

Van: NOAB Adviesgroep WVO Advocaten

Datum: December 2024

Onderwerp: (Schijn)zelfstandigheid en ZZP-ers

1. Inleiding

Het afgelopen jaar is (schijn)zelfstandigheid steeds meer in de ‘spotlight’ komen te staan. Schijnzelfstandigheid betekent kort gezegd dat een persoon zich presenteert als zelfstandige, oftewel ZZP-er, terwijl deze persoon volgens het arbeidsrecht een dienstverband heeft. Dit heeft op meerdere vlakken gevolgen, zowel fiscaal als arbeidsrechtelijk.

(Schijn)zelfstandigheid is momenteel een hot topic binnen de politiek en rechtspraak. Gedurende de afgelopen jaren is er al veel veranderd maar tot op heden merkten we hier in de praktijk weinig van. De Belastingdienst gaat per 1 januari 2025 volledig handhaven op schijnzelfstandigheid. Er ontstond binnen diverse branches paniek want het handhavingsmoratorium wordt opgeheven. Wat gaat dat betekenen? En wanneer is er sprake van een zelfstandige en wanneer van een werknemer?

In deze praktijknotitie lichten wij u het wettelijk kader toe en bespreken wij met u de jurisprudentie op dit gebied. Daarna zullen wij de Wet DBA en het wetsvoorstel Wet VBAR toelichten en afsluitend geven we u enkele tips hoe u met deze materie om moet gaan binnen uw eigen organisatie en/of hoe uw klanten hiermee moeten gaan in hun organisatie.

Let op! Deze praktijknotitie is begin december 2024 opgesteld. Omdat schijnzelfstandigheid een actueel en dynamisch onderwerp is, kunnen er na publicatie nieuwe ontwikkelingen zijn, zoals het Handhavingsplan arbeidsrelaties tranche 2025 ("Handhaven zonder handhavingsmoratorium") dat recent door de Belastingdienst is gepubliceerd. Houd hier rekening mee bij het gebruik van de informatie in deze notitie.

2. Wat is nu precies het probleem?

Er zijn op dit moment ongeveer 1,4 miljoen ZZP-ers in Nederland. De groei van het aantal ZZP-ers is enorm geweest. Het kabinet wil hiervan af. Althans het kabinet wil af van de schijnzelfstandigen. Dit zijn dus de mensen die zich profileren als zelfstandige maar dat feitelijk niet zijn. In bepaalde branches zoals de schoonmaak en de thuiszorg, voornamelijk de onderkant van de arbeidsmarkt, worden mensen gedwongen om als zelfstandige te werken vanwege de risico's voor werkgever die aan het werknemerschap zitten (bijvoorbeeld loondoorbetaling tijdens ziekte). Voor deze mensen valt als zelfstandige echter ieder (financieel) vangnet weg. Zelfstandigen kunnen zich vaak niet verzekeren voor arbeidsongeschiktheid waardoor zij in geval van ziekte geen vangnet meer hebben. Deze mensen vallen dan soms terug op de bijstand. Dit is onwenselijk.

Daarnaast bestaat er een risico ten aanzien van de solidariteit in ons sociaal stelsel. Wanneer er minder werknemers zijn, vinden er ook minder afdrachten plaats van sociale premies waardoor de UWV kassen leeg raken. Zo ook de pensioenkassen. Als mensen direct vanuit die kassen moeten worden betaald, levert dat een probleem op. Ben je werknemer, dan moet je ook premies afdragen.

Het kabinet ziet ook ongelijkheid, althans het gevoel van ongelijkheid, op de werkvloer. Twee mensen doen hetzelfde werk maar de ZZP-er ontvangt een hoger uurtarief dan de werknemer. Dit wordt als

ongelijkheid gezien. Tegelijk kan hierover worden opgemerkt dat er natuurlijk wel degelijk een verschil is in risicoverdeling tussen de ZZP-er en de werknemer. Maar de ongelijkheid en soms zelfs concurrentie die daardoor wordt ervaren op de werkvloer is ongewenst.

Het financiële aspect is de belangrijkste reden voor de overheid om maatregelen te treffen tegen schijnzelfstandigheid. Er vindt een wildgroei plaats aan ZZP-ers en de kassen raken leger.

Wanneer je echter doorrekent wat de te nemen maatregelen kosten voor de maatschappij, dan zijn de gevolgen niet te overzien. Hoe houd je je onderneming gaande als je niet meer met ZZP-ers werkt? Binnen de Overheid en het UWV wordt ook veel met ZZP-ers gewerkt. Ook deze instellingen moeten daarmee stoppen maar de personen die als ZZP-er werken bij bijvoorbeeld het UWV (denk aan verzekeringsartsen) willen niet als werknemer in dienst treden bij het UWV. Deze arbeidskrachten verlies je dus. En er is al zo'n groot tekort aan verzekeringsartsen bij het UWV.

Voorheen werkte men met een VAR-verklaring (verklaring arbeidsrelatie). De Belastingdienst beoordeelde dan of je verplicht was om loonbelasting en premies te betalen over de werkzaamheden die werden uitgevoerd. Met een VAR-verklaring kon de ZZP-er aantonen dat hij niet in dienst was bij een organisatie. Door middel van de VAR-verklaring kreeg de opdrachtgever fiscale zekerheid. Sinds 1 mei 2016 heeft de Wet DBA de VAR vervangen. Deze wet is bedoeld om meer zekerheid te krijgen over de werkrelatie tussen ZZP-ers en opdrachtgevers en om schijnzelfstandigheid te voorkomen. Helaas bracht deze wet niet de rust en zekerheid zoals was bedoeld. Kort gezegd werd de Wet DBA on hold gezet. Hij gold wel maar er werd niet echt gehandhaafd. Wel werd nog gewerkt met de zogenaamde modelovereenkomsten van de Belastingdienst die zekerheid moesten bieden over de arbeidsbetrekking en fiscale gevolgen.

