

Zelfstandigen: een juridisch en fiscaal doolhof

Door: Elmer van Lienen / Ellen Vijge e.a.

De auteurs en de uitgever zijn zich volledig bewust van hun taak een zo betrouwbaar mogelijke uitgave te verzorgen. Toch kunnen zij geen aansprakelijkheid aanvaarden voor onjuistheden die eventueel in deze uitgave voorkomen. Daarnaast wijzen zij de lezer van deze uitgave erop dat het onverstandig is zonder overleg met een ter zake kundige (belasting)adviseur enkel op basis van deze uitgave stappen te ondernemen.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm, enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur(s) en/of Newton.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp).

April 2024.

Inhoud

Voorwoord - - - - -	-5
Auteurs - - - - -	6
Hoofdstuk 1: Inleiding en ontwikkelingen - - - - -	-7
1.2 Ontwikkelingen op het gebied van de loonheffingen - - - - -	8
1.2.1 De VAR- - - - -	8
1.2.2 De Wet DBA - - - - -	8
1.2.3 Vervanging Wet DBA - - - - -	10
1.3 De toekomst- - - - -	10
1.3.1 Het regeerakkoord - - - - -	10
1.3.2 Rapporten Algemene Rekenkamer - - - - -	11
1.3.3 Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt - - - - -	12
1.3.4 Voortgangsbrief werken met en als zelfstandige(n)- - - - -	13
1.3.5 Hervorming arbeidsmarkt - - - - -	13
1.3.6. Handhavingsplan arbeidsrelaties 2023 - - - - -	14
1.3.7 Wetsvoorstel 'Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden' -	15
1.3.8 Handhavingsplan arbeidsrelaties tranche 2024 - - - - -	16
1.3.9 Europese wetgeving platformwerkers - - - - -	16
Hoofdstuk 2: Juridische aspecten van arbeidsrelaties - - - - -	18
2.1 Inleiding- - - - -	18
2.2 De arbeidsovereenkomst - - - - -	18
2.2.1 Vereisten arbeidsovereenkomst - - - - -	18
2.2.2 Schriftelijkheidsvereiste - - - - -	19
2.2.3 Informatieplicht - - - - -	19
2.2.4 Wettelijke rechtsvermoedens - - - - -	20
2.2.5 Jurisprudentie - - - - -	20
2.2.5.1 Van Groen/Schoevers naar HR X/Gemeente Amsterdam - - - - -	20
2.2.5.2. Deliveroo - - - - -	21
2.2.6 Arbeidsrechtelijke gevolgen arbeidsovereenkomst - - - - -	23
2.3 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde- of onbepaalde tijd - - - - -	23
2.3.1 Onbepaalde tijd- - - - -	23
2.3.2 Bepaalde tijd (ketenregeling) - - - - -	25
2.3.3 Opvolgend werkgeverschap - - - - -	26
2.3.4 Transitievergoeding - - - - -	26
2.3.5 Fulltime/parttime (geen onderscheid naar arbeidsduur) - - - - -	27
2.3.6 Oproepovereenkomsten, nul-urenovereenkomst, min/maxovereenkomst - - - - -	27

Inhoud

2.4 CAO en bedrijfstakpensioenfonds - - - - -	29
2.4.1 CAO - - - - -	29
2.4.2 Bedrijfstakpensioenfonds - - - - -	30
2.5 Bedingen in de arbeidsovereenkomst - - - - -	31
2.5.1 Soorten arbeidsvoorwaarden - - - - -	31
2.5.2 Bedingen in de arbeidsovereenkomst op grond van de informatieplicht - - - - -	31
2.5.3 Bijzondere bedingen - - - - -	33
2.6 Overeenkomst van opdracht - - - - -	36
2.6.1 Inleiding - - - - -	36
2.6.2 Soort opdracht (inspanningsverbintenis/resultaatsverbintenis) - - - - -	37
2.6.3 Zorgplicht opdrachtnemer en opdrachtgever - - - - -	37
2.6.4 Vergoeding opdrachtnemer - - - - -	38
2.6.5 Vervanging opdrachtnemer/Inhuren derden - - - - -	38
2.6.6 Beëindiging van de overeenkomst van opdracht - - - - -	38
2.6.7 Modelovereenkomsten belastingdienst - - - - -	39
2.6.8 Aanneming van werk - - - - -	39
2.7 Verschil arbeidsovereenkomst en overeenkomst van opdracht - - - - -	39
Hoofdstuk 3: De loonheffingenaspecten van de (fictieve) dienstbetrekking - - - - -	41
3.1 Inleiding - - - - -	41
3.2 Verhouding arbeidsrecht, loonbelasting en sociale zekerheid - - - - -	41
3.3 Fictieve dienstbetrekkingen- - - - -	42
3.4 De sociale verzekeringen - - - - -	43
3.4.1 Algemeen - - - - -	43
3.4.2 De volksverzekeringen - - - - -	43
3.4.3 Werknemersverzekeringen - - - - -	43
Hoofdstuk 4: Werknemer versus zelfstandige - - - - -	44
4.1 Inleiding - - - - -	44
4.2 Overzicht werknemer versus zelfstandige - - - - -	44
Hoofdstuk 5: Beheersingsmaatregelen - - - - -	46
5.1 Inleiding - - - - -	46
5.2 Doorontwikkeld horizontaal toezicht - - - - -	46
5.3 Belang van beheersen - - - - -	47
5.4 Wel of geen beheersing inhuur derden - - - - -	48
5.5 TCF en de inhuur van derden - - - - -	49
5.6 Tool en data analyse - - - - -	51
Ten slotte - - - - -	52

Voorwoord

De ZZP'er (Zelfstandige Zonder Personeel), het is een steeds groter wordende groep van werkenden en niet meer weg te denken uit de arbeidsmarkt. Op dit moment blinkt de fiscale en juridische positie van de ZZP'er niet uit door helderheid. Enerzijds is het ZZP'erschap een ontwikkeling die niet meer terug te draaien is, anderzijds zien met name de politiek en de vakbonden het werknemerschap als de meest nastrevenswaardige arbeidsrelatievorm. De zoektocht hoe de ZZP'er fiscaal en juridisch een goede plaats te geven, duurt inmiddels al jaren.

