

Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie

Samenvatting

Aanleiding en opdracht

- In de aanloop naar de inwerkingtreding van de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (DBA) is onrust en onzekerheid ontstaan. Eén van de aandachtspunten is dat in sommige situaties de uitkomst van de regelgeving niet overal aansluit bij de in de praktijk gewenste uitkomst. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van het persoonlijk verrichten van arbeid en de gezagsverhouding.
- Het kabinet heeft in de tweede voortgangsrapportage over handhaving van de Wet DBA dan ook aangekondigd te onderzoeken hoe aan de criteria 'vrije vervanging' en 'gezagsverhouding' een concretere of andere invulling kan worden gegeven om deze beter te laten aansluiten bij het huidige maatschappelijk beeld van een arbeidsrelatie.¹
- Daarnaast is gebleken dat de wijze waarop de regelgeving is vormgegeven in de praktijk kan leiden tot onzekerheid bij partijen. In het debat van 8 december 2016 heeft de Tweede Kamer via de motie-Bashir (SP) verzocht om duidelijke criteria en zekerheid vooraf aan ondernemers te geven.²
- Ten derde is van belang voor de opdracht dat de doelstelling van de Wet DBA, het beter in balans brengen van de verantwoordelijkheden van de opdrachtgever en de opdrachtnemer en het effectief kunnen handhaven op schijnzelfstandigheid, breed werd en wordt onderschreven. Het in balans houden van de verantwoordelijkheden en het borgen van mogelijkheden voor effectieve handhaving is derhalve eveneens een onderdeel van de opdracht.
- Een interdepartementale ambtelijke werkgroep heeft gewerkt aan het uitwerken van beleidsvarianten ten behoeve van bovenstaande doelen.
- Dit onderwerp is zeer complex. Voor een goed begrip is enige achtergrondkennis noodzakelijk. In de rapportage wordt dan ook een schets gegeven van het huidige stelsel. Daarna wordt ingegaan op de problematiek. Vervolgens worden beleidsvarianten geschetst.

Het huidige stelsel

- De arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek is dwingendrechtelijk van aard: partijen hebben niet de vrijheid om van deze regels af te wijken, zelfs niet als zij dat willen en uitdrukkelijk overeenkomen. Wanneer het voor partijen eenvoudig zou zijn om zich aan de arbeidsovereenkomst en de daaraan verbonden verplichtingen te onttrekken, worden direct anderen geraakt. Het dwingendrechtelijk karakter geldt zowel aan de onderkant van de arbeidsmarkt (waar het dwingendrechtelijk systeem dient om oneigenlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen) als aan de bovenkant (waar mensen met hogere inkomens verplicht solidair zijn met mensen met lagere inkomens in het systeem van werknemersverzekeringen).
- Beoordeling van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van het Burgerlijk Wetboek vindt plaats aan de hand van alle omstandigheden van het geval, op basis van de criteria loon, gezag en (persoonlijk verrichten van) arbeid. Voor deze 'holistische benadering' is gekozen om recht te doen aan maatschappelijke diversiteit, om het arbeidsrecht actueel te houden (via de invulling door jurisprudentie) en om ontwijkingsmogelijkheden te beperken.
- De definitie van de arbeidsovereenkomst is ook de basis voor het bereik van de werknemersverzekeringen en de loonbelasting (daar wordt het begrip 'dienstbetrekking' gebruikt). Wel gelden er in het sociale zekerheidsrecht en in het fiscale recht andere procedurele regels, onder andere over de bewijslastverdeling. De Belastingdienst heeft tot taak om de wet uit te voeren en te handhaven en heeft op dit punt geen beleidsinvullende bevoegdheden.

¹ Kamerstukken II 2016–2017, 34 036, nr. 40.

² Kamerstukken II 2016–2017, 34 036, nr. 54.

- De gezagsverhouding is in alle landen in Europa leidend voor de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst; dit geldt voor zowel het civiele als het socialezekerheids/fiscale domein. De mogelijkheid tot vervanging is niet in alle landen een indicator. In alle Europese landen wordt door rechters en overheidsinstanties getoetst aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden.

Het probleem

- Rond de Wet DBA spelen twee discussies. In de eerste plaats de vraag in hoeverre de onduidelijkheid in de regelgeving leidt tot negatieve effecten (verlies aan opdrachten) voor 'echte' zzp'ers. Ten tweede de vraag of – ook waar de regels wel duidelijk zijn – de uitkomst nog passend wordt geacht in de arbeidsmarkt van vandaag.
- Ten aanzien van de *onduidelijkheid* en de effecten daarvan op de opdrachten voor zzp'ers is het moeilijk vat te krijgen op de omvang van het probleem of de specifieke sectoren waarin dit met name speelt. Macrocijfers laten geen verslechtering in het opdrachtvolume of aantal gewerkte uren voor zzp'ers zien. De beschikbare onderzoeken over het effect van DBA die niet gebaseerd zijn op macrocijfers geven een gemengd beeld.
- Er kan sprake zijn van een niet-noodzakelijke terughoudendheid bij (een deel van de) opdrachtgevers om zzp'ers in te huren, ook in situaties waarin duidelijk sprake is van het ontbreken van een dienstbetrekking. De Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) bood voor opdrachtgevers geen enkele prikkel om te controleren of de door de opdrachtnemer ingevulde (verwachte) feiten en omstandigheden daadwerkelijk overeenkwamen met de wijze waarop de arbeid feitelijk werd verricht. Zeker voor opdrachtgevers is dus de overgang groot nu zij weer deels verantwoordelijk zijn voor de juistheid van de kwalificatie van de arbeidsrelatie.
- Daar waar zelfstandigen opdrachten verliezen, is het de vraag in welke gevallen er sprake was van schijnzelfstandigheid en tevens in hoeverre het verlies van opdrachten samenhangt met de Wet DBA en niet met andere factoren. Waar nu wel duidelijkheid wordt geboden kunnen opdrachtnemers hun opdrachten verliezen omdat die duidelijkheid aantoont dat sprake is van een dienstbetrekking. De exacte oorzaak is op macroniveau onmogelijk vast te stellen omdat per geval alle omstandigheden zouden moeten worden onderzocht en gewogen.
- Het beeld uit de door de werkgroep gevoerde gesprekken is dat het huidige moratorium op handhaving geen bestendige oplossing is, omdat dit op lange termijn geen zekerheid biedt over de handhaving.
- Het tweede probleem is de vraag of de uitkomst, ook als die wel duidelijk is, past bij de opvattingen die hierover in de maatschappij kunnen leven. Het beeld uit de door de werkgroep gevoerde gesprekken is dat dit aspect het voornaamste punt van discussie vormt.
- Er is geen eensluidend beeld te construeren over het maatschappelijk beeld van een arbeidsverhouding. Wel is in nagenoeg alle gesprekken aangegeven dat de druk op de kwalificatie door de Belastingdienst in ieder geval deels wordt veroorzaakt door de grote institutionele verschillen (fiscaal, civielrechtelijk en sociaalrechtelijk) tussen werknemers en zelfstandigen.

De beleidsvarianten

- Bij het uitwerken van beleidsvarianten is sprake van een spanningsveld tussen verschillende doelen: maatwerk (recht doen aan de maatschappelijke diversiteit), bescherming van de zwakkere partij, duidelijkheid, bevorderen van ondernemerschap, solidariteit, en tot slot de noodzaak tot handhaving. Deze doelen gaan niet altijd samen, er kan sprake zijn van een afruil tussen verschillende doelen.
- De huidige criteria voor een dienstbetrekking zijn vormgegeven met behulp van open normen die in de loop van de tijd nader ingevuld zijn in de jurisprudentie. Het formuleren van een nieuwe afbakening in de vorm van een nieuwe open norm, om beter aan te sluiten bij het huidige maatschappelijke beeld van een arbeidsverhouding (vooropgesteld dat een dergelijk eenduidig en politiek neutraal beeld valt te construeren), zou op korte termijn de onzekerheid

kunnen vergroten. Deze afbakening zou zich weer moeten uitkristalliseren via de jurisprudentie en nieuwe groepen zullen in het grijze gebied terechtkomen.

- Het vervangen van de huidige holistische benadering door duidelijke binaire grenzen zal meer zekerheid en duidelijkheid bieden. Tegelijkertijd zullen hierdoor maatwerk en nuance verloren gaan (hetgeen verzet kan oproepen bij degenen die buiten de grens vallen) en wordt strategisch gedrag makkelijker. Er zal altijd een afruil zijn tussen de bovenstaande doelen. Om deze redenen wordt in het rapport een breed palet aan beleidsvarianten geschetst waarin deze afruilen inzichtelijk zijn gemaakt.
- De in het rapport beschreven problematiek concentreert zich hoofdzakelijk op de vraag of er inhoudingsplicht is voor de loonheffingen en verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen. De vraag naar heldere, duidelijke normen speelt voornamelijk bij dit massale bestuursrechtelijke proces.
- Om deze reden richten vrijwel alle geschetste beleidsvarianten zich op de sociaalrechtelijke en fiscaalrechtelijke toetsing en invulling van het begrip dienstbetrekking en niet primair op de definitie in het BW. Gevolg kan zijn dat bij een aantal varianten de sociaalrechtelijke en fiscaalrechtelijke dienstbetrekking en de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst verder uiteen gaan lopen.
- De varianten worden beschreven en beoordeeld aan de hand van een aantal criteria, zoals handhaafbaarheid, proportionaliteit, rechtszekerheid, ondernemersklimaat, regeldruk en administratieve lasten, bescherming van werkenden, arbeidsmarkt en budgettaire effecten.

In het rapport worden tien beleidsvarianten beschreven. Omdat de tijdshorizon voor deze opdracht zeer beperkt was, zijn de varianten in het rapport op hoofdlijnen uitgewerkt. De eerste vier varianten A t/m D hebben uitsluitend betrekking op de uitvoering/handhaving, de opties E t/m J vereisen aanpassing van de wettelijke criteria. De meeste varianten sluiten elkaar niet uit. De politiek kan kiezen uit deze varianten maar kan ook verschillende varianten combineren om enerzijds duidelijkheid te bieden en anderzijds de maatschappelijke aanvaarding van de uitkomst te vergroten. Het betreft in het kort de volgende varianten:

- A. Overgaan tot handhaven per 1 januari 2018. Dit is in feite een 'nuloptie' waarbij in de regelgeving geen veranderingen optreden.
- B. Een instrument voor het bepalen van de status van een arbeidsrelatie (vergelijkbaar met de webmodule in Engeland) waarmee opdrachtgevers rechtszekerheid kunnen verkrijgen. Verschil met het eerdere idee van de Beschikking Geen Loonheffingen (BGL) zou zijn dat de webmodule in plaats van door de opdrachtnemer door de opdrachtgever wordt ingevuld en daarmee ook voor meer relaties tegelijk uitsluitel kan bieden.
- C. De aanbeveling die de Commissie Boot heeft gedaan om uit te gaan van een set indicatoren in de handhaving. Dit betreft de duur van de overeenkomst, het tarief en de vraag of er sprake is van kernactiviteiten. De criteria dienen in het voorstel van de Commissie Boot om te bepalen wanneer in ieder geval wel sprake is van een dienstbetrekking. Voor zekerheid over het omgekeerde, namelijk dat er ook echt buiten dienstbetrekking wordt gewerkt, is aanvullende informatie nodig, bijvoorbeeld in de vorm van een modelovereenkomst. Dit biedt dus op zichzelf geen zekerheid dat er buiten dienstbetrekking wordt gewerkt en is vooral te zien als een extra toets bovenop het bestaande systeem van modelovereenkomsten.
- D. Een variant waarbij de door de Commissie Boot genoemde criteria dienen om een opdrachtgever rechtszekerheid te bieden over de vraag wanneer in ieder geval geen sprake is van een dienstbetrekking. Bij een bepaald tarief, een bepaalde duur en wanneer geen kernactiviteiten worden verricht, wordt men geacht niet onder gezag te werken en dus buiten dienstbetrekking. In deze vorm bieden de criteria dus wel zekerheid voor de 'bovenkant' over afwezigheid van een dienstbetrekking.
Aandachtspunt is dat een criterium als 'tarief' eenvoudig lijkt, maar wel vereist dat bekend is hoeveel uren iemand werkt en dat stuksprijzen kunnen worden omgerekend naar uurtarieven. Binaire criteria als tarief en duur kunnen weerstand oproepen bij degenen die er net buiten

vallen en dragen het risico in zich van strategisch gedrag. Ook het criterium 'kernactiviteiten' kan leiden tot discussie. Daarnaast is het voor de bestendigheid van belang dat tarief- en duurgrenzen zo min mogelijk arbitrair zijn om daarmee permanente discussie te voorkomen. Aandachtspunt is verder welk budgettair effect dit heeft op het stelsel van werknemersverzekeringen (wegens premiederving).

- E. In de fiscaliteit en in de sociale zekerheid kan wettelijk worden bepaald dat er ook sprake kan zijn van een dienstbetrekking als er geen verplichting is tot het persoonlijk verrichten van arbeid, maar feitelijk wel (een deel van) de arbeid persoonlijk wordt verricht. Dit voorkomt bepaalde schijnconstructies en heeft mogelijk tot gevolg dat er met name aan de onderkant van de arbeidsmarkt eerder sprake zal zijn van een dienstbetrekking dan nu het geval is. Het effect hiervan op de bestaande modelovereenkomsten is een van de aandachtspunten.
- F. Het aanpassen van fictieve dienstbetrekkingen in de werknemersverzekeringen en de loonbelasting. Een fictieve dienstbetrekking houdt in dat bepaalde groepen werkenden die civielrechtelijk gezien geen arbeidsovereenkomst hebben, voor de werknemersverzekeringen en de loonbelasting wel als werknemers worden beschouwd. Deze fictieve dienstbetrekkingen bestaan al langer. Met de invoering van de Wet DBA is voor enkele fictieve dienstbetrekkingen de mogelijkheid gecreëerd om ze contractueel uit te kunnen sluiten. In deze variant wordt die uitsluitingsmogelijkheid teruggedraaid. Doel hiervan is om meer werkenden de bescherming van de werknemersverzekeringen te bieden. Ondernemers zijn uitgezonderd van de fictieve dienstbetrekking. Aandachtspunt bij deze variant is dat de onzekerheid voor opdrachtgevers toeneemt (omdat ondernemers zijn uitgesloten van de fictieve dienstbetrekking, moeten opdrachtgevers toetsen of een opdrachtnemer ondernemer is). Om deze onzekerheid te verminderen kan worden overwogen om ook ondernemers onder de fictieve dienstbetrekking te laten vallen; dit kan (afhankelijk van de specifieke vormgeving) leiden tot een forse uitbreiding van het bereik van de sociale zekerheid. Het zou een inperking van de ondernemersvrijheid betekenen, een verhoging van de lasten en verstoring van het stelsel van werknemersverzekeringen.
- G. Voor werkenden die op grond van de huidige criteria buiten de arbeidsovereenkomst vallen maar waarvan het maatschappelijk wenselijk wordt geacht dat zij wel een arbeidsovereenkomst hebben, kan ook worden gekeken naar sectorale maatwerkoplossingen, zoals een sectorale eis van arbeidsovereenkomst (zoals momenteel bijvoorbeeld geldt in het wegvervoer en tot op zekere hoogte in de postsector). Hierbij geldt dat het voor een bestendig en proportioneel systeem van belang is dat willekeur bij het selecteren van de sectoren zoveel mogelijk wordt voorkomen.
- H. Een opt-out uit dienstbetrekking voor de bovenkant van de arbeidsmarkt op basis van de binaire criteria duur en tarief. Evenals opties C en D vereist dit dat bekend is hoeveel uren iemand werkt en dat stuksprijzen kunnen worden omgerekend naar uurtarieven. Deze variant heeft budgettaire gevolgen voor de werknemersverzekeringen. Daarnaast is het voor de bestendigheid van belang dat grenzen zo min mogelijk arbitrair zijn om daarmee permanente politieke discussie te voorkomen. Daarnaast moet ook worden gezien hoe een opt-out zich verhoudt tot Europese regelgeving.
- I. Een ondernemersverklaring voor een selectieve groep opdrachtnemers die op basis van een aantal strikte criteria vrijwel zeker ondernemer is. Deze verklaring overhandigt de opdrachtnemer aan de opdrachtgever die daarmee de zekerheid vooraf verkrijgt dat hij voor de in de verklaring genoemde werkzaamheden geen inhoudingsplichtige is en geen risico op boetes of naheffingen loopt (vrijwaring). Het voornaamste verschil van deze variant ten opzichte van de VAR (waar ook sprake was van vrijwaring van de opdrachtgever en er dus geen gedeelde verantwoordelijkheid was voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie) is dat een toets vooraf plaatsvindt die deels is gebaseerd op toetsbare gegevens uit het verleden en dat de consequenties voor de opdrachtnemer bij een foutieve verklaring zwaarder zijn. Daarnaast zijn de gestelde criteria selectiever. Belangrijkste aandachtspunt hierbij is in hoeverre met deze aanpassingen de nadelen die bij de VAR werden geconstateerd kunnen worden ondervangen.

Naar het oordeel van de Belastingdienst is uitvoering van deze variant structureel problematisch.

- J. In de wet regelen dat de beloning van opdrachtnemers gelijk moet zijn aan die van werknemers. Aandachtspunten hierbij zijn onder meer de Europese kaders en de vraag hoe de juiste beloning moet worden berekend.

Consequenties voor beleid

- Zoals blijkt uit het voorgaande lost geen van deze varianten alle problemen tegelijk op. Het is echter voor alle partijen van belang dat het huidige handhavingsmoratorium spoedig wordt beëindigd en er helderheid komt.
- Van belang hierbij is dat met de bovengenoemde maatregelen de weerstand tegen de Wet DBA niet zal zijn verdwenen. Het dwingendrechtelijk systeem en daarmee de beperking van keuzevrijheid (die door de VAR tijdelijk uit het zicht was verdwenen) kan voor individuele partijen, vanuit hun perspectief en belang, in sommige situaties tot ongewenste uitkomsten leiden. Bezien vanuit de uitgangspunten van het huidige stelsel (tegenaan oneigenlijke concurrentie en borgen van solidariteit) is het echter noodzakelijk om de keuzevrijheid in enige mate te beperken.
- Het fundamentele achterliggende vraagstuk is hoe vrij partijen zouden moeten zijn in het naar eigen inzicht en voorkeuren kiezen van de gevolgen van hun arbeidsrelaties voor de fiscaliteit, de sociale zekerheid en het arbeidsrecht en hoe zich dit verhoudt tot de doelen die met het stelsel als geheel worden nagestreefd. Uiteraard kan – vanuit het perspectief van een veranderende arbeidsmarkt en veranderende politieke preferenties – worden nagedacht over het volledig anders vormgeven van het systeem, bijvoorbeeld een variant waarin partijen vrij zijn om te bepalen welk wettelijk regime (arbeidsrechtelijk, fiscaal en sociale zekerheid) op hun arbeidsrelatie van toepassing is. Dit zou echter betekenen dat het fundament onder het huidige stelsel wegvalt en vereisen dat de gewenste mate van solidariteit en bescherming, en de organisatie daarvan, geheel opnieuw zou moeten worden doordacht. Dit is bij uitstek een terrein waar fundamentele politieke keuzes spelen en gaat de taakopdracht dan ook te buiten.
- De weerstand tegen de Wet DBA wordt momenteel versterkt door de grote arbeidsrechtelijke, sociaalrechtelijke en fiscale gevolgen die verbonden zijn aan de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Zoals reeds in het IBO ZZP opgemerkt, verstoren deze institutionele verschillen de arbeidsmarkt en zetten ze druk op de kwalificatie en de handhaving. Deze maatschappelijke druk wordt pas verminderd als de verschillen worden verkleind.

Overzicht varianten

Varianten die zien op de uitvoering/handhaving

Variant	Effect op probleem gezag (bovenkant)	Effect op probleem vervanging (onderkant)	Effect op duidelijkheid over werken buiten dienstbetrekking	Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid	Overige aandachtspunten
A: Overgaan tot handhaven (nuloptie) <ul style="list-style-type: none"> Hervatten van volledige handhaving per 1 januari 2018. Een deel van de aanbevelingen van de Commissie Boot wordt overgenomen. 	Geen effect	Geen effect	Geen effect	<ul style="list-style-type: none"> Hervatten van de handhaving is uitvoerbaar per 1 januari 2018. Verbetering qua handhaving op schijnzelfstandigheid t.o.v huidige situatie. 	
B: Oordeel over de status van een arbeidsrelatie (OSA) <ul style="list-style-type: none"> Een instrument vergelijkbaar met de webmodule in het VK dat opdrachtgevers duidelijkheid en rechtszekerheid geeft over de kwalificatie van hun arbeidsrelaties. 	Geen effect	Geen effect	Positief effect	<ul style="list-style-type: none"> Ontwikkeling van de online tool is zeer complex en duurt minimaal 12 maanden. Het bouwen van de OSA zal een grote (ICT)-inspanning vergen van de Belastingdienst. 	<ul style="list-style-type: none"> Kan op termijn de modelovereenkomsten vervangen.
C: Criteria voor het mogen gebruiken van een modelovereenkomst (variant-Boot) <ul style="list-style-type: none"> Het hanteren van een beperkte set criteria in de handhaving geeft duidelijkheid over wanneer er <i>in ieder geval wel</i> sprake is van dienstbetrekking. De criteria betreffen de duur van de overeenkomst, het tarief en de vraag of er sprake is van kernactiviteiten. 	Geen effect	Positief effect	Geen effect	<ul style="list-style-type: none"> Ingangsdatum nog onbekend. De criteria hebben het risico van omzeiling. De variant is uitvoerbaar, maar handhaving zal naar verwachting tijdrovend en intensief zijn. De handhaafbaarheid is onder andere afhankelijk van de precieze invulling van de criteria. 	<ul style="list-style-type: none"> Voor zekerheid over werken buiten dienstbetrekking blijft een modelovereenkomst nodig. Voor bestendigheid van belang dat invulling criteria zo min mogelijk arbitrair is.
D: Rechtsvermoeden voor het ontbreken van een dienstbetrekking <ul style="list-style-type: none"> Het hanteren van een beperkte set criteria in de handhaving geeft duidelijkheid over wanneer er in ieder geval geen sprake is van een dienstbetrekking. De criteria betreffen de duur van de overeenkomst, het tarief en de vraag of er sprake is van kernactiviteiten. 	Positief effect	Geen effect	Positief effect	<ul style="list-style-type: none"> Ingangsdatum nog onbekend. De criteria hebben het risico van omzeiling. De variant is uitvoerbaar en handhaafbaar, onder voorwaarde dat de criteria voldoende duidelijk zijn. Dit is afhankelijk van de precieze invulling van de criteria. 	<ul style="list-style-type: none"> De financiële houdbaarheid van de werknemersverzekeringen verslechtert. Voor bestendigheid van belang dat invulling criteria zo min mogelijk arbitrair is.

Varianten die wijziging van de wettelijke criteria vereisen

<i>Variant</i>	<i>Effect op probleem gezag (bovenkant)</i>	<i>Effect op probleem vervanging (onderkant)</i>	<i>Effect op duidelijkheid over werken buiten dienstbetrekking</i>	<i>Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid</i>	<i>Overige aandachtspunten</i>
<p>E: Nadere invulling van het criterium 'persoonlijk verrichten van arbeid'</p> <ul style="list-style-type: none"> In de fiscaliteit en sociale zekerheid wordt wettelijk bepaald dat er ook sprake kan zijn van een dienstbetrekking als er geen verplichting is tot het persoonlijk verrichten van arbeid, maar feitelijk wel (een deel van) de arbeid persoonlijk wordt verricht. 	Geen effect	Positief effect	Negatief effect	<ul style="list-style-type: none"> Voor nieuwe gevallen is deze maatregel uitvoerbaar en handhaafbaar. Voor de bestaande gevallen (waar inmiddels modelovereenkomsten worden gebruikt gebaseerd op het ontbreken van de persoonlijke arbeidsverplichting) is de uitvoerbaarheid moeilijker. 	<ul style="list-style-type: none"> Een deel van de bestaande modelovereenkomsten zal (op termijn) moeten worden ingetrokken.
<p>F: Fictieve dienstbetrekking met uitzondering voor ondernemers</p> <ul style="list-style-type: none"> Groepen werkenden worden gelijkgesteld met werknemers voor de toepassing van de werknemersverzekeringen 	Geen effect	Positief effect	Negatief effect	<ul style="list-style-type: none"> Ingangsdatum nog onbekend. Het is niet meer mogelijk vooraf zekerheid te geven, omdat niet vooraf getoetst kan worden of er sprake is van een fictieve dienstbetrekking. 	<ul style="list-style-type: none"> Onzekerheid voor opdrachtgevers neemt toe, omdat zij niet vooraf kunnen toetsen of een opdrachtnemer een ondernemer is.
<p>G: Sectorale eis van arbeidsovereenkomst</p> <ul style="list-style-type: none"> Voor groepen van functies in bepaalde sectoren kan bepaald worden dat zij alleen op basis van een arbeidsovereenkomst vervuld kunnen worden. 	Geen effect	Positief effect	Geen effect	<ul style="list-style-type: none"> Ingangsdatum nog onbekend. Duidelijk toetsingskader nodig om te bepalen welke functies/sectoren onder de eis van arbeidsovereenkomst vallen. De maatregel kan strategisch gedrag uitlokken m.b.t. de inrichting van functies. 	<ul style="list-style-type: none"> De maatregel kan in strijd zijn met de Europese regels omtrent de interne markt. Sociale partners kunnen mogelijk een rol spelen bij het vaststellen van welke functies in welke sectoren vallen onder de eis van dienstbetrekking. Gevaar van willekeur en disproportionaliteit.
<p>H: Opt-out van de loonheffingen en de werknemersverzekeringen</p> <ul style="list-style-type: none"> Werkenden die aan bepaalde criteria (duur van de overeenkomst en tarief) voldoen kunnen ervoor kiezen niet onder het regime van de loonheffingen en werknemersverzekeringen te vallen. 	Positief effect	Geen effect	Positief effect	<ul style="list-style-type: none"> Ingangsdatum nog onbekend. De criteria hebben het risico van omzeiling. De variant is uitvoerbaar, maar handhaving zal naar verwachting tijdrovend en intensief zijn. 	<ul style="list-style-type: none"> Verhouding met Europees recht moet nader worden bezien. De financiële houdbaarheid van de werknemersverzekeringen verslechtert. Voor bestendigheid van belang dat invulling criteria zo min mogelijk arbitrair is.
<p>I: Ondernemersverklaring</p> <ul style="list-style-type: none"> Een ondernemersverklaring kan worden afgegeven aan een selectieve groep opdrachtnemers. Opdrachtgevers van opdrachtnemers met een 	Positief effect	Geen effect	Positief effect	<ul style="list-style-type: none"> Ingangsdatum nog onbekend. Effectieve handhaving op schijnzelfstandigheid wordt moeilijker. Uitvoering structureel problematisch 	<ul style="list-style-type: none"> Voornaamste verschil met VAR-wuo is toets vooraf op omzet uit onderneming in het verleden. Vereiste hoogte hiervan is van invloed op de selectiviteit en moet nader worden bepaald. Voor bestendigheid van

ondernemersverklaring worden gevrijwaard van de loonheffing en werknemersverzekeringen					belang dat de hoogte zo min mogelijk arbitrair is.
J: Gelijke beloning opdrachtnemers en werknemers <ul style="list-style-type: none"> • In de wet bepalen dat de beloning van opdrachtnemers gelijk moet zijn aan die van werknemers. 	Geen effect	Positief effect	Negatief effect	<ul style="list-style-type: none"> • Ingangsdatum nog onbekend. • Risico van omzeiling. • Handhaving zal naar verwachting tijdrovend en intensief zijn. 	<ul style="list-style-type: none"> • De maatregel kan in strijd zijn met de Europese regels omtrent de interne markt. • Berekening en vaststelling van de juiste beloning is complex.

Inhoud

Samenvatting	i
Hoofdstuk 1 De opdracht	1
Hoofdstuk 2 Het stelsel	3
2.1 De arbeidsovereenkomst en andere overeenkomsten op basis waarvan arbeid wordt verricht	3
2.2 De discussie over de kwalificatiesystematiek, de VAR en de Wet DBA	8
2.3 Het internationale kader	12
2.4 Conclusie	16
Hoofdstuk 3 Het probleem	19
3.1 Onzekerheid en arbeidsmarkteffecten voor zzp'ers	19
3.2 Het maatschappelijke beeld van een arbeidsverhouding	22
3.3 Conclusie	25
Hoofdstuk 4 Afwegingspunten	26
4.1 Spanningsveld tussen de verschillende doelen	26
4.2 Toetsingscriteria	27
Hoofdstuk 5 Beleidsvarianten	29
I. Varianten die zien op de uitvoering/handhaving	31
Variant A: Overgaan tot handhaven (nuloptie)	32
Variant B: Oordeel over de status van een arbeidsrelatie (OSA)	34
Variant C: Criteria voor het mogen gebruiken van een modelovereenkomst (variant-Boot)	37
Variant D: Rechtsvermoeden voor het ontbreken van een dienstbetrekking	41
II. Varianten die wijziging van de wettelijke criteria vereisen	47
Variant E: Nadere invulling van het criterium 'persoonlijk verrichten van arbeid'	48
Variant F: Fictieve dienstbetrekking met uitzondering voor ondernemers	51
Variant G: Sectorale eis van arbeidsovereenkomst	54
Variant H: Opt-out van de loonheffingen en de werknemersverzekeringen	57
Variant I: Ondernemersverklaring voor een selectieve groep ondernemers	61
Variant J: Gelijke beloning opdrachtnemers en werknemers	66
Bijlage 1: Ontwikkeling zzp-populatie	69
Bijlage 2: Het systeem in een aantal Europese landen	73
Bijlage 3: Lijst met gesprekspartners	78
Bijlage 4: Brief Stichting van de Arbeid	79
Bijlage 5: Position papers	80
Bijlage 6: Samenstelling van de stuurgroep	101
Literatuurlijst	102
Jurisprudentieoverzicht	105

Hoofdstuk 1 De opdracht

Achtergrond

In de tweede voortgangsrapportage over handhaving van de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA)³ is aangegeven dat rond de inwerkingtreding van de Wet DBA onrust en onzekerheid is ontstaan.

Eén van de genoemde aandachtspunten is dat in sommige situaties toepassing van de regelgeving niet overal aan zou sluiten bij de in de praktijk gewenste uitkomst. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van de gezagsverhouding en het persoonlijk verrichten van arbeid (hierna: vrije vervanging). Zo is naar voren gekomen dat het als ongewenst wordt ervaren dat (aan de onderkant van de arbeidsmarkt) relatief gemakkelijk buiten dienstbetrekking kan worden gewerkt als is voldaan aan het criterium vrije vervanging terwijl (veelal aan de bovenkant van de arbeidsmarkt) men geacht wordt in dienstverband te werken zodra sprake is van een gezagsverhouding.

Het kabinet heeft in de tweede voortgangsrapportage dan ook aangekondigd te onderzoeken hoe aan de criteria 'vrije vervanging' en 'gezagsverhouding' een concretere of andere invulling kan worden gegeven opdat die invulling beter aansluit bij het huidige maatschappelijke beeld van een arbeidsrelatie. In deze notitie worden daarvoor varianten gepresenteerd. Daarnaast is gebleken dat ook de onduidelijkheid van de regelgeving, en de rechtsonzekerheid die daaraan kan worden ontleend, in sommige gevallen als problematisch wordt ervaren. Het is niet altijd eenvoudig – en op voorhand – vast te stellen of sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Uit het rapport van de Commissie Boot⁴ is gebleken dat het niet mogelijk is om het civielrechtelijke toetsingskader volledig toe te passen bij het geven van zekerheid vooraf door de Belastingdienst over de kwalificatie van de arbeidsrelatie vanuit het fiscale toetsingskader. Het holistische karakter van het civielrechtelijke toetsingskader brengt mee dat bij de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst alle omstandigheden van het geval in hun onderlinge verband moeten worden gewogen. Bij een toetsing vooraf zijn (nog) niet alle relevante omstandigheden bekend, waaronder de wijze van uitvoering van een overeenkomst. Daarom is het niet mogelijk om vooraf absolute zekerheid over de aard van de arbeidsrelatie te geven. Tegelijk wordt een bepaalde mate van zekerheid vooraf over de kwalificatie van de arbeidsrelatie wenselijk geacht omdat onzekerheid een verstoring effect kan hebben op het functioneren van de zzp-markt. In het debat over de Wet DBA dat plaatsvond op 8 december 2016 heeft de Tweede Kamer bij motie-Bashir (SP) verzocht om duidelijke criteria en zekerheid vooraf aan ondernemers te geven.⁵ Ook dit is derhalve een onderdeel van de opdracht.

Tevens geldt dat de doelstelling van de Wet DBA, het beter in balans brengen van de verantwoordelijkheden van de opdrachtgever en de opdrachtnemer en het effectief kunnen handhaven op schijnzelfstandigheid, breed wordt onderschreven. Het in balans houden van de verantwoordelijkheden van de opdrachtgever en de opdrachtnemer en het borgen van effectieve handhaving zijn derhalve eveneens een onderdeel van de opdracht.

De opdracht

De opdracht kan gelet op het bovenstaande als volgt worden geformuleerd:

Het doen van voorstellen voor nadere invulling of aanpassing van de criteria gezagsverhouding en vrije vervangbaarheid om:

1. de rechtszekerheid over de kwalificatie van de arbeidsrelatie vooraf te vergroten;

³ Kamerstukken II 2016-2017, 34 036, nr. 40.

⁴ Kamerstukken II 2016-2017, 34 036, nr. 40, bijlage.

⁵ Kamerstukken II 2016-2017, 34 036, nr. 54.

2. beter aan te sluiten bij veranderende politieke en maatschappelijke opvattingen over de gewenste behandeling van bepaalde groepen op de arbeidsmarkt, zowel aan de onderkant (vrije vervanging) als aan de bovenkant (gezagsverhouding);
3. een evenwichtige verantwoordelijkheidsverdeling tussen partijen en effectieve handhaving op schijnzelfstandigheid te borgen.

De taakopdracht is beperkt tot het vraagstuk van de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Het herzien van de fiscale, sociale zekerheids- en arbeidsrechtelijke instituties van de in de wetgeving onderscheiden groepen maakt geen deel uit van de opdracht. Hiervoor wordt verwezen naar andere recente rapporten, in het bijzonder het IBO ZZP.⁶

Werkwijze

Een interdepartementale ambtelijke werkgroep onder voorzitterschap van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) heeft de afgelopen maanden gewerkt aan het uitwerken van beleidsvarianten. Bij het project zijn de Ministeries van SZW, Financiën, Veiligheid en Justitie (V&J) en Economische Zaken (EZ) betrokken, alsmede de partijen die verantwoordelijk zijn voor de handhaving en uitvoering van de betrokken wetgeving (Belastingdienst, UWV en Inspectie SZW). De werkgroep heeft gesprekken gevoerd met deskundigen en belanghebbenden. Een lijst met gesprekspartners is te vinden in bijlage 3.

Zoals aangekondigd in de tweede voortgangsrapportage over handhaving van de wet DBA heeft overleg plaatsgevonden met sociale partners. De Stichting van de Arbeid heeft ook schriftelijke inbreng geleverd (bijlage 4). Een aantal deskundigen heeft, in aanvulling op de gesprekken, hun zienswijze in een position paper uiteengezet (bijlage 5). In lijn met de motie-Vos⁷ zijn de aanbevelingen van de Commissie Boot bij het opstellen van de varianten betrokken.

Deze rapportage

Het vraagstuk van de kwalificatie van de arbeidsrelatie is zowel technisch complex als politiek zeer gevoelig. De belangen erachter zijn groot: het aanpassen van de criteria van de arbeidsovereenkomst betekent dat men het fundament van het arbeidsrecht raakt. In feite wordt de principiële vraag voorgelegd of het bereik van de huidige arbeidsrechtelijke bescherming moet worden herzien, hetgeen direct implicaties heeft voor de mate waarin de werkende wordt beschermd en de werking van de arbeidsmarkt. Om deze reden is in dit rapport – voorafgaand aan de beleidsvarianten – een aantal inleidende hoofdstukken opgenomen waarin de problematiek en de context worden geschetst.

- Om te komen tot beleidsvarianten is het noodzakelijk om een beeld te hebben van het *huidige stelsel*. Hoofdstuk 2 schetst de uitgangspunten en inrichting van het huidige stelsel, alsmede het systeem in een aantal omringende landen.
- Hoofdstuk 3 bevat een nadere analyse van de *problemen* die worden benoemd in de tweede voortgangsrapportage over de Wet DBA en het politiek-maatschappelijk debat.
- In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de *afwegingen* die moeten worden gemaakt bij het beoordelen van beleidsvarianten.
- Hoofdstuk 5 presenteert een aantal *beleidsvarianten*.

⁶ Kamerstukken II 2015-2016, 31 311, nr. 154, bijlage.

⁷ Kamerstukken II 2016-2017, 34 036, nr. 60.

Hoofdstuk 2 Het stelsel

Om tot bruikbare varianten te komen is het nodig goed voor ogen te hebben hoe het huidige stelsel werkt en wat hiervan de achtergrond is. In dit hoofdstuk wordt hiervan een beschrijving gegeven. Allereerst wordt ingegaan op de uitgangspunten van de arbeidsovereenkomst, de juridische afbakening daarvan en de doorwerking in de werknemersverzekeringen (par. 2.1). Daarna wordt ingegaan op de kwalificatiediscussie: de VAR, de Beschikking geen loonheffingen (BGL) en de totstandkoming en uitgangspunten van de Wet DBA (par. 2.2). Vervolgens wordt een beschrijving gegeven van het internationale kader: zowel de internationaal relevante regelgeving als een overzicht van de afbakening van de arbeidsovereenkomst in andere landen (par. 2.3), waarbij meer specifiek aandacht wordt besteed aan het stelsel in Duitsland, België en het Verenigd Koninkrijk.

2.1 De arbeidsovereenkomst en andere overeenkomsten op basis waarvan arbeid wordt verricht

Op de arbeidsmarkt werken werknemers en zelfstandigen.⁸ Er zijn verschillende overeenkomsten op basis waarvan arbeid kan worden verricht. De arbeidsovereenkomst is verreweg de meest dominante overeenkomst op de arbeidsmarkt.

Hieronder worden allereerst de geschiedenis en uitgangspunten van de arbeidsovereenkomst kort aangestipt, vervolgens komt de huidige regeling aan bod en de invulling die de jurisprudentie daaraan heeft gegeven.⁹

Geschiedenis en uitgangspunten van de arbeidsovereenkomst

In 1907 is de Wet op de arbeidsovereenkomst tot stand gekomen¹⁰ als onderdeel van het Burgerlijk Wetboek (BW). Voor die tijd was de arbeidsovereenkomst summier geregeld en bestond er onduidelijkheid over het toepassingsbereik. De nieuwe wet gaf een wettelijke regeling voor een drietal overeenkomsten met betrekking tot het verrichten van arbeid: de arbeidsovereenkomst, aanneming van werk en de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (nu: overeenkomst van opdracht).¹¹

De belangrijkste doelstelling van de wet was het bieden van bescherming en zekerheid aan de arbeider¹² (nu: werknemer). Centraal staat de ongelijkheidscompensatie vanwege de economische afhankelijkheid en juridische ondergeschiktheid van de werknemer ten opzichte van de werkgever. Wat de vormgeving betreft, is gekozen voor een algemene regeling met open normen om afbakeningsproblemen te voorkomen. De kracht van deze vormgeving is dat het de ruimte geeft maatwerk te leveren en daarbij rekening te houden met de veranderde maatschappelijke context.¹³

De regeling van de arbeidsovereenkomst is dwingendrechtelijk van aard om de beschermende werking te versterken. Partijen hebben niet de vrijheid om ten nadele van de werknemer van deze regels af te wijken. Hierdoor wordt voorkomen dat de economisch sterkere werkgever zou kunnen bedingen dat de overeenkomst op grond waarvan de werknemer arbeid verricht geen arbeidsovereenkomst is, waardoor de werknemer de hem toekomende rechten feitelijk 'weggeeft' omdat hij geen tegenwicht kan bieden. Wanneer het voor partijen eenvoudig zou zijn om zich aan

⁸ Sommige werknemers werken ook als zelfstandige, en omgekeerd. Zie www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2016/04/loopbaan-of-bijbaan-als-zzp'er.

⁹ Zie ook J.M. van Slooten e.a., *Tekst en Commentaar Arbeidsovereenkomst*, derde druk, 2015, Kluwer, Deventer.

¹⁰ Stb. 1907, nr. 193.

¹¹ Zie de dissertatie van G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, p. 24, 2005.

¹² Zie ook A. van Drongelen en J. van Drongelen, *Van Arbeidsovereenkomst naar arbeidsverhouding, naar een transparanter arbeidsrecht*, Thema 10 Arbeid & Recht, nr. 10, 2016, Uitgeverij Paris, Zutphen.

¹³ A.R. Houweling, *Position Paper – Modernisering van het arbeidsrecht. Het bereik van de arbeidsovereenkomst in fiscaalrechtelijke en privaatrechtelijke zin*, Erasmus School of Law, Rotterdam 27 februari 2017.

de arbeidsovereenkomst en de daaraan verbonden verplichtingen te onttrekken, worden ook direct anderen geraakt. Dit geldt zowel aan de onderkant van de arbeidsmarkt (waar het dwingendrechtelijk systeem mede dient om oneigenlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen) als aan de bovenkant (waar goede risico's verplicht solidair zijn met slechte risico's in het systeem van werknemersverzekeringen).

Het bereik van de arbeidsovereenkomst

Het belang van de definitie van de arbeidsovereenkomst is groot. Wanneer een arbeidsrelatie als arbeidsovereenkomst kan worden geduid, betekent dit toegang tot beschermende regels zoals ontslagbescherming, recht op doorbetaalde vakantie, loondoorbetaling bij ziekte en tal van andere regelingen, zoals de van toepassing zijnde cao.¹⁴ De arbeidsovereenkomst kent ook verplichtingen voor de werknemer, zoals het meewerken aan re-integratie bij ziekte of het – onder voorwaarden – accepteren van het eenzijdig door de werkgever wijzigen van de arbeidsovereenkomst. Personen met een arbeidsovereenkomst vallen onder de bescherming van de werknemersverzekeringen en onder de loonheffing.¹⁵ De werknemersverzekeringen bieden een verplichte verzekering voor risico's van ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid. Hierdoor worden risicoselectie en uitsluiting voorkomen en is in financiering voorzien. Ook kunnen risico's worden gedekt die niet op de particuliere markt verzekeraar zijn. In de loop der jaren heeft de sociale zekerheid steeds meer een eigen karakter gekregen, gekenmerkt door het solidariteitsbeginsel; de financiële lasten van de sociale verzekering worden meer naar draagkracht dan naar grootte van het risico verdeeld. Daarmee ontstaat een stelsel van onderlinge verplichte solidariteit.

Personen die een dienstbetrekking hebben vallen verplicht onder de loonheffing. Dit zorgt voor een efficiënte heffing van belasting en premie voor de volksverzekeringen die is verschuldigd over het inkomen uit een arbeidsovereenkomst. Verder is doorgaans voorzien in een pensioenregeling. De loonheffing wordt geïnd via inhouding door de werkgever op het loon van de werknemer en afdracht aan de Belastingdienst. Het is een voorheffing op de inkomstenbelasting/premie voor de volksverzekeringen. Voor de werkende heeft dit stelsel als voordeel dat zijn administratieve lasten worden verminderd en dat hij niet (of minder) hoeft te reserveren voor de aanslag inkomstenbelasting en premie voor de volksverzekeringen.

Arbeidsovereenkomst en dienstbetrekking

In verschillende juridische domeinen worden verschillende begrippen gehanteerd. In het BW wordt gesproken over arbeidsovereenkomst. Bij de werknemersverzekeringen en de loonheffing wordt het begrip dienstbetrekking gebruikt. Grosso modo komen deze begrippen op hetzelfde neer, met enkele uitzonderingen (zoals de fictieve dienstbetrekkingen). In dit rapport wordt de term arbeidsovereenkomst gebruikt, tenzij het specifiek gaat over de werknemersverzekeringen en loonbelasting.

De afbakening van de overeenkomsten tot het verrichten van arbeid

Het huidige BW kent – net als in 1907 - drie verschillende vormen van overeenkomsten tot het verrichten van arbeid tegen beloning: de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van aanneming van werk en de overeenkomst van opdracht. Het BW definieert de verschillende contracten, waarbij de arbeidsovereenkomst – het fundament van het arbeidsrecht - de basis is. De definitie is door de jaren heen, ondanks discussie daarover, tot op heden niet inhoudelijk gewijzigd.

¹⁴ Zie J.M. van Slooten e.a., *Tekst en Commentaar Arbeidsovereenkomst*, derde druk, 2015, Kluwer, Deventer.

¹⁵ Daarnaast worden in de werknemersverzekeringen en in de Wet op de loonbelasting 1964 personen gerekend tot de doelgroep van de werknemersverzekeringen en de loonheffing die geen arbeidsovereenkomst hebben, maar die maatschappelijk daarmee gelijkgesteld worden gelet op hun economische en maatschappelijke afhankelijkheid van hun opdrachtgever. Zij hebben een gelijkgestelde of fictieve dienstbetrekking.

Definitie arbeidsovereenkomst

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 (artikel 7:610 BW). De wezenlijke kenmerken van de arbeidsovereenkomst zijn:

- a. arbeid verrichten
- b. er moet loon worden betaald
- c. er is sprake van een gezagsverhouding
- d. gedurende zekere tijd (bepaalde of onbepaalde tijd)

Er is sprake van een arbeidsovereenkomst wanneer aan al deze criteria is voldaan.

De werknemer is verder verplicht de arbeid zelf te verrichten; hij kan zich daarin niet dan met toestemming van de werkgever door een derde doen vervangen (7:659 BW). Daarbij geldt voor de werknemer dat hij zich moet houden aan instructies van de werkgever over het verrichten van de arbeid en instructies in relatie tot de goede orde in de onderneming van de werkgever (7:660 BW). Dit wordt ook wel het instructierecht van de werkgever genoemd. Verder gelden er bijvoorbeeld nog verplichtingen om mee te werken aan herstel bij ziekte.

Definitie overeenkomst tot aanneming van werk

Aanneming van werk is de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren, tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld (7:750 BW). De wezenlijke kenmerken zijn hier:

- a. arbeid verricht om een stoffelijke werk tot stand te brengen
- b. tegen een te betalen prijs in geld
- c. waarbij er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst

Definitie overeenkomst van opdracht

De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die uit iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken (7:400 BW).

De wezenlijke kenmerken zijn hier:

- a. arbeid (werkzaamheden)
- b. niet zijnde een arbeidsovereenkomst, aanneming van werk, het bewaren van zaken, uitvoeren van werken of het (doen) vervoeren van personen of zaken

De opdrachtnemer is gehouden gevolg te geven aan tijdige en verantwoorde aanwijzingen over de uitvoering van de opdracht (7:402 BW). Indien een opdracht is verleend met het oog op een persoon die met de opdrachtgever of in zijn dienst een beroep of een bedrijf uitoefent, is die persoon gehouden de werkzaamheden zelf te verrichten, behoudens voor zover uit de opdracht voortvloeit dat hij deze onder zijn verantwoordelijkheid door anderen mag laten uitvoeren (7:404 BW).

Toetsing door de rechter, Belastingdienst en het UWV

Het kenmerkende verschil tussen een arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht is dat bij de laatste het element van de gezagsverhouding ontbreekt. Ook bij de overeenkomst van opdracht is de opdrachtnemer echter gehouden om (tijdig en verantwoorde) aanwijzingen op te volgen omtrent de uitvoering van de opdracht (7:402 BW). Bij aanneming van werk is essentieel dat een werk van stoffelijke aard tot stand wordt gebracht, waarbij ondergeschiktheid geen rol speelt. Welke benaming partijen ook aan hun overeenkomst geven, ze moeten worden ingedeeld als arbeidsovereenkomst, dan wel overeenkomst van opdracht, dan wel aanneming van werk als

aan de criteria hiervoor wordt voldaan.¹⁶ In het navolgende wordt aanneming van werk buiten beschouwing gelaten.

Wanneer er tussen partijen verschil van mening is of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht¹⁷ is toetsing aan de criteria van de arbeidsovereenkomst geboden.¹⁸ In verband met de beschermende werking van het arbeidsrecht en om misbruik tegen te gaan prikken rechters regelmatig door papieren constructies heen om de werkelijke rechtsverhouding vast te stellen. Dit wordt ook wel aangeduid met 'wezen gaat voor schijn'. Niet een enkel kenmerk is beslissend, maar de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden moeten in hun onderling verband worden gezien. Het gaat dus om het 'totaalplaatje', ook wel aangeduid met holistische benadering.

Over de toepasselijkheid van de verzekeringsplicht (en daarvan afgeleid loonheffingen) kunnen partijen door middel van een individuele beschikking uitsluitel krijgen. De werkgever kan over een bestaande overeenkomst aan de Belastingdienst vragen om een besluit (beschikking) over de verzekering voor de werknemersverzekeringen (artikel 59, derde lid, Wet financiering sociale verzekeringen, Wfsv). De werknemer kan het UWV om een besluit vragen of sprake is van een dienstbetrekking (artikel 72c Ziektewet en artikel 127a Werkloosheidswet) in de zin van deze wetten.

