitgangspunt wordt genomen, ook een alternatief bepleitbaar. Namelijk dat in geval van herkwalificatie nog geen loon voor de arbeidsovereenkomst is overeengekomen, waardoor ex art 7:618 BW dan het 'gebruikelijke loon' geldt, zoals bijvoorbeeld het in de onderneming gebruikelijke loon of het cao-loon. Het artikel sluit af met de volgende slotalinea: "*Teneinde in deze duidelijkheid te*

[1] Rb. Amsterdam, 11 oktober 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:6389.
[2] G.C. Boot, J.B. Bakker, L. Biemond, A.R.J. van der Meij, R. Tahmasian & R.C. van Veen, Herkwalificatie en de gevolgen daarvan, *ArbeidsRecht* 2023/40, par. 2.

DocuSign Envelope ID: 14C6B4A7-E739-4CAE-A3B9-89F5AF6C7146

verschaffen, verdient het aanbeveling dat de wetgever zich hier over uitlaat. De plannen tot verduidelijking van het gezagscriterium, en daarmee die van de omschrijving van de arbeidsovereenkomst, bieden daartoe een goede gelegenheid."
De commissie onderschrijft deze conclusie, zeker voor de beoordeling van de doelmatigheid van het wetsvoorstel. Ook bij een beroep op het rechtsvermoeden is het voor de werkende van belang om (vooraf) te weten hoe een herkwalificatie financieel zou uitpakken.

II. Verduidelijking van 'werken in dienst van' (art. 610 leden 2 t/m 4)

11. Het wetsvoorstel introduceert een wettelijk toetsingskader op basis van hoofdelementen en onderliggende indicaties ter beoordeling van arbeidsrelaties, ter vervanging van de holistische toets die hoofdzakelijk uit jurisprudentie volgt. Het uitgangspunt bij de verduidelijking is om zoveel mogelijk aan te sluiten bij bestaande jurisprudentie, zodat er geen geheel nieuw normenkader ontstaat.

12. De commissie onderschrijft vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de noodzaak tot verduidelijking van de open norm 'in dienst van' en de normerende werking die kan uitgaan van een in de wet vastgelegd toetsingskader.

13. De commissie verwacht echter dat bij het voorgestelde wettelijke toetsingskader aan een zekere holistische toets niet kan worden ontkomen. Het blijft immers uiteindelijk aan de rechter om in een voorkomend geval op basis van de feiten en omstandigheden van het geval te beoordelen of sprake is van een arbeidsovereenkomst. De MvT geeft weliswaar op een zeer gestructureerde wijze aan welke getoetst moet worden (A tot en met C + met gedetailleerde indicaties die de hoofdelementen invullen) en alle te toetsen feiten en omstandigheden dienen onder de hoofdelementen te worden gebracht. Hoe deze hoofdelementen zich onderling tot elkaar verhouden is echter onvoldoende duidelijk voor de commissie; wegen alle indicaties even zwaar of moet daarin een onderscheid worden aangebracht en op welke wijze moet het onderling gewicht daarvan worden bepaald?

14. Onduidelijk is wat het betekent dat de indicaties bij de hoofdelementen A tot en met C+ (bladzijde 37 en 38 MvT) als voorloper op de nog in te voeren AMvB worden aangemerkt. Immers, aangekondigd wordt in de MvT dat de te wegen factoren nog nader ingekleurd gaan worden in een AMvB. Het is dus uitsluitend mogelijk een onderbouwd advies uit te brengen als ook daarover duidelijkheid bestaat**.**

III. Rechtsvermoeden

Inleiding

15. Het voorgestelde artikel 610aa introduceert een rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Dit rechtsvermoeden is gekoppeld aan de hoogte van de beloning die de werkende ontvangt: als de beloning lager of gelijk is aan een door de wetgever vastgesteld bedrag (thans € 32,24 per uur), wordt vermoed dat de arbeid wordt verricht op grond van een arbeidsovereenkomst. Het bedrag is gekoppeld aan het wettelijk minimumloon, in die zin dat het 120% van dat loon is.