In 2016 zou de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties ("Wet DBA") de Verklaring Arbeidsrelatie ("VAR") moeten vervangen, omdat volgens de wetgever de VAR niet (meer) voldeed en er te veel sprake was van schijnzelfstandigheid. Sindsdien verkeren we evenwel in onzekere tijden en medio 2024 is er nog steeds geen (absolute) duidelijkheid waar we heen gaan en wat de fiscale en juridische positie van de ZZP'er nu gaat worden. De wetgever neigt ernaar dat de werknemerspositie te prefereren is boven die van de zelfstandige. Dit wordt onder andere gemotiveerd met de juridische en sociale verzekeringspositie van de werknemer. Vaak is voor de zelfstandige de fiscale positie een zeer belangrijke reden om niet te gaan voor de werknemerspositie. De zelfstandige denkt vaak netto meer over te houden dan wat hij als werknemer zou overhouden. Wat evenwel in de praktijk vaak "vergeten" wordt is dat de zelfstandige het sociaal verzekeringsvangnet niet deelachtig is en ook zelf moet zorgen voor zijn oudedagsvoorziening. Op dit moment zwalken we nog steeds in een enigszins duister bos rond en moet de wetgever de noodzakelijke duidelijkheid, zeker op fiscaal gebied, nog steeds geven. In de dagdagelijkse praktijk hopen we maar dat we niet op enig moment frontaal tegen een fiscale boom aanbotsen of het fiscale ravijn in duiken met alle vervelende consequenties van dien.

In deze uitgave proberen wij wat duidelijkheid te schetsen in deze materie.

- In hoofdstuk 1 schetsen we de (fiscale) geschiedenis en ontwikkelingen op het gebied van de ZZP'er en werpen we een blik op toekomstige ontwikkelingen.
- In hoofdstuk 2 gaan we in op de verschillende juridische aspecten van arbeidsrelaties.
- In hoofdstuk 3 behandelen we de loonheffings – en sociale verzekeringsaspecten van de (fictieve) dienstbetrekking. Deze twee hoofdstukken schetsen onder andere de positie van de werknemer en de zelfstandige en schetsen de juridische en fiscale kant van de zaak.
- In hoofdstuk 4 geven we een beknopt overzicht van de verschillen tussen een werknemer en een zelfstandige op basis van de huidige stand van zaken. Dit overzicht laat zien dat het van de feitelijke situatie afhankelijk is welke positie te prefereren is en dat het geen gegeven is dat de ene positie altijd beter is dan de andere; het hangt van diverse zaken af.
- In hoofdstuk 5 tenslotte gaan we in op de beheersingsmaatregelen en dan met name ook het horizontaal toezicht en wat data analyse kan betekenen. Ook staan we stil bij de Wet DBA Analyse tool, die we hebben ontwikkeld.

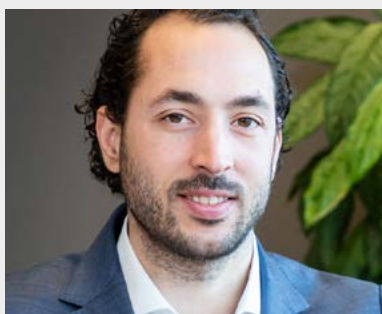
Wij wensen u veel leesplezier.

Newtone
April 2024

Auteurs

LOONHEFFINGEN & PAYROLL

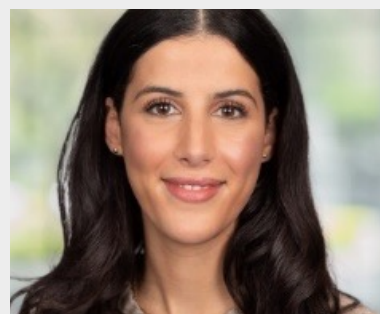
Randstad:



Mathijs Gersie
mathijs.gersie@newtone.nl



Elmer van Lienen
elmer.van.lienen@newtone.nl



Sana Mouna
sana.mouna@newtone.nl

Brabant:



Jolanda Smits – van Meijl
jolanda.smits@newtone.nl

Limburg:



Jessica Talman
jessica.talman@newtone.nl

Juriste:



Ellen Vijge
ellen.vijge@newtone.nl

Hoofdstuk 1

Inleiding en ontwikkelingen

1.1 Inleiding

Er is op veel manieren geprobeerd om meer duidelijkheid te scheppen omtrent de (fiscale) kwalificatie van werkenden. Vanaf 2005 werd de zogenoemde VAR in het leven geroepen om tussen opdrachtgever en opdrachtnemer meer duidelijkheid te creëren over de arbeidsrelatie. Echter het gebruik van de VAR leidde tot ontevredenheid en onduidelijkheid. De Belastingdienst stelde vast dat in de praktijk op grote schaal misbruik werd gemaakt van de VAR en er sprake was van schijnzelfstandigheid. Uit de praktijk bleek namelijk dat de verstrekte VAR's niet overeenkwamen met de werkelijkheid en er veelal sprake was van schijnzelfstandigheid. Dit leidde tot inkomstenderving van de staatskas door onterecht toegekende ondernemersfaciliteiten, zoals de zelfstandigenaftrek, en tot uitholling van het stelsel van werknemersverzekeringen en het arbeidsrecht.

Door het invoeren van de Wet DBA hoopte de staatsecretaris schijnzelfstandigheid te voorkomen. Binnen het systeem van de Wet DBA konden opdrachtgevers en opdrachtnemers gebruikmaken van (model)overeenkomsten. De Belastingdienst publiceerde op haar website de goedgekeurde modelovereenkomsten. In juni 2021 werden veel modelovereenkomsten verlengd voor de duur van vijf jaar. Individuele overeenkomsten kunnen ter beoordeling voorgelegd worden aan de Belastingdienst. Ook is er in de loop der tijd veel kritiek ontstaan rondom de Wet DBA. Een van de kritiekpunten is dat de Belastingdienst een te lange termijn hanteert om een overeenkomst te beoordelen. Het kabinet heeft dan ook in verschillende kamerbrieven erkent dat de Wet DBA geen helderheid heeft gebracht en de problematiek rondom de schijnzelfstandigen nog steeds niet is verholpen.

In het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' van 10 oktober 2017 heeft het kabinet aangekondigd dat de Wet DBA zal worden vervangen, omdat de wet onrust heeft gebracht waardoor te veel 'echte' ondernemers zijn geraakt. De nieuwe wet moet er enerzijds voor zorgen dat de inhuurder van zelfstandigheden zekerheid wordt geboden, maar tegelijkertijd dat schijnzelfstandigheid aan de onderkant van de markt wordt voorkomen. Er zijn verschillende pogingen gedaan om deze nieuwe wet vorm te geven. Helaas is op moment van schrijven nog steeds geen sprake van een nieuwe wetgeving en geldt er voor de Wet DBA nog steeds een handhavingssmoratorium. Op 5 juli 2022 is de langverwachte hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt gepubliceerd, met daarin ingrijpende maatregelen om de huidige arbeidsmarkt te veranderen. In de brief wordt onder andere stilgestaan bij de kwalificatieproblematiek en de beoogde oplossingen daarvoor. We zullen de inhoud van deze brief en de daarop volgende brieven in dit kader en de mogelijke gevolgen daarvan, op de huidige arbeidsmarkt, nader bespreken in paragraaf 1.3.3.