Gezagsverhouding

De gezagsverhouding is het meest onderscheidende criterium van de arbeidsovereenkomst. Het gaat hierbij om het vereiste dat de werknemer zich heeft verbonden onder zeggenschap van de werkgever arbeid te verrichten. Dit neemt niet weg dat de werknemer een grote mate van zelfstandigheid kan hebben bij de uitvoering van het werk. Voor het aannemen van een gezagsverhouding is voldoende dat aanwijzingen en instructies over de werkinhoud *kunnen* worden gegeven. Ook kan belang worden gehecht aan het instructierecht van de werkgever (zie hiervoor 7:660 BW), dat breder is omdat het zich ook uitstrekt tot de orde in de onderneming. De Hoge Raad interpreteerde het gezagscriterium eerst strikt, waarbij het accent werd gelegd op de instructiebevoegdheid van de werkgever met betrekking tot de invulling van de functie van de werknemer. In de loop der jaren heeft de gezagsverhouding in het kader van de arbeidsovereenkomst een meer flexibele inhoud gekregen. Er wordt een steeds grotere vrijheid gelaten aan de werknemer bij de uitvoering van zijn werk. Vanaf de jaren '80 kijkt de Hoge Raad ook naar de organisatorische omstandigheden (werktijden, karakter loonbetaling, loondoorbetaling bij ziekte, vakantieregeling, ondernemersrisico).

Vrije vervanging

Het begrip 'vrije vervanging' is als zodanig niet terug te vinden in de wettelijke definitie van de arbeidsovereenkomst maar wordt nader geconcretiseerd in het BW bij de bijzondere verplichtingen van de werknemer. Volgens de definitie van de arbeidsovereenkomst uit artikel 7:610 BW verbindt de werknemer zich om arbeid te verrichten voor de werkgever. In art. 7:659 BW (opgenomen in afdeling 7: Enkele bijzondere verplichtingen van de werknemer) is bepaald dat de werknemer verplicht is de arbeid zelf te verrichten, en dat hij zich daarin niet anders dan met toestemming van de werkgever kan laten vervangen. Ingeval die verplichting niet is vastgelegd zijn twee situaties te onderscheiden, namelijk dat iemand overeenkomt niet zelf de werkzaamheden te verrichten of dat hij afsprekt dat hij de volledige vrijheid heeft zich door aan ander te laten vervangen.

¹⁶ Behoudens enkele specifieke overeenkomsten; J.M. van Slooten e.a., Tekst & Commentaar Arbeidsovereenkomst, derde druk, 2015, Kluwer, Deventer.

¹⁷ Zie ook de dissertatie van M.C.M. Aerts, De zelfstandige in het sociaal recht, de verhouding tussen juridische status en sociaal-economische positie, 2007, Kluwer, Deventer.

¹⁸ De overeenkomst van opdracht is blijkens de definitie in artikel 7:400 BW een restcategorie.

Ook als is afgesproken bij het aangaan van de overeenkomst dat er sprake is van vrije vervanging kan er toch sprake zijn van een arbeidsovereenkomst omdat de feitelijke uitvoering meeweegt. Zo is in enkele gevallen met betrekking tot pakketpostbezorgers die zich incidenteel lieten vervangen geoordeeld door de rechter dat er toch sprake was van een arbeidsovereenkomst.¹⁹ Ook uit artikel 7:659 BW zelf volgt al dat een vervanging niet aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de weg staat, omdat vaak kan worden aangenomen dat de werkgever hiervoor toestemming heeft verleend.²⁰ Dat het al dan niet zich kunnen laten vervangen niet doorslaggevend is voor de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst dan wel overeenkomst van opdracht volgt overigens ook uit het feit dat ook bij de overeenkomst van opdracht het persoonlijk verrichten van de arbeid uitgangspunt is (zie in dit verband artikel 7:404 BW).

Ook in het fiscale recht komt geen doorslaggevende betekenis toe aan een schriftelijke bepaling die een recht op vrije vervanging regelt in situaties dat die afspraak niet de werkelijke verhouding tussen procespartijen weergeeft. Indien er echter een volledige vrijheid is voor een persoon om zich door een ander te laten vervangen – en ook in de praktijk blijkt dat dit realiteitswaarde heeft – is hij of zij niet in het kader van een dienstbetrekking werkzaam. Een dergelijke vrijheid strookt namelijk niet met het persoonlijke karakter van de dienstbetrekking.²¹

Partijbedoeling

Vanaf de jaren '90 is de Hoge Raad meer belang gaan hechten aan de partijbedoeling naast de feitelijke uitvoering van de overeenkomst en verliest de gezagsverhouding iets meer aan gewicht.²² In het arrest Groen/Schoevers²³ heeft de Hoge Raad vervolgens meer verduidelijking gebracht over de rol van de partijbedoeling omtrent de arbeidsrelatie. Het gaat er om wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Het gaat daarbij om de rechten en verplichtingen die partijen bij het sluiten voor ogen stonden, maar niet om de kwalificatie van de overeenkomst als zodanig die partijen voor ogen stond.²⁴ Met andere woorden: aan het etiket dat partijen zelf op de overeenkomst plakken dient door de rechter geen waarde te worden gehecht. De maatschappelijke positie van partijen is ook van belang in de zin van al dan niet daadwerkelijke gelijkwaardigheid in de onderhandelingen over de overeenkomst. De Hoge Raad bepaalde verder dat de rechter bij de kwalificatie van de overeenkomst rekening dient te houden met hetgeen partijen voor ogen stond bij het sluiten van de overeenkomst, omdat dat voor de kwalificatie van belang is, maar dat dit niet doorslaggevend is.²⁵

Ondernemerschap versus arbeidsovereenkomst

De vraag of men een arbeidsovereenkomst heeft staat los van de vraag of de werkende in fiscale zin als 'ondernemer' wordt aangemerkt. Het begrip 'dienstbetrekking' (arbeidsovereenkomst) zegt iets over een arbeidsrelatie terwijl het begrip 'ondernemer' iets zegt over (de fiscale hoedanigheid van) een persoon. Of er sprake is van een dienstbetrekking (arbeidsovereenkomst) kan dan ook worden beoordeeld aan de hand van één arbeidsrelatie, terwijl voor het oordeel of er sprake is van ondernemerschap alle arbeidsrelaties die één en dezelfde werkende tezamen heeft, moeten worden bekeken in samenhang met andere relevante omstandigheden.

Voor een belangrijk deel van de omstandigheden op grond waarvan iemand fiscaal als ondernemer kan worden aangemerkt geldt dat een opdrachtgever/werkgever in principe onvoldoende informatie heeft om te kunnen bepalen in hoeverre de omstandigheden zich bij een bepaalde

¹⁹ Zie hierover rapport Commissie-Boot pagina 18 t/m 23.

²⁰ Verhulp, Notitie over de werkingssfeer van het arbeidsrecht en de werknemersverzekeringen, januari 2017.

²¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8874.

²² HR 16 september 1994, JAR 1994, 214 (Nationale Nederlanden/Woudsend).

²³ HR 14 november 1997, JAR 1997, 263 (Groen/Schoevers).

²⁴ HR 25 maart 2011, LJV BP3887, NJ 2011/594 (De Gouden Kooi).

²⁵ HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 (Diosynth/Groot).

werkende voordoen. Tegelijkertijd is de opdrachtgever/werkgever verplicht om te beoordelen of loonheffingen moeten worden afgedragen of voldaan. Als sprake is van een dienstbetrekking, is deze opdrachtgever immers verplicht. Bij de beoordeling is de specifieke arbeidsrelatie tussen deze opdrachtgever/werkgever en werkende bepalend.

Voorbeeld: een vrouw verricht voor drie dagen in de week werk op basis van overeenkomst van opdracht bij drie verschillende opdrachtgevers A, B en C. Hiernaast werkt zij twee dagen in de week in loondienst voor werkgever D. Dat de inkomsten uit haar werk bij opdrachtgever A, B en C als winst uit onderneming worden aangemerkt heeft niet automatisch tot gevolg dat haar werk voor werkgever D niet op basis van een arbeidsovereenkomst wordt verricht.

2.2 De discussie over de kwalificatiesystematiek, de VAR en de Wet DBA

De discussie die naar aanleiding van de Wet DBA is ontstaan is niet nieuw. Doordat wordt getoetst aan alle omstandigheden van het geval is een 'grijs gebied' inherent aan het systeem. Er is daarom al sinds jaar en dag debat geweest over de afbakening van de arbeidsovereenkomst. Dit spitst zich recentelijk vooral toe op de vraag of er inhoudingsplicht is voor de loonheffingen en premies, en hoe hierover vooraf zoveel mogelijk duidelijkheid kan worden gegeven.

Hieronder volgt een korte schets van de recente ontwikkelingen op dit dossier en de pogingen die zijn ondernomen om een verduidelijking/wijziging van het begrip werknemer of ondernemer aan te brengen en meer zekerheid vooraf te geven.

De VAR

De aanleiding voor de invoering van de Verklaring arbeidsrelatie (VAR) in 2001 werd gevormd door de aanbevelingen van de werkgroep Harmonisatie ondernemers- en zelfstandigenbegrip (HOZ). De VAR was een oordeel vooraf van de Belastingdienst over de fiscale status van de voordelen uit een arbeidsrelatie of soortgelijke arbeidsrelaties die onder overeenkomstige condities werden aangegaan. Indien de opdrachtnemer aan zijn opdrachtgever een verklaring van de Belastingdienst overlegde dat deze voordelen werden aangemerkt als winst uit onderneming (VAR-wuo), of dat de werkzaamheden werden verricht voor rekening en risico van de vennootschap van de aanvrager (VAR-dga), had dit tot gevolg dat de opdrachtgever geen loonheffing (loonbelasting en premie voor de volksverzekeringen) behoefde in te houden en af te dragen voor de werkzaamheden die hij deze persoon liet verrichten. In het geval de opdrachtgever twijfelde over het bestaan van een arbeidsovereenkomst, dan mocht hij voor wat betreft de loonheffing vertrouwen op de afgegeven VAR-wuo of VAR-dga en werd de belasting en premie voor de volksverzekeringen rechtstreeks bij de opdrachtnemer geheven.

In 2001 had de VAR nog geen gevolgen voor de heffing van de premies voor de werknemersverzekeringen. Dat veranderde per 1 januari 2002. Vanaf die datum golden de VAR-wuo en de VAR-dga als zelfstandigheidsverklaring voor de werknemersverzekeringen. Een zelfstandigheidsverklaring had de volgende rechtsgevolgen:

1. de opdrachtnemer werd niet als werknemer verzekerd, voor zover hij geen arbeid in een arbeidsovereenkomst verrichtte (of dat sprake was van een fictieve dienstbetrekking);
2. de opdrachtgever was in beginsel gevrijwaard van premieheffing, ook als achteraf bleek dat hij tijdens de looptijd van de zelfstandigheidsverklaring een arbeidsovereenkomst met de opdrachtnemer was aangegaan (of dat sprake was van een fictieve dienstbetrekking). De premieheffing vond in dat geval plaats bij de opdrachtnemer. Premieheffing bij de opdrachtgever vond uitsluitend plaats als hem *redelijkerwijs duidelijk* kon zijn dat de arbeid in arbeidsovereenkomst/fictieve dienstbetrekking wordt verricht.

De zelfstandigheidsverklaring via de VAR leverde de opdrachtgever geen volledige vrijwaring op. Hij bleef op het gebied van de premieheffing voor de werknemersverzekeringen verantwoordelijk voor een marginale toetsing van de arbeidsrelatie met zijn opdrachtnemer. Om deze resterende onzekerheid weg te nemen werden met ingang van 2005 de rechtsgevolgen van de VAR-wuo en de

VAR-dga uitgebreid.²⁶ De opdrachtgever kreeg volledige vrijwaring voor zowel de loonheffing als voor de premies voor de werknemersverzekeringen en hoefde niet meer te toetsen of er sprake zou kunnen zijn van een arbeidsovereenkomst (of fictieve dienstbetrekking), indien er op basis van een VAR-wuo of VAR-dga werd gewerkt. Er gold wel de administratieve eis dat de opdrachtgever over een afschrift van de VAR-wuo of VAR-dga diende te beschikken.

Tegelijkertijd met de invoering van deze volledige vrijwaring werd geregeld dat de werknemer die een VAR-wuo of VAR-dga aan zijn werkgever overlegde, niet verzekerd was voor de werknemersverzekeringen. Ook niet indien bij controle achteraf bleek dat de omstandigheden en voorwaarden waaronder werd gewerkt wezen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst (of fictieve dienstbetrekking).

De VAR-systematiek en de daaraan verbonden volledige vrijwaring hadden tot gevolg dat opdrachtgevers/werkgevers in situaties dat er met een VAR-wuo of VAR-dga werd gewerkt geen verantwoordelijkheid hadden voor de juiste presentatie van hun arbeidsrelaties richting de Belastingdienst. In combinatie met de bestaande financiële prikkels om zelfstandigen in te huren leidde het ontbreken van deze verantwoordelijkheid ertoe dat het voor opdrachtgevers aantrekkelijk werd om ervan uit te gaan dat er sprake was van zelfstandigheid zonder zich te verdiepen in de daadwerkelijke aard van de arbeidsrelatie. Een dergelijke prikkel bevordert schijnzelfstandigheid en maakt effectieve handhaving lastiger.

SER advies over de personenkring werknemersverzekeringen

Op 18 juni 2004 kwam de Sociaal Economische Raad (SER) met een unaniem advies over de personenkring werknemersverzekeringen, waarin de vraag centraal stond hoe het begrip 'werknemer' in de werknemersverzekeringen zo kan worden afgebakend, dat bij het aangaan van een arbeidsrelatie (dus 'vooraf') duidelijk is of iemand werkzaam is als werknemer of als zelfstandige. Bij keuzevrijheid (waarbij partijen zelf bepalen of zij wel of niet verzekerd zijn) wees de SER op de principiële verhouding tussen individuele keuzevrijheid en solidariteit in een publieke sociale verzekering, en het praktische gevolg dat alle nieuwe modaliteiten nieuwe afbakeningskwesaties en beoordelingen vereisen met nieuwe onduidelijkheid over verzekeringsplicht. De SER vond dat het civielrechtelijke en publiekrechtelijke begrip dienstbetrekking het belangrijkste oriëntatiepunt moest blijven (meest heldere en eenduidige criterium). Het overgrote deel van de werkenden is – zonder twijfel – verzekerd uit hoofde van een dienstbetrekking. Het element gezagsverhouding kan zich volgens de SER via jurisprudentie aanpassen aan veranderende arbeidsverhoudingen. Andere criteria leveren volgens de SER evenmin volstreekte duidelijkheid vooraf op en leiden tot nieuwe afbakeningsproblemen. De SER zag niets in een ondergrens in arbeidsverhoudingen voor verzekering. Een ondergrens zou werknemers uitzonderen terwijl zij juist wel behoefte hebben aan verzekering en zou kunnen leiden tot complexere regelgeving en meer onduidelijkheid. Er waren meer principiële aspecten zoals afstand van het beginsel van verzekering van rechtswege, de mogelijkheid van opting-out, en eventuele ongewenste effecten zoals concurrentie tussen verzekerde en onverzekerde arbeid (verdringing) en mogelijke strijdigheid met antidiscriminatiebeginselen. De SER overwoog wel eventueel het vervallen of vereenvoudigen van de premieheffing ter beperking van de administratieve lasten bij kleine dienstverbanden.

Rapport Fiscale definities en consequenties arbeidsrelaties (2008–2009)

Op 23 december 2008 heeft de staatssecretaris van Financiën naar aanleiding van diverse moties en toezeggingen een brief²⁷ gestuurd aan de Tweede Kamer met een rapport met een probleemanalyse, met als doel een eerste stap te zetten naar een vereenvoudiging van de diverse fiscale arbeidsrelaties. Daarin werd onderzoek aangekondigd naar de voor- en nadelen van verschillende varianten die duidelijkheid en zekerheid zouden verschaffen over de kwalificatie van de arbeidsrelatie en daarbij recht doen aan de belangen van werkenden, bedrijven en overheid.

²⁶ Kamerstukken 29677, Stb. 2004, nr. 720.

²⁷ Kamerstukken II 2008–2009, 31834, nr. 1.

Daarbij werd bijvoorbeeld (maar niet uitsluitend) gedacht aan: beperking van het aantal categorieën arbeidsrelaties, objectieve grenzen in definities en het oplossen van kleinere administratieve praktijkproblemen.

Bij de vervolgbrief²⁸ van 29 april 2009 werd een vervolgrapportage gestuurd met beschrijving van de werkzaamheden en verkenning van de mogelijke vervolgopties, te weten:

- een optioneel regime voor kwalificatie van arbeidsrelaties
- vermindering van het aantal (fiscale) arbeidsrelaties
- beoordeling van arbeidsrelaties aan de hand van objectieve criteria
- uniformering van het fiscale ondernemersbegrip (BTW en IB)
- uitsluiting van kleine baantjes van de inhoudings- en verzekeringsplicht
- vereenvoudiging en uniformering van de regeling voor fictieve dienstbetrekkingen
- een internetmodule voor het beoordelen van arbeidsrelaties
- vereenvoudiging van de VAR-systematiek.

Op deze brief zijn uiteindelijk geen vervolgacties ondernomen.

SER-advies zzp'ers in beeld (2010)

In 2010 heeft de SER in zijn advies «zzp'ers in beeld» een voorstel gedaan voor een definitie van zzp'er, met als doel de duidelijkheid te vergroten.²⁹

De voorgestelde definitie van de SER luidde: een zzp'er is een ondernemer die geen personeel in dienst heeft, waarbij voor de vaststelling of er sprake is van een ondernemer de volgende criteria gelden, zoals ook gehanteerd door de Belastingdienst in het kader van de inkomstenbelasting:

- zelfstandigheid bij de inrichting van de eigen werkzaamheden en het uitvoeren daarvan;
- het voor eigen rekening en risico verrichten van werkzaamheden;
- het gericht zijn op en het perspectief hebben van het maken van winst;
- bekendmaking van het ondernemerschap;
- het streven naar meerdere opdrachtgevers.

Kabinetsbrief zelfstandig ondernemerschap (2012)

Het regeerakkoord van het kabinet Rutte-I bevatte de afspraak dat er een eenduidige definitie zou komen van zelfstandigen zonder personeel in alle wetgeving. Bij brief van 17 september 2012³⁰ heeft het toenmalige kabinet hieraan invulling gegeven.

In reactie op het bovengenoemde SER-advies stelde het kabinet dat de door de SER voorgestelde definitie de kern van het kwalificatieprobleem van zekerheid vooraf niet oplost:

“Nog steeds gelden er eisen zonder dat die nader worden gespecificeerd. De onduidelijkheid blijft daarmee bestaan. Het opnemen van een omschrijving zoals de SER voorstelt zou dan ook voor de praktijk (ten opzichte van de huidige jurisprudentie) geen toegevoegde waarde hebben. In dezelfde sfeer zijn ook andere oplossingen denkbaar, zoals het limitatief in de wet opnemen van objectieve criteria voor werknemerschap op basis van de jurisprudentie tot op heden. Dit soort oplossingen brengt echter een zodanige vergroving met zich mee dat geen recht meer kan worden gedaan aan de maatschappelijke realiteit. Om dit te voorkomen moet een dergelijke definitie zodanig gedetailleerd zijn dat de beoogde complexiteitsreductie niet wordt bereikt. Daarnaast zullen er altijd grensgevallen blijven en biedt dit mogelijkheden voor ontduiking.”

²⁸ Kamerstukken II 2008–2009, 31834, nr. 2.

²⁹ Advies SER, 'Zzp'ers in beeld: Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel', nr. 2010/4 d.d. 15 oktober 2010.

³⁰ Brief van 17 september 2012, Kamerstukken II 2011-2012, 31311 nr. 91.

Daarnaast stelde het kabinet dat:

“een wettelijke definitie van het begrip ondernemer en daarmee zzp’er, met dermate open normen moet worden vormgegeven dat een dergelijke definitie weinig bijdraagt aan het verduidelijken van de juridische status van de ondernemer, dan wel dat een objectieve definitie te veel abstraheert van de maatschappelijke realiteit. Het kabinet acht het derhalve niet wenselijk om de huidige maatschappelijke invulling die aan het begrip ondernemer is gegeven los te laten. Dit betekent dat in de visie van het kabinet de *feitelijke vormgeving van de arbeidsrelatie in de praktijk* de maatstaf blijft om te toetsen of er sprake is van werknemer- dan wel ondernemerschap. Dit brengt met zich mee dat controles achteraf op deze feiten en omstandigheden, en daarmee de kans op een ander oordeel achteraf, een noodzakelijk onderdeel blijven van het systeem.”

In de brief kondigde het kabinet maatregelen aan om misbruik van de VAR te bestrijden en om de balans in verantwoordelijkheid tussen opdrachtgever en opdrachtnemer te herstellen.

“Voor opdrachtgevers is er immers vrijwel geen prikkel om te bezien of de door de opdrachtnemer ingevulde (verwachte) feiten en omstandigheden daadwerkelijk overeenkomen met de wijze waarop de arbeid feitelijk wordt of zal worden verricht, terwijl de opdrachtgever wel degelijk medeverantwoordelijk is voor de vormgeving van de arbeidsrelatie. Dit systeem draagt in belangrijke mate bij aan de te hoge druk op de handhaving capaciteit van de Belastingdienst. Herstel van de balans acht het kabinet dan ook noodzakelijk.”

Wet DBA

Sinds 1 mei 2016 is de VAR-systematiek afgeschaft door de invoering van de Wet DBA. Door het afschaffen van de VAR-systematiek is de balans in de verantwoordelijkheden tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer hersteld en daarmee is de hiervoor genoemde prikkel om schijnzelfstandigen in te huren verdwenen. In principe is effectieve handhaving nu mogelijk, maar vanwege de implementatietermijn is de handhaving nog maar beperkt van start gegaan. Om tegemoet te komen aan de behoefte aan zekerheid vooraf over de kwalificatie van een arbeidsrelatie is gelijktijdig met de Wet DBA een nieuwe systematiek ingevoerd waarin partijen die geen arbeidsovereenkomst (of fictieve dienstbetrekking) beogen en vooraf zekerheid willen over hun arbeidsrelatie, kunnen werken op basis van een door de Belastingdienst beoordeelde (model)overeenkomst.

De Belastingdienst beoordeelt vooraf of er een arbeidsovereenkomst (of fictieve dienstbetrekking) voortvloeit uit een voorgelegde (model)overeenkomst. Indien het oordeel van de Belastingdienst is dat er geen dienstbetrekking uit de (model)overeenkomst voortvloeit, dan kunnen partijen daar de zekerheid aan ontlenen dat er geen loonheffingen hoeven te worden afgedragen of voldaan zo lang zij in overeenstemming met de beoordeelde (model)overeenkomst werken. Partijen kunnen zelf een overeenkomst voorleggen aan de Belastingdienst, of zij kunnen gebruik maken van op de website van de Belastingdienst gepubliceerde modelovereenkomsten.

Ingeval de Belastingdienst bij controle constateert dat de opdrachtgever en de opdrachtnemer werken in een relatie die afwijkt van de modelovereenkomst dan kan er geen zekerheid meer aan de modelovereenkomst worden ontleend. De Belastingdienst beoordeelt dan op grond van de feiten en omstandigheden of er sprake is van een arbeidsovereenkomst (of fictieve dienstbetrekking). Is dat het geval, dan kan de Belastingdienst naheffen over de verstreken periode. De opdrachtnemer kan, ook zonder dat controle heeft plaatsgevonden, na afloop van of bij vermindering van werkzaamheden of bij ziekte of arbeidsongeschiktheid aan UWV vragen om een WW-uitkering, ziekengeld of WIA-uitkering. Ingeval UWV oordeelt dat is gewerkt overeenkomstig de door de Belastingdienst beoordeelde overeenkomst ‘geen dienstbetrekking’, wordt betrokkene niet als verzekerde aangemerkt en wordt geen uitkering toegekend. Oordeelt UWV dat is gewerkt in afwijking van de overeenkomst dan beziet UWV aan de hand van de inhoud van de overeenkomst en de wijze van uitvoering of sprake is (geweest) van een arbeidsovereenkomst (of fictieve

dienstbetrekking). Indien dit het geval is, wordt betrokkene aangemerkt als werknemer en verzekerde volgens de werknemersverzekeringen.

UWV moet vaststellen of recht op uitkering is ontstaan, en hoogte en duur van het recht bepalen. De omstandigheid dat door de werkgever geen loonaangiften zijn gedaan en geen premies zijn betaald, doet daar niet aan af. Omdat het uiteraard wel wenselijk is dat de verschuldigde premies alsnog worden geïnd, zal het UWV een signaal afgeven bij de Belastingdienst, zodat de Belastingdienst een naheffingsaanslag voor de loonheffingen kan opleggen aan de werkgever.

Fictieve dienstbetrekking

Gelijktijdig met de invoering van de Wet DBA zijn de fictieve dienstbetrekkingen voor gelijkgestelden, thuiswerkers en artiesten facultatief gemaakt: partijen kunnen in hun overeenkomst afspreken dat deze fictieve dienstbetrekkingen niet van toepassing zijn. De criteria voor de toepassing van deze fictieve dienstbetrekkingen zijn namelijk zodanig dat het zeer lastig is om vooraf vast te stellen aan de hand van een modelovereenkomst of de criteria van toepassing zullen zijn. Zie verder in hoofdstuk 5 variant F over de fictieve dienstbetrekking.

2.3 Het internationale kader

Het Europese en internationale arbeidsrecht is steeds meer van belang voor het Nederlandse arbeidsrecht. Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bevat met name regels voor het vrij verkeer van werknemers. Daarnaast kent het een hoofdstuk over sociaal beleid, waarin de bevoegdheid wordt gegeven om richtlijnen uit te vaardigen op diverse terreinen van het arbeidsrecht (artikel 153 VWEU). Het internationale arbeidsrecht heeft in het algemeen een indirecte invloed op het Nederlandse arbeidsrecht omdat het veelal om sociale grondrechten gaat die niet rechtstreeks inroepbaar zijn door een individuele werkgever of werknemer. Daarnaast zijn er de normen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO – in het Engels afgekort tot ILO). Deze verdragen hebben zelden rechtstreekse werking, maar vele ervan zijn door Nederland geratificeerd en hebben via de wetgeving invloed op het arbeidsrecht. Het is dus van belang om ook aan het internationale kader aandacht te schenken.³¹

Het Europese werknemersbegrip

De verdragsbepaling over het vrij verkeer van werknemers (artikel 45 VWEU) sluit elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen werknemers van de lidstaten uit. De in de artikelen 45 tot en met 48 VWEU gebruikte begrippen hebben een Unierechtelijke betekenis.³² Omdat het Verdrag het begrip “werknemer” verder niet nader definieert, heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) de reikwijdte van het werknemersbegrip verduidelijkt. Het Hof van Justitie gaat uit van objectieve criteria (arbeid, gezag, loon) die, wat de rechten en plichten betreft, kenmerkend zijn voor deze arbeidsverhouding (de arbeidsovereenkomst). Het hoofdkenmerk van deze arbeidsverhouding is volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander onder diens gezag prestaties levert en daarvoor een vergoeding ontvangt.³³ Ook het tweede criterium, het onder gezag arbeid verrichten zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld aan de hand van alle feiten en omstandigheden die kenmerkend zijn voor de verhouding van partijen, zoals financiële risico's van de onderneming, de vrijheid om eigen werktijden te bepalen en om assistenten aan te nemen.³⁴ Een Europeesrechtelijk werknemersbegrip komt ook voor in de Richtlijn 89/391/EEG inzake veiligheid en gezondheid op het werk en weer een ander werknemersbegrip geldt voor het vrij verkeer van werknemers in de sociale zekerheid. Andere richtlijnen gaan juist uit van het nationale begrip van werknemerschap, zoals de richtlijn over arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, de

³¹Zie Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/14.

³² Mr. T. van Peijpe, Tijdschrift Recht en Arbeid, EU en de ruimte voor een nationaal werknemersbegrip, TRA 2011, 34.

³³ HvJ EG 3 juli 1986, 66/85 (Lawrie Blum), r.o. 17.

³⁴ HvJ EG 8 juni 1999, C-337/97 (Meeusen), r.o. 14-16.

richtlijn over de bescherming van werknemersrechten bij overgang van onderneming en de richtlijn over collectief ontslag en de richtlijn over de instelling van een Europese ondernemingsraad en procedure ter informatie en raadpleging van werknemers.³⁵ Ook in de zwangerschapsrichtlijn is het werknemersbegrip gedefinieerd.³⁶ Het Hof van Justitie kiest als werknemersbegrip³⁷ voor de zwangerschapsrichtlijn voor de definitie die het heeft ontwikkeld in het kader van artikel 45 VWEU. Volgens deze definitie kwalificeert iemand als 'werknemer' als aan drie voorwaarden wordt voldaan, namelijk dat tegen vergoeding prestaties worden geleverd voor een ander en onder diens gezag. Als aan deze voorwaarden is voldaan, dan is iemand 'werknemer' in de zin van de zwangerschapsrichtlijn. Volgens het Europese Hof mag de invulling van het nationale werknemersbegrip niet in strijd zijn met de artikelen 49 en 56 VWEU. Zij die zelfstandig zijn vallen niet onder het gezagscriterium.

Werknemers versus zelfstandigen en het Europese recht

Het Europees Verdrag garandeert het vrij verkeer van zelfstandigen (49 en 56 VWEU). De arbeidsrechtelijke bescherming mag niet dwingend opgelegd worden aan zelfstandigen. Er bestaat geen Europeesrechtelijk begrip voor zelfstandigen. Als zelfstandige wordt a-contrario aangemerkt degene die niet onder gezag werkzaam is, met andere woorden degene die geen werknemer is. Het Hof van Justitie bepaalde in 1995³⁸ dat de hoofdstukken van het Verdrag betreffende het vrij verkeer van werknemers, het recht van vestiging en het vrij dienstenverkeer elkaar uitsluiten. Wanneer degene die arbeid verricht geen werknemer is, is hij zelfstandige. In de uitspraken van het Hof van Justitie in de zaken Jany³⁹ en Nadin⁴⁰ worden nog extra criteria genoemd (indien de gezagsverhouding ontbreekt) die meebepalend kunnen zijn of sprake is van werknemerschap of het verrichten van arbeid als zelfstandige, zoals werken op eigen verantwoordelijkheid, zonder gezagsverhouding met betrekking tot de activiteit, arbeidsomstandigheden en tegen een beloning die volledig en rechtsreeks aan hem wordt betaald. Volgens het Hof van Justitie in de zaak FNV-Kiem⁴¹ dient de nationale rechter te verifiëren of in het hoofdgeding de zelfstandige remplaçants zich — ook al zijn ze naar nationaal recht op basis van een overeenkomst van opdracht werkzaam — niet in een ondergeschiktheidsrelatie met het betrokken orkest bevinden tijdens de duur van deze contractuele verhouding en dus vergeleken met werknemers die hetzelfde werk verrichten, mogen zij niet over meer zelfstandigheid en flexibiliteit beschikken voor de bepaling van het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken, te weten de repetities en concerten. Schijnzelfstandigen zijn volgens het Hof van Justitie dienstverleners die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van werknemers.

Het Europees Sociaal Handvest⁴²

Het Europees Sociaal Handvest (ESH) is een sociaal mensenrechtenverdrag waarin de in de lidstaten van de Raad van Europa levende gedachten op het terrein van de sociale politiek zijn gecodificeerd. Het beoogt een leidraad te zijn voor het sociaal beleid van de lidstaten. De normen van het Handvest hebben, blijkens hun formulering, in hoofdzaak een programmatisch karakter, waarbij aan de verdragsluitende staten een grote beleidsvrijheid is gelaten met betrekking tot de uitwerking in wetgeving en beleid. Slechts ten aanzien van artikel 6, vierde lid, ESH (recht op collectieve acties) heeft de Hoge Raad in het verleden rechtstreekse werking aangenomen.⁴³ Het werknemersbegrip van het ESH is niet nader in het ESH gedefinieerd. Bij het ESH zijn vooral de

³⁵ Richtlijn 1999/70/EG, Richtlijn 2001/23/EG, Richtlijn 98/59/EG en Richtlijn 2009/38/EG.

³⁶ Richtlijn 92/85 EEG, zie HvJ EG 20 september 2007, nr. C-116/06.

³⁷ Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 20 september 2007, nr. C-116/06 (Kiiski).

³⁸ HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94 (Gebhard), r.o. 20.

³⁹ HvJ EG 20 november 2001, nr. C- 268/99 (Jany).

⁴⁰ HvJ EG 15 december 2005, nr. C-151/04 (Nadin) en C-152/04 (Durré), r.o. 31.

⁴¹ HvJ EG 4 december 2014, nr. C-413/13 (FNV Kiem).

⁴² Europees Sociaal Handvest (herzien), Trb.2004, 13 en Trb. 2006, 128.

⁴³ HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 (NS Spoorwegstaking).

rapporten van het Europees Comité voor Sociale Rechten (ESCR) belangrijk voor de afbakening van het begrip werknemer. Dit is het toezichthoudende orgaan bij het ESH dat sedert 1988 bevoegd is om ook klachten te behandelen van internationale organisaties en representatieve organisaties van werkgevers en werknemers. De uitspraken van het ESCR zijn rehtens niet bindend, maar plegen te worden bekrachtigd door het Comité van Ministers van de Raad van Europa. Daarnaast blijkt dat bij het toetsen aan het recht op collectieve acties (artikel 6, vierde lid, ESH), het recht op collectieve acties niet toekomt aan zelfstandigen die werkzaam zijn als pakketbezorgers.^{44 en 45} Denkbaar is dat schijnzelfstandigen wel onder de definitie van het werknemersbegrip van het ESH zullen vallen.⁴⁶

De Internationale Arbeidsorganisatie⁴⁷

Sinds het ontstaan van de ILO⁴⁸ is een groot aantal conventies en aanbevelingen tot stand gekomen. Er is geen verdrag dat gaat over de voorwaarden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst in het algemeen. Een aantal conventies bevat wel bepalingen ten aanzien van de bijzondere arbeidsovereenkomsten in de zeevaart⁴⁹ en de visserij⁵⁰. Daarnaast bestaat een niet bindende aanbeveling betreffende de arbeidsrelatie.⁵¹ In deze aanbeveling worden de lidstaten opgeroepen op basis van de sociale dialoog beleid en de relevante wet- en regelgeving te verduidelijken en vast te stellen ter bescherming van werkenden in een arbeidsrelatie. De aanbeveling stelt voor om te komen tot heldere methoden voor werkenden en werkgevers om het bestaan van een arbeidsrelatie vast te stellen, waarbij wordt uitgegaan van de feiten met betrekking tot de werkzaamheden en de beloning van de werkende.

Definitie en kwalificatie van de arbeidsovereenkomst in andere Europese landen

In een meerderheid van de Europese landen is de arbeidsovereenkomst wettelijk gedefinieerd of kan deze definitie worden afgeleid uit de definitie van werknemer of een andere overeenkomst.⁵² De wettelijke definitie is meestal zo ruim, dat de nationale rechtspraak – net als in Nederland – de definitie invult op basis van een aantal indicatoren gebaseerd op de feitelijke situatie. In de meeste landen zal de rechter de relatie kwalificeren op basis van de feitelijke situatie en daarbij vooral kijken naar de gezagsverhouding, integratie, financieel risico en wederkerigheid van verplichtingen. Het criterium gezag wordt in de meeste landen om ons heen gezien als het meest belangrijke criterium.

De mogelijkheid tot vervanging is niet in alle landen een indicator. Ter bestrijding van schijnconstructies heeft een aantal lidstaten zoals Frankrijk en België bij wet vastgelegd dat voor een aantal beroepen per definitie sprake is van een arbeidsovereenkomst. In Frankrijk gaat het bijvoorbeeld om artiesten, verkoopmedewerkers en franchiseondernemers. In België bestaat een wettelijk mechanisme van vermoeden dat gebaseerd is op specifieke criteria. Als meer dan de helft van de criteria zijn vervuld wordt een arbeidsovereenkomst vermoed. Het betreft de volgende sectoren: bouw, land- en tuinbouw, schoonmaak, taxi- en busvervoer en beveiliging.

In een beperkt aantal lidstaten is het mogelijk om voor een bestaande arbeidsrelatie zekerheid te krijgen over de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst: Duitsland, België en Ierland.

⁴⁴ Rechtbank Midden-Nederland 20 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5373.

⁴⁵ Zie ook J.H.Even, Arbeidsverhoudingen, de weg van de minste weerstand en de cao, AR_2015_0666.

⁴⁶ Zie HvJ EG 4 december 2014, nr. C-413/13 (FNV Kiem).

⁴⁷ Zie over de ILO: SMA 1994/9, p. 453, (themanummer Internationale Arbeidsorganisatie 75 jaar); K. Boonstra, The ILO and the Netherlands, different views concerning government influence on the relationship between workers and employers (diss. Leiden), 1996.

⁴⁸ Zie ook Prof. Mr. P.F. van der Heijden, de ILO: struikelend op weg naar de 100, Tra 2017, 136, Kluwer, Deventer.

⁴⁹ Maritiem Arbeidsverdrag 2006, geïmplementeerd.

⁵⁰ Zie het Verdrag 18. Dit verdrag is nog niet voor Nederland geïmplementeerd maar de regering heeft wel aangegeven dat te gaan doen.

⁵¹ Aanbeveling nr. 198, Internationale Arbeidsconferentie Genève, 15 juni 2006.

⁵² Bijlage 3 bevat een overzicht van de definitie van de arbeidsovereenkomst in andere Europese landen.

Dit is meestal de bevoegdheid van het overheidsorgaan of instantie die verantwoordelijk is voor (één van de takken) van sociale zekerheid. De vraag is meestal of de persoon in kwestie volgens het nationale sociale zekerheidsrecht dient te worden gekwalificeerd als een werknemer of een zelfstandige. Dit is dan ook vergelijkbaar met de Nederlandse beschikking verzekeringsplicht (zie eerder in dit hoofdstuk).

Hieronder volgt een nadere toelichting over de werking van het systeem in België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk (VK).⁵³

België

België kent een wettelijke definitie van arbeidsovereenkomst met de criteria zoals we die ook in Nederland kennen (loon, arbeid, gezag). Verschillende arbeidsovereenkomsten zijn wettelijk vastgelegd (statuut). De Belgische wetgeving maakt een belangrijk onderscheid tussen het statuut van werklieden en het statuut van bedienden. Elementen die volgens de Belgische wetgeving wijzen op een arbeidsovereenkomst hebben vooral betrekking op gezag en zijn vergelijkbaar met Nederland.

De Administratieve commissie ter regeling van de arbeidsrelatie neemt beslissingen over de kwalificatie van een (bestaande) relatie tussen partijen. Het doel van deze commissie is rechtszekerheid te bieden aan partijen die twijfelen aan de aard van hun relatie en uitdrukkelijk niet om schijnzelfstandigheid te bestrijden. De commissie maakt deel uit van de Federale Overheidsdienst Sociale Zekerheidsdienst. Naast deze Federale Overheidsdienst hebben ook de sociale zekerheidsinstellingen en de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid Arbeid en Sociaal overleg zitting. Eén of beide betrokken partijen kunnen bij de commissie een aanvraag indienen voor de aanvang van de arbeidsrelatie of binnen één jaar na aanvang daarvan, met bijvoeging van relevante documenten. De commissie neemt binnen drie maanden na ontvangst van de aanvraag een beslissing. Tussen 2013 en 2016 heeft deze commissie 52 zaken behandeld. Dat is relatief weinig. Dit komt deels omdat men nog onbekend is met het bestaan van deze commissie, die in 2013 werd opgericht. Verder zullen partijen die niet twijfelen over de kwalificatie hun arbeidsrelatie of die moedwillig frauderen, geen aanvraag doen bij de commissie.

Duitsland

Het Duitse arbeidsrecht bevatte lange tijd geen definitie van de arbeidsovereenkomst. De definitie en criteria zijn ontwikkeld door de Duitse rechtspraak. Het voornaamste maatgevende criterium was de persoonlijke afhankelijkheid van de werknemer (gezagscriterium) en de mate van integratie in de onderneming: kan betrokkene zijn werk delen met andere werknemers, is hij verplicht te rapporteren aan zijn opdrachtgever en brengt hij eigen middelen in. De rechtspraak is inmiddels gecodificeerd in het Duits Burgerlijk Wetboek. De definitie van arbeidsovereenkomst is wettelijk vastgelegd en is 1 april 2017 in werking getreden.⁵⁴

De Duitse wetgeving kent ook nog een andere categorie: een op de werknemer lijkende zelfstandige die volgens de wet deels dezelfde sociale bescherming krijgt als een werknemer, hoewel hij voor de sociale zekerheid als zelfstandige wordt beschouwd. Dit zijn zelfstandigen die lange tijd voor één en dezelfde opdrachtgever werken. Zij hebben bijvoorbeeld recht op vakantiedagen, opleiding en hun arbeidsvoorwaarden kunnen per CAO worden vastgelegd. Zij hebben geen recht op ontslagbescherming.

⁵³ Zie uitgebreider bijlage 2.

⁵⁴ §661a, Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und andere Gesetze, Bundesgesetzblatt I 2017, 258.

Om zo snel mogelijk rechtszekerheid te verkrijgen over hun relatie (arbeidsovereenkomst of zelfstandige) kunnen partijen dit optioneel laten vaststellen via een schriftelijke procedure.⁵⁵ Hiervoor is de Duitse pensioenverzekeraar (*Deutsche Rentenversicherung Bund*) bevoegd. Via deze procedure kunnen partijen juridisch bindend laten vaststellen of een bepaalde activiteit verzekeringsplichtig is in het kader van de sociale zekerheid en voor welke delen van de sociale zekerheid. Door een dergelijke vaststelling kunnen divergerende beslissingen van de verschillende sociale zekerheidsorganen worden vermeden. De uiteindelijke vaststelling is bindend voor de gehele sociale zekerheid.

Verenigd Koninkrijk

Het arbeidsrecht van het Verenigd Koninkrijk (VK) bestaat uit een mix van wetten, regelgeving en jurisprudentie, conform de Common Law, waar de rechtspraak een belangrijke rol speelt. De arbeidsovereenkomst is niet wettelijk gedefinieerd. Wat wel wettelijk gedefinieerd is de 'employment status'. Deze definitie is wettelijk vastgelegd in de Employment Rights Act 1996, Volgens de Britse wetgeving zijn er vier categorieën in het kader van de employment status:

1. werknemer (employee);
2. arbeider (worker);
3. professionals afhankelijke ondernemers (*dependent entrepreneurs*);
4. zelfstandige.

De juridische definitie van arbeider (worker) is ruimer dan die van werknemer. Een arbeider is een persoon die zich heeft verbonden of werkt of heeft gewerkt onder:

1. een arbeidsovereenkomst (werknemer) of
2. een andere overeenkomst, waarbij de persoon zich verbindt om persoonlijk werk of diensten te doen of uit te voeren voor de andere partij bij de overeenkomst, en wiens status volgens de overeenkomst geen cliënt, klant of enig beroep of bedrijf is van de persoon. In deze categorie vallen freelancers, 'sole traders', thuiswerkers en mensen op bijvoorbeeld een nuluren contract.

Er is sprake van een arbeidsovereenkomst als:

- de werkgever verplicht is om de werknemer werk te geven in ruil voor betaling;
- de werknemer verplicht is om het werk uit te voeren tegen betaling;
- de werknemer overeenkomt om het werk persoonlijk uit te voeren. Hij is niet gerechtigd het werk uit te besteden aan een ander door middel van onderaanneming;
- de werknemer zich onder het gezag van de werkgever stelt.

In tegenstelling tot Duitsland en België is er geen instituut dat beslissingen neemt over de kwalificatie van een relatie. De Britse belastingdienst biedt een online Employment Status Test aan⁵⁶, waarbij een partij voor aanvang of gedurende de relatie kan checken of hij in fiscaal opzicht als werknemer of zelfstandige wordt gekwalificeerd. Dit wordt gedaan door een online vragenlijst. De vragen hebben onder meer betrekking op het bestaan van een gezagsverhouding en mogelijkheid tot vervanging. Daarnaast bestaat er een speciaal systeem voor de bouwsector om belastingontduiking te voorkomen in geval van onderaanneming door zelfstandigen.

2.4 Conclusie

De arbeidsovereenkomst is de meest voorkomende overeenkomst op basis waarvan arbeid kan worden verricht. De belangrijkste doelstelling van het opnemen van de definitie van de arbeidsovereenkomst en daaraan verbonden rechten en plichten in de wet was het bieden van bescherming en zekerheid aan de werknemer. Bij de invoering ervan is gekozen voor een algemene regeling zodat afbakeningsproblemen werden voorkomen. Door de vormgeving is er

⁵⁵ Statusanfrageverfahren op basis van §7a SGB IV.

⁵⁶ <https://www.gov.uk/employment-status>.

ruimte om maatwerk te leveren en rekening te houden met een veranderde maatschappelijke context.

De regeling van de arbeidsovereenkomst is dwingendrechtelijk van aard. Partijen kunnen hier niet van afwijken. Wanneer het voor partijen eenvoudig zou zijn om zich aan de arbeidsovereenkomst en de daaraan verbonden verplichtingen te onttrekken, worden ook direct anderen geraakt. Dit geldt zowel aan de onderkant van de arbeidsmarkt (waar op deze wijze oneigenlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden kan plaatsvinden) als aan de bovenkant (waar goede risico's verplicht solidair zijn met slechte risico's in het systeem van werknemersverzekeringen).

Het meest onderscheidende criterium van de arbeidsovereenkomst is de gezagsverhouding. In de loop der jaren is de invulling hiervan meegegroeid met maatschappelijke ontwikkelingen. Er wordt een steeds grotere vrijheid gelaten aan de werknemer bij de uitvoering van zijn werk en ook organisatorische omstandigheden (inbedding werkende in de organisatie) zijn nu van belang. Het arrest van de Hoge Raad Groen/Schoevers heeft duidelijk gemaakt dat aan het etiket dat partijen zelf op de overeenkomst plakken door de rechter bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie geen waarde kan worden gehecht. Het gaat er – blijkens dit arrest – om wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond (dit kan alleen zien op rechten en verplichtingen, niet op de juridische kwalificatie van de arbeidsrelatie), mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven.

Ook in landen om ons heen en in het Europeesrechtelijke werknemersbegrip is de gezagsverhouding een zeer belangrijk criterium. In de meeste landen kwalificeert de rechter de relatie op basis van de feitelijke situatie. Voor de toepassing van Europees recht, zal het Nederlandse werknemersbegrip moeten aansluiten bij het Europeesrechtelijk werknemersbegrip.

De vraag of men een arbeidsovereenkomst heeft, staat los van de vraag of de werkende in fiscale zin als 'ondernemer' wordt aangemerkt (hoedanigheid arbeidsrelatie). Het eerste element ziet op de arbeidsrelatie tussen twee partijen en het andere is een vraag die ziet op hoe de inkomsten van de werkende fiscaal moeten worden behandeld (hoedanigheid persoon). De vraag of een opdrachtgever/werkgever loonheffing en premies werknemersverzekeringen moet afdragen moet aldus worden beoordeeld op basis van de specifieke arbeidsrelatie tussen deze opdrachtgever/werkgever en de werkende.

Er zijn in het licht van de inhoudingsplicht voor loonheffing en premies meermaals discussies geweest over de kwalificatie van de arbeidsrelatie en de afbakening van begrippen. Zo wees de SER er onder andere op dat nieuwe modaliteiten leiden tot nieuwe afbakeningskwesaties met nieuwe onduidelijkheden over een verzekeringsplicht en dat het hanteren van keuzevrijheid (waarbij partijen zelf bepalen of zij wel of niet verzekerd zijn voor werknemersverzekeringen) stuit op de principiële verhouding tussen individuele keuzevrijheid en solidariteit in een publieke sociale verzekering. In de Kabinetsbrief zelfstandig ondernemerschap uit 2012 is geconcludeerd dat het opnemen van een definitie van ondernemerschap weinig bijdraagt aan het verduidelijken van de juridische status van de ondernemer en een objectieve definitie te veel abstraheert van de maatschappelijke realiteit.

De VAR-systematiek en de daaraan verbonden volledige vrijwaring hadden tot gevolg dat opdrachtgevers/werkgevers in situaties waarin er met een VAR-wuo of VAR-dga werd gewerkt geen verantwoordelijkheid hadden voor de juiste presentatie van hun arbeidsrelaties richting de Belastingdienst. In combinatie met de bestaande financiële prikkels om zelfstandigen in te huren leidde het ontbreken van deze verantwoordelijkheid er toe dat het voor opdrachtgevers aantrekkelijk werd om ervan uit te gaan dat er sprake was van zelfstandigheid zonder zich te verdiepen in de daadwerkelijke aard van de arbeidsrelatie. Een dergelijke prikkel bevordert

schijnzelfstandigheid en maakt effectieve handhaving lastiger. In 2012 heeft het toenmalige kabinet aangegeven de balans in verantwoordelijkheden te willen herstellen. Onder de Wet DBA beoordeelt de Belastingdienst vooraf of er een arbeidsovereenkomst (of fictieve dienstbetrekking) voortvloeit uit een voorgelegde (model)overeenkomst. Anders dan voorheen onder de VAR-systematiek zullen opdrachtgevers/werkgevers zich dus logischerwijs moeten verdiepen in de daadwerkelijke aard van de arbeidsrelatie.

Hoofdstuk 3 Het probleem

Zoals in het eerste hoofdstuk aan de orde kwam, spelen rond de Wet DBA twee discussies. In de eerste plaats de vraag in hoeverre onduidelijkheid in de regelgeving leidt tot ongewenste arbeidsmarkteffecten voor 'echte' zzp'ers. Ten tweede de vraag of – ook als de regels wel duidelijk zijn – de uitkomst nog passend wordt geacht in de arbeidsmarkt van vandaag. Op beide vragen wordt in dit hoofdstuk ingegaan.

3.1 Onzekerheid en arbeidsmarkteffecten voor zzp'ers

In Nederland zijn er volgens de laatste cijfers ruim zeven miljoen werknemers die werken op grond van een arbeidsovereenkomst. Daarnaast zijn er bijna 1,5 miljoen zelfstandigen, waarvan ruim 1 miljoen zzp'er zijn.⁵⁷ Of een arbeidsrelatie wordt geclassificeerd als arbeidsovereenkomst of niet is voor zowel werkenden als werkverschaffers van belang vanwege de grote gevolgen die aan de kwalificatie verbonden zijn.