16. De introductie van het rechtsvermoeden heeft tot doel de juridische positie van kwetsbare zelfstandigen te versterken. De wet regelt de formele werking van het rechtsvermoeden,

DocuSign Envelope ID: 14C6B4A7-E739-4CAE-A3B9-89F5AF6C7146

dat in eerste instantie ingeroepen wordt binnen de arbeidsverhouding, maar in tweede instantie in een rechtszaak een rol kan spelen. Het kabinet beoogt nadrukkelijk dat er een preventieve en normerende werking vanuit gaat, zodat kwetsbare werkenden van meet af aan minder snel in een situatie van schijnzelfstandigheid terecht komen.

17. Het artikel is niet van toepassing als de arbeid wordt verricht voor een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Nut van het rechtsvermoeden

18. Hoewel de commissie het tegengaan van schijnzelfstandigheid ondersteunt, vraagt zij zich af of introductie van het rechtsvermoeden daarbij een belangrijke rol zal spelen. Allereerst omdat het rechtsvermoeden eenvoudig 'weg te contracteren' is. Partijen kunnen een beloning overeenkomen die minimaal hoger is dan het wettelijk vastgestelde bedrag. In dat geval is kan geen beroep worden gedaan op het rechtsvermoeden (het is er niet) en is dus geen sprake van de beoogde versterking van de rechtspositie van de werkende.
Daarnaast geldt dat het rechtsvermoeden weerlegbaar is. Dat betekent dat een discussie over de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst altijd wordt beslecht aan de hand van (de onderdelen van) de definitie van arbeidsovereenkomst als opgenomen in artikel 610. Als een werkgevende ervan overtuigd is dat de overeenkomst niet voldoet aan die definitie, is te verwachten dat het inroepen van het rechtsvermoeden hem niet op andere gedachten zal brengen. Het zal dan alsnog aankomen op een gerechtelijke procedure. De vraag is of de werkende daarmee werkelijk geholpen is, ook gezien het door de MvT geschetste verloop van die procedure:

- De werkende dient te stellen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst waarbij hij zich beroept op het rechtsvermoeden. In dat geval moet hij aannemelijk maken dat sprake is van een tarief dat niet hoger is dan het door de wetgever vastgestelde tarief van € 32,24. (De MvT spreekt van "onder" dit tarief, maar bedoeld zal zijn: niet hoger dan.)
- De rechter dient vervolgens het vermoeden aan te nemen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, welk vermoeden weerlegbaar is.
- De werkgevende zal vervolgens het rechtsvermoeden proberen te ontkrachten. Hij kan dit doen door aan te tonen dat het uurtarief boven het genoemde bedrag ligt - in welk geval de bewijslast weer op de werkende komt te liggen - maar ook kan hij aantonen dat (ondanks het lage tarief) geen sprake is van een arbeidsovereenkomst omdat hoe dan ook niet is voldaan de wettelijke vereisten ervan.

Volgens de MvT kan bij dit alles niet worden uitgesloten dat een en ander pas komt vast te staan na het horen van getuigen, in welk kader beide partijen de gelegenheid krijgen getuigen te laten horen. Een gerechtelijke procedure kan daarmee lang en kostbaar zijn.