De Wet DBA is er dus al een tijdje maar deze werd niet gehandhaafd. Hier merkte je weinig van. Civielrechtelijk is er de laatste jaren jurisprudentie ontwikkeld op grond waarvan beoordeeld werd hoe een overeenkomst gekwalificeerd moest worden. Deze kwalificatievraag heeft zich de laatste jaren ontwikkeld naar de huidige tijdsgeest.

De Overheid wil schijnzelfstandigheid dus terugdringen. Maar hoe dient een werkrelatie nu beoordeeld te worden? Zowel fiscaal als civielrechtelijk. En hoe kan een organisatie zich nu voorbereiden op handhaving door de Belastingdienst?

Wij zullen in deze praktijknotitie de wettelijk kaders aan u schetsen.

3. Overeenkomsten en kwalificatie

3.1. Aanbod en aanvaarding

Eerst gaan we terug naar de basis. Een overeenkomst ontstaat juridisch door het doen van een aanbod en door aanvaarding van dat aanbod. Dit is de basis van elke overeenkomst. De uitwerking van een overeenkomst is vervolgens heel verschillend. Zo kan er sprake zijn van een arbeidsovereenkomst, van een overeenkomst van opdracht of van een aanneemovereenkomst.

Al deze typen overeenkomsten hebben als gemene deler dat werkzaamheden kunnen worden verricht. De soorten overeenkomsten zijn echter uitgewerkt in de wet en iedere overeenkomst heeft zijn eigen criteria. Om te bepalen van welke soort overeenkomst sprake is, moet in de wet worden gekeken aan welke criteria wordt voldaan. De bedoeling van partijen is niet doorslaggevend hierbij. Ter illustratie, als partijen voldoen aan de wettelijke criteria van een arbeidsovereenkomst maar bovenaan het schriftelijke document "overeenkomst van opdracht" zetten, dan is het een arbeidsovereenkomst.

De bedoeling van partijen is dus minder van belang, het gaat om de feitelijke gang van zaken en de kwalificatie daarvan volgens de wet.

3.2. Definitie arbeidsovereenkomst

In artikel 7:610 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek is de definitie van een arbeidsovereenkomst bepaald: *“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.”*

Wil er sprake zijn van een arbeidsovereenkomst, dan moeten er drie onderdelen aanwezig zijn. Er moet sprake zijn van 1) arbeid, 2) loon, en 3) gezag. Oftewel:

Arbeid + loon + gezag = arbeidsovereenkomst

De onderdelen arbeid en loon spreken wel voor zich. Met het onderdeel ‘gezag’ moet er sprake zijn van een gezagsverhouding tussen werkgever en werknemer. Hiervan kan sprake zijn als de werkgever bepaalt hoe de werkzaamheden door de werknemer moeten worden uitgevoerd.

Maar dit onderdeel ‘gezag’ maakt de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst ten opzichte van een overeenkomst van opdracht soms best lastig. Want een ZZP-er voert ook werkzaamheden uit en ontvangt daarvoor een vergoeding. De aan- of afwezigheid van een gezagsverhouding kan dus cruciaal zijn bij de beoordeling.

3.3. Gezagsverhouding

Het verschil ten aanzien van een gezagsverhouding tussen een arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht kan best beperkt zijn. Als opdrachtgever kan je een opdrachtnemer namelijk instructies geven. Neem als voorbeeld een schilder die jouw bedrijfspand komt schilderen. Deze ZZP-er geef je instructies. Bijvoorbeeld in welke kamer hij moet schilderen en op welke tijdstippen hij er moet zijn omdat het pand anders gesloten is en niemand aanwezig is. De grens tussen gezag en instructie is daarmee niet altijd scherp.

De invulling van het begrip gezag is door de jaren heen in jurisprudentie steeds verder ingekleurd. Hieronder zullen wij diverse uitspraken met jullie bespreken.

4. Jurisprudentie

4.1. Groen/Schoevers

Hoge Raad 14 november 1997, [ECLI:NL:HR:1997:ZC2495](https://www.eclii.nl/hr/1997/ZC2495)

In deze kwestie verrichtte de heer Groen via zijn commanditaire vennootschap op basis van een mondelinge overeenkomst onderwijswerkzaamheden voor het opleidingsinstituut Schoevers. De vennootschap factureerde maandelijks aan Schoevers, waarbij ook btw in rekening werd gebracht, waarna Schoevers betaalde aan de vennootschap. Door Schoevers werden geen inhoudingen gedaan zoals premies AOW, loonbelasting en premies sociale verzekeringen. Ook werd de bij Schoevers toepasselijke Arbeidsvoorwaardenregeling niet op de heer Groen toegepast. Hij ontving dus geen pensioen, eindejaarsuitkering etc.

Schoevers heeft op enig moment de overeenkomst tussen partijen beëindigd. De heer Groen claimde daarop een arbeidsovereenkomst te hebben o.a. omdat Schoevers bepaalde wanneer de heer Groen moest werken en wanneer toetsen werden afgenomen.