Onzekerheid over kwalificatie arbeidrelatie vooraf en toetsing achteraf

Zowel bij werkenden als bij werkverschaffers bestaat behoefte aan duidelijkheid vooraf over de aard van de arbeidsrelatie, zodat men niet achteraf geconfronteerd wordt met naheffingen en boetes en duidelijk is of de werkende valt onder de werknemersverzekeringen. Zoals bleek uit het vorige hoofdstuk is het antwoord op de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of van een overeenkomst van opdracht afhankelijk van alle feiten en omstandigheden van het geval, bezien in onderlinge samenhang. Alleen bij een toetsing achteraf is het mogelijk rekening te houden met alle feiten en omstandigheden van het geval. Dit betekent dat een bepaalde mate van onzekerheid inherent verbonden is aan het huidige wettelijke toetsingskader.

De spanning tussen de toetsing achteraf en de wens tot het geven van zekerheid vooraf komt tot uiting in de beoordeling van modelovereenkomsten door de Belastingdienst. De Belastingdienst hanteert bij het beoordelen van modelovereenkomsten de drie kerncriteria voor een arbeidsovereenkomst: een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, werkgeversgezag en een verplichting tot het betalen van loon. Bij het niet voldoen aan één of meer van deze drie criteria oordeelt de Belastingdienst dat er geen sprake is van een dienstbetrekking. Deze meer binaire benadering van de Belastingdienst maakt het mogelijk om vooraf een redelijke mate van zekerheid te geven over de kwalificatie van de arbeidsrelatie. De binaire benadering miskent echter volgens de Commissie Boot het holistische karakter van de civiele beoordeling.⁵⁸ De Commissie Boot is van oordeel dat "Het door de Belastingdienst bij het vooraf beoordelen van overeenkomsten volledig hanteren van het civielrechtelijke toetsingskader niet mogelijk is". Daarbij overweegt de Commissie dat het civiele kader immers een toetsing achteraf inhoudt, op grond van alle omstandigheden van het geval. In het verlengde hiervan adviseert de Commissie om de wens van het volledig toepassen van het civiele kader (nog meer) los te laten.⁵⁹

Naast het geven van zekerheid vooraf is ook van belang dat er duidelijkheid is over de toetsing achteraf. De Commissie Boot noemt als aandachtspunt dat er nog onduidelijkheid is over de wijze waarop de Belastingdienst achteraf toetst of er overeenkomstig een modelovereenkomst is gewerkt. Om deze reden adviseert de Commissie Boot om hierover een beleidsbesluit op te stellen.⁶⁰ In de tweede voortgangsrapportage over de Wet DBA heeft de staatssecretaris van Financiën aangekondigd deze aanbeveling over te nemen.

⁵⁷ CBS Statline, Arbeidsdeelname Kerncijfers, stand vierde kwartaal 2016. Deze cijfers hebben betrekking op de eerste werkkring waar een werkende het meeste tijd aan besteedt.

⁵⁸ Rapport Commissie-Boot, p. 22.

⁵⁹ Rapport Commissie-Boot, p. 30.

⁶⁰ Rapport Commissie-Boot, p. 33.

Mogelijke effecten van onzekerheid op de opdrachtverlening aan zzp'ers

In de media en in diverse publicaties wordt een relatie gelegd tussen de onzekerheid die veroorzaakt zou worden door de invoering van de Wet DBA en het aantal opdrachten voor zzp'ers. Op basis van de beschikbare statistieken en enquêtes zijn geen duidelijke conclusies te trekken over de invloed van de Wet DBA op het aantal zzp'ers en hun opdrachtvolume.⁶¹ Ook uit de door de werkgroep gevoerde gesprekken zijn hierover geen concrete indicaties gekomen.

Op basis van enquêtes die vragen naar de directe invloed van de Wet DBA op het aantal opdrachten voor zzp'ers, is het niet mogelijk het effect op het totale opdrachtvolume van zzp'ers in te schatten. Zo heeft Intelligence Group⁶² aan zzp'ers gevraagd of zij als gevolg van de Wet DBA opdrachten zijn misgelopen. Uit een steekproef onder 298 zzp'ers in het eerste kwartaal van 2017 volgt dat dit voor naar schatting 99 duizend zzp'ers in de periode sinds 1 mei 2016 het geval is. Uit een vervolgvraag blijkt dat circa 22 duizend van hen dit werk op een andere basis kon verrichten. Onbekend is of de overige zzp'ers vervangende opdrachten hebben gevonden en dus wat het effect op het totale opdrachtvolume is. Uit een recent onderzoek van Zzp-Barometer blijkt dat 54% van de zzp'ers weinig tot geen invloed heeft ondervonden van de Wet DBA op hun ondernemerschap. Uit dit onderzoek blijkt ook dat veel zzp'ers feitelijke stellingen over de Wet DBA niet juist konden beantwoorden, en dus een verkeerd beeld hebben over de werking en het effect van de wet.⁶³

Onderzoek van de Kamer van Koophandel geeft aan dat de groep zzp'ers die in 2016 in vergelijking met het jaar daarvoor (veel) minder vaak te maken heeft met opdrachtgevers die liever geen zzp'ers inhuren groter is dan de groep zzp'ers die hier (veel) vaker mee te maken heeft.⁶⁴ Voor 2017 laat onderzoek van Zzp-barometer zien dat veel zzp'ers positieve verwachtingen hebben wat betreft het totaal aantal opdrachten en de tarieven.⁶⁵ Het is niet duidelijk hoe deze gesignaleerde ontwikkelingen samenhangen met de Wet DBA, ook andere factoren kunnen een rol spelen.

Voor zover zzp'ers opdrachten verliezen als gevolg van de Wet DBA is het de vraag hoe dit moet worden gedeut. Er kan sprake zijn van onnodige voorzichtigheid bij opdrachtgevers; als de regels niet helder zijn, zoekt men de minst riskante weg, ook als dit 'echte' zzp'ers opdrachten kost. Dit zou – gezien de doelstelling van de Wet DBA – een onbedoeld effect zijn. Vervolgens is de vraag in hoeverre dit een structureel of een tijdelijk effect is. Het verdwijnen van de absolute zekerheid van de VAR kan bij opdrachtgevers tot een overreactie hebben geleid. De komende tijd zal blijken hoe zich dit verder ontwikkelt. Een andere mogelijkheid is dat zzp'ers opdrachten verliezen omdat het schijnzelfstandigen betreft. In dat geval kan een daling van het aantal (opdrachten voor) zelfstandigen een bedoeld effect van de Wet DBA zijn. Eerder onderzoek liet zien dat het aandeel schijnzelfstandigen circa 2%–17% betreft.⁶⁶

Op basis van een enquête is het niet mogelijk om vast te stellen of iemand voldoet aan de voorwaarden in de wet om als zelfstandige aan het werk te kunnen of dat er sprake is van schijnzelfstandigheid. Daarvoor is een beoordeling van de feitelijke vormgeving van de arbeidsrelatie vereist. Daarom kan op basis van deze onderzoeken ook niet geconcludeerd worden of het gevonden effect bedoeld is (bestrijding schijnzelfstandigheid) of onbedoeld. Dit is op macro-

⁶¹ In bijlage 1 wordt dieper ingegaan op de beschikbare onderzoeken en cijfers.

⁶² <https://www.intelligence-group.nl/nieuws/april-2017/drie-keer-zo-veel-zzpers-zonder-werk-als-eind-vorig-jaar>.

⁶³ <http://zzpbarometer.nl/2017/03/07/infographic-kwart-zzpers-heeft-geen-last-gehad-van-wet-dba/#>. 58,6% van de respondenten denkt dat de zzp'er onder de Wet DBA minimaal drie opdrachtgevers moet hebben. Ook is bijna de helft van de zzp'ers (49,1%) in de veronderstelling dat de zzp'er verplicht kan worden om werknemerspremies af te dragen onder de wet. Gemiddeld genomen wist 28,4% van de zzp'ers bij zeven stellingen over de Wet DBA niet het juiste antwoord te geven.

⁶⁴ Kamerstukken II, 2016–2017, 31 311, nr. 180.

⁶⁵ <http://zzpbarometer.nl/2017/02/21/infographic-zzper-heeft-vertrouwen-in-2017/>.

⁶⁶ SEOR (2013) Zzp tussen werknemer en ondernemer.

niveau onmogelijk vast te stellen omdat per geval alle feiten en omstandigheden zouden moeten worden getoetst.

Op basis van macrostatistieken blijkt dat het aantal werkzame zzp'ers in het afgelopen jaar toenam, al is de groei sinds het einde van 2015 – in vergelijking met de voorgaande jaren – afgevlakt (figuur 1). Uit cijfers van het CBS blijkt dat dit vooral komt doordat het aandeel zzp'ers dat stopt is toegenomen. Van de stoppende zzp'ers ging bijna de helft aan de slag als werknemer, overwegend op basis van een flexibele arbeidsrelatie. De toename in de uitstroom van het aandeel zzp'ers naar werknemerschap sinds 2013 hangt mogelijk samen met het aanhoudende herstel op de arbeidsmarkt en de daardoor grotere kans op het vinden van een baan als werknemer.⁶⁷ Van de uitstromende zzp'ers die geen werknemer werden, stroomde het grootste deel uit naar de niet-beroepsbevolking vanwege (tijdelijke) inactiviteit of pensionering. Met name de uitstroom vanwege pensionering is sterk gegroeid (figuur 2). De beschikbare cijfers geven geen reden om aan te nemen dat de invoering van de Wet DBA een groot effect heeft gehad op het aantal zzp'ers.⁶⁸ Andere indicatoren voor het aantal opdrachten, bijvoorbeeld de arbeidsduur, laten ook nog geen zichtbaar effect van de Wet DBA zien. Het gemiddelde aantal gewerkte uren per week door zzp'ers nam in het afgelopen jaar toe van 34 naar 35 uur.⁶⁹

Figuur 1: Jaarmutatie aantal werkenden naar arbeidsrelatie (x1000), 2013–2016 per kwartaal



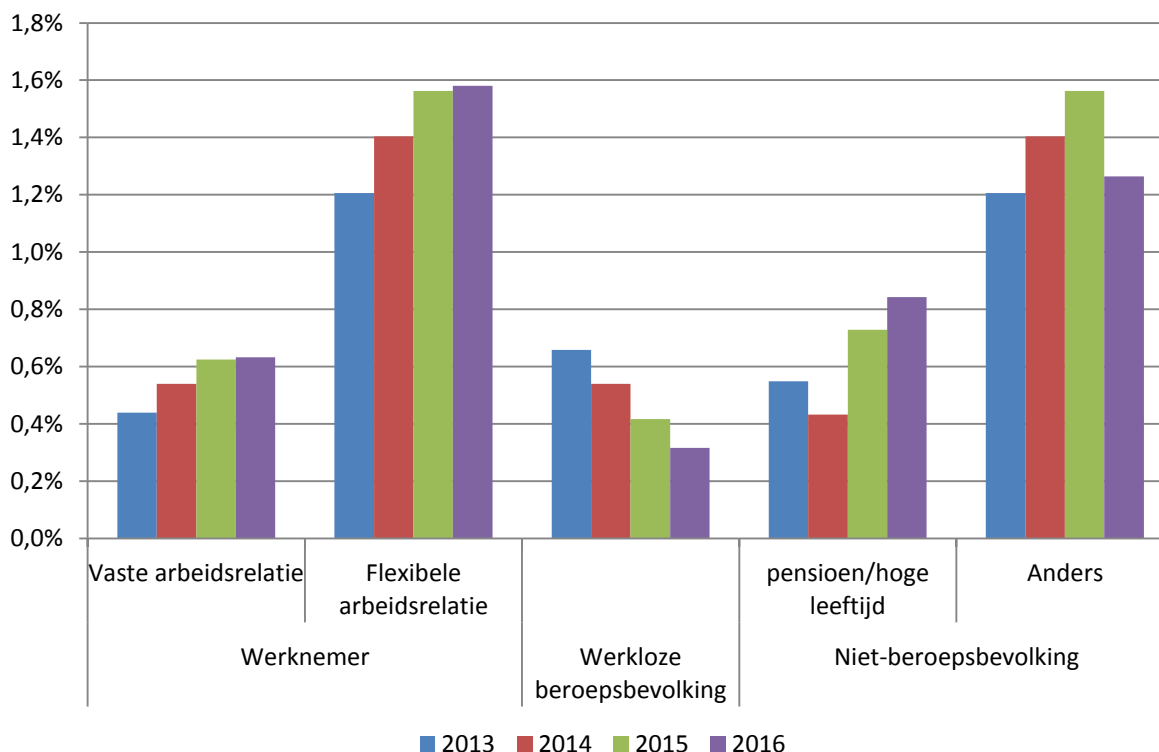
Bron: CBS Statline

⁶⁷ DNB (2017) Economische ontwikkelingen en vooruitzichten, januari 2017.

⁶⁸ P. de Beer en E. Verhulp (2017) Dertig vragen en antwoorden over flexibel werk.

⁶⁹ CBS Statline.

Figuur 2: Uitstroom van zzp'ers (% van zzp'ers een kwartaal eerder, jaargemiddelde)



Bron: CBS

Het effect van het handhavingsmoratorium

Het is onbekend welk effect de opschorting van de handhaving van de Wet DBA tot 1 januari 2018⁷⁰ heeft op de manier waarop opdrachtgevers zzp'ers inhuren. In de gesprekken met belangenvetegenwoordigers en experts komt het beeld naar voren dat het huidige handhavingsmoratorium onwenselijk wordt geacht, omdat hierdoor juist onzekerheid gecreëerd wordt. Een aantal gesprekspartners gaf aan dat veel (grote) opdrachtgevers hun beleid rond de inhuur van zzp'ers hebben aangepast in reactie op de Wet DBA. De opschorting van de handhaving zal niet betekenen dat zij dit beleid terzijde schuiven, veelal wil men aan de wet voldoen ook als er niet wordt gehandhaafd. Het is echter niet uit te sluiten dat door de opschorting van de handhaving opdrachten worden aangegaan met schijnzelfstandigen. Hierdoor bestaat het risico dat deze werkenden bij UWV wel aanspraak kunnen maken op de werknemersverzekeringen, terwijl er voor deze personen geen premies zijn betaald. Het uitstel van de handhaving van de Wet DBA verandert immers niets aan de arbeids- en sociaalzekerheidsrechtelijke status van een arbeidsrelatie. Als uitkeringen moeten worden uitgekeerd zonder dat er premies tegenover staan, dan moet dit op andere manieren worden opgevangen. In hoeverre zich dit momenteel in de praktijk voordoet is onbekend.

3.2 Het maatschappelijke beeld van een arbeidsverhouding

In de tweede voortgangsrapportage Wet DBA wordt als probleem benoemd dat niet wordt begrepen dat aan de onderkant van de arbeidsmarkt relatief makkelijk buiten dienstbetrekking kan worden gewerkt op basis van het criterium 'vrije vervanging' terwijl aan de bovenkant van de

⁷⁰ Met uitzondering van kwaadwillenden.

arbeidsmarkt men wordt geacht in dienstverband te werken zodra er sprake is van een 'gezagsverhouding'. Ook wordt gesteld dat opdrachtgevers door een gebrek aan zekerheid over de kwalificatie terughoudend zijn met het aangaan van arbeidsrelaties met zzp'ers. Uit de gesprekken met experts en belanghebbenden komt een complexer beeld naar voren, namelijk dat de maatschappelijke weerstand tegen de Wet DBA vooral voortkomt uit onvrede over de uitkomst van de beoordeling van de arbeidsrelatie, en minder uit onduidelijkheid over de regels.

Aan de bovenkant van de arbeidsmarkt is er een groep werkenden en werkverschaffers die de bescherming en verplichtingen van een arbeidsovereenkomst (en de kosten die hierbij komen kijken) als knellend ervaart en/of zich voelt aangetrokken tot ondernemerschap.⁷¹ Dat mensen nu in bepaalde gevallen niet meer als zelfstandige aan de slag kunnen of zelfstandigen kunnen inhuren – ook al volgt dit duidelijk uit de criteria van het arbeidsrecht – roept weerstand op, met name wanneer personen jarenlang dachten als zelfstandige te werken en nu hun werkzaamheden op een andere manier moeten vormgeven. Uit onze gesprekken blijkt dat schijnzelfstandigheid wordt gezien als probleem van de onderkant; dat zzp'ers die goed voor zichzelf kunnen zorgen en hoge tarieven hanteren (de bovenkant van de zzp-arbeidsmarkt) soms ook gedwongen als werknemer moeten werken (bijvoorbeeld wegens solidariteit in de werknemersverzekeringen) is niet (meer) voor iedereen vanzelfsprekend. Daarbij speelt een rol dat werknemerschap minder aantrekkelijk is, omdat dit een lager netto besteedbaar inkomen oplevert door het verlies van fiscale ondernemersfaciliteiten.

Aan de onderkant van de arbeidsmarkt is het beeld diffuus. Enerzijds worden arbeidsrelaties in dit segment van de arbeidsmarkt vaak gezien als een werknemersrelatie, omdat deze werkenden vaak een veel minder goede onderhandelingspositie hebben, en er hier meer reden lijkt om bescherming op te leggen. Maar uit de beoordeling van de arbeidsrelatie door de Belastingdienst volgt nu dat wanneer er sprake is van vrije vervanging en de plicht tot het persoonlijk verrichten van arbeid ontbreekt, er geen sprake is van een dienstbetrekking. Aan de onderkant van de arbeidsmarkt is het relatief makkelijk om af te spreken dat er sprake is van vrije vervanging, omdat het opdrachtgevers in sommige gevallen niet uit zal maken wie het werk doet (als het maar gedaan wordt). Anderzijds kan er aan de onderkant van de arbeidsmarkt ook onvrede zijn indien het oordeel 'dienstbetrekking' luidt; dit hangt samen met de grote institutionele verschillen tussen werknemers en zelfstandigen. Deze verschillen maken het inhuren van zzp'ers voor opdrachtgevers relatief aantrekkelijk ten opzichte van het aannemen van werknemers en er kan dan ook weerstand ontstaan wanneer ze weer vaker met werknemers 'moeten' werken.

Afgaande op het maatschappelijk debat en de gesprekken die met belanghebbenden zijn gevoerd, lijkt er geen breed gedragen en politiek neutraal maatschappelijk beeld te bestaan over in welke situaties de beoordeling van de arbeidsrelatie door de Belastingdienst tot maatschappelijk ongewenste uitkomsten leidt.

Institutionele- en kostenverschillen zetten druk op de kwalificatie van de arbeidsrelatie

Veranderingen in de organisatie van werk en in de economie worden genoemd als argument om te pleiten voor andere regels op de arbeidsmarkt. Technologische veranderingen kunnen de transactiekosten van het uitbesteden van taken verlagen. Hierdoor zou het schaalvoordeel van grootschalige massaproductie kunnen afnemen, waardoor ook de 'optimale schaalgrootte' van bedrijven in termen van omzet en personeel afneemt. Hierdoor zou productie in vergelijking met nu meer in netwerken en kleinere 'kernbedrijven' kunnen plaatsvinden.⁷² Nieuwe vormen van werk (zoals op- en afroepwerk via internetplatforms) zijn hier een illustratie van. Deze trend kan ertoe

⁷¹ WRR (2017) Voor de Zekerheid; Ecorys (2013) Contractvormen en motieven van werkgevers en werknemers; CPB (2016) Flexibiliteit op de arbeidsmarkt.

⁷² Rathenau Instituut (2015) Werken aan de robotsamenleving en Ministerie van Financiën (2015) IBO ZZP.

leiden dat bedrijven arbeid meer buiten de arbeidsorganisatie organiseren, en dat de gezagsrelatie daardoor geen, of een mindere, rol speelt in het productieproces.

Op dit moment is echter niet duidelijk zichtbaar dat de bedrijfsomvang van bedrijven in Nederland in termen van personeel afneemt.⁷³ De transactiekosten van het inhuren van arbeid zijn dan ook niet de enige – of per se de doorslaggevende – factor die de omvang van een bedrijfsorganisatie bepalen. Bijvoorbeeld in de landbouwsector heeft de introductie van nieuwe technologie juist gezorgd voor een grotere schaalgrootte van bedrijven in termen van omzet, en ook in de high-tech sector is sprake van grote en groeiende bedrijven in termen van omzet en personeel (bijvoorbeeld ASML in Nederland, en Amazon, Google, Facebook in de VS).⁷⁴ De WRR geeft aan dat (grote) bedrijven in de toekomst in elk geval een kern van vaste medewerkers in dienst zullen houden om zo het institutionele geheugen, de bedrijfscultuur en eventuele bedrijfsgeheimen te borgen. Juist in kennisintensieve sectoren kan deze vaste kern groot zijn omdat bedrijven waardevol menselijk kapitaal aan zich willen binden. De WRR concludeert dat gezien deze tegenovergestelde trends het niet te zeggen is hoe de schaalgrootte van bedrijven en de manier waarop ze zich organiseren zich in de toekomst ontwikkelt.⁷⁵

Er zijn ook indicaties dat werkenden steeds meer behoefte hebben aan autonomie binnen hun werk, en dat deze behoefte niet altijd tot zijn recht komt in loondienst. De WRR geeft aan dat veel zzp'ers een keuze maken tegen arbeidsorganisaties die zij als hiërarchisch, stroperig en niet-innovatief ervaren. Dit zou een verklaring kunnen zijn voor de stijging van het aantal zzp'ers in Nederland en dit zou in de toekomst kunnen leiden tot een lossere organisatie van werk waarbij steeds meer in netwerken wordt gewerkt. Het is echter niet evident dat de voorkeuren van werkenden voor het werken binnen een gezagsrelatie in Nederland zijn veranderd. Nederland wijkt cultureel niet veel af van landen als het Verenigd Koninkrijk of Denemarken, waar het zzp-schap niet zo sterk is gegroeid. Daarnaast kiest een deel van de zzp'ers er niet vrijwillig voor om als zzp'er te werken⁷⁶ en ambiëren nog steeds veel werkenden, en ook een substantieel deel van de zzp'ers, een vast contract (wat aangeeft dat zij de gezagsrelatie niet, of maar beperkt, als problematisch ervaren).⁷⁷

Hoewel het mogelijk is dat door technologische veranderingen of veranderende voorkeuren van werkenden de organisatie van werk in de toekomst zal veranderen en de omvang van de bedrijfsorganisatie zal afnemen, is er geen indicatie dat deze ontwikkelingen op dit moment noodzakelijkerwijs leiden tot een andere omvang van de bedrijfsorganisatie. Deze factoren bieden op zichzelf dan ook geen verklaring voor de afwijkende trend in Nederland ten opzichte van vergelijkbare landen wat betreft de groei en het aandeel zzp'ers.⁷⁸ Gegeven deze conclusie zijn veranderingen in de organisatie van werk op zichzelf geen reden om te komen tot een andere afbakening van de arbeidsovereenkomst. Het is dan ook aannemelijk dat institutionele factoren de belangrijkste verklaring vormen voor de groei van het zzp-schap. Er bestaat in Nederland een groot verschil in fiscale en arbeidsrechtelijke behandeling tussen zzp'ers en werknemers.⁷⁹

Het herzien van de instituties op de arbeidsmarkt is bij uitstek een politiek vraagstuk. Geconstateerd kan worden dat de VAR-systematiek een zekere gewenning aan het idee van keuzevrijheid heeft opgeleverd, waarbij het de vraag is of ons dwingendrechtelijke stelsel nog in

⁷³ Afgezien van de groei van zzp'ers is de bedrijfsomvang van bedrijven met meer dan 2 werknemers (naar aandeel van het totaal aantal bedrijven), en het aandeel werknemers dat voor bedrijven van verschillende grootteklassen werkt de afgelopen jaren stabiel. Zie CBS Statline.

⁷⁴ SER (2016) Mens en Technologie.

⁷⁵ WRR (2017) Voor de Zekerheid.

⁷⁶ WRR (2017) Voor de Zekerheid.

⁷⁷ Ecorys (2013) Contractvormen en motieven van werkgevers en werknemers.

⁷⁸ Zie figuur 1 in CPB (2017) Flexibiliteit op de arbeidsmarkt.

⁷⁹ Ministerie van Financiën (2015) IBO ZZP.

alle gevallen op acceptatie kan rekenen, en dat de grote verschillen in institutionele en fiscale behandeling tussen zelfstandigen en werknemers de discussie op scherp hebben gezet. Het lijkt dan ook logisch om, ook vanuit het perspectief van eventuele veranderingen in de organisatie van werk, te kijken naar het terugdringen van dit verschil en naar de arbeidsmarktinstituties in den brede. Hierbij zou dan ook de gewenste mate van solidariteit en de organisatie daarvan geheel opnieuw moeten worden doordacht. Dit raakt de klassieke discussie over de arbeidsmarkt: wat is de gewenste mate van solidariteit en keuzevrijheid. De kern van de discussie over de Wet DBA gaat dus uiteindelijk niet over de kwalificatie van de arbeidsrelatie, maar over de inrichting van de instituties op de arbeidsmarkt. De vraag is dan ook of met herijking van de DBA-systematiek de maatschappelijke weerstand überhaupt kan worden weggenomen zonder de discussie over het institutionele kader te voeren.

3.3 Conclusie

Ten aanzien van de *onzekerheid* en de effecten daarvan op de opdrachten voor zzp'ers is geen concrete indicatie verkregen over de omvang van het probleem of specifieke sectoren waarin dit met name speelt. Macrocijfers laten geen verslechtering in het opdrachtvolume of aantal gewerkte uren voor zzp'ers zien. De beschikbare onderzoeken over het effect van DBA geven een gemengd beeld. Daar waar zzp'ers opdrachten verliezen is het de vraag in welke gevallen het omzetten van opdrachten in dienstbetrekkingen een bedoeld effect van de wet is (met andere woorden er was sprake van schijnzelfstandigheid) dan wel onbedoeld. Dit is op macroniveau onmogelijk vast te stellen.

Het beeld uit de door de werkgroep gevoerde gesprekken is dat de nadruk van de problematiek ligt bij de *ongewenste uitkomst* en in mindere mate bij de onduidelijkheid over de regels.

Er is geen eensluidend en politiek neutraal beeld te construeren over het maatschappelijk beeld van een arbeidsverhouding. In nagenoeg alle gesprekken is aangegeven dat de huidige ongewenstheid qua uitkomst in ieder geval deels wordt veroorzaakt door de institutionele verschillen (wat betreft kosten en risico's) tussen werknemers en zelfstandigen. Vraag is dan ook of met de in dit rapport geschetste varianten de weerstand tegen de DBA-systematiek überhaupt kan worden weggenomen zonder de discussie over het (arbeidsrechtelijke, fiscale en sociaalrechtelijke) institutionele kader te voeren.

Hoofdstuk 4 Afwegingspunten

In hoofdstuk 5 wordt een aantal beleidsvarianten geschetst. Om de varianten te kunnen beoordelen en af te wegen zijn verschillende randvoorwaarden en toetsingscriteria geïdentificeerd die in dit hoofdstuk worden toegelicht.

In paragraaf 4.1 wordt eerst het spanningsveld tussen de verschillende nagestreefde doelen belicht. Vervolgens wordt in paragraaf 4.2 ingegaan op de elementen die als toetsingskader voor de oplossingsrichtingen gebruikt worden.

4.1 Spanningsveld tussen de verschillende doelen

Zoals in hoofdstuk 2 aan de orde is gekomen, is het dwingendrechtelijk karakter van de arbeidsovereenkomst (waarin de afhankelijke partij, de werknemer, wordt beschermd) een belangrijk uitgangspunt van het stelsel. Deze beperking van keuzevrijheid kan voor individuele partijen, vanuit hun perspectief en belang, in sommige situaties tot ongewenste uitkomsten leiden. Bezien vanuit de beleidsdoelstellingen is dit echter een logische en beoogde consequentie. Uiteraard kan – vanuit het perspectief van een veranderende arbeidsmarkt en veranderende politieke preferenties – worden nagedacht over het volledig anders vormgeven van het systeem, bijvoorbeeld een variant waarin partijen vrij zijn om te bepalen onder welk wettelijk regime zij vallen, en daarmee zelf – ongehinderd door de wettelijke kaders – kunnen bepalen of ze werknemer dan zelfstandige/ ondernemer zijn. Dit zou echter betekenen dat het fundament onder het huidige stelsel wegvalt en vereisen dat de gewenste mate van solidariteit/bescherming en de organisatie daarvan, geheel opnieuw zou moeten worden bezien en doordacht. Dit is bij uitstek een terrein waar veel politieke keuzes spelen en dat niet los kan worden gezien van de arbeidsrechtelijke, sociale en fiscale instituties zelf. Niet kan worden verwacht dat de politieke en maatschappelijke discussie over deze instituties op korte termijn tot een einde wordt gebracht. Deze optie voert dan ook te ver voor deze notitie.

Binnen een dwingendrechtelijk systeem zullen altijd normen nodig zijn die bepalen wanneer iemand werknemer is en wanneer niet. Er is daarbij sprake van een spanningsveld tussen verschillende doelen:

- Enerzijds is het wenselijk om een flexibel systeem te hebben dat recht doet aan iedereen (maatwerk). De diversiteit van arbeidsrelaties en werkenden is groot. Om een complexe maatschappelijke omgeving in een definitie te vangen is maatwerk en nuance nodig.
- Anderzijds bestaat de sterke wens tot zekerheid en duidelijkheid – bij voorkeur vooraf – over de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Dit pleit voor eenduidige en simpele normen (in het rapport van de Commissie Boot als binaire grenzen geduid).
- Naast deze wensen is van belang dat de afbakening niet te veel ruimte geeft voor manipulatie en strategisch gedrag met het oogmerk om zich oneigenlijk aan het systeem te onttrekken. De afbakening moet handhaafbaar zijn. Bij open normen is strategisch gedrag lastig, terwijl binaire grenzen strategisch- en ontwijkgedrag makkelijk maken.

Zoals ook door de Commissie Boot is geconstateerd, is het onmogelijk om alle doelen tegelijk te bereiken en moeten daarin keuzes worden gemaakt. Dit beperkt ook de manoeuvreerruimte bij de oplossingsrichtingen. In het huidige systeem wordt bijvoorbeeld gewerkt met open normen. Zoals in hoofdstuk 2 is beschreven, is hier destijds bij het ontwerpen van het arbeidsovereenkomstenrecht bewust voor gekozen. Dit biedt ruimte voor rechters om de invulling van de wetgeving via de jurisprudentie bij de tijd te houden en maatwerk te bieden. Ook gaan de huidige open normen – in verhouding tot binaire criteria - strategisch gedrag meer tegen. Het systeem staat echter op gespannen voet met de wens om tot simpele en heldere grenzen te komen die vooraf kenbaar zijn. Het formuleren van een nieuwe open norm, die beter aansluit bij het huidige maatschappelijke beeld van een arbeidsverhouding (vooropgesteld dat een dergelijk eenduidig en politiek neutraal beeld valt te construeren), zou op korte termijn de onzekerheid kunnen vergroten, omdat deze

norm zich weer moet uitkristalliseren via de jurisprudentie en nieuwe groepen in het grijze gebied terechtkomen. Het vervangen van de huidige criteria door duidelijke binaire grenzen zal meer zekerheid en duidelijkheid bieden. Tegelijkertijd zullen hierdoor maatwerk en nuance verloren gaan en wordt strategisch gedrag makkelijker. Het voorafgaande overziend betekent dat bij elke aanpassing van het huidige wettelijk kader een afruil tussen de verschillende doelen zal moeten plaatsvinden.

4.2 Toetsingscriteria

De voorgaande paragraaf laat zien dat elke oplossing consequenties heeft en dat er sprake is van een afruil. Het is van belang dit bij alle varianten in beeld te brengen. Daarnaast kunnen beleidsvarianten ook andere consequenties hebben (bijvoorbeeld voor de overheidsfinanciën). Om alle effecten van de beleidsvarianten scherp te krijgen is een toetsingskader ontwikkeld aan de hand waarvan de varianten worden beoordeeld. Er zijn twee randvoorwaarden: 1) handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid, 2) geen evidente strijd met internationaal en Europees recht.

Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid

Een randvoorwaarde voor elke variant is dat deze handhaafbaar en uitvoerbaar moet zijn voor Belastingdienst, UWV en Inspectie SZW.

Er is alleen op hoofdlijnen naar de varianten gekeken vanwege de korte termijn waarbinnen het uitvoeringsadvies tot stand moest komen en ook omdat de varianten nog onvoldoende uitgewerkt zijn. Er zal er nog een volledige uitvoeringstoets moeten plaatsvinden als het kabinet zijn keuze heeft bepaald ten aanzien van de variant(en) en de betreffende variant(en) nader uitgewerkt zijn.

Geen evidente strijd met internationaal en Europees recht (rechtmatigheid)

Voor elke variant geldt als randvoorwaarde rechtmatigheid. De geschetste variant mag geen strijd met internationaal en Europees recht opleveren.

Het is de vraag welke effecten ontstaan als een nationaalrechtelijke werknemersdefinitie afwijkt van de gangbare Europeesrechtelijke definitie. Wanneer iemand nationaalrechtelijk wordt aangemerkt als werknemer, terwijl hij Europeesrechtelijk als zelfstandige moet worden beschouwd (bijvoorbeeld omdat de gezagsverhouding ontbreekt) kan dat strijdigheid opleveren met de Europese regels omtrent het vrij verkeer van diensten en vestiging, bijvoorbeeld omdat buitenlandse zelfstandige dienstverleners onverwacht te maken krijgen met nationaalrechtelijke regels ten aanzien van werknemers. In zijn algemeenheid geeft een dergelijke situatie onduidelijkheid over op betrokkenen (dienstverleners, werknemers en zelfstandigen) toepasselijke rechten en plichten.

Uiteraard kan ernaar worden gestreefd om die internationale regels aan te passen; dit zal echter zeker op korte termijn geen reële optie zijn.

Overige toetsingscriteria

Naast de hierboven genoemde randvoorwaarden wordt elke variant getoetst op de volgende criteria:

1. Proportionaliteit en effectiviteit. In hoeverre wordt met de variant het doel bereikt? Staat de variant (en staan de effecten daarvan) in verhouding tot het probleem? Welke neveneffecten heeft de variant?
2. Rechtszekerheid/duidelijkheid en bestendigheid. Hierbij gaat het vooral om de vraag welke mate van zekerheid vooraf voor elk der partijen wordt verkregen en of de eisen helder zijn voor partijen. Biedt deze oplossing een duidelijk perspectief voor de lange termijn?
3. Bescherming voor de werkende en gelijk speelveld voor de opdrachtgevers.
4. Effecten op arbeidsmarkt en economie (werkgelegenheid, loonkosten, groei). Wat zijn de effecten op de regeldruk en ondernemersklimaat?
5. Budgettaire effecten (inclusief de effecten op het sociale en fiscale stelsel).

Deze worden hieronder toegelicht.

Ad 1. Proportionaliteit en effectiviteit

In Nederland werken 7 miljoen mensen op grond van een arbeidsovereenkomst. Daarnaast kent Nederland ruim 1 miljoen zzp'ers.⁸⁰ Zoals in hoofdstuk 3 is beschreven, is voor een groot deel van de zzp'ers duidelijk dat ze buiten dienstbetrekking werken. In sommige gevallen is dit niet duidelijk, dit is het zogenoemde grijze gebied waar de modelovereenkomsten voor bedoeld zijn. Ten tijde van de VAR-systematiek werden ongeveer 500.000 VAR's per jaar afgegeven. Een deel van deze VAR's werd onnodig aangevraagd, bijvoorbeeld vanuit de gedachte van de opdrachtgever dat hij zich in wilde dekken of omdat de opdrachtnemer (ten onrechte) dacht dat een VAR wettelijk verplicht was. Het grijze gebied zal dus minder dan 500.000 zzp'ers betreffen. Bij iedere beleidsvariant is het van belang oog te hebben voor de impact daarvan op de verschillende groepen werkenden – werknemers en zelfstandigen. Maatregelen dienen in verhouding te staan tot het op te lossen probleem, zonder op andere plekken even grote (of grotere) problemen te veroorzaken.

Ad 2. Rechtszekerheid/duidelijkheid en bestendigheid

Een van de hierboven geformuleerde doelen is dat een maatregel bijdraagt aan het vergroten van de duidelijkheid. Zowel opdrachtnemers/werknemers als opdrachtgevers/werkgevers wensen zoveel mogelijk zekerheid (vooraf) te krijgen over de kwalificatie van de arbeidsrelatie. In het verlengde hiervan ligt de vraag welk effect een variant heeft op de regeldruk voor burgers, bedrijven en de overheid.

Daarnaast is van belang of een variant een stabiel en bestendig systeem oplevert. Een oplossing waarvan verwacht kan worden dat die op korte termijn leidt tot politieke discussie en nieuwe beleidswijzigingen, heeft negatieve consequenties voor de rechtszekerheid op lange termijn.

Ad 3. Bescherming voor de werkende en gelijk speelveld voor de opdrachtgevers

Per oplossingsrichting wordt beschreven wat de effecten ervan zijn voor het bereik van de dienstbetrekking (welke groepen vallen eronder en welke niet). Per oplossingsrichting zal naar de gevolgen voor de bescherming van de werknemers gekeken worden. Hierbij wordt ook de vraag meegenomen in hoeverre het gelijke speelveld voor opdrachtgevers/werkgevers (voorkomen van oneigenlijke loonkostenconcurrentie) wordt geborgd.

Ad 4. Effecten op de arbeidsmarkt en economie

Oplossingsrichtingen kunnen ook effect hebben op de (loon)kosten van werk/opdrachtgevers. Het geven van een opt-out, of het insluiten van bepaalde groepen in een dienstverband zorgt immers voor lagere of hogere kosten voor een werk-/opdrachtgever. Deels zullen deze hogere/lagere kosten bij de werkende terecht komen, maar deels kan het ook effect hebben op de werkgelegenheid en de balans tussen werknemers en zelfstandigen. Ook wordt gekeken naar de effecten op het ondernemersklimaat, waaronder het aantal zelfstandigen en de regeldruk.

Ad 5. Budgettaire effecten

Als door maatregelen meer of minder groepen onder de werknemersverzekeringen vallen leidt dit tot hogere of lagere premie-inkomsten en uitgaven (uitkeringen). Wat het netto-effect van maatregelen is, hangt af van het (mogelijke) beroep van desbetreffende groepen op de regelingen.

⁸⁰ In het vierde kwartaal van 2016 waren er 1,046 miljoen zzp'ers waarvan het zzp-schap de eerste werkkring was. Bron: CBS Statline.

Hoofdstuk 5 Beleidsvarianten

In dit hoofdstuk wordt een aantal mogelijke maatregelen geschetst die zien op de verschillende elementen uit de in hoofdstuk 1 geformuleerde hoofdvraag.

In de volgende subparagrafen wordt een aantal varianten beschreven aan de hand van het toetsingskader dat in het vorige hoofdstuk is gepresenteerd. Hoewel de maatregelen afzonderlijk worden beschreven, is het uiteraard mogelijk om bepaalde varianten in samenhang in te voeren. De politiek kan kiezen uit deze varianten maar kan ook verschillende varianten combineren om enerzijds duidelijkheid te bieden en anderzijds de maatschappelijke aanvaarding van de uitkomst te vergroten. Omdat de gewenste balans hierin ambtelijk lastig is te bepalen, is hierop verder niet voorgesorteerd.

Het hoofdstuk valt uiteen in twee delen. In het eerste deel worden varianten gepresenteerd die zien op de uitvoering/handhaving en geen wijziging van de wettelijke criteria vereisen. Het gaat om de volgende varianten:

- Variant A: Overgaan tot handhaven (nuloptie)
- Variant B: Oordeel over de status van een arbeidsrelatie (OSA)
- Variant C: Criteria voor het mogen gebruiken van een modelovereenkomst (variant-Boot)
- Variant D: Rechtsvermoeden voor het ontbreken van een dienstbetrekking

De varianten A t/m D richten zich op de handhaving door de Belastingdienst. Daarmee wordt bedoeld op de wijze waarop de Belastingdienst beoordeelt of de opdrachtgever/werkgever wel of geen loonbelasting of premies werknemersverzekeringen (en inkomensafhankelijke premie Zorgverzekeringswet) moet afdragen. Deze maatregelen richten zich op het vergroten van rechtszekerheid voor partijen en/of op een verbetering van de handhaafbaarheid.

In het tweede deel worden varianten gepresenteerd die een wijziging van de wettelijke criteria vereisen. Het gaat om de volgende varianten:

- Variant E: Nadere invulling van het criterium 'persoonlijk verrichten van arbeid'
- Variant F: Fictieve dienstbetrekking met uitzondering voor ondernemers
- Variant G: Sectorale eis van arbeidsovereenkomst
- Variant H: Opt-out van de loonheffingen en de werknemersverzekeringen
- Variant I: Ondernemersverklaring voor een selectieve groep ondernemers
- Variant J: Gelijke beloning opdrachtnemers en werknemers

De varianten E t/m J omvatten een wijziging in de achterliggende criteria. Daarbij moest een keuze worden gemaakt. Ofwel de civielrechtelijke definitie van de arbeidsovereenkomst kan worden aangepast (die dan doorwerkt in het bereik van de loonbelasting en de werknemersverzekeringen), ofwel de civiele definitie kan intact blijven en uitsluitend het bereik van de werknemersverzekeringen en de loonbelasting wordt aangepast.

Bij het uitwerken van de varianten is er in beginsel voor gekozen om het bereik van de loonbelasting en werknemersverzekeringen als aangrijpingspunt te hanteren. De varianten strekken zich dus niet uit tot de civiele definitie van de arbeidsovereenkomst in het BW.⁸¹ De

⁸¹ Uitzondering is variant G, die ertoe strekt een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde sectoren of beroepen verplicht te stellen. Reden hiervoor is dat daarmee wordt aangesloten bij een bestaande systematiek (in de post en het wegvervoer) die ook betrekking heeft op de civielrechtelijke arbeidsovereenkomst.

problematiek rond de Wet DBA – in relatie tot de gezagsverhouding en de vrije vervanging – is ontstaan bij de loon- en premieheffing, en het is dus ook logisch dat beleidsvarianten op dat domein betrekking hebben. Een aanvullend argument hiervoor is dat een massaal bestuursrechtelijk proces als de loonheffing gebaat is bij heldere, duidelijke normen, waar bij de arbeidsovereenkomst als zodanig (een civielrechtelijke overeenkomst tussen twee partijen) meer ruimte is voor maatwerk en interpretatie door de rechter.

Als nadeel van deze keuze kan worden benoemd dat de civiele definitie en het bereik van loonbelasting en werknemersverzekeringen (verder) uiteen kunnen gaan lopen. Dit is op zichzelf niet ongebruikelijk in het huidige stelsel (zie hoofdstuk 2), maar het kan in bepaalde gevallen tot tegengestelde uitkomsten bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie leiden.

I. Varianten die zien op de uitvoering/handhaving

In deze paragraaf worden achtereenvolgens de volgende varianten beschreven:

- Variant A: Overgaan tot handhaven (nuloptie)
- Variant B: Oordeel over de status van een arbeidsrelatie (OSA)
- Variant C: Criteria voor het mogen gebruiken van een modelovereenkomst (variant-Boot)
- Variant D: Rechtsvermoeden voor het ontbreken van een dienstbetrekking

Variante A: Overgaan tot handhaven (nuloptie)

Deze variant houdt in dat de handhaving met ingang van 1 januari 2018 volledig ingaat, waarbij een deel van de aanbevelingen van de Commissie Boot wordt overgenomen (zoals toegezegd in de tweede voortgangsrapportage over de Wet DBA). Het is daarmee te beschouwen als een 'nuloptie', waartegen de andere varianten kunnen worden afgezet.

Reikwijdte/doel maatregel

Bij deze optie vervalt de huidige opschorting van de handhaving – waarbij enkel wordt gehandhaafd wanneer er sprake is van kwaadwillendheid. Hiermee wordt de ongewenste situatie beëindigd dat er in bepaalde gevallen geen premies hoeven te worden voldaan, ook als de werkende wel aanspraak kan maken op werknemersverzekeringen. Ondanks de opschorting van de handhaving, heeft een deel van de opdrachtgevers de afgelopen tijd hun verantwoordelijkheid genomen en hun arbeidsrelaties beoordeeld en waar nodig aangepast. Door de handhaving vanaf 2018 ter hand te nemen kan een stap worden gezet naar het realiseren van de kerndoelstellingen van de Wet DBA, te weten het herstel van de balans in verantwoordelijkheid tussen opdrachtnemer en opdrachtgever en daarmee het verbeteren van de handhaving op schijnzelfstandigheid.

Beschrijving/juridische vormgeving

In deze 'nuloptie' blijven de definitie van de arbeidsovereenkomst en de werkingssfeer van de werknemersverzekeringen en loonbelasting zoals ze nu zijn. Vanaf 1 januari 2018 gaat de Belastingdienst over de gehele linie handhavend optreden.

In de tweede voortgangsrapportage over de Wet DBA is toegezegd om een aantal aanbevelingen van de Commissie Boot (deels) over te nemen, waaronder:

- het creëren van meer duidelijkheid over de vraag wanneer geen modelovereenkomsten nodig zijn;
- het schrijven van een bijsluiter voor de algemene modelovereenkomsten om duidelijk te maken in welke gevallen ze kunnen worden toegepast;
- het vaststellen van een beleidsbesluit;
- het verlengen van de implementatietermijn tot 1 januari 2018.

Vaak zijn modelovereenkomsten niet nodig, omdat er geen twijfel is over de kwalificatie van een arbeidsrelatie. In de praktijk komt het nu echter voor dat zelfs opdrachtgevers die nooit met een VAR hebben gewerkt, denken dat een modelovereenkomst nodig is, terwijl de Wet DBA geen verandering heeft gebracht in hun situatie. Op dit gebied kan er niet genoeg voorlichting worden gegeven.

Volgens de Commissie Boot is er nog onduidelijkheid over de toetsing achteraf (de beoordeling of er inderdaad volgens de modelovereenkomst is gewerkt). Door het vaststellen van een beleidsbesluit kan hier de komende tijd meer duidelijkheid en zekerheid over worden geboden.

Randvoorwaarden

1. Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid

Het hervatten van de handhaving is per 1 januari 2018 uitvoerbaar voor de Belastingdienst en draagt bij aan de handhaving op schijnzelfstandigheid. De maatregel leidt tot een verhoging van de uitvoeringskosten ten opzichte van de huidige situatie waarin de handhaving is opgeschort, behoudens situaties waarin er sprake is van kwaadwillendheid. De handhaving op schijnzelfstandigheid verbetert ten opzichte van de huidige situatie.

2. Overeenstemming met internationaal en Europees recht

Deze maatregel is in overeenstemming met internationaal en Europees recht.

Effecten

1. Proportionaliteit en effectiviteit

Op de problemen zoals geschetst in Hoofdstuk 1, heeft deze variant geen effect.

Met deze variant wordt wel voorkomen dat een grotere groep werkenden, met name diegenen die in dienstbetrekking werken en waarvoor de regels op het moment helder zijn of niet tot problemen leiden, worden geconfronteerd met een nieuw wettelijk kader.

2. Rechtszekerheid/duidelijkheid en bestendigheid

Het grijze gebied tussen werknemerschap en zelfstandigheid blijft bestaan. Door het gevolg geven aan de genoemde aanbevelingen van de Commissie Boot kan de onzekerheid worden verminderd.

3. Gelijk speelveld/bescherming werkende

Oneerlijke concurrentie door het inhuren van schijnzelfstandigen kan worden tegengegaan door het starten van de handhaving. Dit bevordert een gelijk speelveld. Er is geen wijziging in het bereik van de dienstbetrekking.

4. Effecten op de arbeidsmarkt en economie

Een deel van de opdrachtgevers heeft – ondanks het huidige handhavingmoratorium – hun werkwijze aangepast om te voldoen aan de regelgeving (*compliance*). Hervatten van de handhaving heeft voor deze groep geen consequenties. Voor het deel van de opdrachtgevers en opdrachtnemers waarbij de werkwijze niet in overeenstemming is met de huidige regelgeving, betekent het overgaan tot handhaving dat zij de vormgeving van hun arbeidsrelatie moeten aanpassen aan de bestaande regelgeving. Het effect op de werkgelegenheid is naar verwachting nihil of beperkt.

Betere informatievoorziening kan door vermindering van onzekerheid positief bijdragen aan het ondernemersklimaat. Dit kan leiden tot minder terughoudendheid bij het verlenen van opdrachten aan zelfstandigen.

5. Budgettaire effecten

Geen.

6. Aandachtspunten voor verdere uitwerking

Geen.

Variant B: Oordeel over de status van een arbeidsrelatie (OSA)

Een oordeel over de status van een arbeidsrelatie (OSA) waarmee opdrachtgevers na het digitaal invullen van enkele vragen duidelijkheid kunnen krijgen over de kwalificatie van hun arbeidsrelaties. De OSA is bedoeld om gevallen te identificeren waarin evident sprake is van arbeid binnen of buiten een arbeidsovereenkomst.

Reikwijdte/doel maatregel

In de aanloop naar de inwerkingtreding van de Wet DBA is veel energie gestoken in voorlichting. Gebleken is echter dat de impact van de Wet DBA groter is dan verwacht, waardoor onjuiste voorstellingen over de wet blijven bestaan, hetgeen een overreactie kan hebben veroorzaakt. Een bijzonder aandachtspunt hierbij is dat het zwaartepunt bij de beoordeling is verschoven van opdrachtnemer naar opdrachtgever. Voor beide partijen is dit wettelijk. In het bijzonder voor opdrachtgevers is de overgang vanuit de VAR-systematiek groot en abrupt. Zij dragen nu immers verantwoordelijkheid voor het beoordelen van de arbeidsrelatie, waar voorheen een vrijwaring gold. Het ligt dan ook in de rede om in de voorlichting het zwaartepunt te leggen bij de opdrachtgever. Een oordeel over de status van een arbeidsrelatie kan de zekerheid vooraf vergroten. Hierdoor zullen opdrachtgevers mogelijk minder huiverig worden om zzp'ers in te huren (met uitzondering van situaties waar sprake is van schijnzelfstandigheid).