19. Het komt er aldus op neer dat ondanks het rechtsvermoeden de kern van de discussie is en blijft of is voldaan aan de vereisten van een arbeidsovereenkomst. Dit is alleen anders als de werkgevende niet de overtuiging heeft dat hij het rechtsvermoeden kan weerleggen. In dat geval zal hij zich waarschijnlijk neerleggen bij de aanname dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het is de vraag of die situatie zich vaak zal voordoen. Verwacht mag worden dat partijen bij het maken van hun afspraken niet alleen zullen letten op de hoogte van het uurtarief, maar ook – en vooral – op de vereisten van artikel 610. Dat zal met name voor de werkgevende gelden omdat een overeengekomen tarief dat hoger is

DocuSign Envelope ID: 14C6B4A7-E739-4CAE-A3B9-89F5AF6C7146

dan het wettelijke tarief als bedoeld in artikel 610aa niet tot het rechtsvermoeden leidt dat *geen* arbeidsovereenkomst bestaat; het rechtsvermoeden werkt slechts één kant op, namelijk richting het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Gezien dit alles zal een eventueel geschil over of sprake is van een arbeidsovereenkomst zich ook na introductie van het rechtsvermoeden toespitsen op de in artikel 610 genoemde vereisten, niet zo zeer op het uurtarief.

20. Zo bezien bestaat geen werkelijk verschil tussen de situatie vóór introductie van het weerlegbaar rechtsvermoeden en die na invoering ervan. Het feit dat in eerste instantie de bewijslast bij de werkgevende ligt (hij dient het rechtsvermoeden te weerleggen) verandert niet dat partijen uiteindelijk dezelfde discussie voeren (met mogelijk over en weer bewijslast) als vóór invoering van het rechtsvermoeden: is voldaan aan de wettelijke vereisten voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst?[3]

Berekening uurtarief

21. Over de berekening van het in het artikel genoemde uurtarief merkt de commissie op dat begrijpelijk is dat een koppeling is gelegd met het wettelijk minimumloon en dat de onderbouwing van het bedrag ook overigens logisch voorkomt. De MvT roept evenwel de vraag op of de bedoeling van het uurtarief niet is de zelfstandige een betere onderhandelingspositie te geven over zijn beloning. Als dat zo is, dient de wetgever te kiezen voor het introduceren van een minimumtarief voor werk verricht als zelfstandige, in plaats van het koppelen van een rechtsvermoeden aan het hanteren van een bepaald tarief.[4]

22. Bij opdrachten waarbij geen uurtarief is genoemd, maar bijvoorbeeld een totaalprijs of stuksprijs, moet de werkende aannemelijk maken dat het tarief dat hij betaald krijgt lager is dan het uurtarief voor het rechtsvermoeden. Dat kan hij doen door aannemelijk te maken dat tegenover de totaalprijs/stuksprijs een bepaald aantal werkzame uren staat, zodat aannemelijk gemaakt kan worden dat het daarmee berekende uurtarief lager is dan het uurtarief voor het rechtsvermoeden. Het is de vraag hoe 'het aantal werkzame uren' moet worden vastgesteld, te meer nu werkgevende en werkende hierbij een tegenstrijdig belang kunnen hebben omdat op basis van de vaststelling al dan niet het rechtsvermoeden bestaat. De toelichting wijst er hierbij op dat niet in alle gevallen de verplichting bestaat een urenadministratie bij te houden, wat op zichzelf al complicerend kan werken. Maar ook als wel een urenadministratie wordt bijgehouden, kunnen partijen in conflict raken. Immers, de vraag kan dan zijn of het aantal gewerkte/geadministreerde uren reëel is. Voorstelbaar is bijvoorbeeld dat de werkgevende zich op het standpunt stelt dat de werkende onnodig traag werkt en dat het berekende uurtarief daarom niet correct is. De commissie acht het wenselijk dat partijen, voor het geval een geschil ontstaat over het aantal werkzame uren, duidelijk hebben hoe kan worden aangetoond dat een bepaald aantal werkzame uren reëel is. Die duidelijkheid kan overigens preventief werken omdat partijen de totaalprijs dan desgewenst kunnen aanpassen.

