

1. Aanleiding

- In de hoofdlijnenbrief arbeidsmarkt die op 5 juli jl. aan de Tweede Kamer is gestuurd is op het terrein van maatregelen voor werken met zzp'ers langs een drietal sporen maatregelen aangekondigd:
 - 1) Inzetten op een gelijk spelveld voor contractvormen;
 - 2) Meer duidelijkheid creëren over de vraag wanneer gewerkt wordt als werknemer dan wel als zelfstandige buiten dienstbetrekking en het ondersteunen van werkenden om hun rechtspositie op te eisen; en
 - 3) Het verbeteren van toezicht en handhaving op schijnzelfstandigheid.
- Via deze het BWO willen we de stand van de uitwerking ook voor spoor 2 met u delen. Daarbij vragen we u om een aantal voor de inhoud van de hoofdlijnenbrief relevante punten te bespreken, zodat daar richting op gegeven kan worden met oog op verdere uitwerking van de voortgangsbrief.
- De brief zal uiteraard nog met u en collega bewindspersonen gedeeld worden voordat het proces van ambtelijke voorportalen wordt gestart. De planning is dat CWIZO versie op 4 november wordt aangeboden, zodat op 2 december in de ministerraad kan voorliggen en dan z.s.m. aan de TK verstuurd kan worden.

2. Besprekpunten spoor 2

N.B. De teksten in kader zijn voor u toegevoegd om besprekpunten in te leiden. De rest van de notitie is ook gedeeld met EZK en FIN/BD.

Vooraf

- U kunt in algemene zin aangeven dat het goed is dat er brede interdepartementale betrokkenheid is bij het uitwerken van de maatregelen rondom verduidelijking van gezag en het rechtsvermoeden.
- Het is dan ook belangrijk de stand op de verschillende onderwerpen met elkaar te wisselen.

Verduidelijking algemeen

- U kunt aangeven dat het in veel gevallen duidelijk is op welk contract gewerkt wordt. Maar er zijn ook situaties die vallen in een “grijs gebied” waar dat op voorhand minder duidelijk is. Ook de uitkomsten van de pilot webmodule hebben dat duidelijk gemaakt.
- De grenslijn tussen werken als werknemer op een arbeidsovereenkomst en als zelfstandig ondernemer buiten dienstbetrekking (bijv. op een overeenkomst van opdracht) wordt bepaald door de definitie van de arbeidsovereenkomst (art. 7:610 Burgerlijk Wetboek). Dat artikel kent drie elementen:
 - Arbeid
 - Loon
 - Werken in dienst van (gezag)
- Met name dat laatste criterium is een open norm, die door jurisprudentie is ingevuld. Soms nogal wisselend en de criteria die in de rechtspraak worden gebruikt om dit begrip in te vullen zijn nergens vastgelegd.
- Met de verduidelijking van de norm “werken in dienst van” willen we de rechtszekerheid van werkenden, werkgevers en duidelijkheid voor uitvoerders en rechtspraak vergroten.
- De afgelopen tijd is interdepartementaal gewerkt aan het in kaart brengen van rode draden uit de jurisprudentie, is met flink wat experts gesproken, alsmede met sociale partners. De uitvoering is hierbij ook nadrukkelijk betrokken geweest.

Proces, context en doelen

- Dan inzoomend op de voortgangsbrief. De inzet is om in die brief de belangrijkste punten waarop stappen gezet zijn te melden. Om de discussie hierover met de Tweede Kamer zo goed mogelijk te voeren, is het voorstel in de voortgangsbrief de doelen, (juridisch) kader en uitgangspunten te schetsen zodat duidelijk wordt waar ruimte voor discussie en aanpassing is. En om de hoofdcriteria die het "werken in dienst van" moeten structureren, te delen met de Tweede Kamer, maar de verdere in samenwerking met maatschappelijke partners en de Tweede kamer op te pakken na de najaarsbrief.
- De planning voor het wetsvoorstel blijft om een wetsvoorstel voor 1/1/2024 bij de Tweede Kamer in te dienen (dit betekent dat het wetsvoorstel in april voor internetconsultatie wordt ingediend). Zodat (conform het HVP) de wetgeving per 1/1/25 kan zijn gepubliceerd en uiterlijk per 1/1/26 in werking kan treden.
- In de toegezonden stukken voor de voorbereiding zijn de beoogde doelen, politieke context en te volgen proces met de verschillende partijen hier aan tafel gedeeld. Graag hoor ik of die inzet wordt herkend en gedeeld.

Bespreekpunt I. Doelen maatregel en context + proces verduidelijking criteria arbeidsovereenkomst.

- De inzet vanuit MSZW is om in de voortgangsbrief de doelen, context en proces van verduidelijking van de afbakening van arbeidsrelaties uiteen te zetten, langs de hieronder genoemde lijnen.
- Bent u het eens om de belangrijkste hoofdelementen (en onderbouwing daarvan) voor de verduidelijking van het criterium "werken in dienst van" te melden en de komende maanden de uitwerking en concretisering verder op te pakken?