De Hoge Raad bepaalde dat je moet kijken naar de bedoeling van partijen maar ook naar de feitelijke uitvoering. De positie van partijen is daarbij ook van belang. Ten aanzien van de gezagsverhouding heeft de Hoge Raad bepaald dat ook in geval van een overeenkomst van opdracht de opdrachtgever bevoegd is de opdrachtnemer aanwijzingen te geven (zoals Schoevers had gedaan ten aanzien van de werktijden). Er moet naar alle omstandigheden van het geval worden gekeken om te bepalen of er sprake is van een overeenkomst van opdracht of van een arbeidsovereenkomst.

Dit arrest was een eerste indicatie dat een overeenkomst van opdracht van kleur kon verschieten vanwege de feitelijke uitvoering. In deze kwestie oordeelde de Hoge Raad dat de heer Groen zelfstandigheid had en dat er wel degelijk sprake was van een overeenkomst van opdracht maar sinds dit arrest veranderde de jurisprudentie en werd steeds vaker aangenomen dat toch sprake was van een arbeidsovereenkomst.

4.2. “Dan zetten we er toch een B.V. tussen” (Knipscheer)

Hoge Raad 13 juli 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA6231](https://www.eclinet.nl/documenten/HR/2007/BA6231)

Een besloten vennootschap kan niet in loondienst komen van een onderneming. Sinds dit arrest van de Hoge Raad werd duidelijk dat er soms door een besloten vennootschap heen gebroken kan worden waardoor alsnog sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst in plaats van een overeenkomst van opdracht.

De heer Knipscheer was bestuurder van een thuiszorginstelling. Hij had via zijn holding een managementovereenkomst met de thuiszorginstelling. Op enig moment kwam het pensioenfonds om de hoek kijken bij de zorginstelling. Het pensioenfonds stelde dat de heer Knipscheer feitelijk werkzaam was geweest op basis van een arbeidsovereenkomst waardoor de zorginstelling pensioenpremie moest afrekenen.

Het hof oordeelde in deze zaak dat het voor de beantwoording van de vraag of - ondanks het bestaan van de managementovereenkomst tussen de thuiszorginstelling en de holding - sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de thuiszorginstelling en de heer Knipscheer niet alleen aankomt op de bedoeling van partijen bij het sluiten van de overeenkomst maar tevens op de wijze waarop vervolgens aan die overeenkomst uitvoering is gegeven. Het hof overwoog daartoe o.a. *“dat nu tussen partijen niet in geschil was dat onderdeel van de gemaakte afspraken was dat geen sprake zou zijn van over de managementfee in rekening te brengen BTW, het er in beginsel voor moest worden gehouden dat de uitvoering van de overeenkomst tussen de thuiszorginstelling en de holding zodanig is vormgegeven dat sprake was van ondergeschiktheid van de heer Knipscheer ten opzichte van de thuiszorginstelling. Mede in aanmerking genomen dat de statuten van de thuiszorginstelling de bepaling bevatten “De algemeen directeur is een natuurlijk persoon die in dienst is van de stichting” en dat de statuten van de holding niet voorzien in activiteiten als bedoeld in de managementovereenkomst, nu de doelomschrijving is beperkt tot “Het doen van periodieke, van het leven van de gerechtigde afhankelijke uitkeringen, alsmede houdstermaatschappij”, is naar het oordeel van het hof sprake van een gezagsverhouding tussen de thuiszorginstelling en de heer Knipscheer, zodat aan een van de vereisten voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst is voldaan. De inhoud van de managementovereenkomst brengt - in het licht van de bedoelde bepaling in de statuten van de thuiszorginstelling en de benoeming van de heer Knipscheer tot algemeen directeur van de thuiszorginstelling - mee dat de heer knipscheer de in de managementovereenkomst bedoelde werkzaamheden persoonlijk diende te verrichten, zodat ook aan dat vereiste voor een arbeidsovereenkomst is voldaan. Nu de thuiszorginstelling via haar loonadministratie de managementfee voldeed aan de heer Knipscheer zonder dat zij hiervoor nota's ontving van de holding, en voorts de statutaire doelomschrijving van de holding niet mede de werkzaamheden uit hoofde van de managementovereenkomst omvat, moeten de betalingen van de*

thuiszorginstelling in dit geval worden beschouwd als tegenprestatie voor de werkzaamheden van de heer Knipscheer. Ook aan die voorwaarde voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst is derhalve voldaan. De genoemde omstandigheden leiden, aldus het hof, tot het oordeel dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de thuiszorginstelling en de heer Knipscheer, waaraan de managementovereenkomst in dit specifieke geval niet in de weg staat.”.

De Hoge Raad volgt het hof. “Het hof heeft, onder verwijzing naar de concrete omstandigheden, overwogen dat sprake is van een gezagsverhouding tussen de thuiszorginstelling en de heer Knipscheer, dat de heer knipscheer de werkzaamheden persoonlijk dient te verrichten, dat de door de thuiszorginstelling gedane betalingen moeten worden beschouwd als tegenprestatie voor de door de heer knipscheer verrichte werkzaamheden, en is op grond van een samenstel van feiten en omstandigheden tot het oordeel gekomen dat tussen de thuiszorginstelling en de heer Knipscheer sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Het hof heeft derhalve niet slechts gelet op hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook op de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus inhoud hebben gegeven aan het overeengekomene, en heeft in dat verband terecht mede tot uitgangspunt genomen dat voor de beoordeling of tussen de heer Knipscheer en de thuiszorginstelling een arbeidsovereenkomst bestond, niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die de heer Knipscheer, de holding en de thuiszorginstelling aan hun respectieve verhoudingen hebben verbonden, in hun onderling verband moeten worden gezien, gelet op alle ter zake dienende omstandigheden van het geval.”.

Gelet op deze uitspraak is het geen garantie dat wanneer een besloten vennootschap met één werknemer contracteert met een onderneming, er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de onderneming.