[3] Dat twijfel kan bestaan over het nut van introductie van een (arbeidsrechtelijk) rechtsvermoeden volgt uit het proefschrift van Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, Den Haag: Sdu 2004. Boot merkt op p. 60 op: "Wel kan worden geconstateerd dat er geen positief verband is tussen het een beroep doen op het rechtsvermoeden van het bestaan van de arbeidsovereenkomst, en het aangemerkt krijgen van de arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst." Hoewel de commissie zich realiseert dat het onderzoek van Boot dateert van bijna 20 jaar terug, is het naar haar oordeel niet zo dat het nut van het rechtsvermoeden inmiddels buiten iedere discussie is.

[4] Ervan uitgaande dat dit niet in strijd is met het mededingingsrecht.

DocuSign Envelope ID: 14C6B4A7-E739-4CAE-A3B9-89F5AF6C7146

Uitvoeringsinstanties en het rechtsvermoeden

23. Opgemerkt is dat het rechtsvermoeden niet rechtstreeks (publiekrechtelijk) doorwerkt naar de uitvoering van de socialezekerheidswetgeving en de fiscaliteit. UWV, de Belastingdienst en de NLA zullen niet zelfstandig toetsen aan het rechtsvermoeden; zij houden hun eigen onderzoeksplicht. Maar ook is opgemerkt dat als door de werkende succesvol een beroep is gedaan op het rechtsvermoeden, uitvoeringsinstanties zich wel kunnen baseren op de rechterlijke uitspraak waarin het werknemerschap van de werkende is vastgesteld. Het is daarmee de vraag wat de situatie is als de rechter, nadat de werkende een beroep heeft gedaan op het rechtsvermoeden, beslist dat *geen* sprake is van een arbeidsovereenkomst. Kunnen de uitvoeringsinstanties zich ook op dat oordeel baseren? De commissie gaat daarvan uit, maar een expliciete opmerking daarover in de toelichting is wenselijk. Overigens kan erop worden gewezen dat de rechtseenheid hierbij wordt bewaakt door de Hoge Raad, zoals is bepaald in artikel 129d Werkloosheidswet en artikel 75m Ziektewet.

IV. Varia

Verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering

24. In het Pensioenakkoord (Kamerstukken II 2019/20, 32043, nr. 457) is afgesproken dat in de toekomst ook ZZP-ers verplicht verzekerd zijn tegen arbeidsongeschiktheid. Een wetsvoorstel hiertoe is nog steeds niet ingediend en in de afgelopen jaren zelfs enkele malen uitgesteld. Inmiddels is de beoogde ingangsdatum van zo'n verzekering 1 januari 2027.

25. In de Kamerbrief "Voortgang uitwerking arbeidsmarktpakket" van 3 april 2023 heeft de minister aangekondigd naar verwachting in het eerste kwartaal van 2024 een wetsvoorstel te kunnen indienen. Daarbij heeft zij tevens de uitgangspunten van de verplichte verzekering geschetst. Ondernemers die IB betalen vallen onder de verzekering maar DGA's en resultaatgenieters niet. De Algemene Rekenkamer is kritisch over deze verzekering omdat die tot nog meer arbeidsongeschiktheidsbeoordelingen leidt en UWV nog steeds met enorme achterstanden te kampen heeft vanwege het tekort aan verzekeringsartsen. Op dit moment wordt de problematiek bij UWV en andere knelpunten van het arbeidsongeschiktheidsstelsel onder de loep genomen door de Onafhankelijke Commissie Toekomst Arbeidsongeschiktheidsstelsel, OCTAS.OCTAS heeft zich recentelijk over het voorstel voor de verplichte verzekering voor zelfstandigen uitgesproken in zijn (eerste) Tussenrapportage van 9 oktober 2023:

> *"De huidige contouren lijken niet bij te dragen aan een vereenvoudiging van het stelsel en we verwachten dat de belasting van UWV voor de uitvoering nog verder zal toenemen. De commissie is kritisch of dit kabinetsvoornemen bijdraagt aan uitvoerbaarheid en betaalbaarheid van het stelsel."*

26. De commissie vraagt zich af of er daadwerkelijk een verplichte verzekering voor ZZP-ers gaat komen en zo ja per wanneer. Van het beoogde 'gelijke speelveld' als genoemd op pagina 27 en 28 van de MvT lijkt op dat punt vooralsnog geen sprake. In dat licht beschouwd verheugt het de commissie dat met het onderhavige wetsvoorstel meer ZZP-ers onder de werking van het huidige verplichte arbeidsongeschiktheidsstelsel zullen vallen.