Voor de goede orde is opgemerkt dat deze maatregel uitsluitend ziet op het op heldere wijze presenteren van het beoordelingskader dat door de Belastingdienst wordt gehanteerd. Hoewel een dergelijke presentatie noodzakelijkerwijs altijd enige vergroving met zich meebrengt, is het doel van deze maatregel niet om het aantal criteria bij de toetsing vooraf door de Belastingdienst te beperken. Dit komt aan de orde in varianten C en D. Ook richt deze variant zich niet op eventuele ervaren ongewenstheid van de uitkomst van de beoordeling, zoals in hoofdstuk 3 beschreven.

Beschrijving/juridische vormgeving

Gedacht kan worden aan de webmodule zoals die in het Verenigd Koninkrijk wordt gehanteerd: de Employment Status Indicator (ESI).⁸² Hiermee kunnen opdrachtgevers via het invullen van een aantal vragen een kwalificatie krijgen van hun arbeidsrelaties en hier rechtszekerheid aan ontleen, zolang de praktijk overeenkomt met wat men heeft ingevuld. Deze systematiek vertoont gelijkenis met de systematiek die werd voorgesteld in het wetsvoorstel Beschikking geen loonheffingen (BGL), maar de OSA verschilt op twee cruciale punten van de eerdere voorstellen rond de BGL:

- Ten eerste zou de webmodule voor de BGL worden ingevuld door de opdrachtnemer en zou de BGL vervolgens door de opdrachtgever worden gecontroleerd, terwijl een OSA naar Brits model uitgaat van invullen door de opdrachtgever. Dit biedt tevens de mogelijkheid voor opdrachtgevers om voor meerdere relaties tegelijk zekerheid te krijgen waardoor een van de grootste bezwaren tegen de BGL wordt ondervangen. De opdrachtgever hoeft namelijk niet de BGL van elke opdrachtnemer te controleren; de opdrachtgever kan volstaan met één OSA voor al zijn opdrachtnemers. Overigens kan de OSA ook door de opdrachtnemer worden ingevuld om een indicatie te krijgen van de kwalificatie van de arbeidsrelatie, maar de opdrachtgever kan alleen zekerheid ontleen aan de uitkomst van de OSA als hij zelf de vragen beantwoordt.
- Ten tweede is de regelgeving rond fictieve dienstbetrekkingen met de invoering van de Wet DBA aangepast. Door de aanpassingen hoeft in de meeste gevallen geen toets meer plaats te vinden op ondernemerschap (om toepasselijkheid van de fictieve dienstbetrekkingen uit te sluiten). De vragenlijst van de OSA zou daardoor in vergelijking met de situatie tijdens het wetsvoorstel BGL aanzienlijk korter kunnen uitvallen.

⁸² <https://www.gov.uk/guidance/check-employment-status-for-tax>.

Bij een klein aantal sectorspecifieke fictieve dienstbetrekkingen⁸³ is nog steeds een toets op ondernemerschap noodzakelijk. In de modelovereenkomsten waarin dit een rol speelt, hanteert de Belastingdienst een vrij lichte ondernemerstoets die gebaseerd is op informatie die bij elke opdrachtgever bekend is of op eenvoudige wijze bekend kan worden. Een vergelijkbare lichte ondernemerstoets zou voor dit beperkte aantal gevallen in de OSA kunnen worden opgenomen. Via een beslisboom kan ervoor gezorgd worden dat alleen de opdrachtgevers waarvoor de betreffende vragen relevant zijn deze vragen hoeven te beantwoorden.

Het ligt voor de hand dat de OSA op termijn de modelovereenkomsten zal vervangen. Wel blijft voor partijen altijd de mogelijkheid bestaan om individuele overeenkomsten voor te leggen voor gevallen waarin dit systeem niet de gewenste duidelijkheid geeft (dus voor het zogenoemde grijze gebied).

Net als bij de modelovereenkomsten is het niet nodig om een wettelijke basis te creëren voor de OSA. Indien de Belastingdienst aangeeft dat de uitkomst van de OSA leidend is, als daaruit volgt dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, dan kunnen opdrachtgevers op grond van het vertrouwensbeginsel daar zekerheid aan ontleen. Dan wordt dus niet met terugwerkende kracht gehandhaafd als conform de opgegeven omstandigheden wordt gewerkt. Deze zekerheid geldt alleen ten aanzien van de handhaving op de loonheffingen en niet voor het civiele kader. De civielrechtelijke beoordeling van de arbeidsrelatie blijft in laatste instantie aan de rechter. Een oordeel van de Belastingdienst kan immers geen invloed hebben op de rechten en plichten van twee civiele partijen ten opzichte van elkaar. Ook zal het oordeel van de OSA geen gevolgen hebben voor het al dan niet recht hebben op een uitkering op grond van de werknemersverzekeringen, met dien verstande dat er in principe geen dienstbetrekking en dus geen verzekeringsplicht zou moeten zijn als de OSA oordeelt dat er geen dienstbetrekking is. Indien de OSA net zoals de VAR en de BGL de kring van verzekerden voor de werknemersverzekeringen zou beperken, dan is een wetswijziging vereist.

Randvoorwaarden

1. Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid

Ten opzichte van de DBA-systematiek treden geen wijzigingen op in de handhaafbaarheid. Introductie van de OSA vergt het ontwerpen van een vragenlijst (waarbij deels kan worden aangesloten bij de vragen uit de ESI-tool uit het VK en deels bij de vragen uit de webmodule voor de BGL) en het inrichten van het online platform en de beslisboom.

De ontwikkeling en bouw van de online tool is zeer complex en leidt tot hoge uitvoeringskosten voor de Belastingdienst en duurt minimaal 12 maanden. Het ontwikkelen van een beslisboom voor de online tool is zeer complex en is eenmaal gebouwd zeer moeilijk of niet meer aan te passen. Een aanpassing van de beslisboom kan alleen tegen hoge uitvoeringskosten plaatsvinden. De hoogte van de uitvoeringskosten is afhankelijk van de functionaliteiten die ingebouwd moeten worden, zoals de mogelijkheid voor de Belastingdienst om toezicht te kunnen uitoefenen door inzage te krijgen in de gegevens die zijn ingevuld en de uitkomsten, en een digitale machtigingsvoorziening voor belastingconsulenten.

2. Overeenstemming met internationaal en Europees recht

De variant is in overeenstemming met internationaal en Europees recht.

⁸³ Het gaat om de fictieve dienstbetrekking voor aannemers van werk, de fictieve dienstbetrekking voor uitzendkrachten en de fictieve dienstbetrekking voor sekswerkers.

Effecten

1. Proportionaliteit en effectiviteit

Deze variant vereist geen aanpassing van toetsingscriteria en heeft dus geen neveneffecten in die zin, en omdat de maatregel heel gericht is, is deze proportioneel. De maatregel grijpt aan op het probleem van de rechtsonzekerheid en kan effectief zijn om duidelijkheid te geven voor evidente gevallen van werken binnen of buiten arbeidsovereenkomst. De OSA zal het grijze gebied wellicht verkleinen maar niet weg kunnen nemen.

2. Rechtszekerheid/duidelijkheid en bestendigheid

Met een OSA kan geen absolute zekerheid vooraf worden verkregen. Er zal immers altijd achteraf moeten worden getoetst of de daadwerkelijke uitvoering van de arbeidsrelatie in overeenstemming is met de ingevulde vragenlijst. Wel kan deze tool bijdragen aan het helderder maken van de regelgeving.

Bij de uitkomst 'in dienstbetrekking' bestaat de kans dat de kwalificatie achteraf toch 'geen dienstbetrekking' is. Omgekeerd geldt hetzelfde. Voor de heffingen kan gelden dat de uitkomst van de tool 'geen dienstbetrekking' leidend is en dat, mits de praktijk overeenkomt, erop vertrouwd mag worden dat er geen heffingen verschuldigd zijn. Maar voor de werknemersverzekeringen kan verzekeringsplicht niet ontzegd worden zonder nadere regelgeving. Worden de gevolgen voor de werknemersverzekeringen geregeld, dan kan de invulling door de opdrachtgever zich soms slecht verhouden met de gevolgen voor de opdrachtnemer.

3. Gelijk speelveld/bescherming werkende

Er is geen wijziging in het bereik van de dienstbetrekking.

4. Effecten op de arbeidsmarkt en economie

Deze beleids optie verandert de juridische scheidslijn tussen werknemers en zelfstandigen niet en heeft daarom naar verwachting geen of een beperkt effect op de verhouding tussen het aantal werknemers en zzp'ers. Het effect op de werkgelegenheid is naar verwachting nihil of beperkt.

Het geven van meer zekerheid kan positief bijdragen aan het ondernemersklimaat. Dit kan leiden tot minder terughoudendheid bij het verlenen van opdrachten aan zelfstandigen.

5. Budgettaire effecten

Incidenteel in verband met het ontwerpen van de OSA.

6. Aandachtspunten voor verdere uitwerking

Er zou kunnen worden gedacht aan een *review board* waarin ook externe deskundigen plaatshebben en die periodiek toetst of de vragenlijst nog in lijn is met de jurisprudentie.

Variante C: Criteria voor het mogen gebruiken van een modelovereenkomst (variant-Boot)

Partijen kunnen aan de hand van een beperkt aantal criteria bepalen of hun arbeidsrelatie zich leent voor het gebruiken van een modelovereenkomst. Op basis van de criteria kunnen partijen een eerste inschatting maken over het al dan niet bestaan van een dienstbetrekking. Alleen indien de criteria niet in de richting van een dienstbetrekking wijzen, kan gebruik worden gemaakt van de modelovereenkomsten. De criteria fungeren dus als toegangspoort voor de modelovereenkomsten. Indien de criteria niet in de richting van een dienstbetrekking wijzen en er tevens in overeenstemming met een modelovereenkomst wordt gewerkt, dan vindt geen naheffing plaats indien later blijkt dat er toch sprake was van een dienstbetrekking. Er is in dat geval alleen voor de toekomst een plicht tot het afdragen en voldoen van loonheffingen (toekomstgerichte handhaving).

Reikwijdte/doel maatregel

In het rapport van de Commissie Boot wordt een oplossingsrichting beschreven om de toets vooraf door de Belastingdienst en de toets achteraf door de civiele rechter om te bepalen of er al dan niet sprake is van een dienstbetrekking c.q. arbeidsovereenkomst dicht bij elkaar te brengen.⁸⁴

De Commissie Boot stelt voor dat partijen op basis van drie criteria een eerste inschatting maken of er al dan niet sprake is van een dienstbetrekking voor de loonheffingen. Indien deze criteria een indicatie opleveren dat niet wordt gewerkt op basis van een dienstbetrekking, kan gebruik worden gemaakt van een modelovereenkomst.

Indien de criteria niet in de richting van een dienstbetrekking wijzen en er tevens in overeenstemming met een modelovereenkomst wordt gewerkt, dan wordt er geen naheffing opgelegd als later bij handhaving uit (andere) omstandigheden blijkt dat er toch sprake is van een dienstbetrekking. Wel heeft de werkgever in dat geval voor de toekomst de plicht om loonheffingen af te dragen en te voldoen.

Voornaamste effect van deze variant is dat er zoveel mogelijk bij het civiele toetsingskader wordt aangesloten bij het geven van zekerheid vooraf op basis van de modelovereenkomsten. Ook is sneller duidelijk wanneer er waarschijnlijk sprake is van een dienstbetrekking. Deze variant leidt niet zonder meer tot volledige zekerheid over het ontbreken van een dienstbetrekking, omdat men naast het voldoen aan de criteria ook moet voldoen aan een modelovereenkomst.

Beschrijving/juridische vormgeving

Onderdeel drie criteria

In deze optie blijft de civielrechtelijke definitie van de arbeidsovereenkomst zoals zij is maar wordt in de handhaving van de loonheffingen gewerkt met drie criteria als toegangspoort voor het mogen gebruiken van de modelovereenkomsten. Deze worden opgenomen in de Wet op de loonbelasting 1964 en in de Wet financiering sociale verzekeringen. Deze criteria kunnen door opdrachtgevers en opdrachtnemers worden toegepast bij de toetsing vooraf of hun arbeidsrelatie zich leent voor het gebruiken van een modelovereenkomst. De criteria zijn:

- a. uurtarief (minimaal X);
- b. tijdsduur overeenkomst (maximaal X);
- c. kernactiviteiten/organisatorische inbedding.

Een hoger uurtarief van de opdrachtnemer dan in de betreffende branche voor een werknemer gebruikelijk is en een korte tijdsduur van de overeenkomst zijn beide criteria die er op wijzen dat er geen sprake is van een dienstbetrekking. Het uitoefenen van kernactiviteiten en/of het organisatorisch ingebed zijn van de werkzaamheden is een indicator voor de aanwezigheid van een dienstbetrekking.

⁸⁴ Zie rapport Commissie-Boot, p. 31-32.

De criteria worden in onderlinge samenhang beoordeeld. Gedacht kan worden aan de weging van de criteria door middel van een puntensysteem. Ze zijn niet cumulatief. Als het merendeel/zwaartepunt van de criteria wijst op 'geen dienstbetrekking' dan kan van een modelovereenkomst gebruik worden gemaakt en hoeven – indien men ook in de praktijk werkt conform de modelovereenkomst – geen loonheffingen en premies te worden afgedragen. Het gaat om het merendeel/zwaartepunt: het is niet nodig dat aan alle criteria wordt voldaan. Als het merendeel/zwaartepunt van de criteria wijst op een dienstbetrekking, dan kan men (dus) geen zekerheid ontlenen aan het gebruik van een modelovereenkomst.

Onderdeel 'toekomstgericht handhaven'

Indien de criteria erop wijzen dat er waarschijnlijk geen dienstbetrekking is en er bovendien in overeenstemming met een modelovereenkomst wordt gewerkt, is de kans klein dat er toch (volgens de holistische benadering uit het civiele recht) sprake is van een dienstbetrekking. Het is echter niet helemaal uit te sluiten. Voor het geval er toch sprake is van een dienstbetrekking wordt, gelet op het vertrouwensbeginsel als onderdeel van deze maatregel, voorgesteld om 'toekomstgericht handhaven' toe te passen. Toekomstgericht handhaven zou op twee verschillende manieren kunnen worden vormgegeven.

Variant a: géén naheffing voor loonbelasting, premie volksverzekeringen, premies werknemersverzekeringen en inkomensafhankelijke bijdrage voor de Zorgverzekeringswet (tenzij niet conform de criteria en de modelovereenkomst wordt gewerkt)

Als de criteria in de richting wijzen dat er geen dienstbetrekking is en er bovendien in overeenstemming met een modelovereenkomst is gewerkt, dan zal bij handhaving géén naheffing kunnen plaatsvinden. Ook niet als er feitelijk toch sprake is van een dienstbetrekking. In dat geval wordt de werkgever wel voor de toekomst verplicht om bij het ongewijzigd laten van de arbeidsrelatie loonheffingen af te dragen en te voldoen. Dit betekent dat partijen hun gedrag voor de toekomst nog kunnen aanpassen.

Variant b: géén naheffing loonbelasting en premie volksverzekeringen (tenzij niet conform de criteria en de modelovereenkomst wordt gewerkt)

Een variant op suboptie a is dat er wel naheffing plaatsvindt over het verleden, maar dat deze naheffing beperkt is tot de premies werknemersverzekeringen en de inkomensafhankelijke bijdrage voor de Zorgverzekeringswet. Voor de loonheffing wordt geen naheffing gedaan. Dit, omdat ook via de inkomensheffing belasting en premie volksverzekeringen kunnen worden geheven. Hierbij gelden dezelfde voorwaarden als bij suboptie a (er moet wel volgens de criteria en volgens de modelovereenkomst zijn gewerkt).

Omkering bewijslast

Om de handhaafbaarheid te vergroten, kan wettelijk worden geregeld dat via een gedeeltelijke omkering van bewijslast de Belastingdienst kan volstaan met het aannemelijk maken dat niet is voldaan aan de drie criteria. De opdrachtgever kan vervolgens tegenbewijs leveren.

Randvoorwaarden

1. Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid

Het stellen van harde grenzen aan het uurtarief (criterium a) of aan de duur van de overeenkomst (criterium b) heeft het risico in zich van omzeiling. Het betreft immers binaire grenzen waarnaar partijen zich in hun overeenkomst eenvoudig kunnen richten. Om te kunnen handhaven zal de Belastingdienst – voor zover criterium b en c niet al voldoende de doorslag geven – moeten toetsen hoeveel uren iemand feitelijk werkt en zal de Belastingdienst lumpsum- en stuksprizen moeten omrekenen naar uurtarieven. De ervaringen met het bestuurlijk handhaven van de Wet op het minimumloon, waar soortgelijke kwesties spelen, laten zien dat dit tijdrovend en intensief is. Er

kan een absoluut uurtarief worden gehanteerd (een vast bedrag) of een relatief uurtarief dat afhankelijk is van de gebruikelijke beloning van werknemers. In dat laatste geval, zal moeten worden nagegaan wat het gebruikelijke uurtarief is van een werknemer in een bepaalde branche en functie om te kunnen vaststellen dat sprake is van een hoger tarief dan het gebruikelijke tarief. Het vaststellen van het gebruikelijke uurtarief kan bijvoorbeeld aan de hand van een cao.

Voor criterium b zal een regeling moeten worden getroffen voor elkaar opvolgende perioden van het verrichten van werkzaamheden voor eenzelfde opdrachtgever om omzeiling te voorkomen. Tevens zal moeten worden voorkomen dat één en dezelfde opdrachtnemer via bijvoorbeeld verschillende BV's bij dezelfde opdrachtgever voor langere tijd werkzaamheden verricht zonder dat dit tot de conclusie 'dienstbetrekking' leidt.

De maatregel is uitvoerbaar, maar lastig handhaafbaar door de Belastingdienst, omdat moet worden beoordeeld of conform de modelovereenkomst is gewerkt en of de drie indicatoren goed zijn gehanteerd. De handhaafbaarheid is onder andere afhankelijk van de precieze invulling van de criteria (wordt er bijvoorbeeld gekozen voor een absoluut of voor een relatief uurtarief). Het criterium 'kernactiviteiten' is niet eenvoudig en eenduidig (niet binair) wat de handhaving lastiger maakt.

2. Overeenstemming met internationaal en Europees recht

De variant is in overeenstemming met internationaal en Europees recht.

Effecten

1. Proportionaliteit en effectiviteit

Doel van deze variant is het realiseren van rechtszekerheid als het gaat om de loonheffingen. Dat doel wordt in behoorlijke mate bereikt, namelijk in de situatie waarin in de weging van de drie criteria kan worden geconcludeerd dat er waarschijnlijk een dienstbetrekking is aangezien er dan snel duidelijkheid is. Voor mensen die buiten dienstbetrekking werken en willen werken met een (model)overeenkomst, betekent dit een extra toets voordat van de (model)overeenkomst gebruik kan worden gemaakt. Afhankelijk van de omstandigheden kan dit als disproportioneel worden gezien.

Voor variant b bij 'toekomstgericht handhaven' geldt dat de maatregel naar verwachting minder effectief is, omdat een risico op naheffing van werknemerspremies in deze variant blijft bestaan met mogelijke gedragseffecten tot gevolg.

2. Rechtszekerheid/duidelijkheid en bestendigheid

De criteria hoog uurtarief en een korte duur van de overeenkomst zijn binaire grenzen die in het algemeen duidelijker zullen zijn voor opdrachtgevers en opdrachtnemers dan een 'open norm' zoals de gezagsverhouding. Hierbij moet worden aangetekend dat deze criteria in veel gevallen ook geen volledige duidelijkheid zullen geven. Het zal bijvoorbeeld niet altijd van te voren al duidelijk zijn hoeveel uur een opdrachtnemer aan een bepaalde klus gaat werken, terwijl er wel al van te voren een prijs kan zijn afgesproken voor de klus. Daarnaast geldt dat een absoluut uurtarief duidelijker zal zijn dan een relatief uurtarief. Indien bijvoorbeeld wordt gekozen voor een uurtarief dat minimaal 170% van het cao-loon is, dan kan onduidelijk zijn welke functie in een cao (het meest) van toepassing is op de betreffende opdrachtnemer. Verder is van belang dat binaire grenzen in principe niet goed aansluiten bij maatschappelijke opvattingen en de complexe realiteit en dus weerstand oproepen. Voor een bestendig systeem is het dan ook noodzakelijk dat de precieze grenzen die de Belastingdienst gaat hanteren qua duur en tarief, ofwel op enige wijze objectief zijn gemotiveerd, ofwel logisch samenvallen met bestaande grenzen. Als dat niet het geval is (en de grenzen dus in enige mate arbitrair zijn) zal er altijd discussie blijven over de rechtvaardigheid hiervan. Dit komt de bestendigheid en rechtszekerheid op termijn niet ten goede. Het criterium of er sprake is van het ontbreken van kernactiviteiten of organisatorische inbedding

(criterium c), is niet eenduidig omdat het een 'open norm' is (net zoals de gezagsverhouding). Het is echter geen nieuw criterium, maar een criterium dat al bekend is in de jurisprudentie over dienstbetrekkingen.

Er zal minder vaak dan nu het geval is een discrepantie zijn tussen het oordeel van de Belastingdienst over het al dan niet bestaan van een dienstbetrekking en het oordeel van de civiele rechter over het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst.

3. Gelijk speelveld/bescherming werkende

De optie is beperkt tot het hanteren van criteria in de handhaving door de Belastingdienst (en laat het civielrechtelijke toetsingskader ongewijzigd). Er kan sprake zijn van een eventueel direct effect voor (aanneمة van) een verzekeringsplicht als niet aan de criteria wordt voldaan. Het kan verder tot gevolg hebben dat de uitkomsten tot het gedragseffect leiden dat – daar waar voorheen een overeenkomst van opdracht werd gesloten – vaker wordt gekozen voor een arbeidsovereenkomst (indirect gedragseffect).

Het criterium van de duur van de overeenkomst (criterium b) heeft als nadeel dat de duur van de overeenkomst op zichzelf al een uitkomst is van de onderhandelingen tussen partijen waarbij de onderhandelingspositie van partijen een rol heeft gespeeld. Een opdrachtnemer met een slechtere onderhandelingspositie (onderkant arbeidsmarkt) kan mogelijk slechts een overeenkomst van korte duur uitonderhandelen. In dat geval kan het onwenselijk zijn om aan een kortere duur van de overeenkomst de conclusie te verbinden dat dit een indicatie is voor het ontbreken van een dienstbetrekking.

4. Effecten op de arbeidsmarkt en economie

Deze beleidsoptie leidt er mogelijk toe dat er relatief vaker op basis van een dienstbetrekking gewerkt wordt, omdat duidelijker wordt wanneer er sprake is van een dienstbetrekking. In dat geval zal er dus relatief minder vaak als zelfstandige gewerkt worden. Het effect op de werkgelegenheid is naar verwachting nihil of beperkt.

Het hanteren van de criteria voor het mogen gebruiken van een modelovereenkomst leidt mogelijk tot gedragseffecten met betrekking tot de tarieven en contractduur.

5. Budgettaire effecten

Indien de maatregel ertoe leidt dat het aantal zelfstandigen afneemt, kan dit het budgettaire beslag van de ondernemersfaciliteiten verminderen.

6. Aandachtspunten voor verdere uitwerking

Belangrijk aandachtspunt bij een eventuele verdere uitwerking van deze maatregel is het voorkomen van omzeiling (zie onder handhaafbaarheid). Verder zou aandacht kunnen worden besteed aan een verduidelijking/concretisering van de indicator kernactiviteiten/organisatorische inbedding.

Variant D: Rechtsvermoeden voor het ontbreken van een dienstbetrekking

Partijen kunnen aan de hand van een beperkt aantal criteria bepalen of het rechtsvermoeden dat geen sprake is van een dienstbetrekking, van toepassing is. De criteria worden dusdanig gesteld dat hier alleen de 'bovenkant' van de arbeidsmarkt onder valt. Het doel is om in ieder geval de evidente gevallen van het ontbreken van een dienstbetrekking te vatten en in die situaties partijen vooraf de zekerheid te verschaffen dat er niet met terugwerkende kracht zal worden gehandhaafd. Het rechtsvermoeden zal zijn gebaseerd op drie criteria en niet op de holistische benadering. Er kan dan ook niet worden uitgesloten dat er in strijd met het rechtsvermoeden toch sprake zal zijn van een dienstbetrekking. In dat geval vindt geen naheffing plaats (tenzij niet is gewerkt conform de drie criteria). Er is in dat geval alleen voor de toekomst een plicht tot het afdragen en voldoen van loonheffingen (toekomstgerichte handhaving).

Voor de wijze waarop wordt omgegaan met gevallen waarin niet is voldaan aan deze criteria, zijn verschillende opties mogelijk ((aangepaste) modelovereenkomsten, OSA).

Reikwijdte/doel maatregel

Doel van deze variant is om eenvoudig voor de 'bovenkant' te komen tot de zekerheid dat er niet met terugwerkende kracht zal worden gehandhaafd. Bij de loonheffingen kan omwille van de rechtszekerheid het aantal relevante omstandigheden waaraan wordt getoetst bij de beoordeling of er sprake is van een vermoeden dat er geen dienstbetrekking is, worden beperkt. Opdrachtgevers en opdrachtnemers hoeven dan in voorkomende gevallen niet meer de holistische benadering toe te passen, maar kunnen zich beperken tot het toetsen van de drie criteria. Deze criteria leveren cumulatief een rechtsvermoeden op dat er geen dienstbetrekking is voor de loonheffingen. Als later bij handhaving uit (andere) omstandigheden blijkt dat er toch sprake is van een dienstbetrekking, dan vindt er geen naheffing plaats (behoudens in het geval dat niet is gewerkt conform de criteria), maar is de werkgever slechts voor de toekomst verplicht tot het afdragen en voldoen van loonheffingen.

Deze variant reduceert de financiële risico's van opdrachtgevers voor de (naar verwachting) evidente gevallen van het ontbreken van een dienstbetrekking aan de bovenkant. Het aantal omstandigheden waaraan opdrachtgevers moeten toetsen, is hierin teruggebracht tot drie criteria die een rechtsvermoeden opleveren. Daarmee draagt de oplossing bij aan de rechtszekerheid bij deze groep en kan deze oplossing bijdragen aan het terugdringen van de mogelijke huiver bij opdrachtgevers om zzp'ers aan de bovenkant van de arbeidsmarkt in te huren.

Beschrijving/juridische vormgeving

Onderdeel drie criteria

In deze optie blijft de civielrechtelijke definitie van de arbeidsovereenkomst zoals zij is, maar wordt in de handhaving van de loonheffingen gewerkt met een rechtsvermoeden voor de afwezigheid van een dienstbetrekking. Dat vermoeden kan door opdrachtgevers/werkgevers en opdrachtnemers/werknemers worden toegepast bij de toetsing vooraf of er sprake is van een dienstbetrekking. Het vermoeden is gebaseerd op drie criteria (waarbij voor a en b nog nadere invulling noodzakelijk is), waaraan cumulatief moet zijn voldaan. Deze worden opgenomen in de Wet op de loonbelasting 1964 en in de Wet financiering sociale verzekeringen:

- a. hoog uurtarief (minimaal uurtarief X); en
- b. beperkte tijdsduur overeenkomst (maximaal X maanden); en
- c. ontbreken van kernactiviteiten/organisatorische inbedding.

Een beduidend hoger uurtarief van de opdrachtnemer dan in de betreffende branche voor een werknemer gebruikelijk is vormt een aanwijzing dat er geen sprake is van een dienstbetrekking. Een beperkte duur van de overeenkomst is op zichzelf geen goede indicator voor het duiden van de arbeidsrelatie, maar een korte duur in combinatie met een hoog uurtarief wijst op werken buiten

dienstbetrekking. Dat de werkzaamheden geen kernactiviteiten betreffen en de werkende niet organisatorisch is ingebed, is eveneens een indicatie dat de werkende niet onder gezag werkt en niet in een afhankelijkheidspositie van de opdrachtgever verkeert, wat – in samenhang met de andere criteria – het niet afdragen en voldoen van loonheffingen zou kunnen rechtvaardigen.

Dat aan de drie criteria wordt getoetst en feitelijk niet meer beoordeeld wordt of er daadwerkelijk sprake is van een dienstbetrekking (alleen achteraf), is in mindere mate problematisch nu het vermoeden voortvloeit uit een cumulatie van drie criteria. Pas als aan alle drie de criteria is voldaan bestaat het rechtsvermoeden van het ontbreken van een dienstbetrekking. Als de drie criteria allemaal wijzen in de richting 'geen dienstbetrekking', dan is de kans groot dat er ook daadwerkelijk geen sprake zal zijn van een dienstbetrekking. Maar dit zal niet in alle gevallen zo zijn. Op dit moment zijn partijen wettelijk verplicht om te toetsen of er sprake is van een dienstbetrekking. Indien partijen voortaan zouden mogen volstaan met een toets aan de hiervoor genoemde drie criteria, dan is wetswijziging nodig van zowel de Wet op de loonbelasting 1964 als de Wet financiering sociale verzekeringen.

Onderdeel 'toekomstgericht handhaven'

Een volledige toets aan de definitie van de arbeidsovereenkomst (in het bijzonder: de gezagsverhouding) kan leiden tot een andere uitkomst dan de bovengenoemde toetsing aan het beperkte aantal van drie criteria. Gelet op het vertrouwensbeginsel wordt als onderdeel van deze maatregel voorgesteld om 'toekomstgericht handhaven' toe te passen. Toekomstgericht handhaven zou op twee verschillende manieren kunnen worden vormgegeven.

Variant a: géén naheffing voor alle vier de loonheffingen (loonbelasting, premie volksverzekeringen, premies werknemersverzekeringen en inkomensafhankelijke bijdrage Zvw), tenzij niet conform opgegeven criteria wordt gewerkt

Als eerst aan de hand van de criteria is geoordeeld dat er een vermoeden is dat geen sprake is van een dienstbetrekking, dan zal bij handhaving waarbij de Belastingdienst op grond van de feitelijke uitvoering van de arbeidsverhouding concludeert dat er wel een dienstbetrekking is, géén naheffing kunnen plaatsvinden. Dit betekent dat partijen hun gedrag voor de toekomst nog kunnen aanpassen. Als zij op dezelfde voet voort gaan is de werkgever uiteraard vanaf het oordeel van de Belastingdienst dat er een dienstbetrekking is, verplicht om loonheffingen af te dragen of te voldoen.

Indien het rechtsvermoeden niet van toepassing is, omdat aan één of meer criteria niet is voldaan, kan wel voor de loonheffingen worden nageheven als daarbij wordt geconcludeerd dat er een dienstbetrekking is.

Variant b: géén naheffing voor loonbelasting en premie volksverzekeringen, tenzij niet conform opgegeven criteria wordt gewerkt

Een variant op suboptie a is dat er wel naheffing plaatsvindt over het verleden, maar deze naheffing is beperkt tot de premies werknemersverzekeringen en de inkomensafhankelijke bijdrage Zvw. Dit kan een discrepantie tussen de uitkeringsplicht en hiervoor betaalde premies voorkomen. Voor de loonbelasting en premie volksverzekeringen vindt geen naheffing plaats, omdat ook via de inkomensheffing belasting en premie volksverzekeringen over het 'loon' kan zijn of worden geheven.

Indien het rechtsvermoeden niet van toepassing is, omdat aan één of meer criteria niet is voldaan (en daarbij dus wordt gewezen richting een dienstbetrekking) en daarbij wordt geconcludeerd dat er een dienstbetrekking is, kan wel voor de loonbelasting en premie volksverzekeringen worden nageheven.

Omkering bewijslast

Om de handhaafbaarheid te vergroten, kan wettelijk worden geregeld dat via een gedeeltelijke omkering van bewijslast de Belastingdienst kan volstaan met het aannemelijk maken dat niet is voldaan aan de drie criteria. De opdrachtgever kan vervolgens tegenbewijs leveren.

Randvoorwaarden

1. Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid

Drie criteria

Het stellen van een harde grens aan het uurtarief (criterium a) of aan de duur van de overeenkomst (criterium b) heeft het risico in zich van omzeiling. Het betreft immers binaire grenzen waarnaar partijen zich in hun overeenkomst eenvoudig kunnen richten. Om te kunnen handhaven zal de Belastingdienst moeten toetsen hoeveel uren iemand feitelijk werkt en zal de Belastingdienst lumpsum- en stuksprijzen moeten omrekenen naar uurtarieven. De ervaringen met het bestuurlijk handhaven van de Wet op het minimumloon, waar soortgelijke kwesties spelen, laten zien dat dit tijdrovend en intensief is. Er kan een absoluut uurtarief worden gehanteerd (een vast bedrag) of een relatief uurtarief dat afhankelijk is van de gebruikelijke beloning van werknemers. In dat laatste geval, zal moeten worden nagegaan wat het gebruikelijke uurtarief is van een werknemer in een bepaalde branche en functie om te kunnen vaststellen dat sprake is van een hoger tarief dan het gebruikelijke tarief. Het vaststellen van het gebruikelijke uurtarief kan bijvoorbeeld aan de hand van een cao.

Ook zal voor criterium b een regeling moeten worden getroffen voor elkaar opvolgende perioden van het verrichten van werkzaamheden voor eenzelfde opdrachtgever om omzeiling te voorkomen. Tevens zal moeten worden voorkomen dat één en dezelfde opdrachtnemer via bijvoorbeeld verschillende bv's bij dezelfde opdrachtgever voor langere tijd werkzaamheden verricht zonder dat dit tot de conclusie 'dienstbetrekking' leidt.

Toekomstgerichte handhaving

In deze variant kan voor een beperkte groep aan de 'bovenkant' zekerheid worden ontleend aan de drie criteria, zonder dat er tegelijkertijd volgens een modelovereenkomst wordt gewerkt (dit is het belangrijkste verschil met variant C). Het kan bij deze variant daarom ook voorkomen dat er toch sprake is van een dienstbetrekking, ondanks de zekerheid die partijen hebben ontleend aan de drie criteria. Bij toekomstgerichte handhaving zal in dat geval de werkgever verplicht worden om vanaf de handhavingsactie loonheffingen te gaan afdragen ofwel de arbeidsrelatie te wijzigen of te beëindigen. Zoals tijdens de VAR-systematiek is gebleken, leidt het tot veel maatschappelijke onrust als handhaving van de Belastingdienst niet resulteert in het heffen van belasting en premies, maar in het eindigen van arbeidsrelaties.

Voor variant b bij 'toekomstgericht handhaven' geldt dat de maatregel naar verwachting minder effectief is, omdat een risico op naheffing van werknemerspremies in deze variant blijft bestaan met mogelijke gedragseffecten tot gevolg.

Deze maatregel is uitvoerbaar en handhaafbaar voor de Belastingdienst onder voorwaarde dat de gehanteerde criteria duidelijk zijn. Dit is afhankelijk van de precieze invulling van de criteria (wordt er bijvoorbeeld gekozen voor een absoluut of voor een relatief uurtarief). Het criterium "kernactiviteiten" is niet eenvoudig en eenduidig (niet binair) wat de handhaving lastiger maakt.

2. Overeenstemming met internationaal en Europees recht

De variant is in overeenstemming met internationaal en Europees recht.

Effecten

1. Proportionaliteit en effectiviteit

Doel van deze variant is het realiseren van rechtszekerheid als het gaat om de loonheffingen ten aanzien van de inhuur van werkenden aan de 'bovenkant'. Afhankelijk van de nadere invulling van de criteria wordt dit doel in meerdere of mindere mate bereikt. Hoe strenger de criteria worden gemaakt, hoe minder arbeidsverhoudingen hieraan rechtszekerheid voor het ontbreken van een arbeidsovereenkomst kunnen ontleen. Hoe lossier de criteria, hoe meer arbeidsverhoudingen hieraan rechtszekerheid voor het ontbreken van een arbeidsovereenkomst kunnen ontleen, maar hoe groter de kans dat de grofmazigheid ertoe leidt dat ten onrechte wordt vermoed dat een dienstbetrekking ontbreekt. Dit kan navenante gevolgen hebben voor de financiële houdbaarheid van werknemersverzekeringen, nu de werkenden in het hogere segment netto-betalers zijn.⁸⁵ In gevallen waarin niet aan de criteria wordt voldaan kan er nog steeds onduidelijkheid bestaan over de vraag of sprake is van een dienstbetrekking.

2. Rechtszekerheid/duidelijkheid en bestendigheid

De criteria hoog uurtarief en een korte duur van de overeenkomst zijn binaire grenzen die in het algemeen duidelijker zullen zijn voor opdrachtgevers en opdrachtnemers dan een open norm zoals de gezagsverhouding. Hierbij moet worden aangetekend dat deze criteria in veel gevallen ook geen duidelijkheid zullen geven. Het zal bijvoorbeeld niet altijd van te voren al duidelijk zijn hoeveel uur een opdrachtnemer aan een bepaalde klus gaat werken, terwijl er wel al van te voren een prijs kan zijn afgesproken voor de klus. Daarnaast geldt dat een absoluut uurtarief duidelijker zal zijn dan een relatief uurtarief. Indien bijvoorbeeld wordt gekozen voor een uurtarief dat minimaal 170% van het cao-loon is, dan kan onduidelijk zijn welke functie in een cao (het meest) van toepassing is op de betreffende opdrachtnemer. Verder is van belang dat binaire grenzen in principe niet goed aansluiten bij maatschappelijke opvattingen en de complexe realiteit en dus weerstand oproepen (zie ook hoofdstuk 4). Voor een bestendig systeem is het dan ook noodzakelijk dat de precieze grenzen die de Belastingdienst gaat hanteren qua duur en tarief, ofwel op enige wijze objectief zijn gemotiveerd, ofwel logisch samenvallen met bestaande grenzen. Als dat niet het geval is (en de grenzen dus in enige mate arbitrair zijn) zal er altijd discussie blijven over de rechtvaardigheid hiervan. Dit komt de bestendigheid en rechtszekerheid op termijn niet ten goede. Het derde criterium, of er sprake is van het ontbreken van kernactiviteiten of organisatorische inbedding (criterium c), zal niet altijd eenduidig zijn omdat het een open norm is (net zoals de gezagsverhouding). Het is echter geen nieuw criterium, maar een criterium dat al bekend is in de jurisprudentie over dienstbetrekkingen. Desondanks doet het gebruik van dit criterium wel af aan de mate van duidelijkheid en zekerheid voor opdrachtgevers. Het is niet mogelijk om dit criterium weg te laten, omdat het bij een rechtsvermoeden dat uitsluitend is gebaseerd op tarief en duur van de overeenkomst te vaak zal voorkomen dat er in strijd met het rechtsvermoeden toch een dienstbetrekking bestaat.

Er kan zich een discrepantie voordoen tussen het oordeel op grond van de drie criteria voor het rechtsvermoeden enerzijds en het oordeel van de civiele rechter, waardoor de rechten en plichten op grond van het BW wel van toepassing kunnen zijn.

Daarnaast kan het hanteren van een hoog uurtarief als criterium (ten onrechte) de connotatie geven dat een belastingplichtige alleen een zelfstandige is als hij een hoog uurtarief heeft. Of andersom, de connotatie dat een hoog uurtarief (uurloon) de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst uitsluit.

⁸⁵ CPB (2013) Inkomen en netto profijt van de sociale zekerheid gedurende de levensloop.

3. Gelijk speelveld/bescherming werkende

De variant kan het gelijke speelveld voor opdrachtgevers negatief beïnvloeden, indien een deel van de opdrachtgevers gebruik maakt van het rechtsvermoeden in situaties waarin ze weten dat er sprake is van een dienstbetrekking. Hoe groot dit risico is, is afhankelijk van de nadere invulling van de criteria voor het rechtsvermoeden. Bij strengere criteria zal het immers minder vaak voorkomen dat er in tegenstelling tot het rechtsvermoeden toch sprake is van een dienstbetrekking.

De variant is beperkt tot het hanteren van criteria in de handhaving van de loonheffingen door de Belastingdienst. Het civielrechtelijke toetsingskader blijft ongewijzigd. De onderkant van de arbeidsmarkt zal door deze maatregel niet vaker de arbeidsrechtelijke bescherming op grond van het BW verkrijgen.

Het criterium van de duur van de overeenkomst (criterium b) heeft als nadeel dat de duur van de overeenkomst op zichzelf al een uitkomst is van de onderhandelingen tussen partijen waarbij de onderhandelingspositie van partijen een rol heeft gespeeld. Een opdrachtnemer met een slechtere onderhandelingspositie (onderkant arbeidsmarkt) kan mogelijk enkel een overeenkomst van korte duur uitonderhandelen. In dat geval kan het onwenselijk zijn om aan een kortere duur van de overeenkomst de conclusie te verbinden dat dit een indicatie is voor het ontbreken van een dienstbetrekking.

4. Effecten op de arbeidsmarkt en economie

Deze beleidsoptie leidt er mogelijk toe dat er (aan de bovenkant van de arbeidsmarkt) relatief vaker met zzp'ers gewerkt wordt, omdat er als het rechtsvermoeden van toepassing is geen risico bestaat op naheffing van loonheffingen. In dat geval zal er dus relatief minder vaak als werknemer gewerkt worden. Het effect op de werkgelegenheid is naar verwachting nihil of beperkt.

Het geven van meer zekerheid kan positief bijdragen aan het ondernemersklimaat. Dit kan leiden tot minder terughoudendheid bij het verlenen van opdrachten aan zelfstandigen.

Het hanteren van het rechtsvermoeden leidt mogelijk tot gedragseffecten met betrekking tot de tarieven en contractduur.

5. Budgettaire effecten

Indien de maatregel ertoe leidt dat het aantal zelfstandigen toeneemt, kan dit het budgettaire beslag van de ondernemersfaciliteiten vergroten.

Het hanteren van een tariefsgrens kan negatieve gevolgen hebben voor de financiële houdbaarheid van de werknemersverzekeringen, aangezien de werkenden met hogere inkomens netto-betalers zijn aan het stelsel van sociale zekerheid.⁸⁶ Wanneer met name deze groep uittreedt op basis van deze criteria, dan zijn de ingelegde premies niet langer toereikend om de uitkeringen van de verzekerden die achterblijven te financieren. De werkgeverspremies⁸⁷ voor de achterblijvende werknemers zullen moeten stijgen om de gedeelde netto-inleg van de uitgetreden groep op te vangen.

Bij de werknemersverzekeringen kan een discrepantie optreden tussen de kring van werkenden waarvoor premies betaald zijn en de kring van werkenden die aanspraak kan maken op een uitkering, aangezien het recht op uitkering (in de regel) wordt beoordeeld aan de hand van de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Dit leidt tot een derving in de premie-inkomsten en een stijging van de premies voor de werkgevers die geen gebruik maken van het vermoeden van niet bestaan van een dienstbetrekking. Deze discrepantie wordt verminderd als toekomstgericht handhaven alleen ziet op het niet verschuldigd zijn van loonbelasting.

⁸⁶ CPB (2013) Inkomen en netto profijt van de sociale zekerheid gedurende de levensloop.

⁸⁷ De WW- en de WIA-premies worden door werkgevers betaald.

6. Aandachtspunten voor verdere uitwerking

Belangrijk aandachtspunt bij een eventuele verdere uitwerking van deze maatregel is het voorkomen van omzeiling (zie onder handhaafbaarheid). Verder zou aandacht kunnen worden besteed aan een verduidelijking/concretisering van het criterium kernactiviteiten/organisatorische inbedding.

Een ander aandachtspunt betreft de legitimiteit van de maatregel. Uitgegaan wordt van de veronderstelling dat als aan de drie criteria wordt voldaan in de regel geen sprake is van een dienstbetrekking. Bij de nadere concretisering van de criteria zou moeten worden geverifieerd of deze fictie bij de betreffende concretisering overeenstemt met de werkelijkheid alvorens de maatregel wordt ingevoerd.

II. Varianten die wijziging van de wettelijke criteria vereisen

In deze paragraaf worden achtereenvolgens de volgende varianten beschreven:

- Variant E: Nadere invulling van het criterium 'persoonlijk verrichten van arbeid'
- Variant F: Fictieve dienstbetrekking met uitzondering voor ondernemers
- Variant G: Sectorale eis van arbeidsovereenkomst
- Variant H: Opt-out van de loonheffingen en de werknemersverzekeringen
- Variant I: Ondernemersverklaring voor een selectieve groep ondernemers
- Variant J: Gelijke beloning opdrachtnemers en werknemers

Variante E: Nadere invulling van het criterium 'persoonlijk verrichten van arbeid'

Deze variant houdt in dat in de fiscaliteit en in de sociale zekerheid wettelijk wordt bepaald dat er ook sprake kan zijn van een dienstbetrekking als er geen verplichting is tot het persoonlijk verrichten van arbeid, maar feitelijk wel (een deel van) de arbeid persoonlijk wordt verricht.

Reikwijdte/doel maatregel

Voor het vaststellen of er sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking is het naar het huidige recht onder meer relevant of er een verplichting bestaat tot het persoonlijk verrichten van de arbeid. Dit kan er toe leiden dat vooraf aangenomen wordt dat geen sprake is van een dienstbetrekking omdat overeengekomen wordt de arbeid niet persoonlijk te hoeven verrichten, ook al wordt de arbeid feitelijk geheel of gedeeltelijk – onder gezag – persoonlijk verricht. Dat speelt met name een rol bij de vastlegging door partijen of bij de beoordeling van een arbeidsrelatie vooraf door de Belastingdienst. In die gevallen, is het toepassen van de holistische benadering lastiger dan bij de beoordeling achteraf door de civiele en fiscale rechter. Dat hier sprake is van een spanningsveld tussen de holistische beoordeling achteraf van de praktijk van – onder gezag – persoonlijk arbeid verrichten en de beoordeling van modelovereenkomsten vooraf, volgt ook onder meer uit het rapport van de Commissie Boot en de position papers van Houweling en Verhulp.⁸⁸

In deze variant wordt geregeld dat bij de beoordeling of er sprake is van een dienstbetrekking niet zozeer relevant is of er een verplichting bestaat tot het persoonlijk verrichten van arbeid, maar dat in plaats daarvan gekeken wordt of feitelijk persoonlijk arbeid wordt, of zal worden, verricht, net zoals dat bij de fictieve dienstbetrekkingen voor thuiswerkers en gelijkgestelden het geval is. Verschil met de fictieve dienstbetrekkingen is (onder andere) dat nog steeds aan het gezagscriterium moet worden voldaan. Hierdoor zal in deze variant gelden dat als de arbeid feitelijk door de opdrachtnemer en onder gezag wordt verricht en er een verplichting is tot het betalen van loon, sprake is van een dienstbetrekking. Voor de goede orde: als overeengekomen wordt dat de arbeid door een ander dan de opdrachtnemer wordt verricht en de opdrachtnemer verricht ook daadwerkelijk zelf geen arbeid dan is geen sprake van een dienstbetrekking tussen de opdrachtnemer en de opdrachtgever.

Het doel van de maatregel is het voorkomen van schijnconstructies. Indien de Belastingdienst kan aantonen dat de arbeid feitelijk persoonlijk wordt verricht, zal de Belastingdienst niet meer hoeven aantonen dat hiertoe ook een verplichting bestond. Op deze manier zal het in sommige situaties makkelijker worden voor de Belastingdienst om te stellen en te bewijzen dat er sprake is van een dienstbetrekking. Daarnaast kan hierdoor een groter deel van de werkenden aan de onderkant van de arbeidsmarkt onder de bescherming van de werknemersverzekeringen vallen dan thans het geval is. De inschatting is dat deze variant voor de bovenkant van de arbeidsmarkt weinig effect zal hebben. Zoals beschreven in de Tweede voortgangsrapportage Wet DBA speelt aan de bovenkant vooral de problematiek rond het gezagscriterium, meer dan de vervangbaarheid, een rol bij de beoordeling van de arbeidsrelatie.

Beschrijving/juridische vormgeving

In de Wet op de loonbelasting 1964 en in de wetgeving over de werknemersverzekeringen zal de definitie van een dienstbetrekking worden uitgebreid. De omstandigheid dat er wel of niet sprake is van een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, zal voor het vaststellen of er sprake

⁸⁸ Rapport Commissie Boot, p. 22–23, zie ook A.R. Houweling, Position Paper – Modernisering van het arbeidsrecht. Het bereik van de arbeidsovereenkomst in fiscaalrechtelijke en privaatrechtelijke zin, Erasmus School of Law, Rotterdam 27 februari 2017 en Verhulp, Notitie over de werkingssfeer van het arbeidsrecht en de werknemersverzekeringen, 27 januari 2017.

is van een dienstbetrekking niet meer relevant zijn, indien is vastgesteld dat er feitelijk persoonlijk arbeid wordt verricht.

Randvoorwaarden

1. Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid

Voor nieuwe gevallen is deze maatregel uitvoerbaar en handhaafbaar. Voor de bestaande gevallen (waar inmiddels modelovereenkomsten worden gebruikt gebaseerd op het ontbreken van de persoonlijke arbeidsverplichting) is de uitvoerbaarheid moeilijker. De Belastingdienst moet deze groep achterhalen om hen over de wijziging te kunnen informeren. Het achterhalen van de groep is niet eenvoudig (ook anderen dan de indiener zelf kunnen immers met een goedgekeurde overeenkomst werken).

2. Overeenstemming met internationaal en Europees recht

Deze maatregel is in overeenstemming met internationaal en Europees recht.

