## Het alternatief van de Zelfstandigheidstoets

Pogingen van de overheid om duidelijkheid te verschaffen over de rechtspositie van de 1,2 miljoen ZZP-ers[1] falen al decennia keer op keer. Die onduidelijkheid heeft als consequentie dat grote groepen schijnzelfstandigen niet bijdragen aan belasting- en premieheffing en dat een steeds kleinere groep verzekerd is tegen ziekte, ongeval en werkloosheid. Voor opdrachtgevers zorgt de onduidelijkheid voor een risico op naheffingen en vrees voor het inhuren van ZZP-ers. Die vrees zal zeker toenemen als de Belastingdienst vanaf 2025 op schijnzelfstandigheid gaat controleren.

De Algemene Rekenkamer noemt in een recent rapport de omgang met (schijn)zelfstandigheid "*een voortdurende worsteling*" en schrijft ook "*Deze worsteling in de uitvoeringspraktijk is mede het gevolg van het feit dat er in de zoektocht naar oplossingen geen alternatieven zijn gevonden om het onderscheid tussen (werken met) zelfstandigen en werknemers te verduidelijken*". [2]

Vanwege deze problematiek presenteerde de Minister van SZW Van Gennip recent een nieuw wettelijk kader om schijnzelfstandigheid tegen te gaan.[3] Hierbij vindt toetsing per arbeidsrelatie en zelfs per overeenkomst plaats aan de hand van de kernbegrippen gezagsverhouding, inbedding, ondernemerschap binnen de arbeidsrelatie en in sommige gevallen het ondernemerschap van de persoon.

In het onderstaande betoog wordt aangevoerd dat de oplossing van de minister in de praktijk complex is (lees: slecht zal werken) en dat er een efficiëntere methode is, namelijk door niet als laatste maar juist als primaire factor het zelfstandig ondernemerschap van de persoon te bepalen. Hierna zorgt de bronnenvolgorde van artikel 2.14 Wet IB 2001 er voor dat er bij echte ondernemers geen sprake is van inhoudingsplicht voor de loonheffing. Voorts wordt betoogd dat er geen inhoudingsplicht is op grond van artikel 2.14 Wet IB de kans dat er toch sprake is van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst uitermate gering is.

Ter beoordeling van zelfstandig ondernemerschap wordt door de auteur een "*Zelfstandigheidstoets*" (een sterk verbeterde VAR[4] als het ware) ontwikkeld. [5] In het laatste deel van dit opiniestuk wordt op de werking van deze toets uitgebreid ingegaan. Zowel juridisch als praktisch is dit een efficiëntere route dan het wetsvoorstel met de mogelijkheid van een grotendeels (semi)geautomatiseerde verwerking, minder kans op fraude en voor opdrachtgever en opdrachtnemer voldoende rechtszekerheid ten opzichte van Belastingdienst en UWV.

## 1. Bespreking wetsvoorstel

In de MvT bij het wetsvoorstel wordt schijnzelfstandigheid gedefinieerd als "*de situatie waarin wordt gewerkt als zelfstandige terwijl de werkende op basis van het arbeidsrecht (juridisch) een arbeidsovereenkomst heeft*". Deze invalshoek via het arbeidsrecht heeft als voordeel de hele breedte van de problematiek, de relatie werkverschaffer met werkende, inhoudingsplicht en werknemersverzekeringen bestreken wordt. Alleen is de methodiek complex, zowel inhoudelijk als wat betreft de uitvoerbaarheid en de handhaafbaarheid.

Alvorens in te gaan op het alternatief, bepaling van ondernemerschap via een Zelfstandigheidstoets, wordt summier ingegaan op het wetsvoorstel.
De voorgestelde methodiek van de conceptwet is om bij een (toekomstige) arbeidsrelatie "*het werken in dienst van"* aan de hand van de werkinhoudelijke aansturing (gezagsverhouding) en de inbedding te beoordelen. Als er van beide geen sprake is dan is stopt de beoordeling en is er geen

[1] https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2022/50/aantal-zzp-ers-gegroeid-naar-1-2-miljoen-in-derde-kwartaal-van-2022
[2] Algemene Rekenkamer, 5 april 2022, "Focus op handhaving Belastingdienst bij schijnzelfstandigheid
[3] Wet Verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden; voorstel van wet artikel 7:610 BW
[4] Verklaring Arbeidsrelatie, in werking tussen 2005 en 2016. In de MvT wordt wèl gesteld dat de VAR niet effectief was, maar niet uitgelegd waarom de VAR faalde. Dit ondanks het feit dat de redenen daarvoor redelijk voor de hand liggen.
[5] Prof. mr. G.C. Boot bepleitte in TRA 2012/84 voor een verzwaarde VAR en per branche de criteria vast te stellen

arbeidsovereenkomst. Indien er 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-indicatie of er voor eigen rekening en risico gewerkt wordt. Als ook dat geen uitsluitsel biedt dan wordt beoordeeld of de werkende doorgaans als zelfstandige zijn werk verricht.