DocuSign Envelope ID: 14C6B4A7-E739-4CAE-A3B9-89F5AF6C7146

Management BV

27. In de MvT is onder 3.3.1. aangegeven dat over het persoonlijk verrichten van arbeid (*zich* verplichten) als vereiste voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst discussie kan ontstaan. In voetnoot 75 vermeldt de regering dat dat ook betekent dat als gecontracteerd wordt met een rechtspersoon, zoals een directeur-grootaandeelhouder 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"), aldus de toelichting.

28. Bij de overwegingen van de regering ten aanzien van de bepaling van de relevante indicaties onder de hoofdelementen (MvT 3.6) komen feiten en omstandigheden aan de orde die te weinig onderscheidend waren om als relevante indicatiesteller te gelden. De regering noemt daarbij onder andere de betaalwijze van de vergoeding voor de verrichte arbeid te weinig onderscheidend. Die overweging is voor de commissie aanleiding de regering te verzoeken zich nader uit te laten over de vraag of er sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst in de driehoeksrelatie waarin de (soms als bestuurder aangestelde) werkende geen directe overeenkomt met de werkgevende, de opdrachtgever, is aangegaan maar de overeenkomst wordt aangegaan door diens bv, waarbij deze bv ook het honorarium ontvangt. De commissie meent dat daarvan sprake kan zijn nu de werkende en zijn persoonlijke bv zijn te vereenzelvigen op dezelfde wijze als in het belastingrecht gebeurt.

29. Kan er met andere woorden in de visie van de regering een arbeidsovereenkomst bestaan tussen de werkende en de opdrachtgever hoewel de overeenkomst formeel is gesloten met een bv en die laatste ook het honorarium ontvangt? De commissie meent een bevestiging te lezen in de overwegingen van de regering dat de betaalwijze van de vergoeding als te weinig onderscheidend wordt gezien en verschillend kan worden vormgegeven binnen verschillende contracten. Als er zo duidelijk moet worden gekeken naar alle feiten en omstandigheden en ook de wijze van contracteren door de betrokken partijen te weinig bepalend en onderscheidend is, acht de commissie een logisch gevolg dat ook in een situatie van een management bv waarbij de werkende vereenzelvigd kan worden met zijn bv sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst, omdat het de werkende is die zich heeft verbonden.

V Inwerkingtreding en ontbreken van overgangsrecht

30. De voorgestelde maatregelen hebben bij inwerkingtreding onmiddellijke werking. De regels zijn dus van toepassing op elke arbeidsovereenkomst die op 1 juli 2025, het beoogde tijdstip van inwerkingtreding, bestaat en op arbeidsovereenkomsten die op of na die datum ingaan. Hoewel in wezen het bestaande toetsingskader niet verandert, kan wettelijk vastgelegde verduidelijking betekenen dat in een aantal gevallen de arbeidsrelatie, na de inwerkingtreding van deze verduidelijking, anders kwalificeert.

31. Een (schijn)zelfstandige die na beoordeling op grond van het nieuwe wettelijke toetsingskader een arbeidsovereenkomst heeft met de werkgevende, heeft vorderingen op zijn werkgever die hij als nodig in rechte aanhangig zal kunnen maken. Niet alleen voor de toekomst zal hij als werknemer worden beloond; waarschijnlijk heeft hij ook over een zekere periode in het verleden aanspraak op o.a. achterstallig loon, vakantiebijslag en de

DocuSign Envelope ID: 14C6B4A7-E739-4CAE-A3B9-89F5AF6C7146

opbouw van vakantiedagen. Hoewel de regering heeft aangegeven dat betrokkenen vanaf publicatie in het staatsblad zes maanden de tijd hebben zich voor te bereiden op de invloed die deze verduidelijking eventueel heeft op de (beoordeling van) arbeidsrelatie, voorziet de commissie een toename van procedures en mogelijk grote financiële gevolgen ten gevolge van het ontstaan van aanspraken over het verleden.