4.3. Deliveroo

Hoge Raad 24 maart 2023, [ECLI:NL:HR:2023:443](#)

De laatste jaren zien we steeds meer ontwikkelingen van internetplatformen die vraag en aanbod bij elkaar brengen. Zo hadden we Uber, het platform dat vervoer aanbiedt. Maar ook Deliveroo, het platform dat eten aanbiedt. Zijn Deliveroo en Uber nou platformen of zijn zij werkgever?

Volgens Deliveroo en Uber zijn zij platformen en werken zij op basis van een overeenkomst van opdracht. Opdrachtnemers kunnen zich aanmelden op het platform en worden in contact gebracht met klanten.

De Hoge Raad gaf in de zaak van Deliveroo aan dat gekeken moet worden naar de huidige tijdsgeest. Hoe moet je nou onderscheid maken tussen een overeenkomst van opdracht en een arbeidsovereenkomst? Wat is de maatstaf om een overeenkomst als arbeidsovereenkomst aan te merken?

De Hoge Raad heeft ten aanzien van de zogenaamde kwalificatievraag bevestigd dat door uitleg aan de hand van de Haviltex-maatstaf moet worden vastgesteld welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen (de zogenoemde “uitlegfase”) en dat als de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst deze als zodanig moet worden aangemerkt (de zogenoemde “kwalificatiefase”). Voor de kwalificatie is niet van belang of partijen de bedoeling hadden de overeenkomst al dan niet onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen.

De Hoge Raad oordeelde dat of een overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst, afhangt van alle omstandigheden van het geval in onderling verband gezien.

De Hoge Raad gaf tien gezichts

punten die daarbij van belang kunnen zijn:

- 1) de aard en duur van de werkzaamheden;
- 2) de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald;
- 3) de inbedding van het werk en degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht;
- 4) het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren;
- 5) de wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen is tot stand gekomen;
- 6) de wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd;
- 7) de hoogte van deze beloningen;
- 8) de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt;
- 9) of degene die de werkzaamheden verricht zich in het economisch verkeer als ondernemer gedraagt of kan gedragen, bijvoorbeeld bij het verwerven van een reputatie, bij acquisitie, wat betreft fiscale behandeling, en gelet op het aantal opdrachtgevers voor wie hij werkt of heeft gewerkt en de duur waarvoor hij zich doorgaans aan een bepaalde opdrachtgever verbindt;
- 10) het gewicht dat toekomt aan een contractueel beding bij beantwoording van de vraag of een overeenkomst als arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt, mede afhankelijk van de mate waarin dat beding daadwerkelijk betekenis heeft voor de partij die de werkzaamheden verricht.

Al deze gezichtspunten tellen mee bij de beoordeling of sprake is van een overeenkomst van opdracht of een arbeidsovereenkomst. Het is niet zo dat als er sprake is van gezichtspunt 1 tot en met 5 er per definitie sprake is van een arbeidsovereenkomst. Volgens de Hoge Raad moet je het holistisch bekijken, in onderlinge samenhang bezien. Dit maakt de beoordeling ook ingewikkeld want het is dus geen checklist. Hoe meer gezichtspunten zien op zelfstandigheid, hoe groter de kans dat sprake zal zijn van een overeenkomst van opdracht.

4.4. Uitspraken na Deliveroo

Na het Deliveroo arrest van de Hoge Raad zijn er diverse uitspraken geweest waarin rechters de gezichtspunten van de Hoge Raad hebben toegepast bij de beoordeling of sprake was van een overeenkomst van opdracht of een arbeidsovereenkomst. Zo ook in deze twee uitspraken hieronder.

Rechtbank Midden-Nederland 22 november 2023, [ECLI:NL:RBMNE:2023:6218](#)

Eiser kreeg in deze zaak de keuze van gedaagde: een overeenkomst van opdracht of een arbeidsovereenkomst. Eiser koos voor een overeenkomst van opdracht. Hij verrichtte werkzaamheden als elektricien. Er was geen sprake van een schriftelijke overeenkomst. Eiser kon zich vrijelijk laten vervangen. Hij verstuurde maandelijks een factuur met btw naar gedaagde. Wel werkte eiser in kleding van gedaagde. Eiser reed met zijn eigen auto naar klanten toe en ontving hiervoor een vergoeding.

Vraag: zelfstandige of werknemer?

De rechtbank oordeelde als volgt:

*“De omstandigheid dat [eiser] via zijn eenmanszaak voor zijn werkzaamheden een uurtarief factureerde dat **aanzienlijk hoger was dan het loon** dat hij had verdiend indien hij begin juli 2022 voor een vast dienstverband had gekozen, welk uurtarief hij vervolgens nog verhoogde met **btw**, vormt een aanwijzing dat sprake was van een overeenkomst van opdracht en niet van een arbeidsovereenkomst. Hetzelfde geldt voor de vrijheid die [eiser] had om te komen **werken wanneer hem dat uitkwam** en de afwijkende positie die hij had ten opzichte van zijn collega die wel op basis van een schriftelijke arbeidsovereenkomst*

bij [gedaagde] in dienst is. Ook de omstandigheid dat [eiser] zich tegenover [gedaagde] **opstelde als ondernemer met een eigen eenmanszaak** (die hij al in november 2021 bij de Kamer van Koophandel had ingeschreven) en **meerdere opdrachtgevers** wijst niet in de richting van een arbeidsovereenkomst maar van een overeenkomst van opdracht.”