De complexiteit van de kwalificatie "*werkinhoudelijke aansturing*" (gezagsverhouding) is algemeen bekend [6] [7] en die wordt aangevuld met het mogelijk even complexe begrip "*inbedding*" [8]. Zo worstelen zowel kabinet als de verschillende rechtbanken met de vraag of het gaat om "*inbedding van het werk",* "*inbedding van de werkende* of beide en indien het laatste het geval is, hoe verhouden de indicaties van *werkende* en *werk* zich dan tot elkaar?
Daarbij overlappen de kenmerken gezagsverhouding en inbedding elkaar grotendeels waardoor niet alleen het risico bestaat van dubbel werk, maar ook dat bepaalde kenmerken dubbel tellen.
Vervolgens worden de ook niet al te simpele begrippen "*werken voor eigen rekening en risico*" binnen de specifieke arbeidsrelatie en het ondernemerschap in het algemeen toegevoegd.
In een algemene maatregel van bestuur zullen die hoofdelementen verder worden uitgewerkt en dat zal, zeker gelet het matige resultaat van de SZW Webmodule nog een hele kluif worden. [9]

De MvT wetsvoorstel claimt een weergave te zijn van de bestaande jurisprudentie, maar ook hier is twijfel op zijn plaats. In theorie is er sprake van een uniforme toetsing binnen alle rechtsgebieden (arbeidsrecht, fiscaal en sociaal zekerheidsrecht). In de praktijk blijkt die uniformiteit beperkt, wat leidt tot allerlei interpretaties bij concrete casussen en dientengevolge tot rechtsonzekerheid. Het rapport "Werken buiten dienstbetrekking" onderschrijft dit gebrek aan uniformiteit: bij civiele zaken was in 1/3$^{e}$ van de gevallen sprake van werkzaamheden binnen dienstbetrekking, in het sociale zekerheidsrecht was dit de helft en fiscaal was het 2/3$^{e,}$ dus het dubbele van de civiele rechtspraak. [10]

### Rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst op basis van uurtarief

Een andere maatregel in het conceptvoorstel is de introductie van een rechtsvermoeden op basis van een uurtarief: bij een werkende die maximaal € 32,24 per uur verdient, geldt het vermoeden dat het werk op basis van een arbeidsovereenkomst wordt verricht. Dit idee is niet nieuw. Het regeerakkoord 2017 bevatte een soortgelijk plan[11], maar dat strandde vanwege de vele bezwaren. De berekening in de MvT van het wetsvoorstel is verder nogal arbitrair, zeker gelet op het gegeven dat een aantal jaar geleden het maximale uurtarief nog op de helft, namelijk 16 euro,[12] was vastgesteld. Het uurtarief is bovendien voor veel sectoren (te) hoog, zeker omdat de directe kosten nog bovenop het uurtarief komen. Omgerekend gaat het om een drempel waarbij van opdrachtnemers met een maandelijkse omzet van minder dan circa € 5.000 vermoed wordt dat ze in dienstbetrekking werken. Voor bijvoorbeeld starters en freelancers in de journalistiek of vertalers zijn dit soort vergoedingen onhaalbaar.

Volgens de MvT is een uurtarief in de meeste gevallen relatief makkelijk vast te stellen of te berekenen. Dat laatste is voor vele beroepsgroepen evident onjuist: uurtarieven zoals bij een vergoeding per opdracht, woord, bladzijde, onderhoudscontracten, retainers en in eigen beheer

---

[6] Een kleine greep uit rapporten die zich bezig hebben gehouden met de gezagsverhouding: het Interdepartementale Beleidsonderzoek Zelfstandigen zonder personeel (2015), Commissie beoordeling modelovereenkomsten Wet DBA (commissie-Boot, 2016) , het Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie (2017) , het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' (2017) , de verkenning 'Voor de zekerheid' (WRR, 2017) , het 'Wetboek van Werk 2025' van de VAAN-VvA expertgroep (2019), het rapport 'In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk' (commissie-Borstlap) en het rapport 'Het betere werk' van de WRR (2020), het rapport "Werken buiten dienstbetrekking" ( UvA 20??

[7] Zie ook A.L. Mertens, BNB 2023/95c

[8] Zie onder andere B. Emmerig, "*Inbedding als hoofdelement van de dienstbetrekking",* WFR 2023/249, 18 augustus 2023

[9] Zie evaluatie webmodule, Kamerstukken II 2021/22, 31 311, nr. 240

[10] Rapport Werken buiten dienstbetrekking, Van Haaren, Rietveld en Verhulp, i/o Min SZW, Arbeidsmarktresearch UvA oktober 2019 (ARR)

[11] https://www.rendement.nl/werken-met-zzp-ers/nieuws/laag-tarief-voor-zzper-automatisch-arbeidsovereenkomst.html

[12] Kamerstukken I 2018/19, 35.074, nr. M, p.3 Het betreft hier het wetsvoorstel "de Wet op de zelfstandigenverklaring"

gemaakte producten zijn afhankelijk van de aard van het werk, van de ervaring en snelheid van de werkende, van marktomstandigheden en concurrentie, enzovoort.