Dat de kwalificatie van arbeidsrelaties niet altijd eenvoudig vast te stellen is, blijkt ook uit verschillende uitspraken die onlangs de revue zijn gepasseerd. Zo is op 24 maart 2023 in de zaak FNV/Deliveroo (na meerdere malen te zijn uitgesteld) door de Hoge Raad geoordeeld dat bezorgers kwalificeren als werknemers en niet als zzp'ers. Ook in de zaak FNV/Uber oordeelde het Hof op 21 december 2021 dat de chauffeurs kwalificeren als werknemers. In de zaak FNV/Helpling oordeelde het Hof op 21 december 2021 dat het digitale platform Helpling kwalificeert als uitzendbureau en dat de overeenkomst van opdracht tussen Helpling en de schoonmakers kwalificeerde als uitzendovereenkomst. Tevens heeft de Hoge Raad op 6 November 2020 in de zaak tussen HR X/Gemeente Amsterdam geoordeeld dat de partijbedoeling niet langer een rol speelt bij de beoordeling van een arbeidsrelatie. In hoofdstuk 2.2.5 en 3.2 zullen we hier nader bijilstaan.

Met deze uitspraken wordt niet alleen de fiscaliteit geraakt. In deze procedures ging het juist om het arbeidsrecht. Wanneer de arbeidsrelatie gekwalificeerd wordt als een arbeidsovereenkomst, brengt dit een grote hoeveelheid (dwingend) recht met zich mee waarmee de werknemer bescherming wordt geboden. Voorbeelden van de wettelijke bescherming van een werknemer zijn regels omtrent (minimum)loon, proeftijd, vakantie, opzegtermijnen en ontslag en loondoorbetaling bij ziekte. Daarnaast zijn op de arbeidsovereenkomst vaak CAO's van toepassing en verplichte regels omtrent de opbouw van pensioen (bijvoorbeeld middels bedrijfstakpensioenfondsen).

In dit boek zullen wij stilstaan bij de loonheffingen en arbeidsrechtelijke aspecten van de verschillende vormen van arbeidsrelaties. Door onder andere stil te staan bij de totstandkoming van de (huidige) wet- en regelgeving en de verwachtingen voor de toekomst. Tot slot bespreken we de mogelijke risico's in de praktijk en welke beheersingsmaatregelen genomen kunnen worden om deze te voorkomen en/of te verminderen.

1.2 Ontwikkelingen op het gebied van de loonheffingen

1.2.1 De VAR

In 2005 werd de VAR ingesteld om organisaties die zelfstandigen inhurden vrij te waren van werkgeversverplichtingen (inhouding loonheffing en afdracht van premies). Een VAR creëerde duidelijkheid voor de periode van één kalenderjaar en werd automatisch door de belastingdienst verlengd als:

- een persoon drie jaar achter elkaar een VAR had ontvangen voor dezelfde werkzaamheden;
- steeds dezelfde VAR was afgegeven;
- verder geen wijzigingen waren geweest.

De Belastingdienst had signalen opgevangen dat in de praktijk op grote schaal misbruik werd gemaakt van de VAR. De afgifte van de VAR geschiedde immers op basis van feiten en omstandigheden die zich nog voor moesten gaan doen. Daarnaast lag de verantwoordelijkheid voor de VAR-aanvraag volledig bij de zzp'er. Dit leidde uiteindelijk tot veel schijnzelfstandigheid in de praktijk en onder aan de streep tot inkomstenderving van de staatskas, via onterecht toegekende ondernemersfaciliteiten. Op 17 september 2012 kondigde daarom het kabinet het einde van de VAR aan en voerde op 1 mei 2016 de Wet DBA in.

1.2.2 De Wet DBA

Met ingang van 1 mei 2016 is de Wet DBA van kracht geworden. Echter heeft de invoering van de Wet DBA helaas niet geleid tot meer rechtszekerheid ten opzichte van de VAR. Integendeel, ook de Wet DBA leidde tot veel onduidelijkheid bij de kwalificatie of er sprake was van een dienstbetrekking, omdat begrippen als 'persoonlijke arbeid' en 'gezag' ruim van aard en voor verschillende interpretaties vatbaar zijn. Uit de maatschappij is er dan ook veel kritiek geuit over de Wet DBA. Dit heeft geresulteerd in meerdere voortgangsrapportages en brieven, waaronder rapporten van de Algemene Rekenkamer. Wij verwijzen u in dit kader naar paragraaf 1.2.3. De voortgangsrapportages en rapporten hebben geleid tot de urgente aanbeveling om de Wet DBA af te schaffen en te kiezen voor een wet die meer duidelijkheid en zekerheid biedt.

De staatsecretaris hoopte met de Wet DBA schijnzelfstandigheid te voorkomen, door een systeem in te voeren waarbij opdrachtgever en opdrachtnemer gebruik maken van (model)

overeenkomsten. Op de website van de Belastingdienst zijn diverse modelovereenkomsten gepubliceerd, die door opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen worden gebruikt bij de uitoefening van de werkzaamheden. Als de werkzaamheden in de praktijk verricht worden conform de modelovereenkomst, dan geeft dit aan de opdrachtgever en opdrachtnemer de zekerheid dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat derhalve geen loonheffingen zijn verschuldigd. Let wel, de zekerheid die onder de Wet DBA geboden wordt is slechts een 'voorwaardelijke zekerheid'. Dit houdt in dat als de feitelijke werkzaamheden achteraf niet overeen blijken te komen met de werkzaamheden, zoals beschreven in de modelovereenkomst, de Belastingdienst alsnog een naheffingsaanslagen loonheffingen kan opleggen. Op de website van de Belastingdienst wordt een onderscheid gemaakt tussen de (model)volgende overeenkomsten:

- Algemene (model)overeenkomsten;
- Branche/ beroepsgroep specifieke modelovereenkomsten;
- Individuele overeenkomsten.

Op dit moment geldt er een handhavingsmoratorium totdat de nieuwe wetgeving wordt geïmplementeerd. Beoogd wordt om het handhavingsmoratorium per 1 januari 2025 af te schaffen, of indien mogelijk eerder. Het handhavingsmoratorium geldt echter niet voor kwaadwillenden en opdrachtgevers die niet binnen een redelijke termijn de aanwijzingen van de Belastingdienst opvolgen inzake een arbeidsrelatie. Wanneer de aanwijzing niet of niet in voldoende mate is opgevolgd binnen de redelijke termijn gaat de Belastingdienst over op handhaving door middel van correctieverplichtingen, naheffingen en boetes. Onder kwaadwillend wordt verstaan dat de opdrachtgever opzettelijk een situatie van evidente schijnzelfstandigheid laat ontstaan of laat voortbestaan, terwijl hij had kunnen weten dat er in feite sprake was van een dienstbetrekking. In geval van kwaadwillendheid kan de Belastingdienst overgaan tot handhaving als aan de volgende drie cumulatieve criteria is voldaan:

- er is sprake van een (fictieve) dienstbetrekking;
- er is sprake van evidente schijnzelfstandigheid; en
- er is sprake van opzettelijke schijnzelfstandigheid.