Uitgangspunten

- In het kader van het trechteren van de discussie, is mijn inzet om de uitgangspunten bij de verduidelijking van gezag duidelijk te schetsen in de voortgangsbrief:
 - De koppeling tussen arbeidsrecht, fiscaliteit en sociale zekerheid voor wat betreft de kwalificatie van arbeidsrelaties behouden.
→ **Dit is met name van belang om tussen die rechtsgebieden geen uiteenlopende criteria te laten ontstaan en de onduidelijkheid en onzekerheid eerder te vergroten dan verkleinen.**
 - Het behouden van een zekere openheid in de normstelling;
→ **Dit is met name van belang om de rechter wel ruimte te laten om in een concreet geval de relevante feiten en omstandigheden te kunnen laten wegen. Dit laat onverlet dat er nadrukkelijk meer richting geboden wordt, ook richting de rechtspraak, met het verduidelijken van gezag.**
 - Het zoveel mogelijk aansluiten bij bestaande elementen om de inkleuring te geven aan de hoofdcriteria die de open norm "in dienst van" moeten structureren.
→ **Dit is met name van belang om te voorkomen dat alle in de jurisprudentie ontwikkelde elementen om kleurig te geven aan het werken onder gezag, overbodig worden en de jurisprudentie helemaal van voor af aan (1907) moet beginnen. Dat zou de onduidelijkheid/onzekerheid (tot de nieuwe normen allemaal uitgekristalliseerd zijn in rechtspraak) vergroten op de korte en middellange termijn.**
- *Deelt u deze uitgangspunten met mij?*

Bespreekpunt II. Uitgangspunten

- Inzet vanuit MSZW is om in de voortgangsbrief duidelijk te zijn over 3 relevante uitgangspunten bij de verdere uitwerking: koppeling arbeidsrecht, fiscaliteit en sociale zekerheid voor wat betreft de beoordeling arbeidsrelaties, het behouden van een zekere openheid in de normstelling, het zoveel mogelijk aansluiten bij bestaande elementen om de hoofdcriteria (zie onder III) verder in te kleuren.
- Bent u het eens met deze uitgangspunten?

Structureren van de open norm "werken in dienst van"

- Zoals net al aangegeven: de grenslijn tussen werken als werknemer op een arbeidsovereenkomst en als zelfstandig ondernemer buiten dienstbetrekking (bijv. op een overeenkomst van opdracht) wordt bepaald door de definitie van de arbeidsovereenkomst (art. 7:610 Burgerlijk Wetboek). Dat artikel kent drie elementen:
 - Arbeid
 - Loon
 - Werken in dienst van (gezag)
- Met name dat laatste criterium is een open norm, die door jurisprudentie is ingevuld. Soms nogal wisselend en de criteria die in de rechtspraak worden gebruikt om dit begrip in te vullen zijn nergens vastgelegd.
- Ter structurering van die open norm stellen we in de voortgangsbrief voor 3 hoofdcriteria op te nemen die tot uitdrukking brengen dat er 3 zaken van belang zijn om te beoordelen bij de vraag of er sprake is van "werken in dienst van":
 - feitelijk gezag en toezicht (klassieke elementen zoals leiding, toezicht, aanwijzingen geven etc. zijn daarbij relevant)
 - de organisatorische inbedding in de onderneming van de werkgevende.
 - En de contra-indicatie voor een arbeidsovereenkomst: is sprake van een werkende die daadwerkelijk zelfstandig ondernemerschap vertoont in de betreffende arbeidsrelatie.
- De verdere inkleuring daarvan pakken we de komende maanden verder op.

Bespreekpunt III. Structureren invulling open norm "in dienst van"

- De inzet is om de verduidelijking van de open norm "in dienst van" (uit artikel 7:610 Burgerlijk Wetboek) te structureren aan de hand van de drie voornaamste hoofdcriteria: (1) toezicht en aanwijzingen (klassiek gezag), (2) inbedding in de organisatie en (3) (contra-)indicaties van werken als zelfstandig ondernemer.
- Bent u het eens om deze drie hoofdcriteria ter structurering van de open norm "in dienst van" in de voortgangsbrief te melden? Bent u het eens dat de partijbedoeling daar niet als een van de drie structurerende hoofdcriteria wordt genoemd?