De MvT is erg optimistisch over de uitvoering, maar veel opdrachtgevers zullen zich chantabel voelen nu ze achteraf het risico lopen dat een opdrachtnemer, die bijvoorbeeld doorbetaling bij ziekte eist, aan de hand van den gefingeerde urenstaat achteraf kan stellen onder de wettelijke grens gewerkt te hebben. Als opdrachtgevers dit risico contractueel niet dicht kunnen spijkeren, dan zullen veel opdrachten komen te vervallen. Overigens gaat het bij het rechtsvermoeden om een puur civielrechtelijke regeling die volgens de MvT geen invloed heeft op een eventuele inhoudingsplicht en die beperking kan in de dagelijkse praktijk leiden tot nog meer verwarring.

### Conclusie

Een eerste analyse en de commentaren bij de Internetconsultatie[13] en in de politiek[14] geven nog geen aanleiding om de nieuwe wet met vertrouwen tegemoet te zien. De oude problemen met complexe en abstracte begrippen doemen weer op en lijken door een ingewikkelde afstemming van de twee begrippen die "*werken in dienst van"* bepalen in combinatie met twee ondernemersbegrippen (binnen een arbeidsrelatie en persoonlijk) nog ingewikkelder te zijn geworden. Het rechtsvermoeden van een maximum uurtarief zal voor velen een aanslag zijn op hun rechtsgevoel en de contractsvrijheid beperken. Eenvoud en praktische toepasbaarheid hebben geleden onder de kennelijke noodzaak om één en ander in een geforceerde arbeidsrechtelijke dwangbuis te persen. Of de uitwerking in de vorm van een Webmodule de oplossing zal bieden, zal pas later blijken, maar de vooruitzichten zijn niet bemoedigend.

## 2. Zelfstandigheid versus werknemerschap

In allerlei gremia wordt bevestigd dat ondernemers in een specifiek beroep (zelden of) nooit werknemer zijn voor datzelfde beroep. Ondernemer zijn, verhoudt zich niet tot gezag en tot inbedding. Echte ondernemers zijn met andere woorden, zelfstandig.

Vragen van het lid Omtzigt (CDA) aan de Staatssecretaris van Financiën over de bizarre nieuwe wereld van de zzp'er. Antwoord van Staatssecretaris Wiebes (Financiën): *"Als overduidelijk is dat iemand als een zzp'er werkzaam is, dan is het niet nodig om met een door de Belastingdienst beoordeelde modelovereenkomst te werken. Deze modelovereenkomsten zijn alleen bedoeld voor die gevallen waarin er twijfel bestaat over de aard van de arbeidsrelatie."* [15]

Het *Rapport Werken buiten dienstbetrekking* uit 2019 gaat mee in deze redenering en schrijft in punt 6.9.3 over de SZW Webmodule: *"Wanneer de 'echte zelfstandigen' uit de vragenlijst zijn gefilterd, kunnen andere elementen worden afgewogen om zo ook in de minder evidente situaties partijen van een juiste inschatting te voorzien."* [16]

In haar Conclusie in de Deliveroo zaak, waar de MvT inspiratie uit put, gaat AG De Bock uitgebreid in op de positie van de zelfstandig ondernemer in het arbeidsrecht en met name op haar standpunt (en dat van anderen) dat zelfstandigheid tegenover een gezagsverhouding staat en dat een zelfstandig ondernemer buiten dienstbetrekking en niet middels een arbeidsovereenkomst werkt.

"*Als géén sprake is van inbedding van het werk in de organisatie van de werkverschaffer, heeft de werker in het algemeen zélf een onderneming en is hij dus een zelfstandig ondernemer. In feite gaat het om kwalificaties die elkaar uitsluiten: de werker is ingebed in de organisatie van de werkverschaffer, óf de werker is zelf ondernemer. Meer smaken zijn er niet in het civiele recht; er zijn geen 'tussencategorieën' tussen werknemers en zelfstandigen. De vraag kan dan dus ook van de*

[13] https://www.internetconsultatie.nl/wetverduidelijkingbeoordelingarbeidsrelatiesenrechtsvermoeden/b1
[14] https://www.zipconomy.nl/2023/10/politieke-meningsverschillen-over-nieuwe-zzp-regels-zijn-groot/
[15] Staatssecretaris Wiebes in antwoord op vragen van Omtzigt d.d. 28 april 2016, vergaderjaar 2015-2016 nr. 2411 https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2016Z07370&did=2016D17731
[16] Rapport *Werken buiten dienstbetrekking,* Van Haaren, Rietveld en Verhulp, i/o Min SZW, Arbeidsmarktresearch UvA oktober 2019 (ARR)