Conclusie: zelfstandige

Rechtbank Amsterdam 6 februari 2024, [ECLI:NL:RBAMS:2024:685](#)

In deze zaak ging het om een perscorrector die al jaren voor de Volkskrant werkte op basis van een overeenkomst van opdracht. De perscorrector was gebonden aan interne deadlines. Hij werkte gemiddeld drie dagdelen per week. De perscorrector had geen andere inkomsten omdat diens partner een goed inkomen had en er geen noodzaak was tot meer werk. Er werden facturen verstuurd. De perscorrector maakte gebruik van de kantoorartikelen van de Volkskrant.

Vraag: zelfstandige of werknemer?

De rechtbank oordeelde onder meer als volgt:

“Niet is gebleken dat bij aanvang van de Overeenkomst of naderhand tussen de Volkskrant en [verzoeker] wezenlijk is **onderhandeld over de inhoud** daarvan, anders dan dat [verzoeker] in de loop der jaren een paar keer een (bescheiden) verhoging van de vergoeding heeft losgekregen. [verzoeker] **diende maandelijks op de 24e een factuur in, welke onweersproken door de Volkskrant zelf was opgesteld**, met daarin een overzicht van de door hem gewerkte uren. Deze werden door de Volkskrant voldaan. [verzoeker] droeg geen btw af, maar betaalde inkomstenbelasting over zijn verdiensten.

[...]

Doorslaggevend is dat het **leeuwendeel van de inkomsten** van [verzoeker] werd gevormd door de verdiensten bij de Volkskrant. Dat [verzoeker] genoeg nam met dit inkomen komt uiteraard voor zijn rekening, maar wijst tevens op het **ontbreken van commerciële gedrevenheid** bij [verzoeker] die duidt op ondernemerschap en het daarbij behorende commerciële risico (en mogelijke profijt). Het lijkt er veel meer op dat [verzoeker] gemotiveerd werd door intrinsieke belangstelling voor de kwaliteit van de krant, waaraan hij via zijn correctiewerk bijdroeg. Zijn poging om in aanmerking te komen voor de functie van eindredacteur wijst hier ook op.

Dat er op een andere manier sprake was van ondernemerschap van [verzoeker] is evenmin gebleken. **Weliswaar had hij een website, maar uit de getoonde pagina blijkt dat deze bepaald niet up-to-date is en ook niet wijst op andere daadwerkelijk commerciële activiteiten.** Desgevraagd heeft [verzoeker] verklaard dat hij enkele architectuurrondleidingen heeft verzorgd en van 2017 tot en met 2020 een aantal recensies heeft geschreven voor de Theaterkrant, in totaal voor enkele honderden euro's per jaar. Het door hem geschreven boek “Woningen van Dudok” stamt uit 2004. Een en ander leidt tot de vaststelling dat deze activiteiten hooguit zijn te kenschetsen als **nevenwerkzaamheden** en niet wijzen op ondernemerschap.”

Conclusie: werknemer

4.5. Prejudiciële vragen Uber-chauffeurs

Het hof Amsterdam heeft aan de Hoge Raad zogenaamde prejudiciële vragen gesteld in een zaak tussen Uber en de vakbond FNV over de status van de werkrelatie van de Uber-chauffeurs. De vragen van het

hof gaan onder meer over de betekenis van ondernemerschap bij de beantwoording van de vraag of de werkrelatie als arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht kan worden aangemerkt. Met andere woorden, hoe belangrijk is nu het ondernemerschap in die beoordeling.

Op 30 september 2024 heeft Advocaat-Generaal De Bock (ECLI:NL:PHR:2024:996) de Hoge Raad hierover geadviseerd. Kort gezegd heeft A-G De Bock geadviseerd dat de criteria over ondernemerschap van een ZZP'er er toe doen maar dat ze bij de beoordeling van een arbeidsrelatie (overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst) de balans niet kunnen doen omslaan. Oftewel, de criteria over ondernemerschap kunnen de andere punten niet van kleur doen veranderen.

Op dit moment ligt de bal weer bij de Hoge Raad om de vragen van het hof Amsterdam te beantwoorden en stelling in te nemen. De ervaring leert dat beantwoording van de vragen vaak nog maanden op zich laat wachten nadat de A-G een advies heeft gegeven. We moeten dus nog even geduld hebben.

5. Wet DBA en wet VBAR

5.1. Wet DBA

5.1.1. Doel wet

Zoals in het begin van deze praktijknotitie al is vermeld, is de Wet DBA (Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties) op 1 mei 2016 in werking getreden. Deze wet is dus niet nieuw maar bestaat al enkele jaren. De Wet DBA heeft de VAR (verklaring arbeidsrelatie) vervangen. Met een VAR-verklaring kon de ZZP'er aantonen dat hij niet in dienst was bij een organisatie. De Belastingdienst beoordeelde dan of er een verplichting was om loonbelasting en premies te betalen over de werkzaamheden die werden uitgevoerd. Door middel van de VAR-verklaring kreeg de opdrachtgever fiscale zekerheid.

De Wet DBA was bedoeld om meer zekerheid te krijgen over de werkrelatie tussen ZZP-ers en opdrachtgevers en om schijnzelfstandigheid te voorkomen. Helaas bracht deze wet niet de rust en zekerheid zoals was bedoeld. De wet werd daarom on hold gezet. Er werd wel opgetreden als sprake was van misbruik maar verder werd niet gehandhaafd.