De bewijslast voor het aantonen van het bovenstaande ligt bij de Belastingdienst. In de praktijk zien wij dat er veelal gebruik wordt gemaakt van de algemene modelovereenkomst geen werkgeversgezag, nummer 90821.255371.0. Deze algemene modelovereenkomst is erg ruim omschreven. Uit de praktijk blijkt dan ook vaak dat opdrachtgevers bepalingen toevoegen aan de overeenkomst, om deze modelovereenkomst branche specifiek te maken. Dit resulteert vaak in bepalingen die tegenstrijdig zijn met de modelovereenkomst, met als gevolg dat de modelovereenkomst geen zekerheid kan bieden in geval van een discussie met de Belastingdienst of de opdrachtnemer die van mening is dat er toch wel sprake is van een dienstbetrekking. Wij adviseren daarom om de (model)overeenkomsten en overige opdrachtovereenkomsten zowel op de fiscale wet- en regelgeving als arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving te laten toetsen, ter voorkoming van risico's. Uiteraard kunnen wij u hier in ondersteunen. Tot slot, van belang is om de meest recente goedgekeurde modelovereenkomst te gebruiken en de verlopen modelovereenkomsten te vervangen. Indien gebruik wordt gemaakt van een verlopen modelovereenkomst kunnen de opdrachtgever en opdrachtnemer geen zekerheid ontlenen hieraan.

1.2.3 Vervanging Wet DBA

In het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' heeft het kabinet aangekondigd dat de Wet DBA zal worden vervangen, omdat de wet onrust heeft gebracht waardoor te veel 'echte' ondernemers zijn geraakt. De nieuwe wet moet enerzijds de opdrachtgever van 'echte' zelfstandigen zekerheid bieden dat er geen sprake is van een dienstbetrekking en anderzijds schijnzelfstandigheid (vooral aan de onderkant) voorkomen.

De Belastingdienst heeft haar handhavingsstrategie vastgelegd in het 'Rapportage Toezichtsplan Arbeidsrelaties'. In dit kader hebben er in de tweede helft van 2018, 104 bedrijfsbezoeken plaatsgevonden. Hierbij werden de volgende groepen vertegenwoordigd:

- opdrachtgevers die tot nu toe nog niet in beeld zijn geweest bij de Belastingdienst omdat zij geen (model)overeenkomst hebben voorgelegd;
- opdrachtgevers die een (model)overeenkomst hebben ingediend waaronder:
 - opdrachtgevers die om hen moverende reden de beoordeling hebben afgebroken;
 - opdrachtgevers waarvan de (model)overeenkomst niet is goedgekeurd; en
 - opdrachtgevers die werken met een beoordeelde en goedgekeurde (model)overeenkomst.

Tijdens de bedrijfsbezoeken is de Belastingdienst in gesprek gegaan met opdrachtgevers over hun ervaringen omtrent de kwalificatie van arbeidsrelaties en er is gevraagd naar hun werkwijze met verschillende arbeidsrelaties. Van de 104 bedrijfsbezoeken bleek bij 45 de opdrachtgever voldoende kennis/ervaring in huis te zijn van de Wet DBA om de wettelijke bepalingen juist toe te passen. Bij de overige bedrijfsbezoeken bleek in meer of mindere mate sprake te zijn van onjuist handelen, waarbij bij 12 opdrachtgevers de arbeidsrelatie onjuist was gekwalificeerd. Kortom, ook uit deze bedrijfsbezoeken bleek dat de Wet DBA niet voor de gewenste duidelijkheid en gelijke uitvoering van wet- en regelgeving heeft gezorgd.

1.3 De toekomst

De ontwikkelingen ten aanzien van de arbeidsmarkt, waar de zelfstandigen ook een belangrijk onderdeel vanuit maken, volgen elkaar rap op. In deze paragraaf zullen wij uitgebreid stilstaan bij de meest recente ontwikkelingen die zich tijdens het schrijven van dit boek voordeden. Duidelijk is in ieder geval dat er veel (politieke) aandacht is voor dit onderwerp en dat de toekomst van de zelfstandigen zal (moeten) veranderen.

1.3.1 Het regeerakkoord

Op 15 december 2021 heeft het kabinet van Rutte IV het regeerakkoord 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst' gepubliceerd waarin onder andere wordt gepleit voor meer helderheid voor zelfstandigen, de doorontwikkeling van de webmodule, een betere publiekrechtelijke handhavingsmoratorium en een arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen. Op deze wijze wil het Kabinet schijnzelfstandigheid tegengaan.

Op moment van schrijven is het gebruik van de webmodule nog beperkt. De webmodule bestaat uit een online vragenlijst die een (potentiële) opdrachtgever kan invullen als hij twijfelt over de kwalificatie van de arbeidsrelatie. De webmodule heeft drie mogelijke uitkomsten:

1. indicatie dat de opdracht buiten dienstbetrekking kan worden uitgevoerd,
2. indicatie dat sprake is van een dienstbetrekking en
3. er kan geen oordeel worden gegeven.

Het kabinet is van mening dat het doorontwikkelen van de webmodule kan bijdragen aan het vooraf verkrijgen van zekerheid voor zzp'ers over de aard van de arbeidsrelatie. Wij betwijfelen of dit wel het geval zal zijn, immers de kwalificatie van een arbeidsrelatie betreft een holistische toets waarbij alle feiten en omstandigheden in onderlinge verband samen bezien het antwoord op de vraag geven over de aard van de arbeidsrelatie. Veel feiten en omstandigheden zijn pas achteraf bekend, en ook nog aan verandering onderhevig, waardoor het invullen van de webmodule vooraf een vertekend beeld kan geven van de feitelijke situatie.