*andere kant worden benaderd: is de werker een zelfstandig ondernemer en is het werk daarmee dus niet ingebed in de organisatie van degene voor wie hij werkt?* [17]

"*Vanuit dit perspectief gaat het er dus om of de werker zelfstandig ondernemer is. Alleen als die vraag bevestigend kan worden beantwoord, is géén sprake van werk dat op basis van een arbeidsovereenkomst wordt verricht.*[18]

"*Dat een werknemer niet tevens ondernemer kan zijn, is in lijn met het Verdrag van de Europese Unie.*

Als ondernemerschap werknemerschap uitsluit en vice versa, dan is ook dit een reden om eerst het zelfstandig ondernemerschap te bepalen en als dat niet duidelijk het geval is om daarna over te stappen op een analyse van de arbeidsrelatie.

## De MvT ziet geen heil om ondernemerschap voorop te stellen

De MvT noemt in punt 3.5 een aantal redenen waarom zelfstandig ondernemerschap niet tot duidelijkheid leidt over schijnzekerheid. Hieronder worden een aantal tegenargumenten aangevoerd waarom ondernemerschap in ieder geval voor de inhoudingsplicht voor de loonheffing wel een prima uitgangspunt vormt.

1. MvT: "*Evenals de open normen van het arbeidsrecht is ook ondernemerschap in de fiscaliteit een holistisch begrip dat door middel van jurisprudentie is ingevuld waarbij feiten en omstandigheden van het geval waarbij onterecht wordt aangenomen dat die op voorhand duidelijker zouden zijn dan de open normen in het arbeidsrecht een belangrijke rol spelen".*
   Antwoord: Anders dan de gezagsverhouding en inbedding kan ondernemerschap vrijwel geheel door harde en objectieve feiten vastgesteld worden. De jurisprudentie over de vereisten voor ondernemerschap is te vatten in 20 tot 24 variabelen. Indien de variabelen een door experts vastgestelde weging krijgen dan is ook het holistische aspect ondervangen. De methodiek is in de praktijk verder af te stellen, nauwkeuriger te maken en te controleren. Zie voor een uitwerking de bespreking van de Zelfstandigheidstoets.
2. MvT: "... *ook als een werkende doorgaans als ondernemer zelfstandig het werk verricht, kan hij in een bepaalde arbeidsrelatie toch werken op basis van een arbeidsovereenkomst*."
   Antwoord: Dat is juist. De zelfstandige fysiotherapeut kan in loondienst zijn bij de school waar hij buiten zijn praktijk om les geeft. Reeds bij de VAR werd dit onderkend en gold de zelfstandigenverklaring alleen voor een specifiek beroep en niet voor werkzaamheden in een andere sector. Zie verder de bespreking van de Zelfstandigheidstoets.
3. MvT: Werkgevenden hebben weinig zicht op het ondernemerschap van de werkende.
   Antwoord: Ondernemerschap kan door derden, via de Zelfstandigheidstoets, objectief en met een geringe kans op fraude vastgesteld worden en door een verklaring aan de opdrachtgever bekend worden gemaakt.
4. MvT: Er is sprake van een "*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."*

[17] ECLI:NL:PHR:2022:578, overwegingen 813 t/m 8.19

[18] De Bock wijst hier op:
L.G. Verburg, 'Overpeinzingen omtrent de vakbond als ondernemersorganisatie en de regulering van de positie van de zzp'er', ArA 2021/3, p. 64. In dezelfde zin: N. Gundt in haar noot in TRA 2020/84 bij HvJ EU 22 april 2020, C-692/19 (Yodel Delivery), par. 6. Zie ook N.M.Q. van der Neut in zijn noot bij de bestreden uitspraak in JAR 2021/62, waar hij op p. 580 uit de wetsgeschiedenis van de Wet op de Arbeidsovereenkomst afleidt: 'zonder (vorm van) ondernemerschap moest de werkgever 'gezag, leiding en toezicht' houden tijdens de door de werknemer te verrichten werkzaamheden.', en M. Jovovic & J.P.H. Zwemmer in hun noot in JAR 2019/23 bij de uitspraak in eerste aanleg, p. 251.

Antwoord: Dit is niet in tegenstelling tot de methode om bij het vaststellen van inhoudingsplicht eerst een oordeel te vellen over ondernemerschap en pas daarna over de arbeidsrelatie.

5. Hoewel de MvT van mening is dat ondernemerschap pas in laatste instantie beoordeeld hoeft te worden (de factor C+) speelt de zelfstandigheid van de werkende al eerder in de besluitvorming, bij de gezagsverhouding en inbedding, een rol. In de jurisprudentie wordt maatschappelijke (on)gelijkwaardigheid als een belangrijk aspect gezien bij de kwalificatie van de overeenkomst. Hierbij speelt zelfstandigheid ook volgens de minister (terecht) een rol: zelfstandigen staan vaker op voet van gelijkheid met de werkverschaffer dan de werknemer die immers onder zijn gezag staan.