Effecten

1. Proportionaliteit en effectiviteit

De variant is effectief als het gaat om het tegengaan van schijnconstructies omdat wettelijk wordt vastgelegd dat het overeenkomen van het niet persoonlijk hoeven verrichten van arbeid niet doorslaggevend is voor het bestaan van een dienstbetrekking, als de arbeid feitelijk persoonlijk en onder gezag wordt verricht. Ook kan hierdoor een groter deel van de werkenden aan de onderkant van de arbeidsmarkt onder de bescherming van de werknemersverzekeringen vallen dan thans het geval is.

2. Rechtszekerheid/duidelijkheid en bestendigheid

Het zal mogelijk niet altijd vooraf al duidelijk zijn of en in hoeverre de arbeid feitelijk door de opdrachtnemer zal worden verricht. Dit betekent dat het voor opdrachtgevers/werkgevers in die gevallen moeilijker wordt om vooraf te bepalen of er sprake is van een dienstbetrekking, tenzij duidelijk is dat geen sprake is van een gezagsverhouding.

Een deel van de door de Belastingdienst goedgekeurde modelovereenkomsten zal (op termijn) moeten worden ingetrokken, hetgeen tijdelijk voor een toename van onzekerheid kan leiden bij partijen die op dit moment van die modelovereenkomsten gebruikmaken. Dit kan mogelijk worden ondervangen met overgangsrecht.

3. Gelijk speelveld/bescherming werkende

De maatregel voorkomt dat door het eenvoudigweg overeenkomen dat de arbeid niet persoonlijk hoeft te worden, geen dienstbetrekking wordt aangenomen. Dit bevordert met name voor werkenden aan de onderkant van de arbeidsmarkt het gelijke speelveld nu zij veelal in een mindere onderhandelingspositie verkeren.

4. Effecten op de arbeidsmarkt en economie

Deze beleids optie leidt er mogelijk toe dat met name aan de onderkant van de arbeidsmarkt relatief vaker aangenomen zal worden dat sprake is van een dienstbetrekking dan nu het geval is. In dat geval zal er dus relatief minder vaak als zelfstandige gewerkt worden.

Als dit effect zich voordoet dan kan dit (naar verwachting) met name aan de onderkant van de arbeidsmarkt (beperkt) ten koste gaan van de werkgelegenheid (door hogere loonkosten).

5. Budgettaire effecten

Indien de maatregel ertoe leidt dat het aantal zelfstandigen afneemt, kan dit het budgettaire beslag van de ondernemersfaciliteiten verminderen. Voor zover de werkgelegenheid aan de onderkant van de arbeidsmarkt (beperkt) afneemt, kan dit leiden tot hogere uitkeringslasten.

6. Aandachtspunten voor verdere uitwerking

De precieze juridische vormgeving moet nader worden uitgewerkt, inclusief overgangsrecht. Ook moet worden gezien of het nodig is om te verduidelijken in hoeverre vervanging invloed heeft op de omvang van de dienstbetrekking (aantal uren per week of maand).

Variant F: Fictieve dienstbetrekking met uitzondering voor ondernemers

Wettelijk worden groepen personen gelijkgesteld met werknemers voor de toepassing van de werknemersverzekeringen en de loonheffing; zij hebben een zogenoemde 'fictieve dienstbetrekking'. Arbeidsrechtelijk worden deze personen niet als werknemer aangemerkt. Met ingang van 1 mei 2016 is voor een aantal van de fictieve dienstbetrekkingen geregeld dat in een overeenkomst kan worden afgesproken dat ze niet van toepassing zijn. In deze variant wordt deze wijziging teruggedraaid. Door het niet meer contractueel kunnen uitsluiten van de fictieve dienstbetrekkingen voor gelijkgestelden en thuiswerkers worden zij verzekerd voor de werknemersverzekeringen en worden hun opdrachtgevers aangemerkt als inhoudingsplichtigen voor de loonheffing en als werkgevers voor de premieheffing werknemersverzekeringen en de ZVW. Een en ander tenzij de arbeid wordt verricht als zelfstandige.

Reikwijdte/doel maatregel

Het doel van deze maatregel is het beschermen van werkenden aan de onderkant van de arbeidsmarkt door hen onder de kring van de werknemersverzekeringen te brengen. De kring op wie tevens de loonheffing van toepassing is, wordt verruimd door te regelen dat de fictieve dienstbetrekkingen voor gelijkgestelden en thuiswerkers niet langer contractueel buiten toepassing kunnen worden verklaard. Deze variant geeft invulling aan de motie Rinnooy Kan.⁸⁹

De fictieve dienstbetrekking is als zodanig een bestaande rechtsfiguur voor personen die werkzaam zijn buiten arbeidsovereenkomst, maar die voor hun werk en inkomen maatschappelijk gezien met werknemers vergelijkbaar zijn, omdat ze in dezelfde mate afhankelijk zijn van arbeid voor hun inkomen als werknemers met een arbeidsovereenkomst. Deze maatregel kan worden ingezet voor situaties waarin voorafgaand aan een arbeidsrelatie (vrijwel) zeker is dat deze geen arbeidsovereenkomst is, maar (aan de onderkant van de arbeidsmarkt) deze uitkomst maatschappelijk niet als wenselijk wordt beschouwd. Reden om geen arbeidsovereenkomst aan te nemen is vaak gelegen in het feit dat niet voldaan wordt aan de voorwaarde van het bestaan van een gezagsrelatie. Fictieve dienstbetrekkingen zijn alleen van toepassing als er geen sprake is van een 'echte' dienstbetrekking (een arbeidsovereenkomst). Personen onder de fictieve dienstbetrekking zijn gelijkgesteld voor de loonheffing en werknemersverzekeringen, maar missen de arbeidsrechtelijke bescherming van de arbeidsovereenkomst, zoals ontslagbescherming, cao-loon, pensioenregelingen, loondoorbetaling bij ziekte. Indien er sprake is van ondernemerschap zijn de fictieve dienstbetrekkingen niet van toepassing.

Beschrijving/juridische vormgeving

De belangrijkste bestaande (cumulatieve) criteria voor de fictieve dienstbetrekking voor gelijkgestelden zijn:

- De opdrachtnemer verricht persoonlijk (feitelijk) arbeid op doorgaans ten minste twee dagen per week tegen doorgaans minimaal 2/5 van het minimumloon per week.
- De arbeidsverhouding is voor minimaal een maand aangegaan.
- De arbeid wordt niet verricht in de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep (ondernemerschap) of ten behoeve van de persoonlijke aangelegenheden van de opdrachtgever (werkzaamheden voor particulier vormen geen fictieve dienstbetrekking, eventueel wel een arbeidsovereenkomst, indien overeengekomen).

⁸⁹ Kamerstukken I 2016–2017, 33 623, N.

Voor de fictieve dienstbetrekking voor thuiswerkers gelden vergelijkbare criteria, met dien verstande dat het aantal dagen per week dat gewerkt wordt niet relevant is en dat er een aanvullend criterium geldt dat het werk thuis wordt verricht.

Iedereen die objectief aan de criteria voldoet, valt eronder. Het verrichten van de arbeid als ondernemer is dus een uitsluitingsgrond voor toepassing van de fictieve dienstbetrekkingen voor gelijkgestelden en thuiswerkers. Met ingang van inwerkingtreding van de Wet DBA werd de mogelijkheid ingevoerd tot contractuele uitsluiting van de fictieve dienstbetrekking voor gelijkgestelden en thuiswerkers, om de beoordeling vooraf door de Belastingdienst van modelovereenkomsten mogelijk te maken.

Het wel of niet als ondernemer werken is relevant. Het is voor opdrachtgevers lastig om zelf te beoordelen of er sprake is van ondernemerschap. Indien men zekerheid wil, kan men na aanvang van de arbeidsrelatie een beschikking vragen aan de Belastingdienst in een individueel geval op grond van de Wet financiering sociale verzekeringen (de beschikking verzekeringsplicht).

Door invoering van die uitsluitingsmogelijkheid in de Wet DBA is de groep van personen met bescherming van de werknemersverzekeringen bewust, om uitvoeringstechnische redenen, beperkt, hoewel dat niet een beleidsmatige doelstelling van de Wet DBA was. Hier staat tegenover dat de Wet DBA vanwege het afschaffen van de VAR in het algemeen tot een uitbreiding van de kring van verzekerden voor de werknemersverzekeringen heeft geleid. Indien de uitsluitingsmogelijkheid ongedaan wordt gemaakt kan de Belastingdienst in veel gevallen geen zekerheid vooraf meer geven over de aard van een arbeidsrelatie.

De variant wordt gerealiseerd door het schrappen van artikel 2e, onderdeel f, en artikel 3bis, Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 (UBLB), en artikel 1, vijfde lid, artikel 4, tweede lid, en artikel 5, vierde lid, Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd.

Randvoorwaarden

1. Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid

Zekerheid kan in deze optie niet meer vooraf worden geven omdat vooraf niet vast te stellen is of betrokkene aan de criteria voor de fictieve dienstbetrekking voldoet. De Belastingdienst zal naar verwachting wel veel verzoeken krijgen om zekerheid te geven, waardoor de uitvoeringlasten toenemen. Deze maatregel is moeilijk uitvoerbaar.

Het stellen van harde grenzen aan de beloning (ten minste 2/5 van het wettelijk minimumloon) of aan de duur van de overeenkomst (ten minste een maand en ten minste twee dagen per week) heeft het risico in zich van omzeiling. Het betreft immers binaire grenzen waarnaar partijen zich in hun overeenkomst eenvoudig kunnen richten.

2. Overeenstemming met internationaal en Europees recht

Het betreft hier herinvoering van een regel die heeft bestaan tot 1 mei 2016 en geen problemen met internationaal of Europees recht heeft gekend.

Effecten

1. Proportionaliteit en effectiviteit

Voor de doelstelling om mensen die als gevolg van jurisprudentie buiten dienstbetrekking werken, maar waarvan de maatschappelijke opvatting is dat zij beter beschermd zouden moeten worden en uit dien hoofde in dienstbetrekking zouden moeten werken, is dit een effectieve maatregel. Hier staat tegenover dat de maatregel de onduidelijkheid en onzekerheid zal vergroten en de mogelijkheden van de Belastingdienst om zekerheid vooraf te geven in grote mate beperkt. De

maatregel gaat dus mogelijk verder dan wenselijk wordt geacht en is in dat geval niet proportioneel.

2. Rechtszekerheid/duidelijkheid en bestendigheid

De criteria voor de fictieve dienstbetrekkingen voor gelijkgestelden en thuiswerkers zijn zeer algemeen van aard en zij kunnen zich voordoen in alle sectoren en bij uiteenlopende werkzaamheden. Of aan deze criteria wordt voldaan, is niet vooraf vast te stellen (of uit te sluiten) in een (voorbeeld)overeenkomst en is dus ook niet op basis daarvan te controleren door de Belastingdienst. Strikt genomen zou het terugdraaien van de wijziging van deze twee fictieve dienstbetrekkingen betekenen dat de Belastingdienst in een groot aantal gevallen niet langer zonder meer vooraf kan beoordelen aan de hand van (voorbeeld)overeenkomsten of de opdrachtgever de verplichting heeft loonheffingen af te dragen of te voldoen.

3. Gelijk speelveld/bescherming

Er ontstaat een meer gelijk speelveld tussen werknemers en overige werkenden, respectievelijk hun werkgevers en opdrachtgevers. De kosten van de arbeid worden voor de opdrachtgever opgehoogd met de premie voor de werknemersverzekeringen en de bijdrage Zvw. De werkende krijgt bescherming van de werknemersverzekeringen net als andere werknemers.

4. Effecten op arbeidsmarkt en economie

Indien meer personen onder het bereik van de werknemersverzekeringen vallen, dan kan dit met name aan de onderkant van de arbeidsmarkt (beperkt) ten koste gaan van de werkgelegenheid (door hogere loonkosten). Daar staat meer inkomenszekerheid voor de betreffende groep tegenover.

5. Budgettaire effecten

Afschaffing van de contractuele uitsluitingsmogelijkheid vergroot de kring van rechthebbenden voor de werknemersverzekeringen. Kosten en baten van deze variant en de effecten op premies en uitgaven voor de sociale zekerheid die ontstaan op het moment van afschaffing van de contractuele uitsluitingsmogelijkheid moeten worden doorgerekend. Door verruiming stijgen de inkomsten (premies) en de uitgaven (uitkeringen en re-integratie- en uitvoeringskosten) van de werknemersverzekeringen. Afhankelijk van het risicoprofiel van de groep die onder fictieve dienstbetrekking wordt gebracht leidt deze verruiming tot een nadelig of voordelig saldo. Bij invoering van de contractuele uitsluitingsmogelijkheid in 2016 is aangenomen dat er geen budgettaire gevolgen waren.

6. Aandachtspunten voor verdere uitwerking

Indien de huidige vormgeving te ruim wordt bevonden kan gedacht worden over aanpassing van het criterium voor de fictieve dienstbetrekking door invoering van een bovengrens. Geregeld zou dan kunnen worden dat de verplichte verzekering van toepassing is als de betrokkene ten hoogste een bepaalde beloning verdient. De omvang van de beloning moet enerzijds niet te laag zijn om te voorkomen dat te veel werkenden van verzekeringen worden uitgesloten, anderzijds niet te hoog om te voorkomen dat te veel resultaatgenieters tegen hun wens verplicht onder de werknemersverzekeringen worden gebracht.

Variant G: Sectorale eis van arbeidsovereenkomst

Het kunnen aanwijzen van (groepen van) functies in bepaalde sectoren waarvan het op enig moment wenselijk wordt gevonden dat alle werkenden in die (groepen van) functies op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn (en dus ook verzekerd zijn voor de werknemersverzekeringen).

Reikwijdte/doel maatregel

Het doel van de maatregel is het bieden van bescherming aan werkenden aan de onderkant van de arbeidsmarkt in functies/sectoren waarin sprake is van ongelijke arbeidsvoorwaarden tussen werknemers en zelfstandigen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de arbeid tegen (in vergelijking met werknemers) lage tarieven wordt gewerkt of onder omstandigheden die anderszins niet aanvaardbaar worden geacht.

Beschrijving/juridische vormgeving

Het stellen van een eis van arbeidsovereenkomst houdt in dat in wet- en/of regelgeving voor specifieke sectoren verplicht wordt gesteld dat wordt gewerkt op basis van arbeidsovereenkomsten (en dus niet op basis van andere overeenkomsten tot het verrichten van arbeid). Door deze eis zijn deze werkenden tevens verplicht verzekerd voor de werknemersverzekeringen.

Voorbeelden eis van arbeidsovereenkomst

De *Wet wegvervoer goederen* kent een eis van dienstbetrekking voor chauffeurs met zwaardere trucks. Dit kan eventueel ook ingezet worden in andere sectoren. Hiervoor zal in een betreffende sectorale wet een wettelijke basis opgenomen moeten worden. De eis van dienstbetrekking in de *Wet wegvervoer goederen* beoogt werkenden te beschermen tegen ongelijke arbeidsvoorwaarden en dateert van kort na de Tweede Wereldoorlog.

In de *postsector* bestaat een variant op de eis van dienstbetrekking. In een onder de Postwet hangende AmvB is opgenomen dat een postvervoerbedrijf met ten minste 80% van de postbezorgers een arbeidsovereenkomst dient te sluiten (pakketbezorging valt hier niet onder). Beoogd is om de eis van 80% per 1 april 2017 in werking te laten treden.⁹⁰ Het Tijdelijk Besluit Postbezorgers hangt samen met de liberalisering van de postmarkt. De Tweede Kamer heeft in de beginfase van de liberalisering aangedrongen op ondersteuning met wetgeving op het gebied van de arbeidsvoorwaarden. De maatregel geldt overigens niet voor kleine postvervoerbedrijven die onder een bepaalde omzetrempel vallen.

Randvoorwaarden

1. Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid

Qua uitvoering zal er een duidelijk toetsingskader nodig zijn op basis waarvan bepaalde (groepen van) functies binnen sectoren kunnen worden aangewezen. Er dienen duidelijke criteria geformuleerd te worden om de functies binnen sectoren te kiezen. Hierbij kan gedacht worden aan een rol voor sociale partners bij het proces van eventuele aanwijzing van (groepen van) functies.

Verder kan bij een vereiste van 100% arbeidsovereenkomst individuele civielrechtelijke handhaving plaatsvinden. De werknemer kan naar de civiele rechter gaan om af te dwingen dat de werkgever zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst nakomt.

De maatregel kan strategisch gedrag uitlokken door een andere inrichting van functies waardoor handhaafbaarheid te wensen over zal kunnen laten.

⁹⁰ Het ontwerpbesluit daartoe is in februari 2017 voor advies naar de Raad van State gestuurd.

Het effect van de maatregel kan zijn dat bedrijven ervoor gaan kiezen om zzp'ers aan te nemen die wel hun diensten in Nederland aanbieden, maar die hier *niet* gevestigd zijn. Voor deze groep gelden de sectorale regels niet, maar gelden de regels uit het land waar zij gevestigd zijn.

2. Europees- en internationaal recht

Deze maatregel kan in strijd zijn met Europese wetgeving omtrent de interne markt, tenzij er gerechtvaardigde gronden bestaan (zie nadere uitwerking bij aandachtspunten).

Effecten

1. Proportionaliteit en effectiviteit

De maatregel kan proportioneel en effectief zijn als de invulling hiervan zich daadwerkelijk richt op de onderkant van de arbeidsmarkt.

2. Rechtszekerheid/duidelijkheid en bestendigheid

Het aanwijzen van (groepen) functies waarvoor een eis van arbeidsovereenkomst gaat gelden leidt ertoe dat niet de generieke dwingendrechtelijke definitie van de arbeidsovereenkomst leidend is voor de vraag of wel of geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar een (politieke) wens. Die wens kan ingegeven zijn door verschillende redenen. Nadeel van de sectorale oplossing is dan ook dat hij niet bestendig kan blijken te zijn en daardoor voor rechtsonzekerheid kan zorgen. Afhankelijk van de politieke kleur en maatschappelijke ontwikkelingen kunnen (groepen) functies worden aangewezen waarin de verplichting voor een dienstbetrekking wordt geregeld, wat zal kunnen leiden tot willekeur.

Bovendien kan de koppeling aan functies ertoe leiden dat andere functies worden gecreëerd die niet onder de eis vallen c.q. waarvan (telkens) weer bepaald moet worden of die functies onder de eis moeten worden gebracht.

3. Gelijk speelveld/bescherming werkende

In theorie wordt de bescherming van de werkende verhoogd en wordt mogelijke schijnzelfstandigheid (alleen in betreffende sectoren) tegengegaan. In de praktijk kan het zijn dat hier weinig van terecht komt (zie onder 2).

4. Effecten op de arbeidsmarkt en economie

Deze beleids optie leidt er naar verwachting toe dat in aangewezen sectoren eerder sprake zal zijn van een arbeidsovereenkomst dan nu het geval is. In dat geval zal er dus relatief minder vaak als zelfstandige gewerkt worden. Dit kan met name aan de onderkant van de arbeidsmarkt (beperkt) ten kosten gaan van de werkgelegenheid (als dit leidt tot hogere loonkosten).

Ook kan het effect van de maatregel zijn dat bedrijven ervoor gaan kiezen om zzp'ers aan te nemen die wel hun diensten in Nederland aanbieden, maar die hier *niet* gevestigd zijn. Voor deze groep gelden de sectorale regels niet, maar gelden de regels uit het land waar zij gevestigd zijn.

5. Budgettaire effecten

Indien de maatregel ertoe leidt dat het aantal zelfstandigen in specifieke sectoren afneemt, kan dit het budgettaire beslag van de ondernemersfaciliteiten verminderen. Voor zover de werkgelegenheid aan de onderkant van de arbeidsmarkt (beperkt) afneemt, kan dit leiden tot hogere uitkeringslasten.

6. Aandachtspunten voor verdere uitwerking

- Om te kunnen bepalen waarom en wanneer bepaalde (groepen) functies moeten worden aangewezen voor een eis van dienstbetrekking, is een toetsingskader nodig met criteria op grond waarvan (groepen) functies zouden kunnen worden aangewezen. Het zal moeilijk zijn om

de (groepen) functies af te bakenen en te duiden. Dit geldt niet alleen bij de aanwijzing van de functies, maar ook bij de handhaving hiervan.

- Een ander aandachtspunt is de juridische vormgeving, deze vergt nadere uitwerking. Verder zal goed moeten worden nagegaan of de voorbeelden ten aanzien van de postbezorgers en de chauffeurs met zwaardere trucks wel de conclusie kunnen rechtvaardigen dat ook elders een eis van dienstbetrekking wenselijk is en kan worden gerechtvaardigd.
- Verder zijn de Europese regels omtrent de interne markt een aandachtspunt. Een eis van arbeidsovereenkomst levert een belemmering op voor de interne markt (in het bijzonder het vrij verkeer van diensten en vestiging). Als lidstaten gerechtvaardigde gronden – zoals de bescherming van werknemers – hebben die niet discriminatoir zijn, is de belemmering toegestaan. Zij moet gerechtvaardigd worden wegens een dwingende reden van algemeen belang, geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken en niet verder gaan dan noodzakelijk is.
- Bij de rechtvaardiging van de belemmering speelt duidelijk een rol hoe de regulering is vormgegeven en in welke sectoren deze van toepassing is en hoe coherent de regulering is. Bij deze rechtvaardiging kunnen de volgende aanwijzingen behulpzaam zijn:
 - doelstellingen van sociale politiek zoals het waarborgen van een minimum van inkomsten om jezelf te kunnen onderhouden of het voorkomen van verstoring van arbeidsverhoudingen door druk op lonen en werknemerschap van huidige werknemers, zijn belangen die snel door het Hof als dwingende reden van algemeen belang zullen worden geaccepteerd. De eis van dienstbetrekking moet derhalve specifiek het belang van werknemers en zzp'ers dienen en niet van de betrokken bedrijven;
 - de eis van dienstbetrekking moet daadwerkelijk problemen oplossen of aantoonbaar een probleem voorkomen. Het helpt daarbij als goede studies de invoering van de tariefregulering in een sector schragen door te onderbouwen wat nu de sociale problemen/risico's zijn.
- Relevant is ook of een maatregel tijdelijk van aard is om schokken in de desbetreffende sector op te vangen, dan wel permanent van aard is. Permanente maatregelen vergen een steviger onderbouwing vanuit een proportionaliteitsoogpunt.
- De eis van arbeidsovereenkomst mag zelf niet discriminatoir zijn ten aanzien van de nationaliteit van de werknemers die in dienst worden genomen.

Variant H: Opt-out van de loonheffingen en de werknemersverzekeringen

Met deze maatregel wordt beoogd werkenden die aan de voorwaarden voldoen de keuzemogelijkheid te bieden niet onder het regime van de loonheffingen en de werknemersverzekeringen te vallen.

Reikwijdte/doel maatregel

Deze maatregel behelst een wijziging van de reikwijdte van het stelsel van loonheffing en verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen. De maatregel richt zich op de bovenkant van arbeidsmarkt en heeft als doel voor werknemers, van wie verondersteld kan worden dat zij een grote mate van onafhankelijkheid hebben ten opzichte van de werkgever, keuzevrijheid te bieden. Deze maatregel biedt deze werkenden de mogelijkheid schriftelijk overeen te komen dat de werkzaamheden niet onder de loonheffingen en de verzekeringsplicht van de werknemersverzekeringen vallen.

Beschrijving/juridische vormgeving

De criteria om te bepalen wie er gebruik mag maken van de opt-out zouden in ieder geval aan de volgende twee voorwaarden moeten voldoen:

- De criteria moeten waarborgen dat de opt-out alleen beschikbaar is voor de bovenkant van de arbeidsmarkt, voor werknemers die een grotere mate van onafhankelijkheid hebben ten opzichte van hun werkgever dan andere werknemers;
- De criteria moeten duidelijk zijn, zodat zowel de werkgever als de werknemer zeker kunnen zijn dat de criteria van toepassing zijn op hun arbeidsrelatie.

Om te bepalen wat bij criteria voor de opt-out wordt verstaan onder de bovenkant, wordt aangesloten bij de eerste twee van onderstaande in het rapport van de Commissie Boot genoemde criteria. Daarin worden drie criteria genoemd die indicaties zijn voor afwezigheid van een dienstbetrekking, namelijk:

- (Uur) tarief als indicator van maatschappelijke of marktpositie;
- Tijdsduur overeenkomst;
- Kernactiviteiten/organisatorische inbedding.⁹¹

Van deze criteria zijn het tarief en de duur van de overeenkomst het meest geschikt om te gebruiken voor een opt-out, omdat het duidelijke binaire criteria zijn. Uiteraard dienen daarbij de eisen concreet te worden ingevuld. Voor het tarief kan worden gedacht aan een absoluut bedrag, zoals een uurtarief dat overeenkomt met het maximum dagloon (omgerekend per uur) in de werknemersverzekeringen of de aftoppingsgrens voor fiscale vrijstelling van de pensioenopbouw. Ook een relatief tarief is denkbaar, gerelateerd aan de gebruikelijke werknemersbeloning in een bepaalde sector of beroep. De opt-out is bedoeld voor alle werkenden. Hierin verschilt de opt-out van de oplossingsvarianten C en D, die zich wel richten op arbeidsrelaties die (waarschijnlijk) geen arbeidsovereenkomst zijn. De opt-out kan worden bewerkstelligd door in de fiscale wetgeving en in de wetgeving omtrent de werknemersverzekeringen een artikel toe te voegen waarin wordt geregeld dat partijen van de relevante artikelen kunnen afwijken indien aan de gestelde criteria wordt voldaan.

⁹¹ De commissie Boot noemde ook kernactiviteiten/organisatorische inbedding. Of er sprake is van kernactiviteiten of organisatorische inbedding, zal niet altijd eenduidig zijn. Het is geen nieuwe indicator, maar een indicator die al bekend is in de jurisprudentie over dienstbetrekkingen. Desondanks doet het gebruik van deze indicator wel af aan de mate van duidelijkheid en zekerheid voor opdrachtgevers. Het is – anders dan bij de op het rapport van de Commissie-Boot geïnspireerde varianten – voor de opt out ook niet per se nodig om naast de criteria tarief en duur overeenkomst het criterium kernactiviteiten / organisatorische inbedding te hanteren.

Randvoorwaarden

1. Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid

Het stellen van een harde grens aan de duur van de overeenkomst of aan het inkomen heeft het risico in zich van omzeiling. Het betreft immers binaire grenzen waarnaar partijen zich in hun overeenkomst eenvoudig kunnen richten.

Om te kunnen handhaven zal de Belastingdienst moeten toetsen hoeveel uren iemand feitelijk werkt en zal lumpsum- en stuksprijzen moeten omrekenen naar uurtarieven. De ervaringen met het bestuurlijk handhaven van de Wml, waar soortgelijke kwesties spelen, laten zien dat dit zeer tijdrovend en intensief is en gedetailleerde regulering vergt. Om de handhaafbaarheid te vergroten, kan wettelijk worden geregeld dat via een omkering van bewijslast de Belastingdienst kan volstaan met het aannemelijk maken dat niet aan de voorwaarden van de opt-out is voldaan. De opdrachtgever kan vervolgens tegenbewijs leveren.

Er zal een regeling moeten worden getroffen voor elkaar opvolgende perioden van het verrichten van werkzaamheden voor eenzelfde opdrachtgever om omzeiling te voorkomen. Tevens zal moeten worden voorkomen dat één en dezelfde opdrachtnemer via bijvoorbeeld verschillende BV's bij dezelfde opdrachtgever voor langere tijd werkzaamheden verricht zonder dat dit tot de conclusie leidt 'geen opt-out'.

Daarnaast zal moeten worden bezien hoe kan worden voorkomen dat averechtse selectie plaatsvindt: wanneer personen die gebruik maken van een opt-out werkloos of arbeidsongeschikt dreigen te raken, kunnen zij een nieuwe overeenkomst aangaan waarbij zij geen gebruik maken van de opt-out en aldus verzekerd zijn. Tevens moet worden bezien wat de gevolgen zijn voor de referte-eis en de vaststelling van het dagloon.

De uitvoeringskosten bij de Belastingdienst zullen toenemen als er minder belastingplichtigen onder de loonbelasting en de voorheffing van de premie voor de volksverzekeringen vallen en belastingheffing moet plaatsvinden in de inkomstenbelasting. Belastingheffing in de inkomstenbelasting vergt meer capaciteit. Ook de invordering van inkomstenbelastingaanslagen vergt meer capaciteit in vergelijking met de situatie dat belastingen en premies via de loonheffingen worden ingehouden en afgedragen.

2. Overeenstemming met internationaal en Europees recht

De ILO-verdragen laten ruimte om niet alle werknemers onder de werknemersverzekeringen te laten vallen. Wel stellen deze verdragen voorwaarden (een maximumpercentage van 10%) aan het aandeel werknemers dat is uitgesloten.

Het EU-recht laat de inrichting van het sociale zekerheidsstelsel aan de lidstaten en coördineert alleen. Mogelijk effect in dit kader is wel dat, als iemand in meer lidstaten werkzaam is (geweest), niet-verzekerde tijdvakken onder de regelgeving van andere lidstaten tot minder rechten zouden kunnen leiden.

Effecten

1. Proportionaliteit en effectiviteit

Deze variant heeft direct of indirect gevolgen voor het gehele sociale stelsel. Dat treft rechtstreeks 8 miljoen werkenden. Het stelsel van werknemersverzekeringen kent een verplicht karakter om onderlinge solidariteit te bewerkstelligen. Een opt-out vormt hierop een uitzondering. De opt-out is beschikbaar voor de bovenkant van de arbeidsmarkt. Alhoewel ook werkenden uit deze groep in individuele gevallen beroep kunnen doen op de werknemersverzekeringen, kent deze groep gemiddeld genomen betere risico's. De opt-out doorbreekt de verplichte solidariteit van deze groep

met de overige verplicht verzekerden en is daarmee disproportioneel. De professoren Bouwens en Roozendaal verwoorden het in hun paper als volgt:

“Men heeft op dit terrein bewust gekozen voor een verplichte verzekering van rechtswege. Voor de werknemersverzekeringen (WW, Ziektewet, WAO, Wet WIA) geldt dat men, of men wil of niet, verzekerd is wanneer men arbeid in dienstbetrekking verricht. Daarvoor werd onder meer gekozen om werknemers te behoeden voor onderschatting van de risico's die hun bestaansvoorziening bedreigen, maar vooral ook omdat door de menging van goede en slechte risico's een aanvaardbare premiestelling mogelijk is. Het is voor werknemers aldus niet mogelijk om vrijwillig af te zien van de verzekeringen, ook niet voor werknemers die zelf in staat zijn om de gedekte risico's te dragen.”⁹²

Vanuit een oogpunt van zekerheid vooraf voor de bovenkant van de arbeidsmarkt is deze variant effectief.

2. Rechtszekerheid/duidelijkheid en bestendigheid

De maatregel kan bijdragen aan de rechtszekerheid. Partijen die niet als werknemer/verzekerde willen worden aangemerkt, en twijfelen over de aard van de arbeidsrelatie kunnen afspreken dat ze gebruik maken van de opt-out voor zover er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Alhoewel er dan geen zekerheid is over de aard van de arbeidsrelatie is er wel zekerheid dat er geen premies en loonheffingen hoeven te worden afgedragen of voldaan.

De duur van de overeenkomst zal in het merendeel van de arbeidsrelaties duidelijk zijn. Bij het (uur)tarief is dat op voorhand onzeker.

Evenals het geval is bij variant C en D, is het vaststellen van de criteria in zekere zin arbitrair en daarmee vatbaar voor politieke discussie. Om een bestendige situatie te creëren moet worden voorkomen dat deze opt-outgrens een instrument wordt van arbeidsmarktpolitiek. Er zou dan ook een grens moeten worden gezocht die ofwel aansluit bij een andere bestaande grens, ofwel objectiveerbaar is. Ook zou in de wet een mechanisme moeten worden opgenomen voor indexatie van de tariefgrens.

De maatregel kan leiden tot a-contrario redeneringen. Mogelijk zullen werkgevers gaan denken dat alle contracten die bijvoorbeeld langer duren dan de grens die geldt voor de opt-out altijd een arbeidsovereenkomst behelzen. Ook als in voorlichting duidelijk wordt aangegeven dat dit niet het geval is, kan een dergelijke vooronderstelling zich in de praktijk voordoen.

Aangezien de maatregel alleen betrekking heeft op de toepassing van de werknemersverzekeringen en de loonheffingen zullen het civiele kader en het bereik van de werknemersverzekeringen en loonheffingen verder uiteen gaan lopen. Dit vergroot de complexiteit van de regelgeving, waardoor deze minder duidelijk wordt. Het betekent bijvoorbeeld dat de wettelijke, cao- en pensioenverplichtingen die volgen uit de arbeidsovereenkomst van toepassing blijven op degenen die kiezen voor een opt-out.

3. Gelijk speelveld/bescherming werkende

De mogelijkheid van een opt-out is voorbehouden aan diegenen die werken met een (relatief) hoog tarief. De veronderstelling is dat zij een zodanige onderhandelingspositie hebben dat zij niet gedwongen worden om gebruik te maken van de opt-out en het opgeven van de bescherming die de werknemersverzekeringen met zich brengen. Feit is wel dat met name het arbeidsongeschiktheidsrisico een langlopend risico kan zijn met grote financiële gevolgen. Het is de

⁹² Bouwens en Roozendaal, Notitie personele werkingssfeer arbeidsrecht en werknemersverzekeringen, 13 januari 2017, VU Amsterdam.

vraag of hogere inkomens die hebben gekozen voor een opt-out dat kunnen opvangen. Of dat daadwerkelijk het geval is, zal de praktijk moeten uitwijzen.

4. Effecten op de arbeidsmarkt en economie

Deze maatregel zal aan de bovenkant van de arbeidsmarkt meer ruimte bieden om buiten de loonheffingen en de werknemersverzekeringen te vallen, waardoor het enerzijds makkelijker wordt om zzp'ers aan te nemen, maar waardoor anderzijds het bereik van de werknemersverzekeringen aan de bovenkant van de arbeidsmarkt afneemt. Het effect op de werkgelegenheid is naar verwachting nihil of beperkt.

5. Budgettaire effecten

Het hanteren van een tariefsgrens kan significante gevolgen hebben voor de financiële houdbaarheid van de werknemersverzekeringen, aangezien de werkenden met hogere inkomens netto-betalers zijn aan het stelsel van sociale zekerheid. In het geval dat zij uittreden zijn de ingelegde premies niet langer toereikend om de uitkeringen van de verzekerden die achterblijven te financieren. De werkgeverspremies⁹³ voor de achterblijvende werknemers zullen moeten stijgen om de gedeerde netto-inleg van de uitgetreden groep op te vangen. Hierdoor stijgen de werkgeverslasten. In onderstaande tabel is voor een drietal inkomensgrenzen berekend hoe sterk de vereiste stijging van de werkgeverspremies is wanneer alle werknemers met een inkomen boven de inkomensgrens uit de sociale zekerheid treden. De vraag is hoeveel werknemers daadwerkelijk uittreden, dus dit betreft een bovengrens.

Tabel: met welk percentage moeten de premies voor de sociale zekerheidsfondsen voor de achterblijvers worden verhoogd om de uitrede van groepen boven een bepaald inkomen op te vangen?

Inkomensgrens uittreeders	Max. aantal werknemers dat uittreedt (x 1.000) ⁹⁴ (aandeel in %)	Max. stijging werkgeverpremies WW achterblijvers	Max. stijging werkgeverpremies WIA achterblijvers
Maximum dagloon (€ 50.853 in 2013) ⁹⁵	910 (11,6%)	8,8%	17,6%
Loon uitgaande van bruto- uurloon van € 40 en gemiddeld aantal gewerkte uren per week (€ 70.720 in 2017, gecorrigeerd naar 2013 prijzen)	467 (6,0%)	6,5%	9,4%
Maximale pensioengevende inkomen (€ 103.317 in 2017, gecorrigeerd naar 2013 prijzen)	143 (1,8%)	2,2%	2,9%

Bron: Ramingen SZW

6. Aandachtspunten voor verdere uitwerking

Belangrijk aandachtspunt bij een eventuele verdere uitwerking van deze maatregel is het voorkomen van omzeiling (zie hiervoor onder 3).

⁹³ De WW- en de WIA-premies worden door werkgevers betaald.

⁹⁴ Gebaseerd op cijfers 2013 (totaal aantal werknemers: 7,82 miljoen)

⁹⁵ Het laatst beschikbare jaar in het IPO datapanel is 2013. Daarom is voor het maximumdagloon het bedrag voor 2013 gebruikt. Bij de andere inkomensgrenzen is bedrag voor 2017 gebruikt en gecorrigeerd naar 2013-prijzen.

Variant I: Ondernemersverklaring voor een selectieve groep ondernemers

Een ondernemersverklaring kan worden afgegeven aan een selectieve groep opdrachtnemers die op basis van een aantal strikte criteria vrijwel zeker ondernemer is. Deze verklaring overhandigt de opdrachtnemer aan de opdrachtgever die daarmee vrijwaring verkrijgt voor de loonheffingen met betrekking tot de in de verklaring genoemde werkzaamheden en dus geen risico op boetes of naheffingen loopt. De opdrachtnemer valt niet onder de werknemersverzekeringen. Bij gebruik van deze verklaring behoeft geen modelovereenkomst te worden gebruikt om zekerheid vooraf te krijgen. Het systeem van modelovereenkomsten blijft bestaan voor andere opdrachtnemers die niet voldoen aan de strikte criteria.

Reikwijdte/doel

In de huidige situatie wordt aan de hand van een aantal criteria bepaald of iemand wel of niet werknemer is in een bepaalde arbeidsrelatie. Voor vele werkenden is dit duidelijk aan te geven. Voor een deel van de werkenden echter niet. Zij vormen een grijs gebied. Door het grijze gebied heerst er onzekerheid bij opdrachtgevers, omdat ze het risico lopen naheffingen en boetes te moeten betalen. Hier kan ook een deel van de ondernemers, die niet in het grijze gebied zitten, last van hebben.

Een ondernemersverklaring kan helpen deze ondernemers te onderscheiden van het grijze gebied aan de hand van strikte criteria die duidelijkheid geven wanneer vrijwel zeker sprake is van ondernemerschap. De opdrachtnemer die als zodanig kwalificeert en zijn opdrachtgever hoeven geen modelovereenkomst te gebruiken om zekerheid vooraf te realiseren bij de opdrachtgever en de opdrachtgever wordt gevrijwaard van de loonheffingen en loopt dus geen risico op boetes en naheffingen.

Door deze benadering wordt in aanvulling op het bepalen van de vraag of er sprake is van een werknemer ook het spiegelbeeld geregeld wanneer er vrijwel zeker sprake is van een ondernemer. Als gevolg van het afleggen van de verklaring is de opdrachtnemer niet verzekerd voor de werknemersverzekeringen.

De ondernemersverklaring geeft geen oordeel over het fiscale ondernemerschap, het recht op ondernemersfaciliteiten en het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst in de zin van het BW.

Beschrijving/juridische vormgeving

Om een voorselectie te kunnen maken voor diegenen die vrijwel zeker ondernemer zijn, zijn duidelijke en harde criteria van belang. Indien op *alle vijf* de criteria het antwoord positief is, dan mag de ondernemersverklaring worden aangevraagd:

1. Registratie: ik ben als onderneming ingeschreven in het Handelsregister en heb een btw nummer; en
2. Zelfstandigheid: ik kan voor elke arbeidsrelatie waar deze verklaring betrekking op heeft zelf bepalen wanneer en hoe ik mijn werk uitvoer en ben zelf verantwoordelijk voor het op de juiste wijze uitvoeren van de werkzaamheden, bepaal zelf mijn tarieven of verkoopprijzen en stuur mijn facturen rechtstreeks naar mijn opdrachtgever; en
3. Ondernemersrisico: ik ben aansprakelijk voor de schulden van mijn bedrijf en loop debiteurenrisico en financieel risico bij investeringen; en
4. Uren criterium: ik heb in de afgelopen drie jaar per jaar minimaal 1225 uren aan mijn onderneming besteed en ik heb meer tijd aan mijn onderneming dan aan andere betaalde werkzaamheden besteed; en
5. Bedrijfsomvang: ik heb ten minste drie verschillende opdrachtgevers per jaar en mijn jaaromzet voor de btw was twee jaar geleden X (bedrag dient nader te worden bepaald). Van de btw vrijgestelde ondernemers moeten de hoogte van de omzet aannemelijk maken bij het doen van de aanvraag van de ondernemersverklaring.

Van deze criteria wordt het eerste en het vijfde criterium vooraf door de Belastingdienst getoetst bij het beslissen op de aanvraag van de ondernemersverklaring. Het vierde criterium wordt zoveel mogelijk vooraf getoetst op basis van de IB aangifte in jaar t -3. De andere criteria kunnen alleen achteraf getoetst worden door de Belastingdienst.

Er kan ook een ondernemersverklaring worden aangevraagd door degene die in de twee jaren daarvoor ten minste twee werknemers in dienst heeft gehad. Van deze groep wordt verondersteld dat het vrijwel zeker ondernemers betreft. De werknemers zijn geen leden van het gezin, en beide werknemers verdienen ten minste het tijdsevenredig deel van het voltijds minimumloon. De duur van de dienstbetrekking van een individuele werknemer dient ten minste negen maanden te bedragen. Dit kan door de Belastingdienst gecontroleerd worden aan de hand van de loonaangifte van de werkgever. De aanvrager van de ondernemersverklaring geeft hiertoe het betreffende loonbelastingnummer op bij zijn aanvraag.

Indien aan de genoemde criteria is voldaan, kan de opdrachtnemer de ondernemersverklaring aanvragen. Daarmee verklaart de werkende het volgende:

1. Dat hij (cumulatief) voldoet aan de vijf criteria dan wel aan het criterium dat hij ten minste twee werknemers in dienst heeft gehad; en
2. dat hij zich ervan bewust is dat hij niet verzekerd is voor de werknemersverzekeringen; en
3. hij de gegevens naar waarheid heeft ingevuld.

Om de ondernemersverklaring te kunnen gebruiken kan een opdrachtnemer niet tevens werknemer zijn bij dezelfde werkgever/opdrachtgever. Het is gedurende een termijn van twee jaar niet mogelijk om opdrachtnemer te zijn bij voormalig werkgevers.

De ondernemersverklaring heeft uitsluitend betrekking op de in die verklaring omschreven werkzaamheden, dat wil zeggen dat een ondernemersverklaring die betrekking heeft op bijvoorbeeld ICT-werkzaamheden niet kan worden gebruikt voor andersoortige werkzaamheden bij een (andere) opdrachtgever. Omdat de situatie in een jaar tijd kan veranderen, dient de ondernemersverklaring jaarlijks opnieuw te worden aangevraagd.

De opdrachtgever heeft geen rol bij de afgifte of de controle van de ondernemersverklaring. Hij draagt er wel zorg voor dat de verklaring in zijn administratie is opgenomen voordat de werkzaamheden worden aangevangen.

Indien blijkt dat ten onrechte de ondernemersverklaring is afgegeven dan wel ten onrechte is toegepast, dan wordt de ondernemersverklaring ingetrokken. Daarmee vervalt voor die persoon voor een periode van vijf jaar het recht om een dergelijke ondernemersverklaring aan te vragen. Hier kan eveneens een boete aan worden gehangen. Ingeval van intrekking van een ondernemersverklaring kunnen geen naheffingen of boetes worden opgelegd bij de opdrachtgever. Handhaving vindt in dergelijke gevallen plaats bij de opdrachtnemer. De opdrachtnemer is niet met terugwerkende kracht verzekerd voor de werkzaamheden die betrekking hebben op de ondernemersverklaring en er worden dus ook geen premies nageheven.

Ingeval de opdrachtnemer op basis van de genoemde criteria geen ondernemersverklaring kan aanvragen, kunnen opdrachtgever en opdrachtnemer een modelovereenkomst gebruiken. In dat geval geldt geen vrijwaring voor de opdrachtgevers.

In deze optie blijft de definitie van ondernemer en onderneming zoals gehanteerd in de fiscaliteit en bij het handelsregister ongewijzigd. Ook de arbeidsovereenkomst zoals die is gedefinieerd blijft ongewijzigd. Er dient wel een aanvulling van de Wet op de loonbelasting 1964 te worden doorgevoerd om daarin bepalingen op te nemen inzake uitsluiten van de inhoudingsplicht t.a.v.

betalingen aan opdrachtnemers met een ondernemersverklaring. Ook de wetgeving omtrent de werknemersverzekeringen dient te worden aangepast om te regelen dat degene die een ondernemersverklaring gebruikt niet verzekerd is voor de werknemersverzekeringen.

Vergelijking met VAR-wuo

Deze ondernemersverklaring vertoont een aantal overeenkomsten met de voormalige VAR-wuo. Tegelijkertijd zijn er ook verschillen. Een vergelijking met de VAR-wuo is dan ook op zijn plaats.

- Overeenkomst tussen de VAR-wuo en de ondernemersverklaring is dat beiden worden uitgereikt aan de opdrachtnemer en dat de opdrachtgever daar niet bij betrokken is. Bij beiden wordt aan de opdrachtgever zekerheid geboden dat bij hem niet wordt gehandhaafd indien de verklaring ten onrechte is gebruikt in de arbeidsrelatie (vrijwaring), en dat de opdrachtnemer geen rechten op de werknemersverzekeringen kan doen gelden uit de werkzaamheden tot het moment van intrekking van de verklaring.
- Ten tijde van de VAR kon lastig worden gehandhaafd op schijnzelfstandigheid. Handhaving was alleen mogelijk bij de opdrachtnemer. De opdrachtgever was te allen tijde gevrijwaard en kon alleen worden aangepakt in geval van fraude. Fraude kon echter in de praktijk lastig tot niet worden aangetoond. Ook moest iedere arbeidsrelatie afzonderlijk worden getoetst doordat geen handhaving bij de opdrachtgever mogelijk was. Deze problematiek doet zich ook voor bij de in deze variant voorgestelde ondernemersverklaring.
- Wel zijn de gestelde criteria selectiever dan bij de VAR: er moet cumulatief aan alle criteria worden voldaan (bij de VAR niet, daar ging het meer om de samenhang). Daardoor zal het aantal zelfstandigen dat een ondernemersverklaring aanvraagt beperkter zijn (waarbij de beperking mede afhankelijk is van de vereiste jaaromzet) dan het aantal dat voorheen een VAR kon aanvragen. Dat beperkt dus ook de groep waarvoor vrijwaring geldt.
- De ondernemersverklaring is een aanvulling op de bestaande modelovereenkomsten. De werkenden die niet in het bezit zijn van een ondernemersverklaring kunnen alsnog de modelovereenkomsten gebruiken. Voor hun opdrachtgevers geldt dat zekerheid alleen kan worden verkregen indien conform een modelovereenkomst wordt gewerkt. In de tijd van de VAR, was de VAR het enige instrument om vooraf te bepalen wat de kwalificatie van de arbeidsrelatie was (en had de vrijwaring dus een veel groter bereik).
- Een deel van de criteria heeft betrekking op aspecten die zich al hebben voorgedaan, daar waar de VAR uitging van verwachting van de aanvrager.
- De Belastingdienst controleert voor een deel van de aanvraag de juistheid van de informatie vooraf. Dat vergroot het waarschijnlijkheidsgehalte van de ondernemersverklaring. Dit in tegenstelling tot de VAR die werd afgegeven op basis van verwachtingen van de opdrachtnemer en waarop dus ook geen controle door de Belastingdienst mogelijk was.
- Een ander verschil met de VAR is dat aan een onjuiste ondernemersverklaring of het onjuist toepassen daarvan zwaardere consequenties worden verbonden voor de opdrachtnemer, zoals het niet meer in aanmerking komen voor een ondernemersverklaring voor een periode van vijf jaar en de mogelijkheid dat aan onjuiste toepassing een boete wordt gehangen. Wat de ondernemersverklaring evenals de VAR-wuo niet doet (en ook niet kan doen) is zekerheid geven over de aard van specifieke arbeidsrelaties waarvoor hij wordt ingezet. Het kan dus niet worden uitgesloten dat die betreffende arbeidsrelatie achteraf moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, met de daaruit voortvloeiende gevolgen voor de opdrachtnemer. De werknemer is niet met terugwerkende kracht verzekerd voor de werknemersverzekeringen.

Randvoorwaarden

1. Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid

De ondernemersverklaring is bedoeld voor een selectieve groep opdrachtnemers die volgens een aantal strikte criteria vrijwel zeker ondernemer zijn. Een belangrijk deel van de genoemde criteria is echter niet eenduidig. De beoordeling van de criteria 2, 3, 4 en 5 (voor zover dit het aantal

opdrachtgevers betreft) is uitsluitend afhankelijk van de verklaring door de opdrachtnemer; waarmee deze variant anders dan andere varianten afhankelijk is van een eenzijdige verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer zonder dat een derde daarvoor verantwoordelijkheid draagt.

De Belastingdienst kan deze criteria vooraf noch achteraf toetsen zonder uitgebreid onderzoek op het niveau van de opdrachtnemer (criteria 3, 4 en 5 deels) en voor criterium 2 bij de (verschillende) opdrachtgever(s) van de opdrachtnemer. Het twee werknemerscriterium is, mede gelet op het gekoppelde loon en de duur van de dienstbetrekking, een arbeidsintensief proces voor de Belastingdienst.

De handhaving vraagt veel individueel onderzoek, zowel bij de opdrachtgever(s) als bij de opdrachtnemer.

Het effect op de uitvoering is mede afhankelijk van het aantal aanvragen en het aantal uiteindelijk af te geven verklaringen. Dit is op voorhand lastig in te schatten en hangt af van de invulling van het omzet criterium (criterium 5). Het aantal personen dat zelfstandigenaftrek claimde (en dus zei te voldoen aan het urencriterium) én een omzet had van ten minste € 50.000 bedroeg in de afgelopen jaren circa 225.000 personen. Deze groep zou dus bij een omzetgrens van € 50.000 en hoger een ondernemersverklaring kunnen krijgen als zij ook aan de overige criteria voldoen. Het aantal aanvragen zal echter hoger liggen. Afgewezen aanvragen kunnen leiden tot bezwaar- en beroepszaken waarvan het aantal gevallen op voorhand niet bekend is. Daarnaast kunnen ook ondernemers op basis van het 'twee werknemers' criterium in aanmerking komen voor de ondernemersverklaringen, waarvan de omvang thans niet is in te schatten. Ook moet rekening gehouden worden met aanvragen vanuit het buitenland, waarvan het aantal wordt geschat op vele tienduizenden per jaar.