Rechtsvermoeden

- In de voortgangsbrief is gemeld dat er een rechtsvermoeden gekoppeld aan een uurtarief wordt uitgewerkt. Gemeld is dat van dit rechtsvermoeden, door de gehanteerde norm een preventieve werking moet uitgaan en werkenden onder het te bepalen uurtarief helpt om hun rechtspositie gemakkelijker op te eisen.
- Waar normaal geldt "wie stelt moet bewijzen" zorgt dit rechtsvermoeden ervoor doordat als de werkende minder dan het uurtarief verdient een arbeidsovereenkomst kan claimen bij de werkgevende. En wanneer hij meent dat hij ten onrechte geen arbeidsovereenkomst krijgt, de werkgevende bij de rechter moet bewijzen dat hij geen werkgever is.
- Tegelijkertijd zorgt de kwetsbare positie van de werkende ervoor dat de effectiviteit van de maatregel in de praktijk ondermijnd kan worden. Een werkgevende kan weigeren een arbeidsovereenkomst toe te kennen. Dan zal de werkende (evt. met behulp van de vakbond of ondersteuning via Jurdisch Loket of de te ontwikkelen arbeidscommissie) in rechte moeten opeisen.
- **[N.B. dit naar aanleiding van de bespreking van de zzp-nota op maandag 17/10]** Dat opeisen blijft een drempel voor werkenden. We verkennen in aanloop naar de voortgangsbrief nog hoe de effectiviteit mogelijk vergroot kan worden. Belangrijk is ook dat de evidente gevallen van schijnzelfstandigheid naar verwachting ook door de voortgang op toezicht en handhaving in de toekomst sneller aangepakt worden.

Bespreekpunt IV. Uitwerking rechtsvermoeden uurtarief

- De inzet vanuit MSZW is om langs hieronder beschreven lijnen het rechtsvermoeden verder uit te werken.
- Kunt u zich vinden in de voorgenoemde uitwerking?

3. Toelichting

Hieronder vindt u per bespreekpunt een toelichting en de relevante informatie voor bespreking.

Bespreekpunt I. Doelen, context en proces verduidelijking

a. Doelen

In de hoofdlijnenbrief begin juli zijn met het oog op de aanpassingen in het brede zzp-pakket de volgende doelen genoteerd waarop kabinetsbeleid zicht richt:

- Voorzien in een adequaat beschermingsniveau tegen sociale risico's voor alle werkenden;
- Tegengaan van oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden door ervoor te zorgen dat de juiste arbeidsrelatie wordt aangegaan om de juiste redenen (conform regelgeving);
- Handhaving daarop en deze ook opgeëist kan worden door de werkende;
- Solidariteit binnen het sociale en fiscale stelsel borgen; en
- Verduidelijken van wet- en regelgeving rondom de kwalificatie van de arbeidsrelatie.

Specifiek voor het verduidelijken van de grenslijn tussen werknemer en zelfstandig ondernemer (criteria van de arbeidsovereenkomst) is het doel:

- Doelen verduidelijking:
 - Meer *rechtszekerheid* voor werkgevers en werkenden. Ook kunnen die beter hun rol pakken in het uit zich zelf naleven van de regels.
 - *Richting bieden aan rechtspraak*: de criteria waaraan (in elk geval) dient te worden getoetst wordt door wetgever aangegeven. Dit geeft ordening en richting aan rechtspraak, waar deze nu (zeker op lager niveau) nogal eens uiteenloopt; wat voor een deel van de arbeidsrelaties rechtsonzekerheid kan meebrengen.
 - Het *toezicht en handhaving op de arbeidsrelatie door de toezichthouder (BD)* minder complex en arbeidsintensief maken.
- Onderliggende doelen: een beter hanteerbaar onderscheid tussen werknemers en zelfstandig ondernemers die niet op basis van arbeidsovereenkomst werken, zorgt voor een beter houdbaar sociaal stelsel en gaat oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden tegen.

b. (Politieke) context verduidelijking

- De discussie wie werknemer is en wie het kan stellen zonder arbeidsrechtelijke bescherming en de werknemersregelingen in de sociale zekerheid, is – naast een behoorlijk technisch juridische vraag - bij uitstek ook een (politieke) vraag waarover verschillend gedacht wordt in de samenleving.
- De afbakening van werknemerschap aan de hand van de criteria van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW bestaat al sinds 1907 en is vanuit de wetgever sindsdien vrijwel ongewijzigd: arbeid, loon, en het meest bepalende criterium "in dienst van een ander" (ook wel: gezag). Het nu verduidelijken van de vraag wanneer op basis van een arbeidsovereenkomst wordt gewerkt en daarmee of iemand werknemer is krijgt alleen hierdoor al (politieke) zwaarte.
- Tot nu toe konden stromingen elkaar vinden in het idee dat *schijnzelfstandigen* werknemer moeten zijn en dat *echte zelfstandigen* als zelfstandige mogen werken. Het verduidelijken van 'in dienst van' impliceert dat de politiek gaat invullen en concretiseren wie dan echte zelfstandigen zijn, en wie niet. Daarom verwachten wij dat de verduidelijking van de grenslijn discussie zal genereren.
 - Meer ter linkerzijde (en deel van het midden) van het politieke spectrum zal vanuit de beschermingsgedachte nadruk gelegd worden op het belang van kenmerken als inbedding van het werk in de organisatie. Voor deze kant van het politieke spectrum lijkt de grondgedachte dat als werk lijkt op werk dat werknemers doen, dit wijst op het bestaan van een arbeidsovereenkomst.
 - Meer ter rechterzijde (en deel van het midden) is nadrukkelijker aandacht voor het op enigerlei wijze opnemen van criteria die wijzen op zelfstandig ondernemerschap, zodat voorkomen wordt dat zelfstandigen tegen hun wil in een bepaalde arbeidsrelatie als werknemer worden gekwalificeerd. Daarnaast bestaat maatschappelijke aandacht voor wat werkenden zelf willen, ook als ze wellicht zelf geen ondernemer zijn maar toch niet als werknemer willen werken.
- De verduidelijking door nadere invulling van het open begrip "werken in dienst van" zal, naast het verduidelijken van de jurisprudentie en bieden van meer rechtszekerheid aan de praktijk ook de politieke verschillen hanteerbaar moeten maken.