Deze vijf punten laten zien dat de argumenten tegen het kwalificeren van ondernemerschap in de MvT matig onderbouwd zijn en geen reden vormen om de route via artikel 2.14 Wet IB af te wijzen.

## 3. Kwalificatie inhoudingsplicht via artikel 2.14 Wet IB

De MvT stelt dat ook al zou iemand ondernemer zijn er dan nog sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst. Zoals hiervoor gezien en betoogd, wordt deze mening door velen niet gedeeld en sluiten ondernemerschap en werknemerschap elkaar juist onderling uit. Ook de argumenten die de MvT hanteert in punt 3.5 om ondernemerschap als belangrijkste bron te negeren, werden hiervoor puntsgewijs weerlegd en daarnaast verzuimt de MvT het interessante alternatief van artikel 2.14 Wet IB 2001 te bespreken.

Artikel 2.14 Wet IB bevat regels omtrent de toerekening "*tussen en binnen de belastbare inkomens*". Lid 1 van dit artikel:
"*Indien een voordeel op grond van meer dan een hoofdstuk, afdeling of paragraaf als bestanddeel, al dan niet vrijgesteld, van een van de belastbare inkomens zou kunnen worden aangemerkt, wordt het voordeel uitsluitend op grond van het als eerste opgenomen hoofdstuk of de als eerste opgenomen afdeling of paragraaf aangemerkt als bestanddeel van het desbetreffende belastbare inkomen.*"

De volgorde in de wet IB 2001 is derhalve dat eerst beoordeeld wordt of er sprake is van winst uit onderneming en daarna komen pas looninkomsten en overige inkomsten uit werkzaamheden aan de orde. In die volgorde heeft de belastingplichtige geen vrije keus. [19]

In een fiscale procedure concludeerde het Hof Den Haag:
"*Gelet op de rangorderegeling van artikel 2.14, lid 1, van de Wet IB 2001 zal het Hof eerst nagaan of de met belanghebbendes werkzaamheden als zorgverlener behaalde inkomsten winst uit onderneming vormen, zoals belanghebbende betoogt en de Rechtbank heeft geoordeeld. Indien deze vraag positief wordt beantwoord, behoeft de vraag of sprake is van loon uit dienstbetrekking geen beantwoording meer.*" [20]

Een groot aantal andere vonnissen bewandelen dezelfde route waardoor bij winst uit onderneming de rangorderegeling van artikel 2.14 Wet IB er voor zorgt dat de optie loon uit dienstbetrekking voor de inhoudingsplicht geschrapt kan worden. [21] [22] Dat is een grote vooruitgang bij het bepalen van de inhoudingsplicht.
Maar bovendien: indien de zelfstandigheid vaststaat en er zou vervolgens arbeidsrechtelijk geprocedeerd worden, dan is de kans zeer klein dat een ondernemer die via een overeenkomst van

[19] ECLI:NL:GHAMS:2016:3810
[20] Hof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:3799, overweging 7.2
[21] Hof Amsterdam 29 mei 2018, nr. 17/00290, ECLI:NL:GHAMS:2018:1695, V-N Vandaag 2018/1303, ECLI:NL:RBGEL:2017:224 (piloot), ECLI:NL:RBGEL:2017:1425 (zorg); Rechtbank Noord-Nederland, RBNNE:2017:3331 (zorg)
[22] Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:3799, overweging 7.2; Gerechtshof Den Haag, 15-06-2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1258; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 27-03-2018 ECLI:NL:GHARL:2018:2798; Gerechtshof Den Haag, 22-09-2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1766;

opdracht werkt, achteraf kan claimen in een arbeidsovereenkomst te werken, bijvoorbeeld om gebruik te kunnen maken van rechten zoals ontslagbescherming of doorbetaling bij ziekte. Dan is bij maatschappelijke gelijkheid van opdrachtgever en opdrachtnemer de partijbedoeling[23] ene belangrijke factor[24] [25] [26] Hetzelfde geldt voor degene die als zelfstandige een overeenkomst van opdracht aangaat en later als 'werknemer' bij het UWV een uitkering aanvraagt.[27] [28] [29]