Het verstrekken van een ondernemersverklaring vereist verder het inrichten van een nieuw massaal werkproces voor de afgifte van de beschikkingen en daarnaast voor het behandelen van bezwaar en beroep tegen afwijzingen en intrekkingen. Ook moet IT ondersteuning voor het proces ondernemersverklaring worden gerealiseerd en moeten de dienstverleningskanalen van de Belastingdienst worden aangepast voor de uitvoering van de regeling.

De hierboven geschetste uitvoeringsaspecten maken de uitvoering van deze variant structureel problematisch.

2. Overeenstemming met internationaal en Europees recht

Deze maatregel is in overeenstemming met internationaal en Europees recht.

Effecten

1. Proportionaliteit en effectiviteit

Het introduceren van de ondernemersverklaring heeft als doel duidelijkheid vooraf te bieden over de groep werkenden die vrijwel zeker ondernemer is, en daarmee bij de opdrachtgevers de onzekerheid over mogelijke naheffingen en boetes te verminderen. Vanuit dat oogpunt is deze beleidsoplossing effectief.

Deze beleidsoplossing legt de verantwoordelijkheid voor de beoordeling van de arbeidsrelatie bij de opdrachtnemer met een ondernemersverklaring, evenals de daaraan gekoppelde handhaving. Daarmee vervalt t.a.v. deze groep de prikkel voor de opdrachtgever om zorg te dragen voor een juiste kwalificatie van zijn arbeidsrelaties. Effectieve handhaving op schijnzelfstandigheid zal voor deze groep moeilijker zijn. Daarvoor is de inzet van extra (controle)capaciteit nodig. Tegelijkertijd is sprake van een beperktere groep (waarbij de beperking mede afhankelijk is van de vereiste jaaromzet), waarin schijnzelfstandigheid naar verwachting minder vaak zal voorkomen dan bij de VAR (zie beschrijving aandachtspunten).

2. Rechtszekerheid/duidelijkheid en bestendigheid

De onzekerheid over de verplichting tot afdracht loonheffing en premies werknemersverzekeringen wordt verminderd door rechtszekerheid te bieden aan de opdrachtgever van opdrachtnemers met een ondernemersverklaring.

Opdrachtnemers kunnen geen zekerheid ontfemen aan de ondernemersverklaring. Indien de Belastingdienst bij controle constateert dat de ondernemersverklaring ten onrechte is afgegeven of voor de betreffende arbeidsrelatie en werkzaamheden gebruikt, wordt de verklaring ingetrokken en loopt de opdrachtnemer het risico van een boete.

De ondernemersverklaring biedt verder geen zekerheid over de civielrechtelijke status van de arbeidsrelatie of over de kwalificatie van het inkomen van de opdrachtnemer in de inkomstenbelasting.

3. Gelijk speelveld/bescherming werkende

Deze maatregel beoogt op zichzelf geen veranderingen aan te brengen in de bescherming van de werkende en het gelijke speelveld. Een neveneffect is dat er grotere terughoudendheid bij opdrachtgevers kan ontstaan richting de groep zelfstandigen die geen ondernemersverklaring in bezit hebben (waaronder startende ondernemers). Mogelijk zullen werkgevers denken dat alle contracten die niet onder de ondernemersverklaring worden uitgevoerd altijd een arbeidsovereenkomst behelzen.

4. Effecten op de arbeidsmarkt en economie

Doordat de onzekerheid wordt verminderd, draagt deze beleids optie positief bij aan het ondernemersklimaat. Opdrachtgevers zullen minder terughoudend worden om opdrachtnemers in te huren die een ondernemersverklaring hebben. Het effect op de werkgelegenheid is nihil of beperkt.

5. Budgettaire effecten

Er zijn geen budgettaire effecten.

6. Aandachtspunten voor verdere uitwerking

Er zal een grens moeten worden bepaald voor het omzetcriterium. Evenals het geval is bij variant C, D en H, is het vaststellen van met name het omzetcriterium in zekere zin arbitrair en daarmee vatbaar voor politieke discussie. Om een bestendige situatie te creëren zou dan ook een grens moeten worden gezocht die ofwel aansluit bij een andere bestaande grens, ofwel objectiveerbaar is. Ook zou in de wet een mechanisme moeten worden opgenomen voor indexatie van de grens.

Variante J: Gelijke beloning opdrachtnemers en werknemers

In de wet wordt geregeld dat opdrachtnemers en werknemers die bij een bepaald bedrijf hetzelfde soort werk verrichten dezelfde beloning krijgen.

Reikwijdte/doel maatregel

Doel van het stellen van een eis van gelijke beloning is het verminderen van kostenvoordelen bij de inhuur van opdrachtnemers in vergelijking tot het in dienst hebben van werknemers. Hiermee wordt niet ingegrepen in arbeidsrechtelijke kwalificatie. Het betreft veeleer een marktordeningsmaatregel.

Beschrijving/juridische vormgeving

In artikel 7:400 e.v. BW zou een soortgelijke bepaling als artikel 8 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) opgenomen kunnen worden, waarbij de opdrachtgever verplicht wordt gesteld om opdrachtnemers dezelfde brutoloon als die voor werknemers te betalen.

Met deze maatregel wordt niet de arbeidsrechtelijke bescherming geregeld. Deze maatregel draagt bij aan het verminderen van kostenvoordelen bij de inhuur van opdrachtnemers in vergelijking tot het in dienst hebben van werknemers.

Randvoorwaarden

1. Handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid

Het invoeren van minimumtarieven verandert niets aan de rechtspositie van de werkenden en dus ook niet aan de beoordeling door de Belastingdienst of al dan niet sprake is van een relatie buiten dienstbetrekking.

Opdrachtgevers zullen uitvoering moeten geven aan deze maatregel en dus de opdrachtnemer hetzelfde betalen als de bruto loonsom van de werknemer in een gelijkwaardige functie.

Handhaving zal in ieder geval civielrechtelijk kunnen plaatsvinden. De opdrachtnemer zal dan zelf naar de civiele rechter moeten gaan om de gelijke beloning af te dwingen. Mogelijk kan ook worden gedacht aan een rol van de Inspectie SZW bij de handhaving van gelijke beloning.

Bij de handhaving zal dan moeten worden vastgesteld wat de geldende bruto loonsom is voor werknemers met wie wordt vergeleken. De werkende zal hierin ook inzicht moeten kunnen hebben om te kunnen vaststellen of wel of niet is voldaan aan de wet, evenals een publiekrechtelijke handhaver. Er zal dus een maatman moeten worden aangewezen die verifieerbaar, zoals het aansluiten bij een relevante cao, is. Hierbij zal ook moeten kunnen worden vastgesteld hoeveel uren de opdrachtnemer daadwerkelijk heeft gewerkt. Een registratie van uren is hiervoor benodigd.

2. Europees- en internationaal recht

Deze maatregel kan in strijd zijn met Europese wetgeving omtrent de interne markt, tenzij er gerechtvaardigde gronden bestaan (zie nadere uitwerking bij aandachtspunten).

Effecten

1. Proportionaliteit en effectiviteit

Het doel van deze maatregel is het verminderen van kostenvoordelen bij de inhuur van opdrachtnemers in vergelijking tot het in dienst hebben van werknemers. In die zin is de maatregel proportioneel. De maatregel zal ook bijdragen aan het verbeteren van de positie van werkenden met een zwakke onderhandelingspositie (onderkant arbeidsmarkt). De effectiviteit van de maatregel laat vermoedelijk te wensen over (zie hierna onder 2).

2. Rechtszekerheid/duidelijkheid en bestendigheid

Het is lastig om vast te stellen welke functies hetzelfde zijn en waarvoor deze maatregel dus geldt. Er kunnen constructies worden bedacht waardoor de betreffende functie net niet onder de maatregel valt. Om deze reden is de maatregel relatief eenvoudig om te omzeilen.

3. Gelijk speelveld/bescherming werkende

Met deze maatregel wordt niet de arbeidsrechtelijke bescherming geregeld. Deze maatregel draagt bij aan het verminderen van kostenvoordelen bij de inhuur van opdrachtnemers in vergelijking tot het in dienst hebben van werknemers.

4. Effecten op de arbeidsmarkt en economie

Deze beleidsoptie vermindert de financiële prikkel om een zelfstandige in te huren. Dit leidt er naar verwachting toe dat er relatief vaker sprake zal zijn van een arbeidsovereenkomst dan nu het geval is. Dit kan met name aan de onderkant van de arbeidsmarkt (beperkt) ten koste gaan van de werkgelegenheid (door hogere loonkosten).

Ook kan het effect van de maatregel zijn dat bedrijven ervoor gaan kiezen om zzp'ers aan te nemen die wel hun dienst in Nederland aanbieden, maar die er *niet* gevestigd zijn. Voor deze groep geldt de minimumbeloning niet, maar gelden de regels uit het land waar zij gevestigd zijn.

5. Budgettaire effecten

Indien de maatregel ertoe leidt dat het aantal zelfstandigen afneemt, kan dit het budgettaire beslag van de ondernemersfaciliteiten verminderen. Voor zover de werkgelegenheid aan de onderkant van de arbeidsmarkt (beperkt) afneemt, kan dit leiden tot hogere uitkeringslasten.

6. Aandachtspunten voor verdere uitwerking

- Een aandachtspunt is de relatie met artikel 7:405 BW. Artikel 7:405 BW bevat in het tweede lid reeds een voorschrift over de hoogte van het door de opdrachtgever aan de opdrachtnemer te betalen loon. Als de hoogte van het loon niet door partijen is bepaald, is de opdrachtgever het op de gebruikelijke wijze berekende loon of, bij gebreke daarvan, een redelijk loon verschuldigd.

Bij een verdere uitwerking zou nagegaan kunnen worden in hoeverre dit artikel momenteel in de praktijk betekenis heeft en hoe dit wordt geïnterpreteerd en toegepast. In ieder geval zal goed moeten worden gekeken naar de verhouding tussen dit artikel en het eventueel invoeren van een vereiste van gelijke beloning.

- Het maken van een vergelijking met de bruto loonsom van werknemers impliceert een gelijkstelling. Hieraan zou de consequentie kunnen worden verbonden dat al het voorhanden zijnde werk zowel door een werknemer als een zzp'er kan worden verricht. Dit sluit niet geheel aan bij het uitgangspunt dat we nu kennen, dat de individuele arbeidsrelatie (en de wijze van inrichting van die arbeid) bepalend is voor de vraag of er wel of geen gezagsverhouding is. Bovendien is van een volledige gelijkstelling geen sprake (het arbeidsrechtelijk regime met rechten en plichten is immers nog niet van toepassing).
- Verder zijn de Europese regels omtrent de interne markt een aandachtspunt. Het leggen van een bodem in de markt door bepaalde minimumtarieven vast te stellen die zzp'ers in acht moeten nemen is een belemmering van de interne markt en zal primair een belemmering van het vrij verrichten van diensten inhouden (mogelijk in combinatie met de vrijheid van vestiging). Een dergelijke belemmering moet non-discriminatoir zijn, gerechtvaardigd worden wegens een dwingende reden van algemeen belang, geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken en niet verder gaan dan noodzakelijk (evenredig). Daarbij komt ook nog het punt dat cruciaal is dat de overheid (i.e. de wet-of regelgever) het tarief vaststelt en niet de sociale partners noch dat de overheid in feite de wens van de sociale partners spiegelt. In dat geval is er namelijk al snel sprake van een kartel (wat op grond van de Mededingingswet is verboden). Bij de rechtvaardiging van de belemmering speelt duidelijk een rol hoe de tariefregulering is

vormgegeven en in welke sectoren deze van toepassing is en hoe coherent de regulering is. Bij deze rechtvaardiging kunnen de volgende aanwijzingen behulpzaam: doelstellingen van sociale politiek zoals waarborgen minimum van inkomsten om jezelf te kunnen onderhouden of voorkomen verstoring van arbeidsverhoudingen door druk op lonen en werknemerschap van huidige werknemers zijn belangen die snel door het Hof als dwingende reden van algemeen belang zullen worden geaccepteerd. De tariefregulering moet derhalve specifiek het belang van werknemers en zzp'ers dienen en niet van de betrokken bedrijven; dergelijke tariefregulering moet daadwerkelijk problemen oplossen of aantoonbaar een probleem voorkomen. Het helpt daarbij als goede studies de invoering van de tariefregulering in een sector schragen door te onderbouwen wat nu de sociale problemen/risico's zijn.

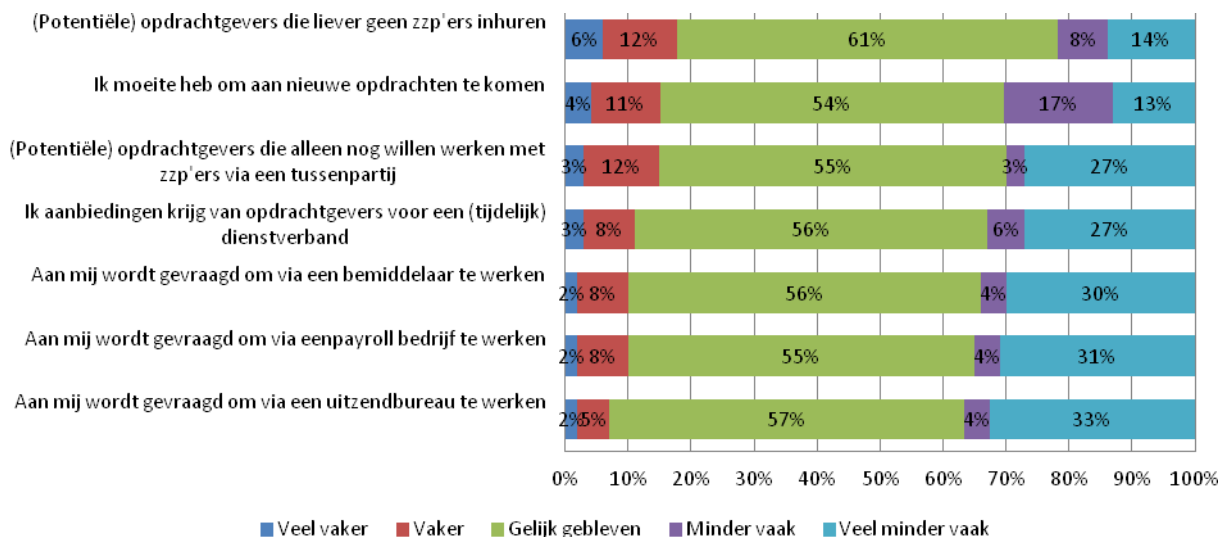
- Met het oog op de coherentie (geschiktheid van de maatregel) dient breder gekeken te worden dan sec de tariefmaatregel zelf. Indien niet is geregeld dat de zzp'er een deel van de meeropbrengst moet gebruiken voor bijvoorbeeld pensioen of arbeidsongeschiktheidsverzekering is dit weinig coherent met het oogmerk van de tariefmaatregel als deze beoogt de sociale bescherming en het bestaansniveau van de zzp'er te beschermen. Hoe specifiek en nauwkeuriger de tariefregulering is door bijv. verschillende kostenposten te specificeren, hoe groter het risico op de disproportionaliteit. De benadering zoals bij de WAADI verdient eerder de voorkeur, met dien verstande dat wel uitgelegd moet kunnen worden waarom dat niveau gerechtvaardigd is. Bij de doelgroep van de WAADI (onder andere uitzendkrachten) is dat relatief makkelijk, maar deze afweging zal niet in alle sectoren makkelijk te maken zijn (bijvoorbeeld een zelfstandige loodgieter afgezet tegen een loodgieter in loondienst).
- Relevant is ook of een maatregel tijdelijk van aard is om schokken in de desbetreffende sector op te vangen, dan wel permanent van aard is. Permanente maatregelen vergen een steviger onderbouwing vanuit een proportionaliteitsoogpunt.
- De eis van minimumbeloning mag zelf niet discriminatoir zijn ten aanzien van de nationaliteit van de werknemers die in dienst worden genomen.

Bijlage 1: Ontwikkeling zzp-populatie

Naar aanleiding van de onrust over de uitwerking van de Wet DBA op de arbeidsmarkt hebben verschillende onderzoekers op basis van enquêtes onder zzp'ers een inschatting gemaakt van de invloed van de Wet DBA op het aantal zzp'ers en het opdrachtvolume. Hierbij is het belangrijk op te merken dat een daling van het aantal opdrachten de bedoelde uitwerking van de wet kan zijn, indien er sprake was van schijnzelfstandigheid. Deze vraag is niet aan de orde gekomen in de onderzoeken.

Zo heeft de Kamer van Koophandel aan zzp'ers die eigen arbeid aan bedrijven leveren gevraagd of zij in 2016 vaker dan in het afgelopen jaar meegemaakt hebben dat potentiële opdrachtgevers liever geen zzp'ers inhuren.⁹⁶ Achttien procent van de 580 respondenten gaf aan dat dit het geval is, maar 22 procent van de respondenten heeft juist aangegeven in 2016 (veel) minder vaak dan in 2015 geconfronteerd te zijn met opdrachtgevers die liever geen zzp'ers inhuren (figuur 1).⁹⁷ Het aandeel zzp'ers waar het in 2016 beter mee gaat, is dus groter dan het aandeel zzp'ers waar het minder goed mee gaat. Voor 2017 hebben veel zzp'ers positieve verwachtingen. Twee op de drie zzp'ers verwacht dat 2017 een beter jaar zal worden dan 2016. De voornaamste redenen voor dit vertrouwen in het aankomende jaar zijn de verwachtingen dat het aantal opdrachten toeneemt (63,4%) en dat er een hoger tarief kan worden gerekend (34,4%). Dat blijkt uit onderzoek van Zzp-barometer onder 825 zzp'ers.⁹⁸ Bij de onderzoeken van de Kamer van Koophandel en Zzp-barometer wordt overigens in de vraagstelling de link tussen de gesignaleerde ontwikkelingen en de Wet DBA niet gelegd. Ook andere factoren, zoals de conjunctuur of structurele ontwikkelingen kunnen een rol spelen bij de gevonden resultaten.

Figuur 1: Hoe vaak zijn onderstaande gebeurtenissen in 2016 voorgekomen ten opzichte van het jaar daarvoor (n=580)



Bron: Kamerstukken II 2016–2017, 31 311, nr. 180.

Ook op basis van enquêtes die wel vragen naar de directe invloed van de Wet DBA op het aantal opdrachten voor zzp'ers, is het niet mogelijk het effect op het totale opdrachtvolume van zzp'ers in

⁹⁶ Kamer van Koophandel (2017) Zzp'ers en hun opdrachten.

⁹⁷ Kamerstukken II, vergaderjaar 2016–2017, 31 311, nr. 180.

⁹⁸ <http://zzpbarometer.nl/2017/02/21/infographic-zzper-heeft-vertrouwen-in-2017/>.

te schatten. Zo vraagt Intelligence Group⁹⁹ in het Arbeidsmarkt GedragsOnderzoek aan zzp'ers of zij als gevolg van de Wet DBA opdrachten zijn misgelopen. Uit een steekproef onder 298 zzp'ers in het eerste kwartaal van 2017 volgt dat dit voor naar schatting 99 duizend zzp'ers in de periode sinds 1 mei 2016 het geval is. Uit een vervolgvraag blijkt dat circa 22 duizend van hen dit werk op een andere basis kon verrichten. Onbekend is of de overige zzp'ers vervangende opdrachten hebben gevonden en dus wat het effect op het totale opdrachtvolume is. Headfirst heeft in maart 2017 de resultaten van een door hen afgenomen steekproef onder 'zelfstandige professionals' gepubliceerd: 55% van de respondenten gaf aan één of meer opdrachten te zijn misgelopen door de wet DBA.¹⁰⁰ De voornamelijk hoogopgeleide respondenten zijn echter niet representatief voor de totale zzp-markt. Bovendien is ook bij dit onderzoek onduidelijk in hoeverre zzp'ers vervangende opdrachten hebben gevonden en wat het effect is op het totale opdrachtvolume. Uit een recent onderzoek van de Zzp-Barometer uit maart 2017 blijkt dat 54% van de zzp'ers weinig tot geen invloed heeft ondervonden van de Wet DBA op hun ondernemerschap. Uit dit onderzoek blijkt ook dat veel zzp'ers feitelijke stellingen over de Wet DBA niet juist konden beantwoorden, en dus een verkeerd beeld hebben over de werking en het effect van de wet.¹⁰¹

Voor zover zzp'ers opdrachten verliezen als gevolg van de Wet DBA is het de vraag hoe dit moet worden gedeut. Er kan sprake zijn van onnodige voorzichtigheid bij opdrachtgevers; als de regels niet helder zijn, zoekt men de minst riskante weg, ook als dit 'echte' zzp'ers opdrachten kost. Dit zou – gezien de doelstelling van de Wet DBA – een onbedoeld effect zijn. Vervolgens is de vraag in hoeverre dit een structureel of een tijdelijk effect is. Het verdwijnen van de absolute zekerheid van de VAR kan voor opdrachtgevers tot een schok en mogelijk een overreactie hebben geleid. De komende tijd zal blijken hoe zich dit verder ontwikkelt. Een andere mogelijkheid is uiteraard dat zzp'ers opdrachten verliezen omdat het schijnzelfstandigen betreft. Eerder onderzoek liet zien dat het aandeel schijnzelfstandigen circa 2%–17% betreft.¹⁰² Een substantiële daling van het aantal (opdrachten voor) zelfstandigen kan derhalve een bedoeld effect van de Wet DBA zijn.

Op basis van een enquête is het niet mogelijk om vast te stellen of iemand voldoet aan de voorwaarden in de wet om als zelfstandige aan het werk te kunnen of dat er sprake is van schijnzelfstandigheid. Daarvoor is een beoordeling van de feitelijke vormgeving van de arbeidsrelatie vereist. Daarom kan op basis van deze onderzoeken ook niet geconcludeerd worden of het gevonden effect bedoeld is (bestrijding schijnzelfstandigheid) of onbedoeld. Dit is op macro-niveau onmogelijk vast te stellen omdat per geval alle feiten en omstandigheden zouden moeten worden getoetst.

Groei aantal zzp'ers vlakt af

Op basis van macrostatistieken blijkt dat het aantal en aandeel zzp'ers in de beroepsbevolking in de afgelopen vijftien jaar snel is gestegen, maar dat de groei in het afgelopen jaar is afgevlakt. Op basis van de definitie van de Enquête Beroepsbevolking van het CBS had in 2016 ruim een miljoen mensen een hoofdbaan als zzp'er.¹⁰³ Dat is een stijging van bijna 400 duizend ten opzichte van

⁹⁹ <https://www.intelligence-group.nl/nieuws/april-2017/drie-keer-zo-veel-zzpers-zonder-werk-als-eind-vorig-jaar>.

¹⁰⁰ <http://wetdba.headfirst.nl/feedback/>.

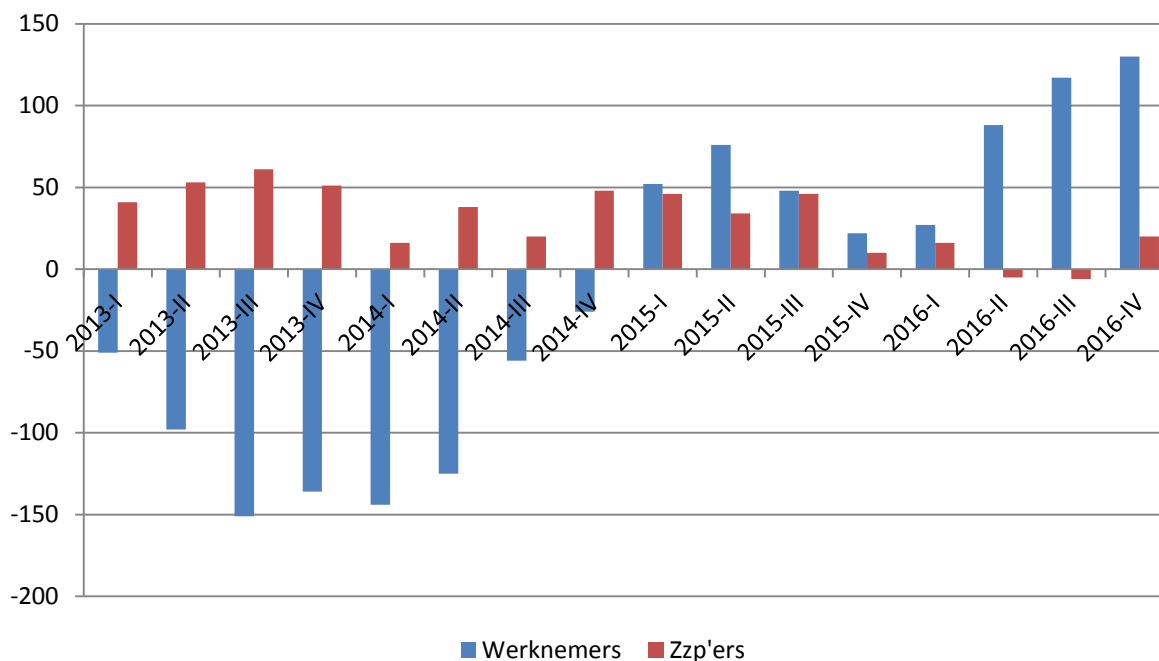
¹⁰¹ <http://zzpbarometer.nl/2017/03/07/infographic-kwart-zzpers-heeft-geen-last-gehad-van-wet-dba/#>. 58,6% van de respondenten denkt dat de zzp'er onder de Wet DBA minimaal drie opdrachtgevers moet hebben. Ook is bijna de helft van de zzp'ers (49,1%) in de veronderstelling dat de zzp'er verplicht kan worden om werknemerspremies af te dragen onder de wet. Gemiddeld genomen wist 28,4% van de zzp'ers bij zeven stellingen over de Wet DBA niet het juiste antwoord te geven.

¹⁰² SEOR (2013) ZZZP tussen werknemer en ondernemer (2013).

¹⁰³ Een persoon die voor eigen rekening of risico arbeid verricht in een eigen bedrijf of praktijk (zelfstandig ondernemer) of als directeur-grotaandeelhouder (dga) en die geen personeel in dienst heeft. Als een persoon meer dan één baan of werkkring heeft, dan wordt uitgegaan van de baan of werkkring waaraan de meeste tijd wordt besteed.

2003. Aan het einde van 2015 vlakke de groei van het aantal zelfstandigen af (figuur 2). In het tweede en derde kwartaal van 2016 was er op jaarbasis sprake van een lichte krimp van het aantal zzp'ers met respectievelijk vijf- en zesduizend personen. In het vierde kwartaal versnelde de groei van het aantal zzp'ers weer. Op jaarbasis resteert in 2016 een beperkte stijging van het aantal zzp'ers met zesduizend (0,6%), daarmee ligt de groei lager dan bij werknemers (1,3%).

Figuur 2: Jaarmutatatie aantal werkenden naar arbeidsrelatie (x1000), 2013–2016 per kwartaal



Bron: CBS

Meer zzp'ers gaan aan de slag als werknemer of stoppen vanwege pensionering

In de periode 2013–2016 is het aandeel zzp'ers dat stopt toegenomen. In 2016 stopte per kwartaal gemiddeld 4,7% van alle zzp'ers (circa 50 duizend personen), in 2013 was dat nog 4,1%. Het aandeel startende zzp'ers is in deze periode vrijwel gelijk gebleven. In combinatie zorgen deze ontwikkelingen ervoor dat de groei van het aantal zzp'ers is afgevlakt. De toename in de uitstroom van het aandeel zzp'ers is een meerjarige ontwikkeling die al zichtbaar was voor de inwerkingtreding van de Wet DBA (figuur 3). Van de stoppende zzp'ers ging bijna de helft aan de slag als werknemer, overwegend op basis van een flexibele arbeidsrelatie. Van de uitstromende zzp'ers die geen werknemer werden, stroomde het grootste deel uit naar de niet-beroepsbevolking vanwege (tijdelijke) inactiviteit of pensionering. Met name de uitstroom vanwege pensionering is sterk gegroeid. De andere redenen voor uitstroom naar inactiviteit zijn divers (bijvoorbeeld onderwijs of zorg voor kinderen). De uitstroom naar werkloosheid is in de afgelopen jaren meer dan gehalveerd en ligt daarmee weer op het niveau van voor de crisis.

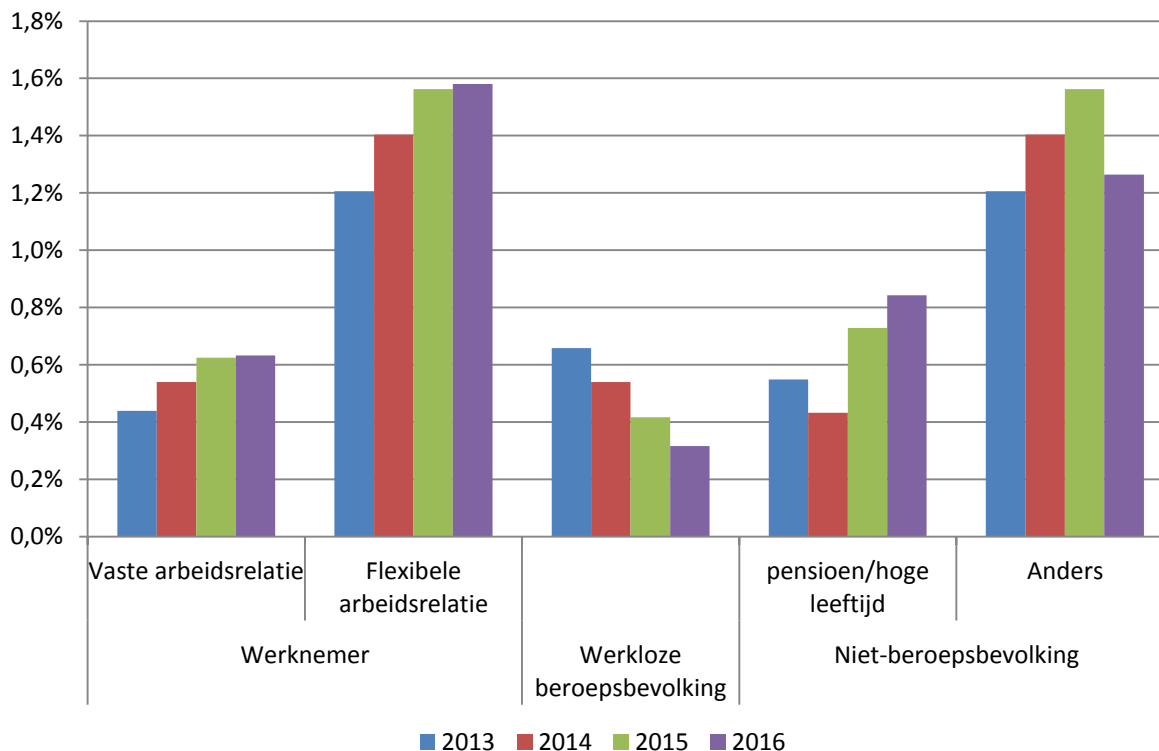
Sinds 2013 is het aandeel zzp'ers dat een baan vond als werknemer sterker gegroeid dan het aandeel zzp'ers dat stopt met werken. De toename in de uitstroom van het aandeel zzp'ers naar werknemerschap hangt mogelijk samen met het aanhoudende herstel op de arbeidsmarkt en de daardoor grotere kans op het vinden van een baan als werknemer.¹⁰⁴ De beschikbare cijfers geven geen reden om aan te nemen dat de invoering van de Wet DBA een groot effect heeft gehad op het aantal zzp'ers.¹⁰⁵ Andere indicatoren voor opdrachten, bijvoorbeeld de arbeidsduur, laten ook geen

¹⁰⁴ DNB (2017) Economische ontwikkelingen en vooruitzichten, januari 2017.

¹⁰⁵ P. de Beer en E. Verhulp (2017) Dertig vragen en antwoorden over flexibel werk.

zichtbaar effect van de Wet DBA zien. Het gemiddelde aantal gewerkte uren per week door zzp'ers nam in het afgelopen jaar toe van 34 naar 35 uur. Bovendien blijkt uit een analyse van de omzetontwikkeling van zzp'ers door de Belastingdienst dat de omzet van zzp'ers in de periode 2011–2016 jaarlijks is toegenomen.¹⁰⁶

Figuur 3: Uitstroom van zzp'ers (% van zzp'ers een kwartaal eerder, jaargemiddelde)



Bron: CBS

Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat ruim een miljoen zzp'ers nog steeds aan het werk zijn en dat het totaal aantal zzp'ers nog steeds licht groeit. Het aandeel startende zzp'ers is vrijwel gelijk gebleven, terwijl het aandeel zzp'ers dat stopt is toegenomen, vooral door toegenomen uitstroom naar werknemerschap en pensioen. De gemiddelde arbeidsduur van zzp'ers is in het afgelopen jaar juist toegenomen. Op basis van deze cijfers is het niet mogelijk om vast te stellen in hoeverre de Wet DBA een rol speelt in deze ontwikkelingen. Ook is onbekend in hoeverre een eventueel effect van de wet bedoeld is (bestrijding schijnzelfstandigheid) of onbedoeld.

¹⁰⁶ Kamerstukken II 2016-2017, 34 036, nr. 63.

Bijlage 2: Het systeem in een aantal Europese landen

In de meeste EU landen¹⁰⁷ bestaat er, net zoals in Nederland, een wettelijke definitie van arbeidsovereenkomst, die ruim is geformuleerd. In een aantal Europese landen¹⁰⁸ bestaat er geen wettelijke definitie van de arbeidsovereenkomst. In een aantal landen zoals het VK is de definitie van arbeidsovereenkomst ingevuld via de rechtspraak. Soms kan de definitie worden afgeleid uit andere wetgeving. In België en Noorwegen bestaat bijvoorbeeld geen wettelijke definitie van arbeidsovereenkomst, maar wel een wettelijke definitie van werknemer, waaruit een definitie van arbeidsovereenkomst kan worden afgeleid. In Duitsland is de arbeidsovereenkomst een bijzondere overeenkomst afgeleid van de overeenkomst voor een dienst, die wel wettelijk is gedefinieerd.

Of de definitie van arbeidsovereenkomst wettelijk is vastgelegd of niet, in de meeste Europese landen wordt uiteindelijk aan de hand van feiten – ongeacht de kwalificatie die partijen aan de overeenkomst geven – door de rechtelijke macht bepaald of er sprake is van een arbeidsovereenkomst.¹⁰⁹ De belangrijkste criteria die gebruikt worden om te beoordelen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst zijn:

- Controle i.e. gezagsverhouding;
- Integratie in de onderneming;
- Financiële input of risico; en
- Wederkerigheid van verplichtingen

Dit is geen allesomvattende lijst. Sommige landen hanteren een paar van de genoemde criteria, anderen hanteren nog extra criteria, zoals de mogelijkheid tot vervanging. Het gewicht dat aan de verschillende criteria wordt toegekend varieert per land.

Gezag/ondergeschiktheid

In alle Europese landen is dit het belangrijkste criterium. In the meeste landen (België, Luxemburg, Frankrijk, Duitsland, en Ierland) is het voornaamste aspect van gezag, zoals in Nederland, het toezicht van de werkgever op de werknemer. Er is sprake van een arbeidsovereenkomst als een persoon onderworpen is aan het gezag of afhankelijk is van een ander. In sommige landen worden de termen ondergeschikt en afhankelijkheid naast elkaar gebruikt. In andere landen is er sprake van differentiatie. Ook de invulling van het begrip afhankelijk varieert: sommige landen spreken van persoonlijke afhankelijkheid (Duitsland, Denemarken en Oostenrijk), anderen van juridische afhankelijkheid (Frankrijk en tot op zeker hoogte Luxemburg).

In België omschrijft het Hof van Cassatie omschrijft de gezagsuitoefening als *“een essentieel element van de arbeidsovereenkomst dat voor de werkgever de bevoegdheid inhoudt de werknemer te leiden en toezicht uit te oefenen op het werk van de werknemer.”*

Gezag houdt m.a.w. de bevoegdheid in voor de werkgever om leiding te geven aan de werknemer (bevelrecht) en toe te zien op de uitvoering van de bevelen (controle- en tuchtrecht).

Het gezag hoeft niet noodzakelijk daadwerkelijk en permanent uitgeoefend te worden. Het volstaat dat de werkgever de juridische mogelijkheid heeft om op elk ogenblik effectief gezag uit te oefenen, zonder dat het noodzakelijk is dat hij dat ook strikt en ononderbroken doet. De gezagsverhouding bestaat dus zodra gezag feitelijk kan worden uitgeoefend.

¹⁰⁷ Oostenrijk, België, Estland, Finland, Griekenland, Hongarije, Ierland, Litouwen, Malta, Slovenië, Roemenië en Spanje.

¹⁰⁸ Bulgarije, Cyprus, Tjsechië, Denemarken, Frankrijk, Duitsland, Italië, Luxemburg en Slowakije.

¹⁰⁹ België vormt hier een uitzondering op. In België wordt uitgegaan van de kwalificatie van de overeenkomst die de partijen hebben gegeven, behalve als de feiten onomstotelijk deze kwalificatie weerspreken.

Volgens de Luxemburgse regelgeving is het volgende bepalend voor het vaststellen dat er sprake is van een gezagsverhouding: het recht van de werkgever om (gedetailleerde) instructies te geven of een werknemer een specifieke taak te geven en de tijd en plaats van het werk te bepalen.

De Luxemburgse rechtspraak heeft voor bepaalde beroepen overigens bepaald dat deze worden uitgeoefend in het kader van een arbeidsverhouding, zoals schoonmaak werkzaamheden. In dergelijke gevallen leidt de rechtspraak van het type werkzaamheden af dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

In Frankrijk wordt gezag beschreven als "de uitvoering van werk onder het gezag van de werkgever die het gezag heeft om opdrachten en richtlijnen te geven, de uitvoering te controleren en om sancties op te leggen aan ondergeschikten."

Gezag of ondergeschiktheid maakt vaak onderscheid tussen functionele of persoonlijke instructies. Functionele instructie wordt gedefinieerd als instructies met betrekking tot de inhoud en uitvoering van het werk. Persoonlijke instructies hebben betrekking op tijd en plaats van de werkzaamheden en soms het gedrag van de werknemer. De Duitse rechtspraak kijkt bij het bepalen van de gezagsverhouding naar de mate van integratie van een persoon in de onderneming en het bestaan van de bevoegdheid tot het geven van instructie over de uitvoering en uitoefening van werkzaamheden.

Gezag in geval van hoogopgeleide functies

In een aantal landen, zoals Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, wordt in de rechtspraak wel aangegeven dat in het geval van hoog opgeleide functies de mogelijkheid tot het geven van instructies, geen goede indicator is. In dit soort functies is het mogelijk dat de werknemer veel professionele autonomie heeft. Dan verliest het criterium uitoefenen van gezag/controleren zijn betekenis en spelen andere criteria zoals de mate van integratie in de onderneming een belangrijkere rol in de beoordeling. Gekeken wordt bijvoorbeeld in welke mate betrokkene zich moet onderwerpen aan disciplinaire procedures in het bedrijf en het feit of hij een eigen inbreng van middelen heeft of beschikt over een eigen werkplaats en middelen. Ook al heeft een hoogopgeleide derhalve een hoge mate van professionele autonomie, dan kan er desondanks sprake zijn van een arbeidsovereenkomst omdat betrokkene geïntegreerd is in de onderneming.

Mogelijkheid tot vervanging

De mogelijkheid om je te laten vervangen is een belangrijke indicator bij het vaststellen of iemand een werknemer is of een zelfstandige. Het recht om zich te laten vervangen of om werkzaamheden te delegeren wordt in veel Europese landen gezien als een indicator dat het hier gaat om een zelfstandige en niet om een werknemer.

De Duitse rechtspraak geeft aan dat het delegeren van werk een aanwijzing is dat het om een zelfstandige gaat. Een contract voor werkzaamheden dat niet kan worden uitgevoerd zonder bijdragen van derden is een indicatie dat het hier gaat om een zelfstandige.

In sommige landen kan een werknemer een vervanger aanwijzen. Uitspraken gedaan in Luxemburg geven aan dat een bepaling in een contract dat een werknemer zijn of haar werkzaamheden kan delegeren, niet automatisch betekent dat hier sprake is van een zelfstandige. Echter een dergelijke contractuele bepaling is ongeldig als andere criteria aangeven dat er sprake is van een arbeidsverhouding.

In het Verenigd Koninkrijk gebruiken werkgevers steeds meer 'vervangingsclausules', ook in arbeidsovereenkomsten. Deze clausules houden in dat de werknemer niet persoonlijk de werkzaamheden hoeft te verrichten, maar dit ook kan delegeren aan een vervanger. De rechtspraak heeft hier wisselende uitspraken over gedaan. In een zaak was het gerechtshof van mening dat een onbegrensde mogelijkheid tot het delegeren van werkzaamheden, betekent dat dit

dus geen arbeidsovereenkomst betrof, aangezien de verplichting tot het persoonlijk verrichten van werkzaamheden toch het absolute minimum was van een arbeidsovereenkomst. In een zaak ging het om een begrensde mogelijkheid tot vervanging, namelijk alleen in het geval dat de werknemer niet in staat is om te werken. In dit specifieke geval vond de rechtbank dat dit niet betekende dat er geen arbeidsverhouding was.

Geen werknemer, maar ook geen zelfstandige: quasiwerknemers of economisch afhankelijke personen

Een aantal landen heeft behalve werknemers en zelfstandigen een andere categorie: quasi werknemers of economisch afhankelijke personen. In sommige landen is voor een bepaalde sector of beroep vastgelegd dat er altijd of als bepaalde criteria zijn vervuld uitgegaan wordt van een arbeidsrelatie.

In Oostenrijk wordt hieronder verstaan een categorie van personen die werk uitvoeren of diensten verlenen zonder een arbeidsovereenkomst, maar die worden beschouwd als een "op een werknemer lijkend" persoon omdat ze economisch afhankelijk zijn. Deze economische afhankelijkheid wordt vastgesteld aan de hand van een aantal criteria zoals:

- Het werk wordt uitgevoerd voor één of een zeer beperkt aantal opdrachtgevers;
- De betreffende persoon gebruikt geen relevante eigen middelen om het werk uit te voeren;
- De betreffende persoon is afhankelijk van de inkomsten uit het werk voor zijn levensonderhoud.

Deze economisch afhankelijke personen krijgen niet dezelfde bescherming als een werknemer, maar worden deels beschermd door het arbeidsrecht. Dit betreft vooral de onderdelen van het arbeidsrecht die geen betrekking hebben op de gezagsverhouding zoals: veiligheid en gezondheid op het werk en anti-discriminatie. Ze hebben geen recht op ontslagbescherming, betaald verlof en doorbetaling bij ziekte.

Volgens de Duitse wetgeving is er geen sprake van een gezagsverhouding bij economisch afhankelijke personen. De belangrijkste kenmerken zijn:

- Economische afhankelijkheid (in tegenstelling tot persoonlijke afhankelijkheid of een het bestaan van een gezagsverhouding);
- De noodzaak voor sociale bescherming omdat:
 - het werk uitgevoerd wordt door de persoon in kwestie, zonder de hulp van werknemers en omdat,
 - het werk voornamelijk wordt uitgevoerd ten behoeve van 1 persoon of omdat de opdrachtnemer van één opdrachtgever/cliënt afhankelijk is voor meer dan de helft van zijn totale inkomen.

Deze categorie heeft recht volgens de Duitse wetgeving op betaald verlof, bescherming van de anti-discriminatie wetgeving maar niet op wettelijke ontslagbescherming.

Ook Frankrijk kent dergelijke regelgeving. Volgens de Franse arbeidswetgeving vallen sommige zzp'ers onder de bescherming geboden door het Franse arbeidsrecht. Dit wordt bepaald aan de hand van economische criteria zoals de exclusieve of quasi exclusieve activiteit door een dominante opdrachtgever die de prijzen die betaald worden aan de ZZP er oplegt. In deze gevallen wordt het arbeidsrecht toegepast. De Franse wetgeving zegt expliciet dat elke overeenkomst waarbij professionele journalisten, artiesten, mannequins of verkoopmedewerkers hun diensten verlenen als een arbeidsovereenkomst, als aan bepaalde criteria wordt voldaan.

Een reizende verkoopmedewerker, vertegenwoordiger wordt gedefinieerd als een persoon die

1. Werkt voor een of meer werkgevers;
2. Werkt exclusief en voortdurend op het terrein van vertegenwoordiging;
3. Oefent geen commerciële activiteit uit voor eigen rekening;

4. Is gebonden aan de werkgever(s) door verplichtingen betreffende dienstverlening of goederen aangeboden voor koop of verkoop, de regio waar zij hun professionele activiteit moeten uitoefenen, de soorten cliënten die zij moeten benaderen of de hoogte van beloning.

In België bestaat voor bepaalde economische sectoren een mechanisme van vermoeden, gebaseerd op specifieke criteria, opgesomd in de arbeidsrelatiewet of in een apart koninklijk besluit. Wanneer meer dan de helft van de criteria niet zijn vervuld, vermoedt dat het gaat om een opdrachtverlening. Omgekeerd vermoedt men een arbeidsrelatie als werknemer. Het betreft de volgende sectoren: bouw, land- en tuinbouw, schoonmaak, taxi en busvervoer en beveiliging.

In Spanje worden professionele sporters en artiesten beschouwd als werknemers als ze werken voor een club of een bedrijf dat hen betaalt.

Mogelijkheid tot vaststelling vooraf

In alle Europese landen stelt de rechtelijke macht – in geval van conflict – vast of het gaat om een arbeidsovereenkomst of om een zelfstandige. Hierbij kijkt men naar de feitelijke omstandigheden. Er zijn geen Europese landen die duidelijkheid geven over de aard van arbeidsrelaties die nog niet zijn aangegaan (zoals we in Nederland nu proberen met de modelovereenkomsten en in het verleden met de VAR). In drie andere landen wordt geprobeerd om duidelijkheid te geven of een bestaande arbeidsrelatie een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst tot opdrachtverlening is. De vraag die beantwoord dient te worden is of iemand verplicht is sociale zekerheidspremies af te dragen of men in de juiste categorie van sociale zekerheidspremies is ingedeeld. Deze manieren om duidelijkheid te geven over een bestaande arbeidsrelatie zijn te vergelijken met de Nederlandse beschikking verzekeringsplicht.

In Duitsland kunnen werkgever en werknemer als er onduidelijkheid bestaat over de status van hun overeenkomst vragen om de status te laten vaststellen.¹¹⁰ De statusbepaling beantwoordt de vraag of men verplicht is premies af te dragen aan het Duitse wettelijke pensioenstelsel. De status wordt bepaald door het agentschap voor pensioenverzekering (Deutsche Rentenversicherung Bund) in de verschillende deelstaten. De partijen kunnen gemeenschappelijk of individueel een aanvraag doen voor het vaststellen van hun status. De andere partij wordt altijd betrokken. Het is een administratieve procedure. Als eenmaal is vastgesteld dat er sprake is van een arbeidsverhouding geldt dit voor alle takken van sociale zekerheid.

In België neemt de Administratieve commissie ter regeling van de arbeidsrelatie beslissingen over de kwalificatie van een arbeidsrelatie. Eén of beide betrokken partijen kunnen een aanvraag hiertoe doen aan het begin van de relatie. De commissie maakt deel uit van de Federale Overheidsdienst Sociale Zekerheidsdienst. Naast deze Federale Overheidsdienst hebben ook de sociale zekerheidsinstellingen en de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid Arbeid en Sociaal overleg zitting.

In Ierland heeft men een Code of Practice opgesteld: Code of Practice in determining employment or self employment status for individuals¹¹¹, als een reactie op het feit dat een groeiend aantal personen in de categorie zelfstandigen, terwijl de verhouding voldeed aan de criteria van een arbeidsovereenkomst. De Code of Practice geeft een lijst van indicatoren voor een arbeidsovereenkomst en voor zelfstandige. Gezagsverhouding en de mogelijkheid tot vervanging behoren ook in Ierland tot de criteria. Ook Ierland biedt een mogelijkheid om in de gevallen waarin twijfels bestaan over de aanwezigheid van een arbeidsverhouding of een opdrachtgever-cliëntrelatie een beslissing te vragen van de nationale instanties. Deze aanvraag kan gedaan worden bij

¹¹⁰ [http://www.landesrecht-](http://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=SGB+4+%C2%A7+7a&psml=bsbawueprod.psml&max=true)

[bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=SGB+4+%C2%A7+7a&psml=bsbawueprod.psml&max=true](http://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=SGB+4+%C2%A7+7a&psml=bsbawueprod.psml&max=true).

¹¹¹ <http://www.welfare.ie/en/pages/code-of-practice-for-determining-employment-or-self-employme.aspx>.

het lokale belastingkantoor (*local Revenue Office*) of lokale bijstandsinstantie (*local Social Welfare Office*) van de SCOPE sectie van het Ierse Ministerie van Sociale bescherming. De beslissing wordt genomen op basis van alle relevante feiten. Een beslissing van de ene instantie (sociale bescherming) wordt in het algemeen geaccepteerd door de andere instantie (belastingdienst) en vice versa.