c. Proces invulling verduidelijking werken "in dienst van"

- Om het proces zorgvuldig in te richten en duidelijk te maken welke ruimte er is voor discussie en waar (juridische) grenzen gerespecteerd moeten worden dan wel wijziging niet voor de hand ligt, lijkt het goed om in de voortgangsbrief duidelijk aan te geven:
 - Welke (juridische) ruimte voor aanpassing er is (en welke niet);
 - Welke uitgangspunten en keuzes rondom de huidige definitie van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen daarvan weliswaar in theorie verlaten kunnen worden, maar desalniettemin voor de toekomst van belang worden geacht; en
 - Op welke onderdelen van verduidelijking nadrukkelijk het gesprek met de TK gezocht wordt om te komen tot een gedragen verduidelijking van de definitie van de arbeidsovereenkomst.
- Door in de voortgangsbrief te schetsen welk kader er geldt en welke keuze daarbinnen te maken zijn, willen we de discussie trechteren. Concreet daarbij is het voorstel in de voortgangsbrief om de belangrijkste hoofdcriteria te benoemen aan de hand waarvan kan worden bepaald wanneer “in dienst van een ander” gewerkt wordt.
 - Voorstel is om bij de verduidelijking – naast de meer klassieke vormen van gezag (instructies/aanwijzingen, toezicht houden etc.) - zowel aandacht te hebben voor het criterium de inbedding van het werk in de organisatie als voor indicaties die wijzen op het criterium zelfstandig ondernemerschap en daarmee contra-indicatie voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst
N.B. zie hierna onder bespreekpunt III de meer uitgebreide onderbouwing hiervoor.
 - Inzet is dat beide hiervoor genoemde zijden van het politieke spectrum bediend worden; overigens is de keuze voor deze twee hoofdelementen (inbedding, zelfstandig ondernemerschap) niet zozeer louter politiek ingegeven maar is het belang van zowel het criterium inbedding als zelfstandig ondernemerschap als contra-indicatie ook een rode draad die afgeleid kan worden uit (EU) jurisprudentie.
- De verdere invulling van die drie hoofdcriteria (de onderstreepte criteria hierboven) vergt in elk geval nog het inkleuren daarvan. De keuze voor de elementen die de hoofdcriteria inkleuren/concretiseren willen we nog niet in deze voortgangsbrief maken. Om tot een zoveel mogelijk gedragen inkleuring van hoofdcriteria te komen, gaan we de komende tijd graag verder het gesprek aan met experts, stakeholders, sociale partners en – naar aanleiding van de hoofdlijnenbrief – ook graag met de TK.
- De planning voor het wetsvoorstel blijft om een wetsvoorstel voor 1/1/2024 bij de Tweede Kamer in te dienen. Zodat (conform het HVP) de wetgeving per 1/1/25 kan zijn gepubliceerd en uiterlijk per 1/1/26 in werking kan treden.

Bespreekpunt II. Uitgangspunten

Hieronder worden een aantal uitgangspunten beschreven die nuttig geacht worden om in de voortgangsbrief duidelijk te benoemen als uitgangspunt bij de verdere uitwerking en vormgeving van de maatregel.