Een voorbeeld van iemand die achteraf zonder succes claimde in loondienst te hebben gewerkt is dat van een accountant. Deze was eerst in loondienst werkzaam, maar in onderling overleg met de organisatie werden de werkzaamheden voortgezet via een managementovereenkomst met de B.V. van de accountant. Desalniettemin claimde de accountant toch via een arbeidsovereenkomst gewerkt te hebben en dat leidde tot een geschil bij de Rechtbank Rotterdam die oordeelde:
*"... het bij het sluiten van de managementovereenkomst onmiskenbaar de bedoeling van partijen is geweest geen arbeidsovereenkomst te sluiten, maar een overeenkomst van opdracht."* ... "*zich uitvoerig hebben geïnformeerd en vervolgens weloverwogen hebben gekozen voor deze constructie*" ... "*Zij hebben daarbij bewust niet gekozen voor het continueren van de bestaande situatie waarin de managers, onder wie appellant, in loondienst waren.*" [30]

Hof Den Bosch: "*... in de huidige tijd, waarin veel mensen kiezen voor werk als freelancer of ZZP-er, die evenzeer afhankelijk zijn van het inkomen uit dat werk, dit argument van economische afhankelijkheid bij de beantwoording van de kwalificatievraag weinig gewicht in de schaal legt. De opdrachtnemer die er zelf voor heeft gekozen om als zelfstandige werkzaam te zijn, kan derhalve achteraf niet (met succes) stellen dat hij vanwege zijn economische positie beschermd zou moeten worden*."[31]

Behoudens indien er sprake is van maatschappelijke ongelijkheid zoals bij de pizzabezorgers van het Deliveroo arrest [32] zal er bij ondernemers die via een overeenkomst van opdracht werken, achteraf zelden geconstateerd worden dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Overigens waren de Pizzabezorgers in het geheel geen ondernemers en zou via artikel 2.14 Wet IB deze optie al snel afgeserveerd zijn.

## 4. Oplossing voor schijnzelfstandigheid: de Zelfstandigheidstoets

Evenals bijvoorbeeld de SZW Webmodule is de Zelfstandigheidstoets een beslisboom (algoritme), maar anders dan de (niet geslaagde) SZW Webmodule heeft de Zelfstandigheidstoets niet de arbeidsrelatie als uitgangspunt, maar ondernemerschap. Een sterk verbeterde VAR[33] als het ware. [34] Deze toets kan de èchte (groene) ZZP-ers scheiden van de rest. Een voordeel van de ZZP-toets is dat complexe begrippen als gezagsverhouding en inbedding vermeden worden en dat de toets ook tot een oordeel komt inzake toekomstige arbeidsrelaties. Daarnaast is er het neveneffect dat ondernemers uitgesloten zijn van een fictieve dienstbetrekking.

De Zelfstandigheidstoets bestaat uit een beslisboom waarvan de twintig variabelen (vrijwel) alle kenmerken van ondernemerschap dekken en is efficiënt, betrouwbaar en gebruiksvriendelijk. Op de laatste bladzijde van dit artikel wordt het schema uitgewerkt.
De toets biedt rechtszekerheid aan ZZP-ers en hun opdrachtgevers wat betreft zowel de

[23] De partijbedoeling bestaat uit de titel van de overeenkomst en hetgeen over en weer aan rechten en plichten is overeengekomen
[24] ECLI:NL:GHDHA:20202:449, Deloitte
[25] HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, NJ 1998/149, Groen/Schoevers
[26] ECLI:NL:RBROT:2015:8062 Twee docenten werden ontslagen en vervolgens ingehuurd als zelfstandigen; geen arbeidsovereenkomst
[27] CRvB 8 maart 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:BA1326 waarin het recht op een uitkering geweigerd werd vanwege o.a. een inschrijving bij de Kamer van Koophandel.
[28] CRvB 1 april 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ0098 waarbij de partijbedoeling annex maatschappelijke gelijkheid bepalend waren en de werkende kenmerken van een zelfstandige vertoonde
[29]; CRvB 17 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3133; CRvB 11 oktober 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3487
[30] CRvB 17 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3133
[31] Hof Den Bosch, 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:183
[32] Hoge Raad, 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443
[33] Verklaring Arbeidsrelatie; deze werd tot medio 2016 toegepast. Ondernemers kregen een VAR-wuo
[34] Prof. mr. G.C. Boot bepleitte in TRA 2012/84 voor een verzwaarde VAR en per branche de criteria vast te stellen

inhoudingsplicht[35] als de fiscale voordelen voor de ZZP-ers. Per beroepsgroep wordt een toets ontwikkeld, in eerste instantie voor ZZP-ers die (abstract) hoofdwerk (zoals ICT-ers) verrichten, later ook voor ZZP-ers met meer fysiek werk, aannemers van werk en starters. Een aanvullend submenu zal in de toekomst de kwalificatie van dga's, vennoten en maten mogelijk maken.

De hier besproken in ontwikkeling zijnde Zelfstandigheidstoets werkt met een stoplichtmodel en berekent aan de hand van kwantitatieve en verifieerbare informatie of iemand een echte (groene) ZZP-er is of een twijfelgeval (oranje) of geen zelfstandige (rood). Voor twijfelgevallen (oranje en sommige rode ZZP-ers) is er in de toekomst een aanvullende Arbeidsrelatie-Vragenlijst die bepaalt of iemand binnen een arbeidsrelatie of buiten dienstbetrekking werkt (een soort SZW Webmodule).