1.3.2 Rapporten Algemene Rekenkamer

Op 5 april 2022 is het rapport 'Focus op handhaving Belastingdienst bij schijnzelfstandigheid' gepubliceerd. Uit dit rapport kwam onder andere naar voren dat de aanpak van schijnzelfstandigheid bij de inhuur van derden, maar niet van de grond komt. Controle op de Wet DBA in de jaren 2020 en 2021 heeft maar tot één correctie geleid op de aangifte loonheffingen en tot drie 'aanwijzingen'. Met de komst van de Wet DBA is het aantal correcties op aangiftes inkomstenbelasting van zelfstandigen gehalveerd. De resultaten van dit rapport hebben geleid tot grote commotie, waarbij duidelijk is geworden dat het de hoogste tijd is om verandering aan te brengen in het grijze belastinggebied waarin Nederland zich bevindt ten aanzien van de zelfstandigen. Op 24 juni 2022 hebben de staatssecretaris Van Rij en minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Van Gennip uitgebreid gereageerd op dit rapport. In hun schriftelijke reactie laten zij weten schijnzelfstandigheid op drie hoofdlijnen te willen aanpakken:

1. Een gelijk spelveld voor contractvormen in het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en in de fiscale behandeling.
2. Meer duidelijkheid over de criteria voor arbeidsrelaties: het verschil tussen werknemer en zelfstandige. Inclusief het ondersteunen van werkenden om hun rechtspositie op te eisen.
3. Beter toezicht en handhaving op schijnzelfstandigheid.

Voor onderdeel 1 en 2 zijn op moment van schrijven al stappen gezet en voor onderdeel 3 is het voornemen om uiterlijk op 1 januari 2025 het handhavingsmoratorium op te heffen of indien mogelijk eerder.

Op 17 mei 2023 is er een opmerkelijk rapport gepubliceerd van de Algemene Rekenkamer waaruit blijkt dat de Belastingdienst werkt met schijnzelfstandigen. Volgens de Algemene Rekenkamer overtreedt de Belastingdienst hiermee zelf de regels, die het zou moeten handhaven. De reden van het inhuren van deze 'zelfstandigen' is een tekort aan arbeidskrachten. De Belastingdienst draagt voor de werkzame zelfstandigen wel de premies werknemersverzekeringen af, om de uitholling van de sociale zekerheid te voorkomen. Minister Kaag van Financiën heeft aangegeven het probleem te erkennen, maar benadrukt dat de zelfstandigen in dit geval per se als zelfstandigen aan de slag wilde gaan. Het ministerie heeft het voornemen om in de komende periode zoveel mogelijk de zelfstandigen in dienst te nemen.

1.3.3 Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt

Op 5 juli 2022 heeft minister Van Gennip van Sociale Zaken en Werkgelegenheid haar brief 'Hoofdlijnenbrief Arbeidsmarkt' naar de Tweede Kamer gestuurd. In deze brief geeft het kabinet aan hoe zij de arbeidsmarkt toekomstbestendig wil maken. Eén van de vijf belangrijke thema's in de brief is meer duidelijkheid te scheppen over de kwalificatie van arbeidsrelaties. Het kabinet heeft hierbij drie routes uiteengezet om het werken met zelfstandigen toekomstbestendiger te maken:

1. Het inzetten op een gelijk spelveld voor contractvormen op het gebied van sociale zekerheid en fiscaliteit;
2. Meer duidelijkheid creëren wanneer er gewerkt wordt als werknemer dan wel als zelfstandige buiten dienstbetrekking, inclusief het ondersteunen van werkers om hun rechtspositie op te eisen; en
3. Het verbeteren van toezicht en handhaving op schijnzelfstandigheid.

Gelijk spelveld

Bij dit onderdeel wil het kabinet inzetten op een gelijk spelveld met betrekking tot sociale zekerheid en fiscaliteit door een verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekeringen voor zelfstandigen in te stellen, het afbouwen van de zelfstandigenaftrek en andere ondernemersfaciliteiten en het beter faciliteren in het (al dan niet verplicht) opbouwen van pensioen. Het verplichten van de arbeidsongeschiktheidsverzekering zal zorgen voor bescherming van alle zzp'ers tegen het risico op inkomensdaling bij arbeidsongeschiktheid. Op dit moment moeten zzp'ers hier zelf buffers voor opbouwen of zich vrijwillig verzekeren. Het verplichten van de arbeidsongeschiktheidsverzekering voorkomt dat zzp'ers een beroep zullen doen op de bijstand en het risico op arbeidsongeschiktheid wordt afgewenteld op het collectief. Het komende jaar zal de invulling van de arbeidsongeschiktheidsverzekering verder worden onderzocht, naast de IB- ondernemers zonder personeel zal ook worden onderzocht of de verzekering kan gaan gelden voor directeur- grootaandeelhouders, meewerkende partners en resultaatgenieters.

Meer duidelijkheid

Het kabinet wenst naast de verduidelijking van het begrip gezag in het Handboek Loonheffingen en de webmodule werkenden meer duidelijkheid te geven door het begrip 'gezag' in de toekomst verder te verduidelijken. In paragraaf 2.2.1 gaan wij hier verder op in. Vaak zorgt dit criterium in de praktijk voor de meeste onduidelijkheid bij de kwalificatie van een arbeidsrelatie. De verwachting is dat dit kan bijdragen aan meer duidelijkheid bij de beoordeling van arbeidsrelaties en verhoging van de naleving. De webmodule maakt ook onderdeel uit van deze nieuwe plannen en zal de komende periode verder worden ontwikkeld zodat het in de toekomst mogelijk kan dienen als hulpmiddel om duidelijkheid te verkrijgen over de arbeidsrelatie.

Daarnaast is het kabinet van mening dat de inzet van rechtsvermoedens ook kan bijdragen aan het verkrijgen van meer duidelijkheid. Het kabinet wilt daarom inzetten op een nadere invulling van bestaande rechtsvermoedens en een breder rechtsvermoeden, naast de inzet van het rechtsvermoeden op Europees niveau voor platformwerk. Het rechtsvermoeden zal samenvattend inhouden dat als een werkende zich beroept op het rechtsvermoeden (gekoppeld aan een uurtarief), hij of zij een arbeidsovereenkomst kan opeisen. Het is vervolgens aan de opdrachtgever om te bewijzen dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. De nieuwe regels moeten ervoor zorgen dat het grijze gebied wel/geen werknemer wordt verkleind.

Verbeteren toezicht en handhaving

Uit het rapport van de Rekenkamer 'Focus op handhaving Belastingdienst bij schijnzelfstandigheid' kwam onder andere naar voren dat de aanpak van schijnzelfstandigheid niet van de grond komt. Het kabinet wil dan ook inzetten op een betere publiekrechtelijke handhaving. De komende periode zal toegewerkt worden naar een situatie waarin de regels inzake de beoordeling van arbeidsrelaties beter nageleefd worden. Dit zal onder andere bewerkstelligd worden door de handhaving van de Belastingdienst te versterken door het inzetten van meer kwantitatieve en kwalitatieve capaciteit en het handhavingsmoratorium uiterlijk 1 januari 2025 op te heffen en indien mogelijk eerder. Onduidelijk is op welke wijze het handhavingsmoratorium zal worden opgeheven. Wel zal bij de besluitvorming hierover met verschillende stakeholders gesproken worden, om onevenredige gevolgen voor burgers en bedrijven te voorkomen.