1. De inzet is om de koppeling tussen arbeidsrecht, sociale zekerheid en fiscaliteit te behouden.
 - De arbeidsrechtelijke kwalificatie blijft daarmee leidend voor de kwalificatie in de zin van de sociale zekerheid en fiscaliteit. De Belastingdienst blijft daarmee ook handhaven op de juiste fiscale en premieafdrachten bij werkgevers op basis van de vraag of op basis van een arbeidsovereenkomst (dienstbetrekking) wordt gewerkt hetgeen wordt bepaald aan de hand van de relevante criteria uit het arbeidsrecht.
 - In theorie zou dit ook anders kunnen, maar één toetsingskader voor verschillende rechtsgebieden zorgt voor overzichtelijkheid: de relevante norm is in alle drie de rechtsgebieden dezelfde en rechtspraak is ook gekoppeld.
 - Een loskoppeling van de normen tussen rechtsgebieden zou bovendien gemakkelijk tot een derde categorie werkenden leiden. Grootste risico hierbij is dat iemand arbeidsrechtelijk een arbeidsovereenkomst heeft, maar voor de fiscaliteit/sociale zekerheid niet (of andersom). Dat zal eerder tot meer onduidelijkheid leiden (en in veel gevallen minder bescherming) dan tot minder.
2. Ondanks de behoefte aan zoveel mogelijk duidelijkheid vooraf, zullen toekomstige normen de nodige openheid moeten houden.

- Niet alle situaties kunnen door de wetgever van te voren worden voorzien; criteria moeten kunnen blijven meebewegen met de dynamische praktijk van de arbeidsmarkt. Anders ontstaat statische wetgeving die snel achterhaald kan raken en die ook niet voldoet aan de behoeften van de praktijk;
 - De rechter moet de feiten en omstandigheden van een concreet geval kunnen blijven wegen.
 - Bij uitwerking van de hoofdcriteria en inkleuring daarvan aan de hand van relevante elementen, zal balans tussen bieden van duidelijkheid en handvatten aan de praktijk en de benodigde ruimte in de rechtspraak goed in het oog gehouden moeten worden. Hoe opener de elementen die de hoofdcriteria moeten operationaliseren, hoe minder houvast over de aard van de arbeidsrelatie aan de voorkant; andersom geldt hoe geslotener de norm, hoe lastiger de norm met de praktijk kan meebewegen.
3. Uitgangspunt is dat toekomstige invulling van de criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst of indicaties dat zo'n overeenkomst ontbreekt zoveel mogelijk voortbouwen op bestaande elementen en contra-indicaties uit de jurisprudentie.
- Om richting te geven aan de rechtspraak ligt het voor de hand om naast het richting bieden door hoofdcriteria, aan te geven welke elementen bij de invulling van die hoofdcriteria van belang zijn.
 - Daarbij moet voorkomen worden dat een situatie ontstaat waarbij door wijziging van de wetgeving rondom beoordeling van de arbeidsrelatie bestaande jurisprudentie grotendeels achterhaald wordt. Geheel nieuwe normen zullen immers ook weer tijd nodig hebben om uit te kristalliseren. De onzekerheid/onzekerheid over de beoordeling van arbeidsrelaties kan dan – zeker op de korte en middellange termijn - eerder groter worden dan kleiner.
 - Startpunt van een verdere invulling van die hiervoor genoemde hoofdcriteria zijn dan ook de elementen en contra-indicaties die nu al een rol spelen bij de beoordeling van de gezagsverhouding (daarvoor gebruiken we de webmodule en het hoofdstuk over de beoordeling gezagsverhouding uit het Handboek loonheffingen. Zie in bijlage 2).
 - Vervolgens kan uit deze langere lijst gecomprimeerd en geselecteerd worden. Veel in de bijlage genoemde elementen zijn varianties op eenzelfde thema en kunnen gecomprimeerd worden. Dat vergroot de overzichtelijkheid en hanteerbaarheid (ook van de webmodule die dan doorontwikkeld kan worden op basis van wetgeving). Verder kan de wetgever door specifieke elementen uit de jurisprudentie als belangrijk aan te wijzen de weging van elementen in de rechtspraak richting geven.
 - Dit comprimeren, selecteren, geven van onderlinge weging + het evt. aanvullen met nieuwe relevante elementen (bijv. welke omstandigheden contra-indicatie zijn voor een arbeidsovereenkomst omdat de werkende als zelfstandig ondernemer werkt) willen we de komende tijd verder uitwerken. Dit vergt nog gesprekken met experts, stakeholders, sociale partners en niet in de laatste plaats ook de Tweede Kamer.

Bespreekpunt III. Hoofdcriteria ter structurering van de norm "werken in dienst van"

- De wettelijke norm "werken in dienst van" uit artikel 7:610 BW is in praktijk en jurisprudentie steeds vertaald in het al dan niet bestaan van een "gezagsrelatie" of "ondergeschiktheid" tussen werknemer en werkgever. Het voor rekening en risico komen van het economische resultaat van de door de werknemer verrichte arbeid brengt mee dat werkgever gezag moet (kunnen) houden over het werk.
- Verschillende ontwikkelingen hebben geleid tot een emancipatie van werkenden, die gemiddeld genomen meer autonomie bezitten en de afname van gezagsrelaties die gedomineerd worden door strikt toezicht en leiding (werkinstructies, toezicht houden etc.). Inmiddels wordt in de rechtspraak ook gekeken naar de organisatorische omstandigheden zoals het kunnen bepalen van eigen werktijden, het zelfde werk doen als werknemers, het verrichten van kernactiviteiten. Maar dit wordt in de praktijk wisselend toegepast en het is niet duidelijk welke elementen nu belangrijk/leidend zijn.
- In dit verband hebben de Commissie Borstlap en A-G De Bock in haar advies aan de Hoge Raad inzake Deliveroo gewezen op het belang van het belang van het element de inbedding van het werk in de organisatie van de werkverschaffer nadrukkelijker (wettelijk) te markeren als hedendaags criterium om te beoordelen of werk 'in dienst van de andere partij' wordt verricht, en (daarmee) wie het economisch risico van de werkzaamheden draagt. Ook in de Europese Unie speelt de organisatorische inbedding een belangrijke rol bij de vraag of er sprake is van werknemerschap.