Er zijn veel verschillen tussen de ZZP-toets en eerdere pogingen zoals de VAR. Er wordt gebruik gemaakt van intervalschalen waardoor meer nuances in de antwoorden mogelijk zijn. Op allerlei plaatsen is de weging (het belang) van variabelen en antwoorden in te stellen, per beroepsgroep kan de weging aangepast worden, de input is afkomstig van de gegevens van administraties van meerdere jaren (minimaal 2,5 jaar en bij voorkeur 5 jaar), aangevuld met gegevens van de Kamer van Koophandel, aangiften inkomstenbelasting en andere harde gegevens. De beoogde gebruikers, meestal financiële dienstverleners zoals administratie- en accountantskantoren, hoeven voor hun cliënten alleen deze gegevens te uploaden en de verwerking wordt (semi) automatisch afgewikkeld. De uitkomst is een cijfer van 1 tot 10. Hoe hoger het cijfer, des te aannemelijker dat sprake is van een echte ondernemer. Vanwege de harde, meestal cijfermatige input, is de kans op manipulaties of fraude gering. De toets is flexibel, kan de laatste ontwikkelingen implementeren en is door middel van AI en iteraties steeds verder te optimaliseren.

### *Gevolgen beoordeling als groene ZZP-er*

Door de bronnenvolgorde vallen alle bij de onderneming horende inkomsten tot de winst uit onderneming zelfs als er loonbelasting wordt ingehouden (absorptie).[36]
Groene ZZP-ers zijn niet in fictieve dienstbetrekking omdat ondernemers hiervan zijn uitgesloten.[37]
De ZZP-toets maakt overigens ook onderscheid tussen winst uit onderneming en resultaat uit overige werkzaamheden.

### *Gevolgen beoordeling als oranje ZZP-er*

De oranje ZZP-ers vormen de onbepaalde tussengroep, waarbij individuele arbeidsrelaties beoordeeld dienen te worden door een aanvullende Arbeidsrelatie-Vragenlijst.

### *Gevolgen beoordeling als rode ZZP-er*

De kans dat een rode ZZP-er in loondienst werkzaam is, is groot. Kwalificeert iemand zich als zodanig, dan heeft dit als bij-effect dat vanwege het verdwijnen van fiscale voordelen de motivatie van de opdrachtnemer om via een overeenkomst van opdracht te werken, zal afnemen.
Bij twijfel dient de arbeidsrelatie uitgezocht te worden door middel van de Arbeidsrelatie-Vragenlijst.

## Stroomschema

Om het voorgaande inzichtelijk te maken is onderstaand stroomschema bedacht dat tevens leidraad is voor de verdere ontwikkeling van de methode (het algoritme). In het kader van dit opiniestuk gaat het te ver om details, zoals welke variabelen er gebruikt worden en met welke weging, hier uit te werken, vandaar alleen een toelichting op hoofdlijnen.