Het Ierse ministerie van sociale bescherming onderzoekt bij een dergelijke aanvraag of een werknemer of zelfstandige in de juiste categorie van sociale zekerheidsbijdragen is ingedeeld. De sociale zekerheidsbijdrage (Pay Related Social Insurance (PRSI) contributions) worden via de Ierse inkomstenbelastingen geïnd.¹¹² De categorie waarin een persoon wordt ingedeeld voor deze PRSI, bepaalt ook waar hij later recht op heeft op het gebied van sociale zekerheid en bijstand. PRSI wordt betaald door alle mensen ouder dan 16 jaar en onder de pensioenleeftijd als zij parttime of full time werknemer zijn en 38 euro of meer per week verdienen of zelfstandigen met een inkomen van 5000 euro of meer van alle bronnen.

Als er een aanvraag wordt gedaan om de status van een persoon te bekijken, kijkt het ministerie naar de volgende vragen:

- Is er sprake van een arbeidsovereenkomst of van een zelfstandige?
- Is er sprake van een arbeidsovereenkomst die onder de sociale verzekeringen valt of een zelfstandige die onder de sociale verzekering valt?
- In welke categorie sociale zekerheidsbijdrage valt de persoon?

Het ministerie neemt een beslissing op basis van alle relevante feiten. Een sociale inspecteur (Social Welfare Inspector) spreekt apart met zowel werknemer als werkgever over de aard van de relatie en stuurt een gedetailleerd rapport naar het ministerie ter beslissing. Omdat in Ierland de arbeidsovereenkomst niet bij wet is gedefinieerd, neemt het ministerie een beslissing op grond van de jurisprudentie. De principes neergelegd in de jurisprudentie zijn deels vastgelegd in de bovengenoemde Code of Practice.

¹¹² <http://www.welfare.ie/en/Pages/What-does-Scope-Section-do.aspx>.

Bijlage 3: Lijst met gesprekspartners

PZO	mw. L. Beduwe, mw. M. Drijvers
ZZP Nederland	dhr. M. Post
FNV Zelfstandigen	mw. J. van Breda
Zelfstandigen bouw	dhr. C. Verhoef, dhr. P. Klingenberg
FNV	mw. C. Passchier, mw. M. Kraamwinkel, mw. H. van de Roemer
CNV	mw. L. Bijpost, dhr. A. van Wijngaarden
VCP	dhr. N. van Holstein
VNO-NCW/MKB-NL	dhr. T. Schoenmaeckers
AWVN	mw. J. van der Hulst
LTO	dhr. H. Koehorst
ONL	dhr. G. Gladdines, dhr. D. Altena
ABU	dhr. J. Koops, mw. L. van Rossum
MKB Belangen	dhr. J. Priem
Bovib	dhr. R. de Laat
Zipconomy	dhr. H.J. Ruts
NOAB	dhr. P. Willems, dhr. A. Gerrits
NvJ/NvF	mw. R Garcia Lopez
Register Belastingadviseurs	dhr. P. Furer
NOB	dhr. M. Kawka
Erasmus Universiteit Rotterdam	dhr. L. Stevens (emeritaat), dhr. R. Houweling
Universiteit van Amsterdam	dhr. E. Verhulp, mw. M. Westerveld, dhr. T. Mertens, dhr. R. Beltzer
Vrije Universiteit Amsterdam	dhr. W. Bouwens, mw. W. Roozendaal
Universiteit van Tilburg	mw. M. Houwerzijl, dhr. R. Dekker
Radboud Universiteit	dhr. L. Verburg
Universiteit Leiden	dhr. G. Boot

Bijlage 4: Brief Stichting van de Arbeid

Ministerie van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid
T.a.v. de heer drs. M. P. Flier
Postbus 90801
2509 LV DEN HAAG

Den Haag

7 maart 2017 S.A. 17.9409 JM/JS
Uitvoering Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie (DBA)

Geachte heer Flier,

In de afgelopen weken heeft onder uw leiding een interdepartementale ambtelijke werkgroep gesprekken gevoerd met diverse partijen over de problemen die gerezen zijn met betrekking tot de uitvoering van de wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelatie (DBA). In dat kader zijn ook gesprekken gevoerd met vertegenwoordigers van sociale partners. Dat gebeurde op basis van de brief aan de Tweede Kamer van staatssecretaris Wiebes van Financiën d.d. 18 november 2016 (tweede voortgangsrapportage DBA). In deze brief werd een interdepartementale exercitie in overleg met sociale partners aangekondigd.

In deze gesprekken is onder andere de mogelijkheid aan de orde gekomen van een 'herijking' van elementen van het arbeidsovereenkomstenrecht, zoals ook vermeld is in de brief van de staatssecretaris.

De Stichting van de Arbeid heeft zich gebogen over de vraag op welke wijze zij een bijdrage wil en kan leveren aan het oplossen van de gerezen uitvoeringsproblemen met betrekking tot de opdrachtverlening aan zelfstandig werkenden (zzp'ers), die ontstaan zijn bij de uitvoering van de wet DBA, door een of meer oplossingsrichting(en) voor deze problematiek te verkennen. Zonder vooruit te lopen op de mogelijke uitkomsten van deze discussie, wil de Stichting van de Arbeid u hierbij laten weten dat werkgevers en werknemers in de Stichting het onverstandig achten om een 'herijking' van de arbeidsovereenkomst en het arbeidsrecht, met mogelijk verstrekkende gevolgen voor grote groepen werkenden, in overweging te nemen alleen op basis van problemen die zijn gerezen met betrekking tot de uitvoering en handhaving van de wet DBA voor een deel van de zelfstandigen en hun opdrachtgevers.

De handhavingsvraagstukken met betrekking tot de wet DBA concentreren zich op de zekerheid die voorafkan worden geboden over de status van de arbeidsrelatie in het fiscale domein met uitstralingseffecten naar het domein van de sociale zekerheid.

De Stichting is graag bereid mee te denken over oplossingsrichtingen voor de gerezen problematiek die zich toespitsen op bovengenoemde groep(en) werkenden en de door de Stichting aangeduide domeinen.

Met vriendelijke groet,

STICHTING VAN DE ARBEID

Bijlage 5: Position papers

1. Notitie personele werkingssfeer arbeidsrecht en werknemersverzekeringen

Prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens en prof. mr. W.L. Roozendaal
13 januari 2017, VU Amsterdam

1. Inleiding

Ons is gevraagd onze zienswijze te geven op de vraag of de criteria voor het vaststellen van de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst aan herijking toe zijn, en zo ja, in welke richting. In het navolgende schetsen wij de betekenis van deze vraag voor de inrichting van de arbeidsmarkt en het stelsel van sociale zekerheid. Vervolgens gaan wij in wat meer detail in op de kwalificatievraag naar huidig recht, om daarna te bespreken welke aspecten van dit leerstuk volgens ons problematisch zijn. Tenslotte zullen wij een alternatief voor de huidige aanpak bespreken.

2. Algemeen

Belangrijkste doelstelling van het arbeidsrecht is de bescherming van werknemers tegen de, als regel, economisch sterkere werkgever. Het arbeidsrecht vormt een correctie op de maatschappelijk onwenselijk geachte gevolgen van een vrije markteconomie door de vrijheid van werkgevers en werknemers om zelf hun arbeidsverhouding vorm te geven aan (veelal dwingendrechtelijke) banden te leggen. Dat werkgevers dit deel van het recht als belemmerend ervaren is derhalve vanzelfsprekend.

Het is, gelet op het vorenstaande, evenmin vreemd dat wetgever, rechtspraak en literatuur partijen bij de arbeidsverhouding weinig ruimte laten om aan de wettelijke kaders voor de dienstbetrekking te ontkomen door hun juridische relatie anders vorm te geven. De economisch zwakkere werknemer zal veelal geen andere keuze hebben dan de voorwaarden die door de werkgever worden geformuleerd, te accepteren, zeker waar het eenvoudig vervangbare arbeid betreft. De noodzaak voor een wettelijk keurslijf dient echter niet uitsluitend te worden gezien vanuit het perspectief van de persoon die tegen zijn wil de werking van het arbeidsrecht dreigt te worden onthouden. Voor grote delen van dit rechtsgebied geldt namelijk dat ook andere belangen dan het belang van de individuele arbeidsverrichter een belangrijke rol vervullen.

Dit is heel duidelijk het geval in het socialezekerheidsrecht. Men heeft op dit terrein bewust gekozen voor een verplichte verzekering van rechtswege. Voor de werknemersverzekeringen (WW, Ziektewet, WAO, Wet WIA) geldt dat men, of men wil of niet, verzekerd is wanneer men arbeid in dienstbetrekking verricht. Daarvoor werd onder meer gekozen om werknemers te behoeden voor onderschatting van de risico's die hun bestaansvoorziening bedreigen, maar vooral ook omdat door de menging van goede en slechte risico's een aanvaardbare premiestelling mogelijk is. Het is voor werknemers aldus niet mogelijk om vrijwillig af te zien van de verzekeringen, ook niet voor werknemers die zelf in staat zijn om de gedekte risico's te dragen.

Wordt arbeid anders dan op grond van een dienstbetrekking verricht, dan heeft dat voor opdrachtgevers als voordeel dat geen werkgeverspremies hoeven te worden afgedragen. Het ontwijken van een arbeidsovereenkomst heeft voorts als voordeel voor werkgevers dat zij worden gevrijwaard van socialezekerheidsrisico's die in de loop der jaren bij de werkgever zijn neergelegd (loondoorbetaling bij ziekte, transitievergoeding). Een en ander vormt, naast de toepasselijkheid van cao-voorwaarden, ontslagbeperkingen, en pensioenbijdrageverplichtingen, een belangrijke verklaring voor het feit dat diverse werkgevers de voorkeur geven aan tewerkstelling op basis van een overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk boven het aangaan van een arbeidsovereenkomst.

Voor sommige arbeidskrachten geldt dat zij meewerken aan de totstandkoming van een ander contract omdat zij niet in de positie verkeren om een arbeidsovereenkomst af te dwingen. 'Voor

hen tien anderen!'. Anderen werken mee, onder meer omdat zij geen behoefte (denken te) hebben aan de bescherming van de werknemersverzekeringen en profiteren van de fiscale faciliteiten die aan ondernemers worden geboden. Deze brengen mee dat de netto opbrengst van de door hen verrichte arbeid, althans op korte termijn, hoger is dan wanneer zij werkzaam zouden zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Voor de personen in de eerste groep fungeren de fiscale faciliteiten veeleer als tariefsubsidie. Gevolg van het hier beschreven ontwijkingsgedrag is niet alleen dat bepaalde werknemers de hun door de wetgever toegedachte bescherming wordt onthouden, maar ook een verstoring van de concurrentieverhoudingen omdat werkgevers die gebruik (blijven) maken van arbeidsovereenkomsten een hogere prijs voor de arbeid moeten vragen, en een uitholling van het op solidariteit gebaseerde stelsel van sociale zekerheid doordat bepaalde groepen werkenden en hun opdrachtgevers daaraan, al of niet uit vrije keuze, niet meer bijdragen.

3. De arbeidsovereenkomst als sleutelbegrip in het arbeidsrecht

De arbeidsovereenkomst vormt het sleutelbegrip voor de toegang tot diverse arbeidsrechtelijke regelingen. Dit geldt uiteraard in de eerste plaats voor de bepalingen in titel 7:610 BW. Een enkele BW-bepaling heeft ook betrekking op andere arbeidsverhoudingen (zie m.n. art. 7:658 lid 4 BW).

De arbeidsovereenkomst vormt echter in veel wetten niet het exclusieve entreebiljet. Zo zijn in de Ziektewet, Werkloosheidswet en Wet WIA ook personen werkzaam op grond van een andere arbeidsverhouding die sociaal-economisch in een vergelijkbare positie verkeren als werknemers (zogenoemde *arbeitnehmerähnliche* Personen), onder de werkingssfeer van deze wetten gebracht (art. 4 en 5 ZW en WW). Het gaat dan bijvoorbeeld om kleine aannemers, artiesten, musici en, onder zekere voorwaarden, persoonlijk-dienstverrichters. Dit gebeurde niet alleen om deze personen te beschermen tegen sociale risico's, maar ook om rechtsonzekerheid te vermijden en te voorkomen dat partijen, door het kiezen van een andere rechtsverhouding ('rechtsvormenvlucht'), toepasselijkheid van de sociale werknemersverzekeringen konden vermijden.

Ook andere wetten kennen een ruimere werkingssfeer. Zo vallen onder de Wet Minimumloon en Minimumvakantiebijslag, naast personen werkzaam op grond van een arbeidsovereenkomst, ook degenen die gedurende meer dan drie maanden gemiddeld ten minste vijf uren per week tegen beloning persoonlijk arbeid verrichten voor ten hoogste twee anderen zonder dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, tenzij deze overeenkomst is aangegaan in beroep of bedrijf (art. 2 Besluit Minimumloon en Minimumvakantiebijslag). De werkingssfeer van de Arbeidsomstandighedenwet is nog ruimer. De Arbo-regels gelden voor iedereen die een ander onder zijn gezag arbeid doet verrichten, ongeacht of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Bepaalde voorschriften zijn bovendien van toepassing verklaard op zelfstandigen en meewerkende werkgevers.

Bij een herijking van de werkingssfeer van arbeidsrechtelijke regels zal derhalve per deelgebied moeten worden bezien welke doelgroep de gewenste is. Deze afweging kan per wet anders uitvallen. Het is onzes inziens gelet op die verschillende werkingssferen niet per se noodzakelijk dat de personele werkingssfeer van art. 7:610 BW en verder, precies samenvalt met het begrip dienstbetrekking in art. 3 WW en ZW.

4. De definitie van de arbeidsovereenkomst in 7:610 BW

Volgens de definitie van het begrip arbeidsovereenkomst in art. 7:610 BW is de arbeidsovereenkomst 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. Twee elementen van deze omschrijving verdienen in het kader van deze notitie nadere aandacht, te weten 'zich verbinden arbeid te verrichten' en 'in dienst'.

Volgens de heersende leer moet de werknemer zich verbinden persoonlijk arbeid te verrichten voor de werkgever. Kan hij zich ten aanzien van alle werkzaamheden laten vervangen door een niet aan de opdrachtgever bekende derde, dan is derhalve geen sprake van een arbeidsovereenkomst. Heeft vervanging door een derde negatieve consequenties voor het voortbestaan van de

arbeidsverhouding, dan zal de rechter al snel oordelen dat het niet om een reële vrijheid gaat. Een op papier overeengekomen vrijheid van vervanging zal in dat geval niet in de weg hoeven te staan aan een arbeidsovereenkomst.

Het element 'in dienst' brengt mee dat er een gezagsverhouding moet bestaan tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Deze gezagsverhouding wordt veelal slechts aangenomen wanneer de werkgever de bevoegdheid heeft om de werknemer bindende instructies te geven omtrent de inhoud van de werkzaamheden en/of met betrekking tot de goede orde in de onderneming. De aard van de werkzaamheden kan meebrengen dat degene die arbeid verricht bij de uitvoering van zijn taken een grote mate van vrijheid en zelfstandigheid geniet. Dat geldt veelal bij hooggekwalificeerd werk, zoals dat van medici, juristen en accountants. Ook musici en artiesten bepalen vaak in hoge mate zelf de inhoud van hun werk. Voor al deze functies geldt dat de werkzaamheden desalniettemin ook in loondienst kunnen worden verricht. Aan het gezagselement kan dan zijn voldaan, omdat de werkgever bevoegd is aanwijzingen te geven ter bevordering van de goede orde binnen de onderneming of het werkverband.

De drie elementen van art. 7:610 lid 1 BW moeten in een contractuele arbeidsverhouding aanwezig zijn om te kunnen spreken van een arbeidsovereenkomst. Wanneer krachtens overeenkomst met een ander tegen loon persoonlijk arbeid wordt verricht onder een zekere mate van zeggenschap van die ander, is echter niet per se sprake van een arbeidsovereenkomst. Ook bij een overeenkomst van opdracht is de opdrachtnemer namelijk gehouden gevolg te geven aan zekere aanwijzingen omtrent de uitvoering (art. 7:402). Hoe sterker en veelomvattender die bevoegdheid is, des te eerder is sprake van een arbeidsovereenkomst. De grens tussen de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst is derhalve een vloeiende.

5. Problemen bij de kwalificatievraag

De Hoge Raad neemt in het arrest Groen/Schoevers (NJ 1998, 149) als uitgangspunt dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijze kunnen inrichten. Wat tussen hen heeft te gelden, wordt bepaald door de inhoud van de overeenkomst, zoals die hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij de overeenkomst feitelijk hebben uitgevoerd en aldus daaraan nader inhoud hebben gegeven. Nadat aldus de inhoud van de overeenkomst is vastgesteld, dient te worden bepaald of sprake is van een arbeidsovereenkomst, een overeenkomst van opdracht of een andere bijzondere overeenkomst. Bij deze kwalificatie is volgens de Hoge Raad niet één enkel kenmerk van de contractuele relatie beslissend, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun rechtsverhouding hebben verbonden, in hun onderling verband worden gezien. Het gaat om het 'totale plaatje'. Men spreekt ook wel van een 'holistische benadering'. Vertoont de arbeidsverhouding overwegend de kenmerken van arbeid in dienstbetrekking of die van arbeid in de zelfstandige uitoefening van een beroep? Belangrijke indicatoren dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, zijn: het doen van investeringen (eigen – kostbare – bedrijfsmiddelen), het lopen van ondernemingsrisico, het werken voor diverse opdrachtgevers, het ontbreken van zeggenschap van die opdrachtgevers over de wijze waarop de werkzaamheden worden uitgevoerd, het incidentele karakter van de opdracht, de mogelijkheid zich zonder toestemming te laten vervangen, het werken vanuit een eigen werkruimte, het zelf zorg dragen voor inkomensverzekeringen en de honorering op factuurbasis met btw. Verder kan van betekenis zijn of de werkzaamheden behoren tot de gewone bedrijfsarbeid van de opdrachtgever. Is dat het geval, dan is dat een aanwijzing voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Ten slotte dient, zo leert de Hoge Raad, rekening te worden gehouden met de maatschappelijke positie van degene die zich verbindt arbeid te verrichten. Welke problemen doen zich nu voor bij de toepassing van deze criteria?

5.1 De rol van het etiket op de overeenkomst

Het eerste probleem dat wij signaleren is het feit dat ten onrechte belangrijke betekenis wordt toegekend aan de benaming die partijen zelf aan hun overeenkomst geven. Uit het Groen/Schoevers-arrest van de Hoge Raad wordt soms ten onrechte afgeleid dat voor de vraag of de overeenkomst een arbeidsovereenkomst is, beslissend is, welke benaming partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven, m.a.w. welk 'etiket' partijen op hun overeenkomst hebben geplakt. Dit gebeurt in toenemende mate in lagere civiele rechtspraak (zie voor een overzicht B. Emmerig en P.E.F. Domevscek, Herijking van de Handreiking, WFR 2016/172). Er wordt bijvoorbeeld betekenis toegekend aan benamingen als 'overeenkomst van opdracht' of aan het feit dat een werker mocht kiezen tussen een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht. Deze zienswijze valt niet te rijmen met het dwingendrechtelijke karakter van het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht. Het is in strijd met art. 7:610 BW en art. 3 WW en ZW om de wijze waarop partijen zelf hun overeenkomst kwalificeren van zwaarwegende betekenis te achten voor de vraag of het al dan niet een arbeidsovereenkomst is. Deze zienswijze is derhalve onjuist. Uit diverse andere arresten blijkt dat het enkele feit dat partijen hun overeenkomst op papier anders noemen, niet in de weg staat aan het aanmerken van die overeenkomst als een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad kent wel waarde toe aan hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar het gaat dan slechts om de vaststelling van de inhoud van de overeenkomst, niet om de kwalificatie daarvan. Het criterium 'inhoud' kan betrekking hebben op de vraag welke verwachtingen zij hadden van de wijze waarop zij zich jegens elkaar zouden gaan gedragen, ongeacht de benaming die zij voor dat gedrag kozen. Uit het arrest Groen/Schoevers blijkt voorts dat voor het vaststellen van de inhoud van de overeenkomst ook de wijze waarop partijen hun overeenkomst in de praktijk vorm geven van belang is. Ook de wijze waarop zij zich vervolgens daadwerkelijk gedroegen is derhalve van belang voor de inhoud van de overeenkomst. Dit laatste aspect brengt mee overigens ook mee dat naar huidig recht pas achteraf met zekerheid kan worden vastgesteld of de arbeidsverhouding van partijen als arbeidsovereenkomst kwalificeert. Als gezegd lijken lagere civiele rechters zich de laatste jaren vaker leiden door het feit dat een werknemer (soms willens en wetens) heeft gekozen voor een ander etiket dan het etiket arbeidsovereenkomst. De vraag kan rijzen of dat ook geldt voor de fiscale rechter of de socialezekerheidsrechter. Allen moeten zich sinds 2006 houden aan de criteria die de Hoge Raad heeft gegeven voor de vaststelling van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst Zie o.a. HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:BP3887, RSV 2011, 166, m.nt. L. van den Berg (Gouden Kooi-arrest). De partijbedoeling speelt van oudsher een grotere rol in het civiele recht dan in het socialezekerheidsrecht en het fiscale recht. Dit is goed verklaarbaar, omdat in die laatste rechtsgebieden sprake is van een driehoeksrelatie waarbij het bevoegd gezag rekening moet houden met 'samenspanning' van de werker en de werkverschaffer teneinde premieplicht of belastingbetaling te ontduiken. De trend in de lagere rechtspraak, waarin rechters toch gewicht toekennen aan het gekozen etiket, is dan ook een stuk minder aanwezig als het gaat om de socialezekerheidsrechter of belastingrechter.

5.2 Het gezagscriterium en werkers met een sterke arbeidsmarktpositie

Voor sommige categorieën werkers met een sterke arbeidsmarktpositie of een zeer zelfstandige manier van werken, kan de gedachte rijzen dat zij minder behoefte hebben aan compensatie van machtsongelijkheid en dat het aannemen van een gezagsrelatie hun eigenlijk niet goed past of zelfs 'ouderwets' is. Voor wat betreft de statutair directeur van een beursgenoteerde N.V. is aan die gedachte door de wetgever het gevolg verbonden dat deze buiten de personele werkingssfeer van Titel 10 boek 7 valt (art. 2:132 lid 3 BW). Bij andere werkers met een sterke arbeidsmarktpositie bestaat naar huidig recht geen twijfel dat zij als werknemer moeten worden aangemerkt zolang zij zijn ingebed in de organisatie van de werkverschaffer. Wij zien dit niet als een probleem. Ter rechtvaardiging hiervan kan worden gewezen op het feit dat ook deze werknemers iets kan overkomen waardoor zij hun goede arbeidsmarktpositie of sterke positie binnen de onderneming verliezen (arbeidsongeschiktheid, zwangerschap, discriminatie). Daarnaast kan als gezegd worden verwezen naar de verzekering van rechtswege in de werknemersverzekeringen. Werkers met een

sterke arbeidsmarktpositie die bezwaar maken tegen de toepasselijkheid van het arbeidsrecht, zullen vermoedelijk niet speciaal bezwaren hebben tegen de toepassing van boek 7 Titel 10, maar vooral tegen de bijbehorende premieplicht en loonbelasting. Als gezegd zijn er goede redenen om ook de goede risico's verplicht te verzekeren. Vermeldenswaardig is tenslotte dat het Europees arbeidsrecht deels een autonoom werknemersbegrip kent, zodat het de Nederlandse wetgever niet vrij staat om bepaalde groepen werknemers uit te zonderen van Europeesrechtelijke bescherming (een voorbeeld uit de rechtspraak is de zwangere statutair directeur, HvJ EU 11 november 2010, nr. C-232/09, Dita Danosa).

5.3 Persoonlijke arbeidsverplichting

Volgens de heersende leer moet de werknemer zich zoals gezegd verbinden persoonlijk arbeid te verrichten voor de werkgever. Kan hij zich ten aanzien van alle werkzaamheden laten vervangen door een niet aan de opdrachtgever bekende derde, dan is geen sprake van een arbeidsovereenkomst. De functie van het arbeidsrecht van bescherming van de economische zwakkere laat wat dit criterium betreft een zekere lacune zien. Wij zien dit inderdaad als een probleem. Voor de werker die akkoord gaat met vrije vervanging, zal dat in veel gevallen geen kenbare voordelen opleveren en zodoende niet een echte vrije keuze zijn geweest. Het loslaten van het criterium dat werknemers zich niet mogen laten vervangen, zou ten goede komen aan werkers aan de onderkant van de arbeidsmarkt- het klassieke voorbeeld is de krantenbezorger. Het zou echter niet alle problemen voor die kwetsbare groep oplossen. Zoals gezegd verliest deze groep de laatste jaren ook bescherming omdat zij wordt gehouden aan hun eigen 'keuze' voor een overeenkomst van opdracht. Het loslaten van dit criterium geeft overigens geen problemen in de afstemming op het Europese recht, omdat het Hof van Justitie dit criterium niet gebruikt; voldoende is dat het gaat om een afspraak met een natuurlijk persoon.

5.4 Rechtsonzekerheid

Omdat de wijze waarop partijen zich na het sluiten van een overeenkomst gedragen van belang is voor de kwalificatie van de overeenkomst, kan naar huidig recht pas achteraf met zekerheid worden vastgesteld of de arbeidsverhouding van partijen als arbeidsovereenkomst kwalificeert. Het probleem van rechtsonzekerheid dat hierdoor wordt geschapen, is vooral belastend voor partijen of werkverschaffers die niet willen dat er een arbeidsovereenkomst is. Voor partijen die wel willen dat er een arbeidsovereenkomst is, is er nauwelijks rechtsonzekerheid. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen wordt aangenomen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst hoewel partijen dit wel zo hebben genoemd (deels verouderde voorbeelden uit de jurisprudentie zien op familierelaties en verder de directeur-groootaandeelhouder). Voor de individuele partijen die graag hun voordeel doen met de mogelijkheid om geen premies of loonbelasting te hoeven betalen, is die rechtsonzekerheid uiteraard een groot probleem, en wij hebben in die zin zeker begrip voor de zzp'ers die zich door de Wet DBA beroofd voelen van de mogelijkheden om hun diensten te vermarkten. De rechtsonzekerheid moet opgelost worden door te trachten beter afgebakende criteria te vinden die op voorhand meer duidelijkheid geven. Het ligt echter wat ons betreft gelet op de inrichting van de arbeidsmarkt en het socialezekerheidsstelsel niet voor de hand om die zekerheid te bieden door genoemde partijen een opt-out mogelijkheid te geven voor die bescherming. Dit brengt immers het hele stelsel uit evenwicht, waar het gaat om financieel draagvlak voor de werknemersverzekeringen en concurrentie op arbeidsvoorwaarden.

6. Alternatieven

De definitie van het begrip arbeidsovereenkomst is sinds 1909 niet wezenlijk gewijzigd, maar staat al geruime tijd ter discussie (zie daarover o.a. Asser Bijzondere Overeenkomsten, deel III, Zwolle 1987, nrs. 17-21). Diverse auteurs hebben in het verleden gepleit voor een terugkeer naar de definitie die was opgenomen in het ontwerp-Drucker van de Wet op de Arbeidsovereenkomst 1907, waarin het element 'in dienst' ontbrak. Volgens deze schrijvers vormt niet de ondergeschiktheid de essentie van de arbeidsovereenkomst, maar het feit dat de werknemer zijn werkkracht gedurende zekere tijd ter beschikking stelt van de werkgever. Dit duurelement onderscheidt de

arbeidsovereenkomst volgens hen van de aanneming van werk en de opdracht, waarbij de opdrachtnemer baas blijft over zijn eigen tijd. De discussie is overigens (inmiddels) van zijn scherpste randen ontdaan. Het duurelement speelt reeds een belangrijke rol in de hiervoor omschreven 'holistische benadering'.

In de kamerstukken wordt gesuggereerd het loslaten van het criterium dat de arbeid persoonlijk verricht wordt. Dit zou ten goede komen aan de 'onderkant' van de arbeidsmarkt. Hier kunnen wij ons zoals gezegd vinden. Aan art. 7:610 BW zou bijvoorbeeld kunnen worden toegevoegd dat incidentele vervanging door een ander, niet aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst in de weg staat.

Ten tweede wordt gesuggereerd dat 'aan de bovenkant' het gezagscriterium verouderd zou zijn. Hier kunnen wij ons als gezegd niet vinden omdat wij het niet als een probleem zien dat werkers met een sterke arbeidsmarktpositie niet vrijwillig kunnen afzien van deelname aan de werknemersverzekeringen.

Om tot een betere afbakening van de werkingssfeer van arbeidsrechtelijke wetgeving kan het wel zinvol zijn het gezagscriterium los te laten. Men zou – in lijn met de suggesties die eerder in de literatuur zijn gedaan – kunnen overwegen duur en omvang van de werkzaamheden meer centraal te stellen, in die zin dat de werkingssfeer van arbeidsrechtelijke wetten zich beperkt tot personen die hun gehele werktijd of een belangrijk deel daarvan (bijv. gemiddeld meer dan vijf uren per week) voor langere tijd (bijvoorbeeld voor meer dan één maand) tegen loon werkzaam zijn voor een ander.

We kennen al dergelijke kwalitatieve eisen voor de fictieve dienstbetrekkingen in de werknemersverzekeringen (zie art. 5 van het Rariteitenbesluit). Door een aanpassing in hiervoor bedoelde zin zouden personen die thans zijn uitgezonderd omdat zij werkzaam zijn als zelfstandige ook onder de werkingssfeer van titel 7.10 BW, de werknemersverzekeringen (en de loonbelasting) gaan vallen. Gelet op de in deze gevallen bestaande inkomensafhankelijkheid van één opdrachtgever is dat ook alleszins te rechtvaardigen. Daar staat tegenover dat marginale arbeidsovereenkomsten ('kruimelgevallen') die thans wel onder de werkingssfeer van de werknemersverzekeringen (en loonbelasting) vallen, door de wijziging zouden worden uitgezonderd, hetgeen een aanzienlijke (administratieve) lastenverlichting tot gevolg heeft.

Vraag is of deze wijziging zou moeten gelden voor alle arbeidsrechtelijke wetten inclusief de werknemersverzekeringen. Ook denkbaar is dat deze wijziging alleen zou gelden voor de werknemersverzekeringen. Te overwegen valt om de benaming van deze verzekeringen dan ook te wijzigen in Werkverzekeringen – omdat het dan niet meer alleen werknemers betreft, maar alle werkenden die voor langere tijd voor een ander werken. Door alle voor een ander werkenden te verplichten mee te betalen aan de werkverzekeringen, zou een belangrijk 'prijsvoordeel' bij het inzetten van werkers zonder arbeidsovereenkomst komen te vervallen. Wel moet geconstateerd worden dat dat prijsvoordeel ook ontstaat door het ontbreken van ontslagbescherming, cao's en pensioenverplichtingen. Uniforme criteria zorgen daarom vermoedelijk voor een stabiel systeem van arbeidsverhoudingen.

Als BW en werknemersverzekeringen toch uniforme criteria hanteren, zou voor het BW nog kunnen worden overwogen om toepasselijkheid voor de kruimelgevallen optioneel te maken, in die zin dat in het geval de werkzaamheden slechts voor (zeer) korte tijd of slechts voor een (zeer) klein gedeelte van de normaal voor arbeid beschikbare tijd plaatsvinden, partijen vrij zouden zijn hun rechtsverhouding te duiden. Voor de Arbowetgeving ligt dat, gelet op het belang dat gemoeid is met de veiligheid en bescherming van de gezondheid van de werkende en anderen, niet voor de hand. Daar ligt uitbreiding van de toepasselijkheid van arbovoorschriften naar zelfstandigen eerder in de rede, ook omdat de huidige situatie zzp'ers een concurrentievoordeel verschaft ten opzichte van bedrijven die personeel op basis van een arbeidsovereenkomst inzetten.

6.1 Wetgevingstechniek

Zoals we eerder zagen bestaan de criteria voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst al ruim 100 jaar. De interpretatie van die criteria is in de loop der tijd verschoven, en ook tussen bevoegd gezag, rechters en rechtsgeleerden bestaat veel discussie over de betekenis en toepassing van deze criteria. De worsteling met de VAR in de afgelopen decennia en recentelijk de wet DBA, laat zien dat het ontzettend lastig is om tegelijkertijd rechtszekerheid te bieden, rechtsvormenvlucht te voorkomen, en recht te doen aan de omstandigheden van het geval. Een suggestie zou zijn om naast het veranderen van art. 7:610 BW, tegelijkertijd af te stappen van de gedachte dat relatief abstracte uniforme wettelijke criteria in twee of drie regels tekst een definitieve oplossing voor dit vraagstuk kunnen opleveren. Het lijkt na ruim 100 jaar ervaring, wat optimistisch dat de toepassing van nieuwe, toch weer relatief abstracte criteria kan leiden tot een uniforme en rechtszekere grens tussen arbeidsovereenkomst en andere overeenkomsten. Het is op voorhand niet zeker hoe rechters hier mee om zullen gaan, zeker niet op langere termijn. Na tien jaar VAR en fiscale facilitering van zelfstandigen is het in het maatschappelijk verkeer inmiddels gebruikelijk geworden om in een bedrijf diensten aan te bieden als 'zelfstandige', hoewel de werkzaamheden feitelijk niet verschillen van de werkzaamheden van een werknemer. Het valt rechters wellicht niet kwalijk te nemen dat zij gevolgen verbinden aan die maatschappelijke realiteit. Om deze stand van zaken te keren, moet de wetgever de regie nemen, en dat moet vermoedelijk steviger plaatsvinden dan via de wijziging van een enkel wettelijk criterium.

Het is onzes inziens daarom het overwegen waard om te zoeken naar een aanvullende methode om de grens tussen arbeidsovereenkomst en andere overeenkomsten te trekken, die minder afhankelijk is van de invulling door incidentele rechters. In het BW en de werknemersverzekeringen waarin bovenstaande definitie is opgenomen, kan voor de uitwerking daarvan verwezen worden naar een AMvB waarin de grens wordt getrokken. Die AMvB kan veel uitgebreider uitwerken wat de betekenis is van de definitie, en aanduidingen geven van welke activiteiten wel en niet onder de definitie vallen. Daarbij zouden criteria als de duur van de overeenkomst en de vraag wat precies geldt als werken voor een ander kunnen worden uitgewerkt. Als de toepassing van de AMvB toch weer tot ongerijmde resultaten leidt, kan deze worden aangepast. Bij de uitwerking van de AMvB zouden verschillende partijen betrokken kunnen zijn, zoals Belastingdienst, UWV, vakbonden, werkgeversverenigingen en belangenbehartigers van zelfstandigen.

2. Notitie over de werkingsfeer van het arbeidsrecht en de werknemersverzekeringen

Evert Verhulp (UvA)

27 januari 2017

In de praktijk is veel arbeidsrechtelijke flexibiliteit ontstaan door het gebruik van de opdrachtovereenkomst. De opdrachtovereenkomst is de overeenkomst waarbij de opdrachtnemer zich verbindt om, anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst, werkzaamheden te verrichten (art. 7:400 BW). Het verschil met de werknemer is dat de opdrachtnemer zijn arbeid niet in ondergeschiktheid van de opdrachtgever verricht. Art. 7:402 BW bepaalt evenwel dat de opdrachtnemer gehouden is gevolg te geven aan tijdige en verantwoorde aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht. Deze instructiebevoegdheid kan soms lijken op de voor de arbeidsovereenkomst vereiste ondergeschiktheid. De arbeidsovereenkomst is een verplichte overeenkomst, in die zin dat als aan de daaraan gestelde voorwaarden is voldaan, sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Is naast het verrichten van arbeid tegen loon sprake van ondergeschiktheid, dan is sprake van een arbeidsovereenkomst, ongeacht hoe partijen hun overeenkomst zelf duiden. Dit verplichte karakter vond de wetgever nodig om de werknemer in bescherming te nemen. Gelet op het veelal aanzienlijke economische overwicht van de werkgever zou hij anders van de werknemer kunnen bedingen dat de overeenkomst op grond waarvan de werknemer arbeid zou verrichten geen arbeidsovereenkomst is, waarmee de werknemer de hem toekomende rechten zou kunnen 'weggeven'. Om dat te voorkomen is sprake van een arbeidsovereenkomst door wetsduiding. Die overeenkomst wordt aangenomen als partijen zich feitelijk zo gedragen dat aan alle elementen van die overeenkomst is voldaan.

In 1997 heeft de Hoge Raad overwogen dat bij het antwoord op de vraag welke overeenkomst partijen hebben gesloten "*bepalend (is) wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop ze feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven*".¹ Deze overweging is wel zo begrepen dat het toch aan partijen was om de aard van de overeenkomst te bepalen. In die visie zou, als een van de partijen geen arbeidsovereenkomst wenste te sluiten, vanwege bijvoorbeeld de fiscale gevolgen, daardoor inderdaad geen arbeidsovereenkomst ontstaan. Die visie wordt overwegend onjuist geacht. De Hoge Raad heeft bedoeld dat doorslaggevend voor het antwoord op de vraag of een arbeidsovereenkomst is gesloten, de wijze is waarop partijen voor ogen staat zich feitelijk ten opzichte van elkaar te gedragen. Als dus de twee partijen beiden geen arbeidsovereenkomst wensen te sluiten op grond van fiscale overwegingen, maar zich voornemen zo te werken dat de een de ander opdrachten en instructies kan verstrekken ten aanzien van het werk of de werkinhoud, zal toch van een arbeidsovereenkomst sprake zijn.²

De Hoge Raad heeft het begrip ondergeschiktheid steeds ingevuld met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. De beoordeling van de vraag of de tussen partijen geldende overeenkomst een arbeidsovereenkomst is vergt dus een holistische weging. Deze weging kan zowel worden verzocht door één van de partijen bij de arbeidsovereenkomst als een derde-belanghebbende. Dat laatst gebeurde in het geval een stichting een overeenkomst sloot met de vennootschap van een manager, waarin werd overeengekomen dat de vennootschap deze manager als directeur ter beschikking zou stellen aan de stichting. Een pensioenfonds meende dat hier sprake was van een arbeidsovereenkomst en verzocht om afdracht van de pensioenpremie. De Hoge Raad oordeelde dat het pensioenfonds gelijk had. Niet terzake deed dat beide partijen zich op het standpunt stelden dat ze geen arbeidsovereenkomst hadden gesloten. Van belang was dat zij

¹ HR 14 november 1997, NJ 1998/149 Groen/Schoevers.

² De Hoge Raad overweegt dit bijna met zoveel woorden in HR 9 december 2011, LJN BT 7500 (Schretlen/TROS).

zich feitelijk gedroegen als of daarvan wel sprake was.³ Ook het medebepalen van het beleid binnen de organisatie staat het aannemen van ondergeschiktheid niet in de weg.⁴

Ik concludeer dat de Hoge Raad de ondergeschiktheid nooit heeft gerelativeerd, dat dat criterium van belang is voor de duiding van de arbeidsovereenkomst en dat zich in de juridische praktijk niet veel moeilijkheden voordoen de overeenkomst goed te kwalificeren

Ondertussen stimuleerde de overheid het zelfstandig ondernemerschap door onder meer fiscale faciliteiten (zelfstandigen- en startersaftrek, maar ook de aftrek van andere kosten) aan de opdrachtnemer te bieden en door het vrijstellen van inhoudingsverplichtingen (VAR) aan de opdrachtgever te bieden. Daarbij komt dat de opdrachtovereenkomst aan de opdrachtgever, anders dan de arbeidsovereenkomst aan de werkgever, nauwelijks verplichtingen oplegt. Zo hoeft de opdrachtgever in geval van ziekte van de opdrachtnemer geen loon door te betalen en hoeft geen re-integratie-inspanningen te verrichten, bij het einde van de opdrachtovereenkomst is de opdrachtgever geen transitievergoeding verschuldigd, de opdrachtgever is niet gehouden premie aan sociale fondsen af te dragen. Door al deze verschillen is de arbeid die een zzp'er aanbiedt vaak goedkoper en voor de opdrachtgever aantrekkelijker dan de (zelfde) arbeid die de werknemer aanbiedt. Ook de opdrachtnemer heeft soms voordeel bij de opdrachtovereenkomst: door de fiscale faciliteiten en doordat de opdrachtnemer voor de sociale zekerheid en pensioen niet verzekerd is en dus geen premies hoeft af te dragen, kan zijn netto inkomen hoger zijn dan dat van een vergelijkbare werknemer. De opdrachtovereenkomst biedt de opdrachtnemer vaak meer vrijheid dan de arbeidsovereenkomst de werknemer biedt, hetgeen door veel opdrachtnemers zeer op prijs wordt gesteld. Door al deze factoren hebben partijen voor het (laten) verrichten van arbeid vaak een opdrachtovereenkomst gesloten, terwijl het zeer de vraag is of de dwingende definitie van de arbeidsovereenkomst daarvoor wel voldoende ruimte liet. Omdat de opdrachtgever door de VAR gevrijwaard was van een aanslag voor de premies en belastingen als zou blijken dat de opdrachtnemer die hij te werk stelende in feite een werknemer was, konden die premies en belastingen nauwelijks meer worden geïnd. Mede daarom diende het systeem van de VAR heroverwogen te worden. Na wat eerdere pogingen is daartoe de Wet DBA aangenomen, waarin is bepaald dat een opdrachtgever die de opdrachtnemer op basis van een door de belastingdienst goedgekeurde modelovereenkomst laat werken, er van verzekerd is niet achteraf aangeslagen te worden voor de premies en belastingen. Van de ruim 4500 modelovereenkomsten die ter beoordeling aan de belastingdienst zijn voorgelegd, is eenderde goedgekeurd om als opdrachtovereenkomst te worden beschouwd. Het lijkt gerechtvaardigd aan te nemen dat minstens een even groot deel van de thans als opdrachtnemer werkenden als een werknemer moet worden beschouwd.

Door de onrust die door de Wet DBA is ontstaan, is de invoering van die wet aangehouden tot 1 januari 2018. Ondertussen heeft de staatssecretaris bij brief van 18 november 2016 laten weten de definitie van de arbeidsovereenkomst nader te willen beschouwen. Die definitie zou aan de onderkant van de arbeidsmarkt niet goed aansluiten bij het maatschappelijk gevoelen omdat soms geen arbeidsovereenkomst wordt aangenomen, waar die maatschappelijk wenselijk zou zijn, en aan de bovenkant van de arbeidsmarkt niet, omdat daar soms sprake is van een arbeidsovereenkomst terwijl dat maatschappelijk en door partijen als ongewenst wordt ervaren. Naar mijn mening berust deze opvatting van de staatssecretaris op een misverstand.

Aan de onderkant van de arbeidsmarkt wordt soms door lagere rechters geen arbeidsovereenkomst aangenomen waar dat maatschappelijk wenselijk zou zijn. De staatssecretaris verwijst daarvoor naar het begrip 'vervangbaarheid'. Ik vermoed dat dat komt omdat in veel PostNL zaken dat argument door de rechter is gebruikt om geen arbeidsovereenkomst aan te nemen. Anders dan in de brief staat komt dat begrip niet in de wet voor. Ik denk dat de PostNL zaken, ook vanwege de

³ Hoge Raad 13 juni 2007, LJN BA 6321 (Stichting thuiszorg Rotterdam/PGGM).

⁴ HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1172.

wijze van procederen en de verschillende kwaliteit van rechtsbijstand, niet zonder meer als voorbeeld gebruikt kunnen worden. In een aantal PostNL zaken werd indien iemand zich bij het verrichten van de werkzaamheden kon laten vervangen zonder uitdrukkelijke instemming, geen ondergeschiktheid en dus geen arbeidsovereenkomst, aangenomen. Naar mijn mening is deze rechtspraak niet zonder meer terecht. Dat zou in hoger beroep ook kunnen blijken. In art. 7:659 BW is bepaald dat de werknemer verplicht is de arbeid zelf te verrichten, en dat hij zich daarin niet anders dan met toestemming van de werkgever kan laten vervangen. Vaak kan worden aangenomen dat die toestemming is verleend, zodat de vervanging niet doorslaggevend bij de beoordeling van de ondergeschiktheid. Indien een pool van werknemers beschikbaar is en de werknemer zich door deze aan de werkgever bekende werknemers mag laten vervangen, dan staat dat het aannemen van een arbeidsovereenkomst niet in de weg. De vervanging kan als kernbegrip verder worden gerelativeerd door er op te wijzen dat een opdrachtnemer zich soms niet kan laten vervangen, zoals duidelijk is in het geval van een kunstschilder die een opdracht een portret te schilderen aanneemt, zonder dat dat leidt tot het aannemen van een arbeidsovereenkomst. Dat het andersom (wel vervangen leidt tot een opdrachtovereenkomst in plaats van een arbeidsovereenkomst) zonder meer wel zo zou zijn, ligt minder voor de hand.

Aan de bovenkant van de arbeidsmarkt voert de staatssecretaris de zelfstandige, professionele invulling van de arbeid aan als een reden om de arbeidsovereenkomst minder passend te vinden. Zoals de Hoge Raad in meerdere arresten heeft overwogen, geldt ook als vastgesteld wordt dat de werknemer een grote vrijheid in de uitoefening van de werkzaamheden heeft en dat de werkgever geen opdrachten of instructies terzake kan geven, toch een arbeidsovereenkomst kan worden aangenomen. In het geval van een coöperatie van prostituees had het hof vastgesteld dat de *"aard van de als seksuele dienstverlening omschreven werkzaamheden eraan in de weg staat dat belanghebbende het verrichten van specifieke handelingen aan haar leden opdraagt."*, zodat die coöperatie door de belastingdienst niet als werkgever werd aangemerkt. De Hoge Raad overweegt evenwel: *" Een dergelijke vrijheid bij de beroepsuitoefening hoeft echter niet in de weg te staan aan de aanwezigheid van een gezagsverhouding."*⁵ Dat zal dan evenzeer gelden voor ICT-specialisten of andere professionals die hun werkzaamheden verrichten zonder directe inmenging of bemoeienis van de werkgever. Het ontbreken van die inmenging staat een arbeidsovereenkomst niet in de weg omdat de werknemer en de wijze waarop hij zijn arbeid verricht is ingebed in de organisatie van de werkgever. Uit die inbedding volgt de ondergeschiktheid. De hartspecialist in loondienst krijg geen instructies over de wijze van het leggen van een bypass, maar dient zich te houden aan de door de werkgever voorgeschreven protocollen, werktijden en wijze van bejegening van het overige personeel. Hij maakt deel uit van de organisatie van de werkgever en is voor de uitoefening van zijn werkzaamheden daarvan afhankelijk. De organisatorische afhankelijkheid lijkt mij een belangrijker aspect van de ondergeschiktheid en dus voor het aannemen van de arbeidsovereenkomst dan de zelfstandigheid die een professional al snel heeft in de uitoefening van zijn werkzaamheden.

Het belang van een juiste duiding van de opdrachtovereenkomst en de arbeidsovereenkomst is evident. Een op de arbeidsmarkt als zelfstandige werkende werknemer draagt geen premies voor de sociale zekerheid af, maar is wel verzekerd voor de werknemersverzekeringen. Een goed voorbeeld daarvan is de door haar deelname aan het tv-programma De Gouden Kooi enigszins bekende Natasja, die, nadat zij uit het programma was weggestemd, een uitkering krachtens de WW aanvraag. Zij had met Talpa een overeenkomst van opdracht gesloten die daaruit bestond dat ze beloofde deel te nemen aan het programma en daaraan verbonden activiteiten, dat de overeenkomst zou eindigen als ze uit de villa werd weggestemd en dat ze betaling van een onkostenvergoeding van € 2250 per maand zou ontvangen. Uitdrukkelijk was bepaald dat dit geen arbeidsovereenkomst was. De Hoge Raad oordeelde dat hier sprake was van een arbeidsovereenkomst en dat ze dus recht had op een uitkering krachtens de WW.⁶ Die aanspraak

⁵ HR 12 september 2014, JAR 2014/260.

⁶ HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887.

heeft dus iedere opdrachtnemer die feitelijk in ondergeschiktheid arbeid verricht en dat zijn er erg veel.

Daarbij komt dat het buitengewoon lastig is een onderkant en een bovenkant van de arbeidsmarkt te definiëren. Is een conservatorium geschoolde muzikant die als zelfstandige musicereert en om in zijn levensonderhoud te voorzien twee dagen per week als buschauffeur werkt nu onderkant of bovenkant van die markt? En hoe delen we lager opgeleide metaalwerker die wel tamelijk zeker is van werk, zij het als zelfstandige of op uitzend- of tijdelijke basis in?

De vraag was hoe tegemoet gekomen kan worden aan de 'maatschappelijke gevoelens' met betrekking tot de definitie van de arbeidsovereenkomst aan de onderkant van de arbeidsmarkt en aan de bovenkant van de arbeidsmarkt.

Daarvoor zie ik twee denkrichtingen:

1) Het handhaven van de huidige regelingen met duidelijker vingerwijzingen over de uitleg van het begrip 'ondergeschiktheid', waarbij van belang wordt geacht dat de arbeidsovereenkomst een eenduidig begrip is, om definitieproblemen en rechtsongelijkheid te voorkomen.

Zoals al blijkt uit de door de Hoge Raad gegeven invulling van de ondergeschiktheid dient niet alleen gekeken te worden naar vervangbaarheid maar naar alle omstandigheden van het geval. Een belangrijke omstandigheid bij het vinden van een antwoord op de vraag of een arbeidsovereenkomst is gesloten, is of de werkende onderdeel is geworden van de organisatie van de werkgever. Daarvoor is van groot belang of de werker werkzaamheden verricht die tot de kernactiviteit van de werkgever behoren. Voorbeelden werken het meest beeldend: een bedrijf dat als hoofdtaak heeft het bezorgen van pakketten kan het bezorgen van de pakketten slechts onder bijzondere omstandigheden niet in ondergeschiktheid laten verrichten. Het repareren van de bestelauto's daarentegen kan door monteurs op grond van een arbeidsovereenkomst met het bedrijf geschieden, maar dat zal ook door opdrachtnemers met een opdrachtovereenkomst kunnen plaatsvinden. Een advocatenkantoor kan niet eenvoudig een advocaat op grond van een opdrachtovereenkomst met het afdoen van door het kantoor geworven opdrachten/zaken belasten, maar kan de catering wel makkelijker door een opdrachtnemer laten verrichten.