- Daarbij wordt ook aandacht gevraagd voor het belang van daadwerkelijk zelfstandig ondernemerschap, in feite het spiegelbeeld van het bestaan van een ondergeschikte relatie. Waar in een arbeidsrelatie sprake is van een daadwerkelijk zelfstandig werkende dan dient deze niet onder de dwingende bescherming van het arbeidsrecht te vallen. Ook in de Europese jurisprudentie is dit een belangrijk element.
- Op basis van bovenstaande is het voorstel om in de voortgangsbrief te melden dat de inzet is om tot drie hoofdcriteria ter invulling van het begrip "werken in dienst van" (gezag) te komen. Naast de meer klassieke vormen van 1) feitelijk gezag en toezicht is daarbij ook relevant of 2) werk organisatorisch is ingebed in de onderneming van de werkgevende. Ook is de vraag van belang of er sprake is van een werkende die 3) daadwerkelijk als zelfstandig ondernemer werkt in de betreffende arbeidsrelatie. Hier kan naar gekeken worden aan de hand van contra-indicaties voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.
- Bovenstaande vergt nadere uitwerking, zowel wat betreft de elementen die deze hoofdcriteria operationaliseren moeten, maar ook de onderlinge verhouding tussen deze hoofdcriteria. Daarbij is bijvoorbeeld de vraag van belang: kan – indien werk nadrukkelijk is ingebed in de organisatie – dat werk toch onder bepaalde omstandigheden door een zelfstandige worden verricht (bijv. voor kortdurende klussen, een werkende die meerdere opdrachtgevers heeft etc.)? Dit willen we de komende tijd verder uitwerken.

Ad inbedding) Alhoewel dus in bestaande jurisprudentie wel aandacht is voor inbedding in de organisatie als relevante invulling van "gezag", geldt dat door in wetgeving dit element nadrukkelijker te verankeren in bepaalde werksituaties sneller geconcludeerd zal kunnen worden dat sprake is van een arbeidsovereenkomst.

- Dit criterium sluit aan bij de gedachte dat het arbeidsrecht dwingend beschermt en zal vooral op goedkeuring kunnen rekenen van vakbonden en linkse partijen.
- Dat sneller geconcludeerd kan worden tot een arbeidsovereenkomst geldt voor alle situaties waarbij wellicht geen strakke instructies zijn over de wijze waarop het werk precies moet worden gedaan etc., maar wel werkzaamheden zo zijn vormgegeven in een organisatie dat duidelijk is dat het te verrichten werk voor economisch risico van de werkgever komt. Dat kan in alle sectoren het geval zijn en beperkt zich niet alleen tot sectoren met werkenden in een sociaaleconomisch kwetsbare positie. Ook in de zorg, onderwijs, kinderopvang, maar evenzeer bij (langdurige) ICT-opdrachten kan hier sprake van zijn.

Ad. zelfstandig ondernemerschap) Zelfstandig ondernemers zullen dit criterium als een handreiking ervaren, omdat het de kans kan verkleinen dat zij als schijnzelfstandige c.q. werknemer zullen worden aangemerkt.

- Wel geldt dat operationaliseren hiervan geen sinecure is omdat zowel de eigenschappen van de werkende als de wijze waarop het werk is ingericht hierbij een rol kunnen spelen. Daarbij is ondernemerschap een ambigu begrip, waardoor niet vanzelfsprekend is dat dit criterium tot substantieel meer helderheid en handhaafbaarheid zal leiden.
- Daarnaast zullen zelfstandigen die graag als zelfstandige werken maar slechts een beperkt aantal ondernemerskenmerken bezitten moeite hebben met dit criterium.

Ad. partijbedoeling) Partijen zijn in Nederland vrij afspraken te maken over hoe ze hun werk onderling regelen en te kiezen hoe zij hun contractuele relatie vorm willen geven. Dit moet wel gebeuren binnen de grenzen van de wet en een eventueel van toepassing zijnde cao, die de contractsvrijheid beperken. Als in de feitelijke arbeidsverhouding sprake is van arbeid, loon en een gezagsrelatie, is er (dwingend) sprake van een arbeidsovereenkomst.