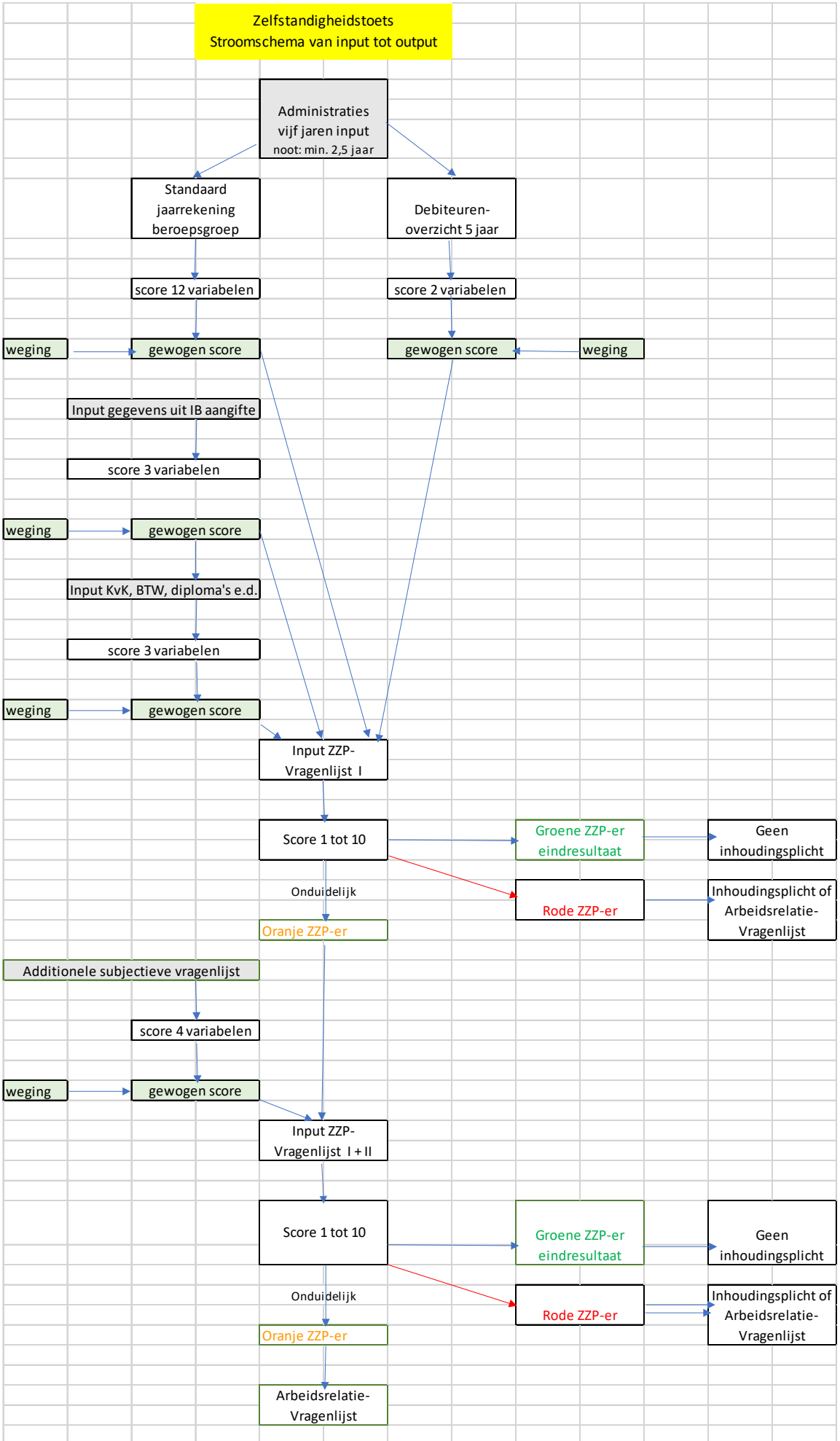
De input bestaat uit de volledige administraties van bij voorkeur vijf jaren die (semi) automatisch verwerkt wordt tot één geharmoniseerde, standaard jaarrekening en een debiteurenoverzicht. De getotaliseerde jaarrekening van vijf jaar vormt op zijn beurt de input van variabelen als investeringen,

[35] De ZZP-toets doet geen uitspraken over de arbeidsrechtelijke relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer, noch over het recht op een uitkering ingevolge de werknemersverzekeringen.
[36] Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2020, nr. 18/01066, ECLI:NL:GHARL:2020:255, V-N Vandaag 2020/159.
[37] Artikelen 3-1-a Wet LB en 4-1a Wetten Sociale Zekerheid

duur en bestaansrecht van de onderneming, bedrijfsrisco's etc. Het debiteurenoverzicht wordt gebruikt om het aantal opdrachtgevers en de economische afhankelijkheid van een opdrachtgever te berekenen.

Ook de aangiften voor de Inkomstenbelasting dienen als input voor variabelen als de verhouding tussen winst uit onderneming en overige inkomsten uit arbeid en de aanwezigheid van een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Daarnaast worden de gegevens van de KvK, BTW, diploma's en de werkervaring van de opdrachtnemer geanalyseerd en ingevoerd.

Aangezien de verwerking voor een belangrijk deel geautomatiseerd zal verlopen, is het mogelijk om grote aantallen te verwerken. Het is een *work in progress* met hopelijk deze maand een eerste testversie die te zijner tijd getest wordt door experts, belanghebbenden en toekomstige gebruikers.


Zelfstandigheidstoets
Stroomschema van input tot output
Administraties vijf jaren input
noot: min. 2,5 jaar
Standaard jaarrekening beroepsgroep
Debiteuren-overzicht 5 jaar
score 12 variabelen
score 2 variabelen
weging
gewogen score
gewogen score
weging
Input gegevens uit IB aangifte
score 3 variabelen
weging
gewogen score
Input KvK, BTW, diploma's e.d.
score 3 variabelen
weging
gewogen score
Input ZZP-Vragenlijst I
Score 1 tot 10
Groene ZZP-er eindresultaat
Geen inhoudingsplicht
Onduidelijk
Rode ZZP-er
Inhoudingsplicht of Arbeidsrelatie-Vragenlijst
Oranje ZZP-er
Additionele subjectieve vragenlijst
score 4 variabelen
weging
gewogen score
Input ZZP-Vragenlijst I + II
Score 1 tot 10
Groene ZZP-er eindresultaat
Geen inhoudingsplicht
Onduidelijk
Rode ZZP-er
Inhoudingsplicht of Arbeidsrelatie-Vragenlijst
Oranje ZZP-er
Arbeidsrelatie-Vragenlijst