1.3.4 Voortgangsbrief werken met en als zelfstandige(n)

Op 16 december 2022 hebben minister Van Gennip en staatssecretaris Van Rij de Tweede kamer aan de hand van de voortgangsbrief geïnformeerd over het verdere vervolg van het zzp-dossier. In de brief wordt net als in de brief van 5 juli 2023 aangegeven dat er gewerkt zal worden langs drie lijnen, om de balans op het gebied van werken met en als zelfstandige(n) te herstellen en de regels toekomst bestendiger te maken. De drie hoofdlijnen waar langs gewerkt zal worden zijn nog steeds als volgt:

1. Het inzetten op een gelijk spelveld voor contractvormen op het gebied van sociale zekerheid en fiscaliteit;
2. Meer duidelijkheid creëren wanneer er gewerkt wordt als werknemer dan wel als zelfstandige buiten dienstbetrekking, inclusief het ondersteunen van werkers om hun rechtspositie op te eisen; en
3. Het verbeteren van toezicht en handhaving op schijnzelfstandigheid.

Het uitgangspunt van deze strategie is om burgers en bedrijven zoveel als mogelijk zelf de regels na te laten leven, zonder dat daar dwingende en kostbare acties vanuit de Belastingdienst voor aan de pas moeten komen. De overkoepelende doelstelling is, om in de aanloop naar het afschaffen van het handhavingsmoratorium (uiterlijk 1 januari 2025), de handhaving op de kwalificatie van arbeidsrelatie voor de loonheffingen door de Belastingdienst te normaliseren. Om onzekerheid en onrust op de arbeidsmarkt te voorkomen zal er een nauwe samenwerking moeten plaatsvinden tussen de Belastingdienst en de belanghebbenden (opdrachtgevers, opdrachtnemers, koepels- en brancheorganisaties, dienstverleners etc.). De ambitie is om in de komende periode de partijen te ondersteunen bij het in één keer goed toepassen van de wet- en regelgeving en om actief aandacht te besteden aan fiscaal urgente dossiers waarbij onzekerheid bestaat over de kwalificatie van een arbeidsrelatie.

1.3.5 Hervorming arbeidsmarkt

Ook in het pakket (2 april 2023) met maatregelen omtrent de hervorming van de huidige arbeidsmarkt komt het onderwerp zelfstandigen aan bod. In haar voortgangsbrief schrijft minister Van Gennip in te willen zetten op meer zekerheid en het stimuleren van duurzame arbeidsrelaties. De minister wil dit bereiken door het volgende:

- Verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekeringen voor zelfstandigen (opt- out mogelijk);
- Oproepcontracten vervangen door basiscontracten;
- Verbod op nul urencontracten;
- In geval van uitzendwerk sneller uitzicht op een vaste baan;
- Na drie aaneengesloten contracten bij dezelfde werkgever, mag pas na vijf jaar een nieuw contract worden gegeven, in plaats van zes maanden etc.

Ten aanzien van de zelfstandigen is in de voortgangsbrief net als in de voorgaande brieven aangegeven de regels rondom het inhuren van zelfstandigen te willen verduidelijken, deze meer opeisbaar maken en meer te gaan handhaven. Ook zal het gezagscriterium 'werken in dienst van' verder worden ingekleurd aan de hand van de meest recente jurisprudentie, waarbij drie hoofdelementen een rol zullen spelen:

- De organisatorische inbedding van het werk;
- Het bestaan van zelfstandig ondernemerschap als contra- indicatie voor het bestaan van een dienstbetrekking; en
- Materiële ondergeschiktheid (instructies, toezicht etc.).

Ook in deze brief geeft de minister aan dat er een samenwerking met verschillende belanghebbenden opgezocht zal worden en er meer capaciteit wordt ingezet binnen de kaders van het huidige handhavingsmoratorium.

1.3.6. Handhavingsplan arbeidsrelaties 2023

Op 8 augustus 2023 heeft de Belastingdienst het 'Handhavingsplan arbeidsrelatie 2023' (hierna: handhavingsplan) gepubliceerd. Het handhavingsplan is een verdere uitwerking van de uitgangspunten en voornemens die in de Voortgangsbrief 'Werken met en als zelfstandige(n)' van 16 december 2022. In deze voortgangsbrief heeft het (inmiddels demissionaire) kabinet haar standpunten en maatregelen over het werken met en als zelfstandige(n) gedeeld met de Tweede Kamer. In het Handhavingsplan staat onder andere hoe de Belastingdienst de handhaving op arbeidsrelaties wil versterken en het handhavingsmoratorium wenst af te bouwen.

Het Handhavingsplan bestaat uit drie tranches, waarin de Belastingdienst per tranche uitgewerkt heeft welke activiteiten er verricht zullen worden voor het versterken en verbeteren van de handhaving (op de korte en lange termijn) en het afbouwen van het handhavingsmoratorium. De uitvoerings- en handhavingsstrategie van de Belastingdienst is erop gericht dat burgers en bedrijven bereid zijn uit zichzelf fiscale regels na te leven, zonder dwingende en kostbare acties van de Belastingdienst. De tranches zoals opgenomen in het Handhavingsplan zijn als volgt:

- Tranche 2023: 'Versterken en verbeteren van de handhaving'
- Tranche 2024: 'Op weg naar opheffing van het handhavingsmoratorium'
- Tranche 2025: 'Handhaven zonder handhavingsmoratorium'

Met elke tranche werkt de Belastingdienst toe naar een meer integrale handhaving en de juiste kwalificatie van een arbeidsrelatie, waarbij beoogd wordt om het handhaven te normaliseren. De strategie van de Belastingdienst is er in beginsel op gericht dat bedrijven en burgers zoveel mogelijk vanuit zichzelf de fiscale regels naleven, zonder dat er (dwingende en kostbare) acties vanuit de Belastingdienst nodig zijn. De Belastingdienst wil dit onder andere bereiken door:

- Een omgeving te creëren waarin het maken van fouten zoveel als mogelijk wordt voorkomen;
- Het voor bedrijven en burgers makkelijker te maken om de regels na te leven;
- Het toezicht zo selectief mogelijk inzetten, afgestemd om het gedrag van bedrijven en burgers.

De nadruk ligt dus op het zoveel mogelijk voorkomen van fouten. Op deze wijze hoopt de Belastingdienst een zo optimaal mogelijk effect bereiken.

Tot slot, in het Handhavingsplan is ook opgenomen dat verkend zal worden welke plek modelovereenkomsten in zullen nemen in de toekomst. Op moment van schrijven is dit nog onduidelijk.