- In dat opzicht worden partijen dus begrensd in de contractvrijheid, met als onderbouwing dat bij werken in ondergeschiktheid voor een ander een ongelijke machtsverhouding/onderhandelingspositie besloten ligt, die het nodig maakt dat de werkende bepaalde bescherming ontvangt.
- Als iedereen zou kunnen kiezen hoeveel bescherming hij of zij geniet, zouden werkgevers diegenen met een zwakke onderhandelingspositie gemakkelijk kunnen dwingen om afstand te nemen van werknemersbescherming. Hetzelfde geldt voor sociale zekerheid: bij een vrije keuze of aan werknemersverzekeringen wordt deelgenomen, is een collectief stelsel moeilijk houdbaar.
- Alhoewel de feiten en omstandigheden van een contract om werk te verrichten dus doorslaggevend zijn, speelde de partijbedoeling sinds 1997 nadrukkelijker een rol bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Uit het arrest Groen/Schoevers van de Hoge Raad uit 1997 werd afgeleid dat of partijen zelf daadwerkelijk de bedoeling hadden gehad een

arbeidsovereenkomst te sluiten (en daarmee dus hoe het contract gekwalificeerd werd) als element moest worden meegewogen bij de beoordeling van de arbeidsrelatie. In de praktijk gaf dit spanning / onduidelijkheid over wat nu te prevaleerde: de wil van partijen of de feiten en omstandigheden.

- De Commissie Borstlap adviseerde dan ook om de partijbedoeling nadrukkelijk niet als relevant te bestempelen en achtte de rol van de partijbedoeling in strijd met Europees recht, omdat niet de wil van partijen maar feiten en omstandigheden doorslaggevend zijn.
- Na het advies van de Commissie Borstlap, heeft de Hoge Raad met het arrest van 6 november 2020 (Participatieplaatsen-arrest) duidelijk gemaakt dat de partijbedoeling ten aanzien van de kwalificatie bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst geen rol speelt. Hierdoor is de eerdergenoemde spanning weggenomen.
- In de praktijk (en mogelijk in de Tweede Kamer) zijn er wel partijen die de keuzevrijheid of de partijbedoeling graag in het toekomstig normenkader terugzien. Het ligt echter voor de hand dit criterium niet te hanteren omdat inschatting is dat het doel van het bereiken van meer duidelijkheid hierdoor ondermijnd wordt en dat dit als signaal wordt gezien dat (recente) jurisprudentie van de Hoge Raad (bedoeld om meer duidelijkheid te creëren), zou moeten worden teruggedraaid. Taxatie is dat een breed gedragen maatregel ook bereikt kan worden door zelfstandig ondernemerschap nadrukkelijk een rol te laten spelen als contra-indicatie voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

Bespreekpunt IV. Rechtsvermoeden

a. Werking van het rechtsvermoeden

- Het betreft een puur civielrechtelijk rechtsvermoeden.
- Dit betekent dat het rechtsvermoeden uitsluitend geldt tussen werkende en werkgevende.
- Een civielrechtelijk rechtsvermoeden geeft de werkende een eenvoudige toegang om een arbeidsovereenkomst op te eisen.
- Bij een uurtarief onder tariefgrens, wordt de arbeidsrelatie vermoed een arbeidsovereenkomst te zijn. Ervan uitgaande dat de werkgever het hier niet mee eens is, is het aan de werkgever om aan te tonen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het bewijsrisico ligt in dat geval bij de werkgever. De rechter zal toetsen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst aan de geldende criteria voor de arbeidsovereenkomst.
- Het rechtsvermoeden werkt niet door naar de socialezekerheidswetgeving en de fiscaliteit. Dit betekent dat UWV en de Belastingdienst niet toetsen aan het rechtsvermoeden. UWV en Belastingdienst houden hun eigen onderzoeksplicht. De reden hiervoor is ook al (kort) in de hoofdlijnenbrief geschetst: uitvoerders kunnen onmogelijk het uurtarief van de werkende berekenen. Uitvoeringstechnisch is een doorwerking van het rechtsvermoeden dus niet haalbaar.