5.1.2. Modelovereenkomsten

Zodoende werd er veel gewerkt met de modelovereenkomsten van de Belastingdienst. Er kon gewerkt worden met door de Belastingdienst goedgekeurde modellen. Wanneer je goedkeuring had van de Belastingdienst, zat je redelijk veilig. De Belastingdienst is na het Deliveroo arrest gestopt met het verlengen van de modelovereenkomsten. De Belastingdienst is de gezichtspunten van de Hoge Raad al gaan toepassen en sommige onderdelen uit de modelovereenkomsten waren gelet daarop achterhaald. Omdat alle omstandigheden van het geval in onderlinge samenhang moeten worden meegewogen bij de beoordeling of sprake is van een overeenkomst van opdracht of een arbeidsovereenkomst, is het gebruik van de modelovereenkomsten niet langer houdbaar. Er kan vooraf geen zekerheid meer worden gegeven over het al dan niet werken buiten dienstverband. De lopende modelovereenkomsten worden overigens nog wel geëerbiedigd tot de einddatum van de overeenkomst.

5.1.3. Handhaving

Het handhavingsmoratorium wordt per 1 januari 2025 opgeheven. Dat betekent dat de Belastingdienst strenger gaat handhaven op de Wet DBA. Tot nu toe werd alleen ingegrepen bij opzettelijke overtredingen maar dat gaat per 1 januari 2025 veranderen. Vanaf dat moment kunnen ook goedwillende

ZZP-ers en hun opdrachtgevers gevolgen ondervinden als de werkrelatie niet voldoet aan de Wet DBA en feitelijk sprake is van loondienst.

Ondernemingen die ZZP-ers inhuren voor werk dat zij niet zelfstandig uitvoeren, kunnen vanaf 1 januari 2025 een boete en naheffing krijgen. Er geldt wel een overgangsperiode van een jaar waarin werkgevers en werkenden nog geen vergrijpboete krijgen als ze kunnen bewijzen dat zij wel stappen ondernemen tegen schijnzelfstandigheid.

De Belastingdienst kan tijdens controles naheffingen opleggen als er binnen organisaties sprake is van schijnzelfstandigheid. Wanneer een organisatie niet aan de regels voldoet, kan een naheffing tot maximaal 5 jaar terug worden opgelegd. Er kan echter alleen met terugwerkende kracht worden gecorrigeerd tot 1 januari 2025, de datum van opheffing van het handavingsmoratorium.

Het is de bedoeling dat de Wet VBAR de Wet DBA per 1 januari 2026 gaat vervangen. We vertellen u hieronder meer daarover.

5.1.4. Beslis- en afwegingskader

Op 1 oktober 2024 heeft de Tweede Kamer een motie aangenomen dat de Belastingdienst voor 1 november 2024 een duidelijk handavingskader op hun website moest publiceren om meer duidelijkheid te verschaffen over het beslis- en afwegingskader van de Belastingdienst bij de beoordeling of sprake is van een zelfstandige of een werkende.

Inmiddels is dit afwegingskader gepubliceerd, maar helaas is dit kader niets meer dan een bevestiging van de uitgangspunten die al bekend waren. Samenvattend geeft de Belastingdienst de volgende uitgangspunten:

1. Check of er sprake is van arbeid, loon en gezag (artikel 7:610 BW);
2. Beoordeel de arbeidsrelaties aan de hand van de criteria van het Deliveroo-arrest;
3. Alle omstandigheden spelen in onderlinge samenhang mee bij de beoordeling;
4. Kijk in artikel 18 Handboek loonheffingen.

Geeft het voorgaande geen duidelijkheid? Dan kan een indicatie worden verkregen van de Belastingdienst door de Webmodule Beoordeling Arbeidsrelaties in te vullen. Maar let op! Hieraan kunnen geen rechten worden ontleend.

Oftewel: nog steeds geen duidelijkheid over de (schijn)zelfstandigheid, maar wel een knap stukje schijnzekerheid.

5.2. Wet VBAR

5.2.1. Doel wet

De Wet VBAR is nog geen wet maar het betreft een wetsvoorstel. Het gaat om het wetsvoorstel Verduidelijking Beoordeling Arbeidsrelaties en Rechtsvermoeden (VBAR). Op 7 november 2024 heeft de Raad van State haar advies gegeven over het wetsvoorstel. De Raad van State was kritisch en heeft een negatief advies gegeven over o.a. de Wet VBAR. De maatregelen bieden geen oplossing voor de problemen op de arbeidsmarkt. De Wet VBAR moet worden aangepast volgens de Raad van State. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State en kritische opmerkingen van Kamerleden heeft de huidige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Eddy van Hijum, besloten om de tijd te nemen om het wetsvoorstel aan te passen. Daarna kan de wet voor behandeling naar de Tweede Kamer. Gelet op de aankondiging van de huidige minister is het maar zeer de vraag of de beoogde datum van 1 januari 2026 wordt gehaald.

Het wetsvoorstel VBAR regelt dat de wettelijke definitie van de arbeidsovereenkomst wordt aangepast om het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen duidelijker te krijgen. Dit helpt om schijnzelfstandigheid te voorkomen en om ervoor te zorgen dat mensen de juiste arbeidsrechtelijke bescherming krijgen.

Het is de bedoeling dat de Wet VBAR de recente jurisprudentie van de Hoge Raad, zoals het Deliveroo-arrest, wettelijk gaat verankeren.

Ook introduceert het wetsvoorstel een civielrechtelijk rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst.

5.2.2. Uitwerking "gezag"

De Wet VBAR is dus gebaseerd op de maatstaven uit het Deliveroo-arrest van de Hoge Raad, waarbij de feitelijke uitvoering van de werkrelatie leidend is. De Wet VBAR geeft een beslisboom op grond waarvan de beoordeling moet worden gemaakt of sprake is van een zelfstandige of een werkende.

De beslisboom treft u hieronder aan.