32. Niet alleen voor de werkende die werknemer blijkt te zijn als gevolg van het verduidelijkte toetsingskader, maar ook voor de belastingdienst, UWV, NLA, sociale (cao-) fondsen en de pensioenuitvoerders heeft die kwalificatie grote gevolgen. Werkgevers worden geconfronteerd met vorderingen en naheffingen die tot vijf jaar teruggaan waarbij met name de opbouw van vakantiedagen en pensioenpremies fors kunnen oplopen. UWV dient sociale verzekeringen uit keren op basis van een arbeidsverleden waar geen premies tegenover hebben gestaan. Sociale fondsen van algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten zullen met meer aanspraken rekening moeten houden en alsnog hun premies innen.

33. Op het moment dat voldaan is aan de voorwaarden uit een pensioenreglement van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, vloeien de pensioenaanspraken van de deelnemer zelfstandig en rechtstreeks voort uit dat pensioenreglement en moet het bedrijfstakpensioenfonds de pensioenverplichtingen jegens de deelnemer nakomen. Dat is ook het geval indien de opdrachtgever die na invoering van het wetsvoorstel werkgever blijkt te zijn, de zelfstandige in het verleden om begrijpelijke redenen niet bij het pensioenfonds heeft aangemeld en voor hem geen premies heeft betaald.

34. Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen zullen weliswaar kunnen aankloppen bij de werkgever voor de premies tot vijf jaar terug, maar zullen zelf worden geconfronteerd met naar verwachting aanzienlijke aantallen ex schijnzelfstandigen die een rechtstreekse en niet aan verjaring onderworpen aanspraak hebben op uitkering van hun ouderdomspensioen over de jaren waarin zij als schijnzelfstandige gewerkt hebben en waarin voor hen geen premie werd betaald. In literatuur[5] en rechtspraak[6] is gewezen op de ingrijpende financiële gevolgen van deze terugwerkende kracht.

35. De commissie verzoekt de regering zich uit te laten over deze belastende gevolgen en procedures en beveelt de regering aan met overgangsrecht de terugwerkende kracht te mitigeren.

36. Ook voor de introductie van het rechtsvermoeden van artikel 610aa geldt geen overgangsrecht. Het betreft geen verduidelijking van geldend recht, maar de invoering van een nieuw (weerlegbaar) rechtsvermoeden met als doel werkenden "een betere rechtspositie" te geven. Daarmee houdt de introductie een inhoudelijke wijziging in. Dat rechtvaardigt de vraag of het opnemen van overgangsrecht wenselijk is, bijvoorbeeld dat het artikel alleen van toepassing is op overeenkomsten aangegaan na inwerkingtreding van het artikel. Het argument dat partijen voldoende tijd hebben zich voor te bereiden op de gevolgen van de introductie, overtuigt niet. Het zal immers niet in alle gevallen mogelijk zijn om overeenstemming te bereiken over een nieuw en bij het artikel passend uurtarief zonder dat de essentie van al gemaakte afspraken (het afgesproken werk rechtvaardigt

[5] *E. Verhulp, 'Werknemer met terugwerkende kracht?', TRA 2023, 51.*
[6] *A-G De Bock, 2 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:890 (Booking).*

DocuSign Envelope ID: 14C6B4A7-E739-4CAE-A3B9-89F5AF6C7146

naar het oordeel van partijen een vergoeding die lager ligt dan het in artikel 610aa genoemde tarief) wordt aangetast.