b. Uurtarief

- In de hoofdlijnenbrief is opgemerkt dat bij de uitwerking van de maatregelen uit het vorige regeerakkoord is gebleken dat het onmogelijk is een sluitende beschrijving te maken van alle loonelementen en/of arbeidsuren die in de dagelijkse praktijk voor kunnen komen (directe/indirecte kosten, directe/indirecte uren, opdrachten waarbij gelijktijdig voor meerdere opdrachtgevers wordt gewerkt, etc.). Belastingdienst en UWV hebben mede daarom destijds aangegeven dat de maatregelen voor hen onuitvoerbaar zijn. Het zou voor hen onmogelijk zijn een uurtarief vast te stellen, zeker als werkgevende en werkende samenspannen.
- Inzet is dan ook niet om in wetgeving op te nemen welke elementen moeten worden meegenomen bij de vaststelling van het uurtarief. Vanuit het oogpunt van eenvoud kiezen we ervoor om het tussen werkgevende en werkende overeengekomen bruto uurtarief te hanteren, zonder verdere uitwerking wat daar allemaal precies valt. In de civiele rechtsgang dient door de werkende aannemelijk te worden gemaakt wat de hoogte is van het uurtarief.
- In veel gevallen zal dat echter niet ingewikkeld zijn, met name als een werkende een tarief heeft dat duidelijk onder de te hanteren tariefgrens ligt. In die gevallen is het aannemelijk maken van een uurtarief onder de grens gemakkelijk en een beroep op het rechtsvermoeden relatief eenvoudig.
- Bij grensgevallen (rond de gekozen tariefgrens) wordt het voor de werkende lastiger om zonder uitgebreidere onderbouwing van het tarief een beroep te doen op het rechtsvermoeden. Er zijn echter mogelijkheden om werkenden te ondersteunen bij het inroepen van het rechtsvermoeden (zie hieronder onder effectiviteit).

c. Hoogte tarief

- In het SER-MLT is een tarief van 30-35 euro opgenomen, waarbij is aangegeven dat dit is afgeleid van het maximum dagloon voor de werknemersverzekeringen.
- Hoewel een tariefgrens altijd enigszins arbitrair zal zijn, is het belangrijk om de maatregel zo goed mogelijk te richten op de doelgroep die het meest gebaat is bij de steun van een rechtsvermoeden en voor wie het opeisen van hun rechten, qua onderhandelingspositie, relatief het meest ingewikkeld is.
- Om tot een zo goed mogelijke onderbouwing te komen willen we op korte termijn starten met een onderzoek om meer zicht te krijgen op de huidige tarieven waarvoor zzp'ers werken, alsmede meer zicht te krijgen op welke groepen zzp'ers een beroep op het rechtsvermoeden zouden kunnen doen, afhankelijk van de tariefgrens die wordt gehanteerd.
- Op basis van de uitkomsten van dit onderzoek kan naar verwachting een beter onderbouwde beslissing worden genomen over het te hanteren uurtarief. Inzet is dat dit onderzoek in q2 van 2023 zal worden opgeleverd.

d. Effectiviteit

- Er zijn vraagtekens bij de effectiviteit van rechtsvermoedens in algemene zin te plaatsen (vooral kwetsbare werkenden eisen niet gemakkelijk hun rechtspositie op) en dat geldt dus ook bij een rechtsvermoeden gebaseerd op een uurtarief.
- Ondanks deze uitdagingen (ook gedeeld in de hoofdlijnenbrief) zijn er een aantal elementen die naar verwachting het potentieel van het preventieve effect van het rechtsvermoeden gekoppeld aan een uurtarief groter maken. Idealiter leidt dit ertoe dat werkgevers en werkenden vanwege het bestaan van dit rechtsvermoeden zorgvuldiger dan nu het geval is, beoordelen of er sprake zou moeten zijn van een arbeidsovereenkomst. Daarmee zou het rechtsvermoeden zijn doel kunnen dienen, zelfs ook als er in beperkte mate een beroep op wordt gedaan.
 - Een uurtarief is in veel gevallen een relatief helder criterium om te beoordelen en makkelijk om te onthouden. Dit kan bijdragen aan de bekendheid van het rechtsvermoeden. Hierdoor zal zowel bij werkgevers en bij de werkende het besef van het bestaan van dit rechtsvermoeden groter zijn, hetgeen ertoe kan leiden dat al bij aangaan van een arbeidsrelatie onder de tariefgrens beter wordt getoetst hoe deze arbeidsrelatie vormgegeven wordt.
 - Het voorstel maakt onderdeel uit van het SER-MLT advies. Er is daarom draagvlak onder werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties om werkenden die onder het geldende uurtarief worden betaald, meer rechtsbescherming te bieden via dit rechtsvermoeden. Dit maakt het aannemelijk dat werkgeversorganisaties hun achterban zullen oproepen om bij een lagere beloning goed te beoordelen of sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst. Anderzijds zullen vakbonden een belangrijke rol kunnen spelen om namens werkenden een beroep te doen op het rechtsvermoeden en hen daarbij te ondersteunen.
- **N.B.** Om de effectiviteit van de maatregel zo optimaal mogelijk te maken, wordt er richting de uitwerking van de voortgangsbrief gezien of de effectiviteit van het rechtsvermoeden kan worden vergroot en de positie van de werkende rondom het opeisen van zijn rechtspositie kan worden versterkt. Bijv. door de rol van werkgevers bij het opeisen duidelijker te markeren en aandacht voor de wijze waarop werkenden ondersteund kunnen worden bij het opeisen van hun rechtspositie.