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

De beslisboom werkt als volgt. Er wordt gekeken of er W-factoren aanwezig zijn. Zo niet, dan is het klaar en is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst. Zijn er wel W-factoren aanwezig, dan wordt gekeken naar de Z-factoren. Zijn de Z-factoren sterker dan de W-factoren dan is sprake van een overeenkomst van opdracht. Omgekeerd, zijn de W-factoren sterker dan de Z-factoren dan is sprake van een arbeidsovereenkomst.

Het wordt lastiger als de W-factoren en Z-factoren in evenwicht zijn. Dan dient te worden gekeken naar de OP-factoren, oftewel het zelfstandig ondernemerschap van de persoon van de werkende. Deze factoren geven dan uiteindelijk de doorslag. Zijn er OP-factoren, dan is er alsnog sprake van een overeenkomst van opdracht. Zo niet, dan is er sprake van een arbeidsovereenkomst.

Als indicaties voor het **element W** kan gedacht worden aan het volgende:

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

Als indicaties voor het **element Z** kan gedacht worden aan het volgende:

1. De financiële risico's en resultaten van de werkzaamheden liggen bij de werkende
2. Bij het verrichten van de werkzaamheden is de werkende zelf verantwoordelijk voor gereedschap, hulpmiddelen en materialen
3. De werkende is in het bezit van een specifieke opleiding, werkervaring, kennis of vaardigheden, die in de organisatie van de werkgevende niet structureel aanwezig is
4. De werkende treedt tijdens de werkzaamheden zelfstandig naar buiten
5. Er is sprake van een korte duur van de opdracht en/of een beperkt aantal uren per week

Als indicaties voor het **element OP** kan gedacht worden aan het volgende:

1. De werkende heeft meerdere opdrachtgevers per jaar
2. De werkende besteedt tijd en/of geld aan het verwerven van een reputatie en het vinden van nieuwe klanten of opdrachtgevers
3. De werkende heeft bedrijfsinvesteringen van enige omvang
4. De werkende gedraagt zich administratief als zelfstandig ondernemer: is ingeschreven bij de KVK, is btw-ondernemer en/of heeft recht op de fiscale voordelen van het ondernemerschap (zoals ondernemersfaciliteiten).

5.2.3. Rechtsvermoeden

Zoals gezegd introduceert het wetsvoorstel een civielrechtelijk rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst. Dit rechtsvermoeden wordt neergelegd in een nieuw artikel 7:610aa BW.

Wanneer een uurtarief onder de € 33,- exclusief btw (dit was € 32,24 maar is inmiddels geïndexeerd) wordt overeengekomen, dan impliceert dit dat er sprake is van een werknemer. Er geldt een weerlegbaar rechtsvermoeden. Oftewel, er is in dat geval sprake van een arbeidsovereenkomst tenzij het tegendeel wordt bewezen. Om het rechtsvermoeden te weerleggen moeten de Z en OP-factoren dus duidelijk naar voren komen. Anders is er sprake van een W-indicatie, de werkende op basis van een arbeidsovereenkomst.

Het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst moet de onderkant van de arbeidsmarkt bescherming bieden.

De bewijslast ligt bij de opdrachtgever en inlener. Zij dienen te bewijzen dat er geen arbeidsovereenkomst is. Je kan dus wel een bedrag afspreken onder de € 33,- exclusief btw per uur maar dan zal je heel goed in kaart moeten brengen dat er Z-elementen van toepassing zijn die veel zwaarder wegen.

Bij een prijsafspraken voor een project is het verstandig te onderzoeken hoeveel uur iemand gemiddeld bezig zal zijn met het project. Wanneer je de prijs voor het project deelt door het aantal uur dat iemand ermee bezig is, zal je kunnen onderzoeken of partijen hierdoor te maken krijgen met het rechtsvermoeden.

Er is geen overgangsrecht. De aanvullende criteria kunnen dus ook het verleden inkleuren. Dat kan dus met terugwerkende kracht.

Hieronder treft u een schema aan waarop het rechtsvermoeden qua prijs is gebaseerd.

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

Er wordt dus uitgegaan van 120% van het minimumloon. Vervolgens wordt dit bedrag verder opgebouwd met diverse opslagen.

Als dit wetsvoorstel wet wordt, zouden partijen zich (fiscaal) veilig kunnen wanen omdat zij werken met een modelovereenkomst van de Belastingdienst maar de civiele rechter hoeft zich niet te houden aan een beoordeling van een fiscale rechter en andersom. Het zou dus kunnen dat een civiele rechter oordeelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst waardoor dit met terugwerkende kracht diverse gevolgen kan hebben. De risico's zullen wij hieronder nog kort aan u toelichten.

6. Risico's

Maar wat zijn nu de gevolgen als u denkt een overeenkomst van opdracht te hebben gesloten met een opdrachtnemer maar deze overeenkomst van kleur verschiet en de opdrachtnemer zich beroept op een arbeidsovereenkomst?

De werknemer (in het geval een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen) heeft met terugwerkende kracht recht op de volgende componenten:

- Vakantiedagen;
- Vakantiegeld;
- Loon tijdens ziekte;
- (eventueel) pensioen;
- Eindejaarsuitkeringen;

- Transitievergoeding;
- Overige arbeidsvoorwaarden.