1.3.7 Wetsvoorstel 'Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden'

Op 6 oktober 2023 ging de internetconsultatie van start inzake het wetsvoorstel 'Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden'. Het wetsvoorstel dient ter vervanging van de Wet DBA en moet meer duidelijkheid scheppen wanneer een opdrachtnemer kwalificeert als een werknemer of zzp'er. In het wetsvoorstel wordt daarbij onderscheid gemaakt tussen twee onderdelen:

1. Verduidelijking van 'werken in dienst van' door middel van een formule; en
2. Een rechtsvermoeden gekoppeld aan een uurtarief

Werken in dienst van

Het wetsvoorstel definieert het 'werken in dienst van' aan een formule die ervoor moet zorgen dat het duidelijker wordt in welke hoedanigheid er gewerkt wordt. De formule bestaat uit een drietal criteria;

- Criteria A: werkinhoudelijke aansturing (hierbij wordt getoetst of de werkgevende bevoegd is om instructies en aanwijzingen te geven over de wijze waarop de werkzaamheden uitgevoerd moeten worden en de werkzaamheden te controleren).
- Criteria B: organisatorische inbedding (hierbij wordt gekeken of de werkzaamheden organisatorisch zijn ingebed in de organisatie, behoren tot de kernactiviteit van de organisatie, of de werkzaamheden zij- aan zij worden verricht met werknemers die soortgelijke werkzaamheden verrichten e.d.).
- Criteria C: werken voor eigen rekening en risico (bij deze criteria wordt getoetst bij wie de financiële risico's liggen, of de werkende eigen materialen bezit, wat de duur van de opdracht is en of de werkende als zelfstandige naar buiten treedt).
- Criteria C+ (aanvullen): gedraagt de werkende zich doorgaans als ondernemer of als werknemer in het economische verkeer (Bij de toets van deze aanvullende criteria wordt onder andere gekeken naar het aantal opdrachtgevers die een werkende heeft, de bedrijfsinvesteringen die zijn gedaan door een werkende, de administratieve situatie van de werkende, zoals het hebben van een KvK- nummer, btw- nummer, het recht hebben op fiscale voordelen etc.).

De criteria moeten ervoor zorgen dat het gemakkelijker in kaart te brengen is welke type arbeidsrelatie (werknemer versus zzp'er) van toepassing is. Indien voldaan wordt aan de hoofdcriteria A en B, dan kan er sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. Indien niet voldaan wordt aan deze criteria kan er andersom ook geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. De beoordeling kan dan stoppen. Als er wel indicaties zijn die wijzen op de aanwezigheid van werkinhoudelijk aansturing of organisatorische inbedding, dan wordt gekeken naar criteria C om te bepalen waar het zwaartepunt van de arbeidsrelatie ligt.

Indien uit de criteria volgt dat er sprake is van een arbeidsrelatie of dat hier sterke aanwijzingen voor zijn, dan volgt (indien de werkende zich hierop beroept) het tweede onderdeel van dit wetsvoorstel; het rechtsvermoeden.

Rechtsvermoeden

Indien de zzp'er werkt voor een uurtarief van EUR 32,24 of minder, dan kwalificeert hij volgens het wetsvoorstel als werknemer. De zzp'er kan in dat geval ook de arbeidsrechtelijke gevolgen, zoals minimumloon, ontslagbescherming, doorbetaling bij ziekte etc. opeisen bij de rechter. Indien de opdrachtgever het hier niet mee eens is, dan dient hij tegenbewijs aan te leveren, waaruit blijkt dat de werkende kwalificeert als zzp'er. Let op, bij een uurtarief van boven de

EUR 32,24 geldt niet het rechtsvermoeden van zelfstandigheid. Kortom, er ontstaat dus niet automatisch een rechtsvermoeden, deze dient actief voor de zzp'er of dienst vertegenwoordiger te worden ingeroepen bij de rechter.

De internetconsultatie liep tot en met 10 november 2023. Verschillende belanghebbende (meer dan duizend) hebben via de internetconsultatie hun reactie gegeven op het nieuwe wetsvoorstel. Het is dus afwachten hoe de nieuwe definitieve wetgeving eruit komt te zien en of deze de praktijk wel gaat halen

1.3.8 Handhavingsplan arbeidsrelaties tranche 2024

De Belastingdienst geeft aan dat zij in de komende maanden steeds meer gaan inzetten op bewustwording bij bedrijven in aanloop naar het opheffen van het handhavingsmoratorium. Ook heeft de Belastingdienst hierin uitgewerkt welke andere wijzigingen er de komende tijd zullen zijn richting de afschaffing van het handhavingsmoratorium. Naast het handhavingsplan heeft de Belastingdienst in een perspectiefnota uitgewerkt hoe het 'normaliseren' van de handhaving op arbeidsrelaties concreet vorm gaat krijgen en een memo gepubliceerd met daarin de gevolgen voor de omzetbelasting en inkomstenbelasting ingeval van een aanwijzing. Om uiterlijk op 1 januari 2025 het handhavingsmoratorium op te heffen, hanteert de Belastingdienst de onderstaande driesporen benadering.

1. Actieve samenwerking met de markt;
2. Specifieke aandacht voor posten, sectoren en branches, waar (grote) onzekerheid is over de juistheid van de kwalificatie van de arbeidsrelatie(s); en
3. Specifieke aandacht binnen de reguliere klantbehandeling.

In aanloop naar de afschaffing van het handhavingsmoratorium is het voor opdrachtgevers van groot belang om het huidige inhuurproces in kaart te brengen, om na te gaan of dit voldoende is om risico's te voorkomen. Ook adviseren wij om de huidige zzp- populatie te beoordelen om te na gaan of er herkwalificatierisico's aanwezig zijn.

1.3.9 Europese wetgeving platformwerkers

Op 9 december 2021 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn gepresenteerd met als doel het verbeteren van de arbeidsomstandigheden en sociale rechten van platformwerkers. Momenteel werken er namelijk in Europa maar liefst 28 miljoen mensen via een of meer digitale arbeidsplatformen. In 2025 zullen dat er naar verwachting 43 miljoen zijn. De Raad van de EU is op 8 februari 2024 akkoord gegaan met de (gewijzigde) richtlijn voor platformarbeid. Uit de richtlijn volgt het wettelijke vermoeden dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst als aan twee van de vijf criteria wordt voldaan. De criteria zijn als volgt:

- I) het platform bepaalt de hoogte of het maximum van de vergoeding;
- II) er vindt toezicht plaats op de uitvoering van het werk of de kwaliteit van de resultaten van het werk wordt geverifieerd, al dan niet met behulp van elektronische middelen;
- III) de vrijheid van de platformwerker om het werk te organiseren wordt daadwerkelijk beperkt, bijvoorbeeld door sancties. Hierbij gaat het met name om de beperking van de vrijheid om zelf de arbeidstijden te bepalen of perioden van afwezigheid;
- IV) de vrijheid om van de platformwerker om taken te aanvaarden of te weigeren;
- V) de vrijheid van platformwerkers om gebruik te maken van onderaannemers of vervangers in te schakelen; en

Bovengenoemde omstandigheden zijn niet nieuw en worden in de rechtspraak vaak meegenomen bij de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Indien de platformwerker zijn zzp-status aanvecht, dan kwalificeert hij voor de wet als werknemer in loondienst, tenzij het platform het tegendeel kan bewijzen. De feiten zullen worden beoordeeld op grond van het nationale recht, waarbij rekening wordt gehouden met EU- jurisprudentie. De platformwerker hoeft niet zelf zijn status aan te vechten, ook een vakbond, nationale overheden etc. mogen dit doen.