Ook kan meer nadruk worden gelegd op de woorden 'gedurende zekere tijd' zoals die in art. 7:610 BW staan. Een kortdurende relatie duidt eerder op een opdrachtovereenkomst (of om het toch weer wat gecompliceerder te maken: op een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd) dan op een arbeidsovereenkomst.

Deze aanwijzingen kunnen tijdens de parlementaire behandeling van bijvoorbeeld de Wet DBA worden gegeven.

2) Ook denkbaar is het de regels afhankelijker van de behoefte aan bescherming te maken. Gelet op de definitieproblemen (wie heeft behoefte aan bescherming en wie verdient het?) zal het niet makkelijk zijn om de regels afhankelijk van 'de onderkant' en 'de bovenkant' van de arbeidsmarkt verschillend toe te passen. Minder lastig is het om voor sommige regels de werkingssfeer zo te veranderen dat sommige groepen werkenden eenvoudiger kwalificeren voor de toepassing van die regels in aanmerking te komen. Dat kan door de werkingssfeer van die regelingen uit te breiden. Ook dat zal vaak wel een wetswijziging vergen en is dus geen eenvoudige oplossing.

3. Modernisering van het arbeidsrecht: het bereik van de arbeidsovereenkomst in fiscaalrechtelijke en privaatrechtelijke zin

Prof.mr.dr. A.R. Houweling¹, Erasmus Universiteit Rotterdam,
27 februari 2017

1. Inleiding

In dit position paper wordt antwoord gegeven op de vraag of, en zo ja hoe, de kwalificatietoetsing van de arbeidsovereenkomst in fiscaalrechtelijke en privaatrechtelijke zin nog beter op elkaar kunnen worden afgestemd. In het bijzonder gaat het hierbij om de vraag of aanpassing van (de toetsing van) artikel 7:610 BW (incl. artikel 7:659 BW) mogelijk is, waardoor de toetsing vooraf door de fiscus – die belast is met het innen van premies voor de verschillende werknemersverzekeringen – voorspelbaarder wordt. Voorts is de vraag gesteld of het arbeidsrecht verdergaande aanpassing behoeft naar de (nieuwe) maatschappelijke realiteit waarin het zich manifesteert. Worden bepaalde werkers ten onrechte van het arbeidsrecht uitgesloten en andere werkers ten onrechte ingesloten? Beide vragen zullen hierna zo goed als mogelijk worden beantwoord. Aan het slot van deze notitie treft u onder par. 5 een samenvatting en 'actiepuntenlijstje' aan.

Ik hecht eraan reeds op deze plaats te benadrukken dat 'sleutelen' aan (onderdelen van) artikel 7:610 BW, betekent dat men het fundament van het arbeidsrecht raakt. In feite wordt immers de vraag voorgelegd of de huidige arbeidsrechtelijke bescherming van in ieder geval Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek niet te weinig mensen teveel beschermt en teveel mensen te weinig of helemaal niet. Ik juich van harte toe dat over deze principiële vraag wordt nagedacht. Een dergelijke fundamentele vraag verdient – mijns inziens – de aandacht van een breder gremium en de tijd om met relevante stakeholders een 'new design' van het arbeidsrecht vorm te geven. Een Staatscommissie Modernisering Arbeidsrecht is aangewezen. Instrumenteel het 'DBA-probleem' oplossen, zal enkel leiden tot een tijdelijk snelverbandje met op de lange termijn nog steeds stinkende wonden (de oorzaak van het probleem, te weten de vlucht naar zzp en andere vormen van flexwerk, wordt immers niet aangepakt).

Een fundamentele doordenking van het arbeidsrecht, waarmee we een voor de komende 50 jaren duurzame, rechtvaardige en juridisch houdbare regeling kunnen vormgeven, zal essentieel zijn voor (het functioneren van) de arbeidsmarkt van de toekomst. En die toekomst is zich in volle vaart aan het manifesteren.

2. Huidige toetsing Wet DBA: toetsing vooraf wat alleen achteraf kan worden vastgesteld

Voor het antwoord op de vraag in hoeverre meer rechtszekerheid vooraf en handhaafbaarheid achteraf valt te bewerkstelligen met mogelijk enkele lichte ingrepen in het artikel 7:610 BW, geldt het volgende.² Wat de invulling en de uitleg van de 'privaatrechtelijke dienstbetrekking' betreffen, hebben de wetgever en de Hoge Raad uitdrukkelijk gekozen voor een zekere uniformering. In het socialezekerheidsrecht heeft de Hoge Raad met het Gouden Kooi-arrest voor aansluiting bij het civiele recht gekozen.³ De Hoge Raad heeft in de fiscaalrechtelijke uitspraak Notarissen-arrest⁴ eveneens aansluiting gezocht bij de toetsingscriteria van de civiele kamer inzake artikel 7:610 BW. Uitdrukkelijk wordt verwezen naar en vervolgens integraal getoetst aan de elementen van het arrest Groen/Schoevers.⁵ Dit betekent dat naast de partijbedoeling vooral de feitelijke uitvoering

¹ Prof.mr.dr. A.R. Houweling is hoogleraar Arbeidsrecht aan de Erasmus School of Law.

² Zie ook uitvoerig G.W. van der Voet, *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boomjuridisch 2017, hoofdstukken 1 en 10.

³ HR 25 maart 2011, LJN: BP388.

⁴ HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:283.

⁵ Zie over de verhouding tussen artikel 7:610 BW en de privaatrechtelijke dienstbetrekking vooral C.J. Loonstra, *Arbeidsovereenkomst en privaatrechtelijke dienstbetrekking: dezelfde betekenis en*

en maatschappelijke positie van partijen in onderlinge samenhang en getoetst aan alle omstandigheden van het geval centraal staan.

In het licht van het Notarissen-arrest zijn bepaalde modelovereenkomsten opmerkelijk te noemen, daar de Hoge Raad in dat arrest juist benadrukt dat de toetsing aan artikel 7:610 BW aan de hand van *'alle omstandigheden van het geval'* dient plaats te vinden. Geen enkele omstandigheid op zichzelf is doorslaggevend. Het contractueel uitsluiten van gezag of persoonlijke arbeid, zal onvoldoende zijn te concluderen dat er *dus* geen arbeidsovereenkomst is.

In het bijzonder is van belang dat de Hoge Raad meermalen heeft geoordeeld dat moet worden vastgesteld wat partijen voor ogen stond bij het aangaan van de rechtsverhouding, *mede* gezien de feitelijke uitvoering. Kortom, of partijen een overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst hebben gesloten, is iets dat op voorhand slechts kan worden 'ingeschat' en pas achteraf kan worden 'vastgesteld' (de feitelijke uitvoering). Het is niet ongebruikelijk dat men aanvankelijk start op basis van een overeenkomst van opdracht en deze overeenkomst geruisloos laat evolueren tot een arbeidsovereenkomst (er worden geen facturen meer gestuurd, werker krijgt doorbetaald tijdens ziekte en vakantie, gaat mee op personeelsuitjes, etcetera).

De kracht van artikel 7:610 BW is dat het de ruimte geeft maatwerk te leveren en daarbij rekening te houden met de veranderende maatschappelijke context. Het is de Hoge Raad die van geval tot geval inkleuring geeft aan de 'open normen' van het arbeidsrecht.

Schrappen 'persoonlijke arbeid' en aanscherpen 'gezag'?

Indien men op voorhand 100% zekerheid wenst te verkrijgen over de rechtsverhouding tussen partijen, is wijziging van het huidige systeem van toetsing noodzakelijk. Het 'schrappen' van artikel 7:659 BW (verplichting persoonlijke arbeid) dan wel het 'aanscherpen' van het gezagscriterium, zal daartoe niet/onvoldoende bijdragen. De wens zekerheid vooraf te verkrijgen is nu eenmaal niet het vertrekpunt van de toetsing aan artikel 7:610 BW aan de hand van alle omstandigheden (een toetsing achteraf). Bovendien zal een dergelijke ingreep vergaande implicaties hebben voor het bereik van de arbeidsovereenkomst (zie inleiding). Hierbij verdient opmerking dat 'persoonlijke arbeidsverplichting' niet enkel door het contract, maar juist door de feitelijke uitvoering wordt bepaald. Men kan wel opschrijven dat men zich mag laten vervangen, maar als in de praktijk blijkt dat voor de vervanging stringente regels gelden zal toch tot 'persoonlijke arbeidsverrichting' worden geconcludeerd.

Wat de gezagsverhouding betreft, geeft de Hoge Raad alle ruimte rekening te houden met alle omstandigheden van het geval. Naast de voor de arbeidsovereenkomst kenmerkende 'instructiebevoegdheid' (materiële gezagsverhouding) wordt ook getoetst aan de formele gezagsverhouding: in hoeverre is deze werker ingebed in de organisatie (werktijden, werkprocessen, vakantie, wijze van loonbetaling etcetera).⁶

2.1 Niets doen, want DBA doet wat het moet doen...

Doordat er geen zekerheid op voorhand kan worden gegeven, heerst er – althans volgens diverse media – onrust onder opdrachtgevers en –nemers. Men zou kunnen reageren met de stelling dat dit ook de bedoeling van de Wet DBA is geweest. Beide partijen dragen het risico dat achteraf hun rechtsverhouding toch anders wordt gewaardeerd dan vooraf door hen was ingeschat. Daar zijn partijen ook zelf bij. Bij twijfel, niet oversteken, zou dan de gedachte kunnen zijn. Beter gezegd: als de helft van de lopendebandmedewerkers opeens uit zzp'ers bestaat, dan steekt men gevaarlijk over.

uitlegcriteria?, *ArA* 2011-2, p. 86 e.v. en G.C. Boot, *Zzp-ers: flexibiliteit, bescherming en zekerheid*, Leiden (oratie) 2012.

⁶ Zie hierover uitvoerig A.R. Houweling c.s. (red.), *Loonstra&Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: BJu 2015, hoofdstukken 4 en 5.

Ook hier geldt dat een toetsing aan alle omstandigheden van het geval daadwerkelijk recht kan doen aan de feitelijke rechtsverhouding. Ik breng in herinnering dat het klassieke arrest Groen/Schoevers ging over Groen die als docent werkzaamheden ging verrichten bij Schoevers. Hij moest zich aan materiaal, lesprogramma's, leerdoelen, toetsen en roosters van Schoevers houden. Toch achtte de Hoge Raad geen sprake van een arbeidsovereenkomst omdat de wijze van betaling (op factuurbasis) en de maatschappelijke positie (Groen had een eigen belastingadvieskantoor en deed het werk slechts parttime bij Schoevers) tegen het aannemen van een arbeidsovereenkomst pleitten. Bovendien had Groen zelf het voorstel gedaan te verlonen via zijn commanditaire vennootschap (partijbedoeling). Stel nu dat Groen door Schoevers was gevraagd zich als zzp'er op de markt te begeven en dan tegen een laag loon te verhuren, dan zou de Hoge Raad waarschijnlijk anders hebben geoordeeld (maatschappelijke positie van partijen was een andere alsmede de werkelijke partijbedoeling). Dit voorbeeld laat zien dat ook onder de huidige toetsing, zzp'ers zich als zelfstandigen kunnen blijven manifesteren, ook wanneer zij 'soortgelijk werk' doen binnen de arbeidsorganisatie van de werkgever-opdrachtgever. Zij zullen zich van werknemers moeten onderscheiden op het punt van ondernemerschap, vrijheid, wijze van betaling etcetera.

Wenst men toch vooraf meer duidelijkheid en dus meer rechtszekerheid te bewerkstelligen, dan kan dit alleen door *minder* genuanceerd te toetsen. We toetsen dan eigenlijk een soort fictie. Daarmee accepteert men tot op zekere hoogte het verlies aan maatwerk en de nuances van de huidige toetsing.

2.2 (Fictief) Fiscaalrechtelijk werknemersbegrip, verlies accepteren

Laat men de verbondenheid tussen beide toetsingen – fiscaalrechtelijk en privaatrechtelijk – op dit onderdeel los (zie advies Commissie Boot)⁷, dan kan men aan de veelgehoorde klacht van de DBA (te veel onzekerheid) tegemoetkomen, door een eigen fiscaalrechtelijke toetsing te hanteren. Denkbaar zou bijvoorbeeld zijn dat de fiscus *vooraf* toetst aan duidelijke criteria (hoogte honorarium, aantal opdrachtgevers, vrije invulling van werk, ondernemerschap). Dat men *achteraf* alsnog een arbeidsovereenkomst in civielrechtelijke zin kan verwerven, zou dan op de koop moeten worden genomen. In dit model accepteert men een x-percentagewerkers dat vooraf het fiscale predicaat 'geen werknemer' krijgt, maar achteraf toch een arbeidsovereenkomst blijkt te hebben (civielrechtelijke toetsing). Omdat het privaatrechtelijke dienstverband (ook) toegang geeft tot WW- en ZW/WIA-uitkeringen, zal hier een verlies optreden. Immers, voor deze werkers hebben geen inhoudingen plaatsgevonden. Zou men deze inhoudingen alsnog verhalen op de werkverschaffers, dan is de zekerheid vooraf illusoir. Kortom, in zekere zin wordt een VAR-achtig systeem geherintroduceerd. Anders dan onder het oude systeem, zou wel meer inhoud aan de voorwaarden en de handhaving ervan gegeven moeten worden.

Kwalificeert men als werknemer in de fiscale toetsing, dan geeft dit ook toegang tot WW en ZW/WIA zijnde een fictieve dienstbetrekking voor die wetten. Het is denkbaar dat – vanwege de minder genuanceerde toetsing – iemand wel kwalificeert als 'werknemer' in fiscaalrechtelijke zin, maar niet als werknemer in civielrechtelijke zin. Deze persoon geniet dan niet de bescherming van Boek 7.10 (ontslagbescherming bijvoorbeeld), maar zal wel aanspraak maken op het sociale vangnet waarvoor immers ook afdrachten hebben plaatsgevonden.

2.3 Opt-out-systeem

Een variant op bovenstaand alternatief is dat men de Wet DBA ongewijzigd laat, maar de mogelijkheid biedt een *geclausuleerde vrijwaringsbeschikking* te verkrijgen indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. Komt men deze voorwaarden overeen, dan kunnen partijen de DBA uitsluiten. Gedacht kan worden aan x-maal het gebruikelijke loon in de onderneming, een minimale

⁷ Cie. Boot 2016, p. 31 onder 2.

omvang van het werkcontract⁸ en maximaal y-periodes per jaar. Daarmee wordt concurrentie op loonkosten voorkomen en wordt permanente of duurzame verbondenheid (duidt op arbeidsovereenkomst) ontmoedigd. Kiezen partijen voor zekerheid, dan zullen ze dus zekere concessies moeten doen (hoger honorarium, maximale duur). Accepteren partijen de relatieve onzekerheid, omdat ze ervan overtuigd zijn dat hun relatie niet kwalificeert als een arbeidsovereenkomst, dan blijven ze onder de DBA-toetsing.

In deze variant is ook ruimte voor 'modelovereenkomsten', althans maatwerk van relevante stakeholders (vakbonden, werkgeversorganisaties), die/dat aan de fiscus worden/wordt voorgelegd of in overleg met de fiscus tot een ruling leiden. In de wet kan worden opgenomen dat 'bij cao' of 'bij regeling van...' nadere regels kunnen worden gesteld. Daarmee wordt een zekere vorm van maatwerk gerealiseerd, met behoud van de rechtszekerheid vooraf en handhaafbaarheid achteraf. Men zou zelfs kunnen overwegen de handhaving in dergelijke gevallen ook bij collectieve partijen te beleggen (gelijk de handhaving van cao's door bijvoorbeeld SNCU). De vraag of de werker achteraf niet toch stiekem een werknemer in de zin van artikel 7:610 BW blijkt te zijn, blijft ook in dit systeem aan de orde. Het in het bezit zijn van een geclausuleerde beschikking weegt – net als de VAR onder het oude recht – wel mee in de 'alle omstandigheden van het geval'-toetsing.

De ZW/WIA en WW zou een 'opt-out-er' kunnen uitsluiten. Immers, er is bewust gekozen en op goede gronden aanvaard dat men uit het collectieve stelsel van sociale bescherming stapt. Dat men achteraf toch een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst blijkt te hebben, doet hieraan niet af. Eventueel zou men ervoor kunnen kiezen deze persoon wel toegang te geven tot het sociale vangnet, maar de inhoudingen niet alsnog te verhalen op partijen. Hiermee accepteert men tot op zekere hoogte een verlies aan inkomsten (gelijk aan hierboven).

3. Het bereik van de arbeidsovereenkomst aan de boven- en onderkant van de arbeidsmarkt

Met de tweede vraag, of gezien de maatschappelijke ontwikkelingen een herijking van het bereik van de arbeidsovereenkomst gewenst is, is het fundament van het arbeidsrecht in geding. Er zijn twijfels geuit of de 'persoonlijke arbeidsverplichting' (artikel 7:659 BW) niet tot gevolg heeft dat aan de onderkant van de arbeidsmarkt bepaalde personen van arbeidsrechtelijke bescherming worden uitgesloten, terwijl aan de bovenkant van de arbeidsmarkt bepaalde personen nodeloos in de arbeidsovereenkomst worden gehouden vanwege de gezagsverhouding, terwijl zij allerminst de bescherming van 7.10 BW nodig zouden hebben.

Zoals hierboven in de inleiding opgemerkt, wordt na ruim 110 jaar terecht aandacht gevraagd voor het bereik van het arbeidsrecht. De vraag is evenwel gemakkelijker gesteld dan beantwoord. Het betreft immers de toegang tot allerlei arbeidsrechtelijke regelingen. Zet men de deur wijder open of timmert men de deur juist dicht(er), dan heeft dit onmiddellijk gevolgen voor de arbeidsmarkt. Hieronder zal ik een aantal denkrichtingen schetsen met de in literatuur en wetenschap gesignaleerde voor- en nadelen.

⁸ Cie. Boot 2016, p. 31 onder 3 noemt bijvoorbeeld de kruimelcontracten van maximaal vijf uur per week. Zie ook artikel 2 lid 6 Besluit van 2 september 1996, houdende aanwijzing van een aantal arbeidsverhoudingen die als dienstbetrekking als bedoeld in artikel 2 van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag worden beschouwd.

3.1 Van arbeidsovereenkomst naar afhankelijke arbeidsverhouding: noodzaak integrale visie

Als we teruggaan naar de grondslagen van ons huidige arbeidsrecht, dan is daarvan wellicht de meest fundamentele de 'ongelijkheidscompensatie'.⁹ De Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 is voor een belangrijk deel dwingendrechtelijk vormgegeven, omdat er behoefte was aan een juridische compensatie van een feitelijke ongelijkheid van partijen. Die ongelijkheidscompensatie werd met name nodig geacht, vanwege het bijzondere karakter van de dienstbetrekking: de 'arbeidskracht als ruilwaar' behelst en impliceert dat deze arbeid onder gezag van de werkgever wordt verricht (gezagsrelatie).¹⁰ (Veel te) Kort samengevat, zouden we dus kunnen stellen dat het arbeidsrecht als doel heeft sociaal gerechtvaardigde arbeidsverhoudingen te waarborgen, in het bijzonder indien 'persoonlijke arbeid' in een 'economische afhankelijkheidsrelatie' wordt geleverd.¹¹ Daarbij is het object van het arbeidsrecht ruimer dan uitsluitend de arbeidsovereenkomst, zodat het ook de discussie over bijvoorbeeld de zzp'er raakt, die immers eveneens in een bijzondere arbeidsverhouding kan staan tot zijn werkverschaffer. Tegelijkertijd is zij wel in die zin begrensd, dat inbreuk op het uitgangspunt van contractsvrijheid — vrijheid van ondernemerschap — enkel is toegestaan indien sprake zou zijn van een dermate grote ongelijkheid van contractspartijen dat juridische compensatie noodzakelijk is en/of het gevolg is dat sociaal ongerechtvaardigde arbeidsverhoudingen (op grote schaal) tot stand komen. Deze noodzaak zal sterker aanwezig zijn, naarmate de zelfstandige meer en meer afhankelijk is van slechts één of enkele opdrachtgevers. Van belang bij het bepalen van wat het arbeidsrecht met de niet-werknemer 'moet', is in ieder geval dat de arbeidswetgever eerlijk moet zijn als het gaat om de verdeling van sociale bescherming en de daaraan ten grondslag liggende motieven. Voorts moet de wetgever alert zijn als het gaat om maatschappelijke ontwikkelingen. Op beide onderwerpen zal ik nader ingegaan. Bovendien zal worden ingegaan op de vraag of het arbeidsrecht momenteel wel voldoende met de niet-werknemer 'doet'.

Om met het laatste onderdeel te starten: het arbeidsrecht 'doet' *steeds minder* voor niet-werknemers, terwijl het aantal niet-werknemers alleen maar groeit. Was tot voor kort de afhankelijke opdrachtnemer (veelal zzp'er) nog beschermd tegen willekeurig ontslag op grond van artikel 1 sub b onder 2 BBA¹², komt per 1 juli 2015 dergelijke bescherming alleen nog maar toe aan de 'werknemer'. Hierdoor zal de discussie over zzp'er of werknemer, uitmondend in een alles-of-niets oordeel, nog scherper gevoerd worden. De vele uitspraken in de PostNL zelfstandigenkwestie in 2015/2016 laten dit ook mooi zien.¹³ Ook de oude rechtspraak waarin 'ontslagrecht' naar analogie werd toegepast op niet-werknemersverhoudingen, lijkt sinds 1 juli 2015 vanwege de

⁹ Zie voor een fundamenteel debat over de waarden en grondslagen van het arbeidsrecht, onder meer: P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Preadvies voor de NJV, Kluwer: Deventer 2001.

¹⁰ Zie o.a. E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, Haarlem: Tjeenk Willink 1924, p. 1. Zie ook A.R. Houweling & L.J.M. Langedijk, 'Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture', *ArA* 2011-1, p. 3 e.v.

¹¹ Zie ook C.J. Loonstra, 'Het afbakingsprobleem van de arbeidsovereenkomst. Kanttekeningen in internationaal en rechtsvergelijkend perspectief', in: C.J. Loonstra c.s., *De werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 9-20.

¹² Het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 kende in artikel 1 sub b onder 2 BW bescherming toe aan: '(...) degene, die persoonlijke arbeid verricht voor een ander, tenzij hij dergelijke arbeid in de regel voor meer dan twee anderen verricht of hij zich door meer dan twee andere personen, niet zijnde zijn echtgenoot of geregistreerde partner of bij hem inwonende bloedverwanten of aanverwanten of pleegkinderen, laat bijstaan of deze arbeid voor hem slechts een bijkomende werkzaamheid is (...)'. De Hoge Raad heeft nadere invulling aan deze voorwaarden gegeven in onder meer HR 13 december 1957, *NJ* 1958, 35 (Zwarthoofd/Het Parool) en HR 21 maart 1969, *NJ* 1969, 321 (Heger/Geïllustreerde Pers). Zie ook HR 10 november 2000, *JAR* 2000/250 (Klinkaert/Blom) en recentelijke HR 9 december 2011, *LJN*: BT7500, (TROS/werknemer).

¹³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2016, *ECLI:NL:GHARL:2016:6621*.

duidelijke keuze voor wel of geen werknemerschap minder voor de hand te liggen.¹⁴ Aan de andere kant biedt het arbeidsrecht op onderdelen wel weer bescherming aan afhankelijke niet-werkers, bijvoorbeeld in de WML¹⁵ en bij arbeidsongevallen (ex artikel 7:658 lid 4 BW). Een principiële keuze voor of visie op welke bescherming de zzp'er wel of niet toekomt, ontbreekt. Soms kan het arbeidsrecht geen verdergaande bescherming bieden, omdat het in strijd komt met andere wetgeving (zoals mededingingsrecht).¹⁶ Zo verklaarde de toezichthouder Autoriteit Consument en Markt (ACM) dat tariefafspraken voor zzp'ers in een cao onder het kartelverbod van de Mededingingswet vallen.¹⁷

Uit de empirische en statistische onderzoeken¹⁸ leid ik drie vraagstukken af die op korte, dan wel de middellange termijn, beantwoording behoeven:

1. Verlies aan solidariteit (met name in het sociale zekerheidsrecht);
2. (Oneigenlijke) Concurrentie op arbeidsvoorwaarden (concurrentie tussen zzp-schap en werknemerschap);
3. Schijnzelfstandigheid.

Op basis van dezelfde empirische en statistische onderzoeken kom ik tot de volgende denkrichtingen.

Ad 1.

Als het gaat om solidariteit in het stelsel van sociale zekerheid, dan kan op onderdelen – met name bij ziekte – een slag worden geslagen door een algemene arbeidsongeschiktheidsverzekering voor *werkenden* te introduceren. Zowel werknemers als niet-werknemers worden verplicht vanaf hun achttiende levensjaar een AOG-verzekering af te sluiten (gelijk aan WA-verzekering en Zorgverzekering). Daarmee wordt de belasting van de arbeidsovereenkomst verlicht, hetgeen werknemers weer aantrekkelijker maakt voor werkgevers (werkgevers dragen niet meer het individuele risico bij ziekte van de werknemer), terwijl het tevens inkomensbescherming biedt aan zelfstandigen. Door een uniforme regeling voor alle *werkenden* te introduceren, kan de premiedruk laag blijven. Bovendien draagt dit eraan bij dat niet-werknemers zich ook moeten verzekeren en deze kosten zullen moeten doorberekenen in hun tariefstelling, waardoor oneerlijke concurrentie op loonkosten wordt bestreden.

Bovendien zou de overheid ook tegemoetkomen aan de toenemende roep om de werking van artikel 7:629 BW voor werkgevers te verlichten. Een minder gemakkelijk te beantwoorden vraag is 'wie' de verantwoordelijkheid draagt voor het re-integratieproces. De verzekeraar als beoordelaar of het re-integratieproces goed is verlopen, is denkbaar, mits hier een snelle en effectieve rechtsgang openstaat in geval van geschillen (second opinion). Daarin zou het UWV een rol kunnen spelen. Zoals bekend buigt de SER zich over het vraagstuk van de loondoorbetaling tijdens ziekte.

Ad 2.

De concurrentie op arbeidsvoorwaarden kan voor een deel geneutraliseerd worden door de fiscale behandeling van beide groepen gelijk(er) te trekken. Een voorbeeld is de belastingverlichting op lage lonen, waarmee direct de concurrentie op 'loon' tussen werknemers en vooral zzp'ers wordt geraakt. Voor zover de concurrentie met de arbeidsovereenkomst daarnaast plaatsvindt op

¹⁴ Ik denk dan aan arresten als HR 8 november 1996, *JAR* 1996/249 (Sijthoff/Ouwerkerk).

¹⁵ Op dit moment ligt een wetsvoorstel ter behandeling bij de Eerste Kamer. De vierde termijn wordt in maart verwacht.

¹⁶ G.C. Boot, Groen Schoevers op losse schroeven?, *ArbeidsRecht* 2015/14 n.a.v. Hof van Justitie EU 4 december 2014, C-413/13.

¹⁷ R. Sandee, Bodemtarieven zzp'ers in strijd met kartelverbod, *Staatscourant* 27 februari 2017.

¹⁸ Zie voor verwijzingen van de studies: A.R. Houweling, Dé ZZP'er bestaat niet. Empirische, statistische en arbeidsrechtelijke beschouwingen over de zelfstandige zonder personeel, in: B. ter Weel e.a., *De flexibele arbeidsmarkt in beweging*, Den Haag: Sdu 2016 p. 67 e.v. en P. Hasekamp c.s., *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, april 2015.

flexibiliteit en tijdelijkheid van overeenkomsten (piekbelasting), zou ook hier het antwoord eerder liggen in aanpassing van artikel 7:668a BW dan een analogiebepaling van de ketenregeling te introduceren voor zelfstandigen. Gedacht kan worden aan een meerjarig tijdelijk contract (zoals overigens voorgesteld tijdens de behandeling van de WWZ door het CDA en daarna ook door andere partijen).¹⁹

Ook zou men de fiscale voordelen voor het zzp-schap (gefaseerd en/of gedeeltelijk) kunnen afschaffen. Daarmee wordt de strijd tussen werknemers en niet-werkers/zzp'ers eerlijker. Er bestaat wel een risico dat bepaalde zzp'ers daardoor niet tot de arbeidsmarkt kunnen toetreden dan wel dat een grote groep bestaande zzp'ers gedwongen een beroep op de bijstand zal moeten doen. Een dergelijke interventie dient daarom heel voorzichtig te worden uitgevoerd en misschien zelfs achterwege te blijven.

Met de WWZ is het ontslagrecht op onderdelen meer rigide geworden. Dit heeft effect op de arbeidsmarkt. Werkgevers kiezen – zo lijkt het althans – sneller voor alternatieven (zzp, payroll, flexwerk). Kleine – en in de geest van de WWZ door te voeren – aanpassingen van het ontslagrecht, kunnen bijdragen aan een betere balans tussen werknemers en niet-werknemers. Het introduceren van meer flexibiliteit *binnen* de arbeidsovereenkomst (meerjarig tijdelijk contract, lichtere toetsing bij wijziging van arbeidsvoorwaarden) en iets meer verruiming van de bevoegdheden van de kantonrechter bij ontslag (h-grond plus extra vergoeding) zouden zogenoemde quick-wins zijn.

Ten slotte kan de vraag worden gesteld of niet alle werkenden een zekere transitieperiode zou moeten toekomen. Het gaat om de transitieperiodes tussen het werk (werkloosheid) of waarin werk geen optie meer is (ziekte) waarin voorzien moet worden. Een collectieve 'transitievergoeding' voor alle soorten van transities als modern socialezekerheid biedt hier uitkomst. De gedachte is dan dat er een persoonlijke aanspraak wordt opgebouwd die bij 'transitie' kan worden aangesproken. Bijgevolg wordt de transitievergoeding ook daadwerkelijk gebruikt voor transitie en niet voor een caravan bijvoorbeeld. Bijkomend voordeel is dat een werkgever niet steeds de hele transitievergoeding in één keer hoeft te betalen, maar maandelijks een kleine afdracht doet. Werknemers en niet-werknemers zouden bovendien ook zelf een klein aandeel in deze afdracht kunnen hebben, daar zij er op enig moment ook van profiteren (vergelijkbaar met eigen bijdrage pensioenpremie).

Ad 3.

Het vraagstuk 'schijnzelfstandigheid' vraagt om meer beschouwingen. Deels zijn denkrichtingen over 'zelfstandigheid' en 'schijnzelfstandigheid' hierboven aan bod gekomen (onder par. 2). Voor een deel ziet het vraagstuk van schijnzelfstandigheid op de meer fundamentele vraag 'wie is werknemer en wie niet?'. In de volgende subparagrafen geef ik een aantal denkrichtingen waarmee een modernisering van het arbeidsrecht kan worden bewerkstelligd.

3.2 Weerlegbaar rechtsvermoeden van werknemerschap

Ter bestrijding van 'schijnzelfstandigheid' zijn naast hetgeen hierboven in par. 2 is besproken, de volgende denkrichtingen te beproeven. We zouden artikel 7:610a BW (rechtsvermoeden arbeidsovereenkomst) zwaarder kunnen optuigen en er een sterker rechtsvermoeden van maken. In België heeft men in 2012 de Arbeidsrelatieswet aangepast met een weerlegbaar vermoeden van werknemerschap indien aan 5 van de 9 in de wet genoemde criteria is voldaan. Het gaat over de volgende criteria: financieel of economisch risico; verantwoordelijkheid en beslissingsmacht aangaande de financiële middelen van de onderneming; beslissingsmacht over het aankoopbeleid van de onderneming; beslissingsmacht over het prijsbeleid van de onderneming; gebrek aan resultaatsverbintenis betreffende de overeengekomen arbeid; de garantie op betaling van een vaste vergoeding, ongeacht de bedrijfsresultaten of de omvang van de prestaties geleverd door diegene die de werkzaamheden uitvoert; het zelf geen werkgever zijn van persoonlijk en vrij

¹⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 41 (Amendement Heerma).

aangeworven personeel of het ontbreken van de mogelijkheid om voor de uitvoering van het overeengekomen werk personeel aan te werven of zich te laten vervangen; het zich niet voordoen als een onderneming ten overstaan van andere personen of hoofdzakelijk of gewoonlijk voor één medecontractant werken; in ruimtes werken waarvan men niet de eigenaar of de huurder is of werken met materiaal dat ter beschikking wordt gesteld, gefinancierd of gewaarborgd door de medecontractant.²⁰ Ook hiervoor geldt dat er een zekere mate van onzekerheid zal (blijven) bestaan over de kwalificatie van de rechtsverhouding, daar de invulling uiteindelijk getoetst zal worden door een rechter die begrippen als 'afhankelijkheid', 'ondernemerschap' en 'zelfstandigheid' moet inkleuren. Als vertrekpunt zou men wellicht het inmiddels vervallen artikel 1 BBA kunnen nemen, waarbij het hebben van niet meer dan twee opdrachtgevers in beginsel tot 'zware afhankelijkheid' leidt en derhalve tot een vermoeden van 'werknemerschap'.

3.3 Wettelijke regeling van afhankelijke / met werknemer gelijkgestelde opdrachtnemer: arbeidsrecht light

In het verlengde van het voorgaande zouden we de *afhankelijke / met werknemer gelijkgestelde opdrachtnemer* op onderdelen een zekere vorm van 'arbeidsrecht light'-bescherming kunnen geven. Oftewel, we introduceren – geheel tegen de beweging van de WWZ in – een afhankelijke opdrachtnemer in het BW. Een soort subwerknemer of subopdrachtnemer. Op hem zal een verlicht arbeidsrechtelijk regime van toepassing kunnen worden verklaard, waarbij gedacht kan worden aan opzegtermijnen, mogelijke opzegverboden en wellicht zelfs de preventieve toets van ontslag. Dergelijke met werknemer gelijkgestelde opdrachtnemers kennen we in verschillende ons omringende landen, zoals het Verenigd Koninkrijk en Duitsland. Op onderdelen bieden we ook nu aan afhankelijke niet-werknemers bescherming (WML en artikel 7:658 lid 4 BW). In de **bijlagen** bij dit paper heb ik voorbeelden van een dergelijke niet-werknemersbescherming opgenomen. Het past dus in onze traditie dergelijke partijen bescherming te bieden.

Het *nadeel* van het introduceren van deze tussencategorie is dat het zowel aan de bovenkant als aan de onderkant aanzuigende werking kan hebben. Personen die nu nog een arbeidsovereenkomst genieten, zouden plotseling in de categorie 'afhankelijke opdrachtnemers' geschaard kunnen worden en omgekeerd kunnen opdrachtnemers opeens het predicaat 'afhankelijke opdrachtnemer' krijgen. Bovendien leidt een nieuwe subcategorie tot nieuwe afbakeningsvraagstukken. Dit is precies de reden waarom de ontwerper van het arbeidsovereenkomstenrecht (Drucker) voor zoveel mogelijk uniformiteit heeft gekozen. In de opmaat naar de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 werd immers zowel in wetenschappelijke als politieke kringen de vraag aan de orde gesteld, of er voor alle werkenden één uniforme regeling moest komen, of dat juist gekozen moest worden voor afzonderlijke regelingen voor de verschillende categorieën werkenden. Lang niet alle werkers zouden namelijk dezelfde mate van bescherming behoeven. Al helemaal niet, indien deze bescherming dwingend zou worden opgelegd. Drucker was een sterke pleitbezorger van een uniforme regeling. Nadat hij de rechtspraak met betrekking tot de begrippen 'huur van dienstboden en werklieden' uitvoerig had geanalyseerd, kwam hij tot de conclusie dat de wetgever geen afzonderlijke regelingen moest ontwerpen voor verschillende categorieën werkenden. Dat zou enkel leiden tot allerlei afbakeningsproblemen en daarmee tot rechtsonzekerheid.²¹ Een dergelijk risico zal men dus moeten accepteren.

Dat geldt overigens ook voor het uitsluiten van werkers aan de bovenkant van de arbeidsmarkt. Een veel toegepast criterium in de ons omringende landen is inkomen. Boven een bepaald

²⁰ Zie onder meer: <http://www.commissiearbeidsrelaties.belgium.be/docs/KB-070613-onroerende-werkzaamheden.pdf> (laatstelijk geraadpleegd 27 februari 2017). Zie over het Belgische systeem voorts C.J. Loonstra, Het afbakeningsprobleem van de arbeidsovereenkomst, in: C.J. Loonstra c.s., *De werkgever in beweging*, Den Haag: Sdu 2009, p. 17 e.v.

²¹ H.L. Drucker, 'Bouwstoffen voor eene burgerrechtelijke regeling der arbeidsovereenkomst', *RM* 1894, p. 548.

inkomensniveau wordt het arbeidsrecht semi-dwingend of van regelend recht. Dit geldt ook indien men in bepaalde functies komt (bestuurders bijvoorbeeld).²²

Ten slotte dienen we het eens te worden over de vraag wat deze personen dan aan extra bescherming moeten krijgen.

3.4 Concentrische cirkels: van uniform object naar materieel rechtelijk belang

Eerder heb ik – naast de zojuist genoemde variant van een tussencategorie ‘afhankelijke opdrachtnemer’ – ook een heel andere benadering van het arbeidsrecht verdedigd. In plaats van de materiële bescherming afhankelijk te laten zijn van het object (lees: de arbeidsovereenkomst geeft toegang tot de arbeidsrechtelijke bescherming), zou men ook het object afhankelijk kunnen maken van de materiële bescherming (lees: de aard van de materiële regel bepaalt wie in welke mate deze bescherming toekomt (het object)).²³ Zo is het denkbaar dat we voor alle *werkers* in Nederland een sociaal vangnet wensen te realiseren bij arbeidsongeschiktheid en wellicht vinden we ook dat ongeacht de contractsvorm een redelijke opzegtermijn gekoppeld aan de duur van de overeenkomst passend is. Ongeacht de contractsvorm wensen we iedereen bescherming tegen discriminatie toe, enzovoort. We beoordelen dan per materiële regel wie in aanmerking komt voor deze bescherming. Een WW-uitkering voor zelfstandigen is dan niet aan de orde, daar de aard van de regeling een vangnet is voor werkers die onvrijwillig werkloos worden en zelf afhankelijk waren van het creëren van werk door hun werkverschaffer. Een transitievergoeding voor zelfstandigen ligt niet gelijk in de reden, daar de zelfstandige deze transitie (van werk naar werk of beter van opdracht naar opdracht) kan verdisconteren in zijn loontarief. Zodoende zouden we tot een set van regels kunnen komen die voor arbeidsrelaties geldt, ongeacht de contractsvorm. En daarmee wordt wellicht een basis gelegd voor een Wetboek van werkrelaties of Wetboek van arbeid, zoals veel ons omringende landen dat ook kennen. Beltzer hanteert eenzelfde benadering wanneer hij spreekt van concentrische cirkels. De binnenste cirkel omvat de kernbepalingen die alle werkers toekomen. Naarmate we verder van de kern verwijderd raken, komt bescherming een steeds selectievere groep toe.²⁴ Een dergelijke benadering sluit overigens ook goed aan bij de wijze waarop het Europees Hof van Justitie arbeidsvraagstukken benadert. Een opdrachtnemster kan voor sommige bescherming toch kwalificeren als werkneemster. Lees: de materiele bescherming bepaalt de reikwijdte van het object en niet andersom.

4. Tot besluit: pas artikel 7:610 BW niet aan voor WDBA en stel Staatscommissie Modernisering Arbeidsrecht in

Ik sluit af met herhaling van hetgeen ik in de inleiding schreef. De vraag of de huidige arbeidsrechtelijke bescherming van in ieder geval Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek niet te weinig mensen te veel beschermt en te veel mensen te weinig of helemaal niet, is van zeer fundamentele aard. ‘Even artikel 7:610 BW of artikel 7:659 BW aanpassen’ is dan totaal niet aan de orde.

Ik juich van harte toe dat over de principiële vraag van het bereik van het arbeidsrecht wordt nagedacht. Een dergelijke fundamentele vraag verdient – mijns inziens – de aandacht van een breder gremium en de tijd om met relevante stakeholders een ‘new design’ van het arbeidsrecht vorm te geven. Een *Staatscommissie Modernisering Arbeidsrecht* is aangewezen. Instrumenteel het ‘DBA-probleem’ oplossen, zal enkel leiden tot een tijdelijk snelverbandje, met op de lange termijn nog steeds stinkende wonden.

Een fundamentele doordenking van het arbeidsrecht, waarmee we een voor de komende decennia duurzame, rechtvaardige en juridisch houdbare regeling kunnen vormgeven, zal essentieel zijn

²² A.R. Houweling en G.W. van der Voet, Uniform of gedifferentieerd arbeidsrecht: een nationaal en rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging en toekomst van bijzondere arbeidsverhoudingen, ArA 2013-2, p. 3-61.

²³ Zie hierover A.R. Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht*, EUR (oratie) 2012.

²⁴ Zie R. Beltzer, R. Houweling en J. van Slooten, De plaats van het arbeidsrecht, in: A.R. Houweling en L.C.J. Sprengers, 70 jaar VvA: einde van het begin, Deventer: Kluwer 2016, p. 421 e.v.

voor (het functioneren van) de arbeidsmarkt van de toekomst. En die toekomst manifesteert zich in volle vaart.

Met betrekking tot de WDBA-kwestie, is opgemerkt dat volstaan zou kunnen worden met niets doen, omdat de onzekerheid op de markt een gewenst effect van deze wet is. Betekent het voorgaande dat we op korte termijn helemaal niets moeten doen? Dat zeker niet. Op korte termijn zijn de volgende acties realiseerbaar en gewenst:

1. Introductie eigen toetsingskader WDBA waarmee zekerheid vooraf en uniforme handhaving en toetsing worden bevorderd (par 2.2);
2. Eventueel 'opt out'-systeem met ruimte voor maatwerk stakeholders (par. 2.3);
3. Introduceren van verzekeringsplicht tegen arbeidsongeschiktheid voor alle werkers (werknemers en niet-werknemers) (par. 3 – inleiding);
4. Kleine aanpassingen in de WWZ (meer flexibiliteit met behoud van zekerheid voor werknemers en verruiming ontslagmodaliteiten met billijke vergoeding) (par. 3 – inleiding);
5. Eventueel omvormen transitievergoedingsstelsel naar collectief spaarstelsel (par. 3 – inleiding).

Eveneens op korte termijn in te stellen, met als doel op de middellange termijn (bijv. 2020) resultaat te boeken:

6. Staatscommissie Modernisering Arbeidsrecht (incl. WWZ, Wet DBA, socialezekerheidsrecht en fiscaliteit)
 - o Integrale visie op bereik van arbeidsrecht en sociale zekerheid (wie sluiten we in, wie sluiten we uit)
 - o Opstellen van ontwerp Wetboek van Arbeid (waarin alle arbeidsverhoudingen in onderlinge verhoudingen zijn verwerkt. De arbeidsovereenkomst, de opdrachtovereenkomst, de handelsagent enzovoort. Maar ook een verkenning van de rechtspositie voor zzp'ers en/of afhankelijke opdrachtnemers, dan wel vereenvoudiging van de juridische duiding van het contract. Bijvoorbeeld naar een of twee vormen van 'werkcontracten').

Bijlage 6: Samenstelling van de stuurgroep

SZW	Dhr. M. Flier (voorzitter)
SZW	Mw. K. Graver
SZW	Dhr. H. Ton
SZW	Dhr. D. Waagmeester
FIN	Mw. H. van den Bout
FIN	Dhr. S. Breedijk
V&J	Mw. M. Meinema
EZ	Dhr. F. Vijselaar

Literatuurlijst

- Adviesraad voor Wetenschap, Technologie en Innovatie (2015) Klaar voor de toekomst.
- Boot, G.C. e.a. (2016) Eindrapport commissie (model)overeenkomsten.
- Aerts, M.C.M. (2007) De zelfstandige in het sociaal recht, de verhouding tussen juridische status en sociaal-economische positie.
- Boonstra, K. (1996) The ILO and the Netherlands, different views concerning government influence on the relationship between workers and employers.
- Boot, G.C. (2005) Arbeidsrechtelijke bescherming.
- Bouwens, W. en W. Roozendaal (2017) Notitie personele werkingssfeer arbeidsrecht en werknemersverzekeringen (opgenomen in de bijlage van deze notitie) .
- Coase, R.H. (1937) The nature of the firm. *Economica*, vol. 7(16): 386–405.
- CPB (2013) Inkomen en netto profijt van de sociale zekerheid gedurende de levensloop.
- CPB (2016) Flexibiliteit op de arbeidsmarkt.
- CPB (2016) Macro-Economische Verkenning 2017.
- De Beer, P. en E. Verhulp (2017) Dertig vragen en antwoorden over flexibel werk.
- Dekker, F. (2016) Outsourcing binnen Nederland: feiten en verklaring. *ESB* 101 (4742), 658–661.
- Dekker, F. en M. Stavenuiter (2012) Zzp'ers en het sociale stelsel: op weg naar herziening?
- DNB (2017) Economische ontwikkelingen en vooruitzichten.
- Ecorys (2013) Contractvormen en motieven van werkgevers en werknemers.
- Even, J.H. (2015) Arbeidsverhoudingen, de weg van de minste weerstand en de cao. http://www.ar-updates.nl/commentaar/AR_2015_0666.
- Ford, M. (2016) Rise of the robots.
- Headfirst (2017) Factsheet Wet DBA. <http://wetdba.headfirst.nl/feedback/>.
- Heerma van Voss, G.J.J. (2015) Asser-serie deel 7-V, Arbeidsovereenkomst.
- Houweling, A.R. (2017) Modernisering van het arbeidsrecht. Het bereik van de arbeidsovereenkomst in fiscaalrechtelijke en privaatrechtelijke zin (opgenomen in bijlage van deze notitie).
- Houwerzijl, M. (2017) Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving: Een verkenning', in TRA: Tijdschrift Recht en Arbeid.
- ILO (2017) Issue Note 3 of the Future of Work Centenary Initiative "a challenging future for the employment relationship".

Intelligence Group (2017) Drie keer zoveel zzp'ers zonder werk als eind vorig jaar. <https://www.intelligence-group.nl/nieuws/april-2017/drie-keer-zo-veel-zzpers-zonder-werk-als-eind-vorig-jaar>.

SCP (2014) Bevrijd of bekleemd? Werk, inhuur, inkomen en welbevinden van zzp'ers.

Kamer van Koophandel (2017) Zzp'ers en hun opdrachten. <https://www.kvk.nl/over-de-kvk/nieuws-en-persberichten/13-grote-zekerheid-onder-zzpers-over-eigen-ondernemerschap-onzekerheid-bij-opdrachtgevers-neemt-toe/>.

Ministerie van Financiën (2015) Interdepartementeel Beleidsonderzoek Zelfstandigen zonder personeel.

Rathenau Instituut (2015) Werken aan de robotsamenleving.

SEOR (2013) ZZP tussen werknemer en ondernemer.

SER (2010) Zzp'ers in beeld: Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel.

SER (2016) Mens en technologie: samen aan het werk.

TNO (2016) Nederlandse platformeconomie groter dan gedacht. <https://www.tno.nl/nl/over-tno/nieuws/2016/6/nederlandse-platformeconomie-groter-dan-gedacht/>

Van der Heijden, P.F. (2017) De ILO: struikelend op weg naar de 100. *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2017, 136.

Van Drongelen, A. en J. van Drongelen (2016) Van Arbeidsovereenkomst naar arbeidsverhouding, naar een transparanter arbeidsrecht.

Van Peijpe, T. (2011) EU en de ruimte voor een nationaal werknemersbegrip. *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2011, aflevering 4.

Van Slooten, J.M. e.a. (2015) Tekst en Commentaar Arbeidsovereenkomst.

Verhulp, E. (2017) Notitie over de werkingssfeer van het arbeidsrecht en de werknemersverzekeringen (opgenomen in de bijlage van deze notitie).

SCP (2013) Een onzeker perspectief: vooruitzichten van tijdelijke werknemers. Eerste resultaten uit het Arbeidsaanbodpanel, najaar 2012.

Wall Street Journal (2017) The End of Employees? <https://www.wsj.com/articles/the-end-of-employees-1486050443>.

WRR (2015) De robot de baas. De toekomst van werk in het tweede machinetijdperk.

WRR (2016) Voor de zekerheid. De toekomst van flexibel werkenden en de moderne organisatie van arbeid.

Zzp-barometer (2017) ZZP'er heeft vertrouwen in 2017. <http://zzpbarometer.nl/2017/02/21/infographic-zzper-heeft-vertrouwen-in-2017/>.

Zzp-barometer (2017) Kwart zzp'ers heeft geen last gehad van wet dba.

<http://zzpbarometer.nl/2017/03/07/infographic-kwart-zzpers-heeft-geen-last-gehad-van-wet-dba/#.com>.

Jurisprudentieoverzicht

HvJ EG 3 juli 1986, nr. 66/85 (Lawrie Blum).
HvJ EG 30 november 1995, nr. C-55/94 (Gebhard).
HvJ EG 8 juni 1999, nr. C-337/97 (Meeusen).
HvJ EG 20 november 2001, nr. C-268/99 (Jany).
HvJ EG 15 december 2005, nrs. C-151/04 (Nadin) en 152/04 (Durré).
HvJ EG 20 september 2007, nr. C-116/06 (Kiiski).
HvJ EG 4 december 2014, nr. C-413/13 (FNV Kiem).
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8874.
HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 (NS Spoorwegstaking).
HR 16 september 1994, JAR 1994, 214 (Nationale Nederlanden/Woudsend)
HR 14 november 1997, JAR 1997, 263 (Groen/Schoevers).
HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 (Diosynth/Groot).
HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887 (De Gouden Kooi).
Rechtbank Midden-Nederland 20 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5373.