Ook zijn er mogelijk fiscale consequenties. Te denken valt aan:

- Loonbelasting;
- Premie volksverzekeringen;
- Premie voor werknemersverzekeringen en inkomensafhankelijke bijdrage voor de zorgverzekeringswet;
- Premies verschuldigd ten behoeve van de Wet financiering sociale premies;
- Boetes en sancties vanuit de Belastingdienst;

Wat nu als een werkende met terugwerkende kracht een arbeidsovereenkomst claimt? Eventueel kunnen in een vaststellingsovereenkomst afspraken worden gemaakt over de claims. Ook kan het verstandig zijn in de (nieuwe) arbeidsovereenkomst expliciet op te nemen dat looncomponenten naar het verleden toe al zijn afgerekend.

In de praktijk zou een zelfstandige na een half jaar ziekte kunnen zeggen “Ik ben werkende” en een arbeidsovereenkomst claimen. Als dit wordt aangenomen, heeft de werkgever tot dat moment waarschijnlijk nog niets gedaan aan re-integratieverplichtingen. Dit ‘stilzitten’ zou kunnen worden toegerekend aan de werkgever met alle gevolgen van dien (loonsanctie).

In potentie is dit een groot risico maar in de praktijk lijkt het tot nu toe mee te vallen. Het probleem kan echter niet genegeerd worden. Gelet op het voorgaande bestaan er dus ook risico's ten aanzien van re-integratieverplichtingen, loonsancties en het doorbelasten van de schadelast voor de ZW/WGA.

De Belastingdienst gaat 80 ambtenaren inzetten die toezien op de handhaving. Gelet op het aantal ambtenaren ten opzichte van het aantal ZZP-ers lijkt de pakkans niet zo groot. Er dient echter ook rekening te worden gehouden met het feit dat een accountant mogelijk geen accountantsverklaring meer afgeeft of dat investeerders vragen gaan stellen aan bestuurders. Bijvoorbeeld hoe groot is de populatie ZZP-ers binnen de organisatie? En hoe groot is het percentage mogelijke schijnzelfstandigen?

Het lijkt erop dat de Belastingdienst op dit moment werkt volgens het principe management by fear. De Belastingdienst is bijvoorbeeld al langs geweest bij een groot ziekenhuis om te kijken hoe er gewerkt werd. Potentieel zou dit een bon van miljoenen opleveren. Het ging om een fictieve controle maar de Belastingdienst heeft hiermee een voorbeeld gesteld. De verwachting is dat de Belastingdienst enkele voorbeeld zaken pakt die ze breed gaat uitwerken zodat er een schrikreactie ontstaat en organisaties zich aan de regels gaan houden. Voor grotere organisaties zijn er daarom mogelijk grotere risico's.

De Dienst Toeslagen heeft recent te kennen gegeven dat zij schijnzelfstandigen blijft inhuren omdat er anders een te grote vertraging zou ontstaan bij de afhandeling van de dossiers. Bemiddelingsbureaus mogen zogezegd hun bonnetje (naheffing en boetes) die ze mogelijk van de Belastingdienst krijgen, inleveren bij het ministerie. Het ministerie betaalt deze kosten. Feitelijk worden deze kosten betaald met publiek geld, een sigaar uit eigen doos. Naar aanleiding daarvan heeft VVD-kamerlid Thierry Aartsen opgemerkt dat het logisch is dat het ministerie geen vertraging wil maar “eerlijk is eerlijk: geldt dat argument niet ook voor huisartsenpraktijken, kinderopvangorganisaties en andere bedrijven, organisaties en ondernemers die mogelijk in de problemen dreigen te komen per 1 januari 2025?”.

Het laatste hierover is nog niet gezegd.

7. Tips

Er is helaas geen 100% zekerheid te geven over de beoordeling van de werkrelatie. Wel is het verstandig dat organisaties de groep ZZP-ers in kaart gaan brengen en daarbij onderzoeken welke ZZP-ers tot de risicogroep behoren.

Daarbij is het verstandig om, indien mogelijk, zoveel mogelijk de Z-elementen meer naar voren te laten komen en/of de ondernemers aspecten te stimuleren. Kijk dus goed intern op welke manier feitelijk met ZZP-ers wordt gewerkt en leg deze werkwijze naast de gezichtspunten van de Hoge Raad (zie het Deliveroo-arrest).

Ook is het goed om met de ZZP-er te bespreken of een andere samenwerkingsvorm mogelijk is. Tegenwoordig zien we dat bijvoorbeeld verzekeringsartsen, werkenden, een vennootschap oprichten en dat deze vennootschap wordt ingeleend door een opdrachtgever. Let op, deze constructie biedt geen garantie. De tijd zal uitwijzen hoe dergelijke constructies beoordeeld worden.

Ook kan onderzocht worden of bepaalde risico's weg gecontracteerd kunnen worden. Dit is echter maar beperkt mogelijk. Over loonheffing zou nog iets afgesproken kunnen worden maar over premies niet omdat deze altijd verschuldigd zijn. Arbeidsrechtelijke risico's kunnen over het algemeen ook niet weg gecontracteerd worden. Loon tijdens ziekte kan bijvoorbeeld niet worden uitgesloten. Helaas is er geen standaardoplossing maar zal er zorgvuldig gekeken moeten worden welke oplossingen wel mogelijk zijn.

8. Ten slotte

Mocht u vragen hebben over de inhoud van deze NOAB praktijknotitie, dan kunt u als NOAB-lid in het kader van de NOAB-helpdesk contact opnemen met:

NOAB Adviesgroep lid WVO Advocaten

Tel. 055 506 66 50

Voorwaarden en disclaimer

Deze praktijknotities zijn specifiek bedoeld voor NOAB-kantoren. Het is niet toegestaan deze te delen met andere partijen. Daarnaast is de disclaimer van kracht die u kunt vinden op <https://noab.nl/disclaimer-privacy-en-cookieverklaring/>.