Indien het Europese parlement ook akkoord gaat met de richtlijn, hebben de lidstaten twee jaar de tijd om de bepalingen die uit de richtlijn voortvloeien op te nemen in de nationale wetgeving.

Hoofdstuk 2

Juridische aspecten van arbeidsrelaties

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreken wij de verschillende manieren waarop een persoon tegen betaling werkzaamheden kan uitoefenen en de juridische gevolgen daarvan. Arbeidsrelaties zijn er in vele vormen. Niet iedere arbeidsrelatie is echter een arbeidsovereenkomst. De verschillende arbeidsrelaties hebben verschillende fiscale en juridische gevolgen, die in dit boekje aan de orde komen. Dus de vaststelling of sprake is van een arbeidsovereenkomst of niet is nogal van belang.

Centraal staan de twee meest gebruikte vormen in de praktijk:

- 1: de arbeidsovereenkomst
- 2: de overeenkomst van opdracht.

Daarnaast zullen wij kort aandacht besteden aan de overeenkomst van aanneming van werk, een bijzondere vorm van een overeenkomst van opdracht.

In deze bijdrage is rekening gehouden met de Wet transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden, ingangsdatum 1 augustus 2022.

2.2 De arbeidsovereenkomst

2.2.1 Vereisten arbeidsovereenkomst

Voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst moet volgens het Burgerlijk Wetboek voldaan zijn aan de volgende drie cumulatieve vereisten:

- de werknemer is verplicht de bedongen arbeid persoonlijk te verrichten; en
- de werknemer ontvangt loon voor zijn werk; en
- er is sprake van een gezagsverhouding (in dienst van) tussen werkgever en werknemer.

Arbeid

Arbeid is een heel breed begrip. Dan kan inhouden werkzaamheden van geestelijke of lichamelijke aard. Ook passief werk, zoals het wachten op klanten, of een beschikbaarheidsdienst kan arbeid zijn. Wel moet het gaan om persoonlijke arbeid. De werknemer mag zich niet laten vervangen door een ander zonder voorafgaande toestemming van de werkgever.

Loon

Gebruikelijk is loon in geld, maar dit hoeft niet. Het kan ook gaan om loon in natura (zoals inwoning). De hoogte van het loon maakt niet uit, maar alleen een onkostenvergoeding volstaat niet als loon. Wel kennen wij in Nederland het wettelijk minimumloon, daar moeten alle werkgevers aan voldoen.

Gezag

Het is in de meeste gevallen de gezagsverhouding die de arbeidsovereenkomst onderscheidt van de overeenkomst van opdracht. Een werkgever moet gezag kunnen uitoefenen over de werknemer terwijl een opdrachtgever alleen een instructierecht heeft richting de opdrachtnemer.

Hoe weet je nu of er sprake is van gezag of van een instructie? Allereerst benoemen wij dat deze scheidslijn erg dun is, het is dan ook zeer afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden.

Factoren die meespelen bij de vraag of er sprake is van een gezagsrelatie zijn bijvoorbeeld:

- in welke mate is er vrijheid ten aanzien van de werkindeling;
- loopt degene die arbeid verricht in bedrijfskleding;
- in welke mate is er vrijheid ten aanzien van de werktijden;
- zijn er regels omtrent het opnemen van verlof of vakantiedagen;
- wordt degene die arbeid verricht uitgenodigd voor bedrijfsfeestjes;
- wordt degene die arbeid verricht doorbetaald tijdens ziekte;
- de mate waarin naast de overeengekomen werkzaamheden andere werkzaamheden worden verricht door degene die arbeid verricht.
- de mate waarin degene die de arbeid verricht ondernemingsrisico draagt.

Het blijft altijd een combinatie van verschillende factoren, de vraag of er sprake is van gezag kan nooit beantwoord worden door slechts één factor.

2.2.2 Schriftelijkheidsvereiste

Hoewel een arbeidsovereenkomst ook mondeling kan ontstaan, verdient het de voorkeur de afspraken schriftelijk vast te leggen, een en ander in een arbeidsovereenkomst. Bepaalde bijzondere bedingen (zoals een concurrentiebeding en een proeftijdbeding) kunnen volgens de wet ook alleen schriftelijk worden aangegaan. Anders zijn ze niet rechtsgeldig overeengekomen.

In de Wet transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden is met betrekking tot bepaalde arbeidsvoorwaarden een informatieplicht (zie hierna) opgenomen.

2.2.3 Informatieplicht

De werkgever heeft de verplichting om de werknemer binnen één week na het aangaan van een arbeidsrelatie, de werknemer schriftelijk te informeren over de voorwaarden die op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijn. Dit zijn onder andere:

- naam en woonplaats van partijen;
- plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht;
- de functie van de werknemer;
- het tijdstip van indiensttreding;
- indien de overeenkomst voor bepaalde tijd is, de duur van de overeenkomst en de einddatum;
- het loon en de afzonderlijke loonbestanddelen alsmede de termijn van uitbetaling;
- de tijdstippen waarop de arbeid wordt verricht, hierbij verschilt de regeling als het gaat om voorspelbaar werk en (grotendeels) onvoorspelbaar werk;
- de duur van de door partijen in acht te nemen opzegtermijnen of de wijze van berekening van deze termijnen;
- de gebruikelijke arbeidsduur per dag of per week;
- het recht op scholing.

Eenzelfde verplichting geldt voor de werkgever, voor de volgende onderwerpen. Deze informatieplicht geldt echter niet binnen één week maar binnen één maand na het aangaan van de arbeidsovereenkomst:

- de aanspraak op vakantie of de wijze van berekening van deze aanspraak;
- of een CAO van toepassing is op de arbeidsovereenkomst;
- de procedure voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst;
- of de werknemer gaat deelnemen aan een pensioenregeling, en zo ja, in welke.
- of het een oproepovereenkomst betreft;
- of het een uitzendovereenkomst betreft, zo ja, de identiteit van de inlener.

Het is aan te raden om de informatieverstrekking op te nemen in bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst of arbeidsvoorwaarden. Als er een CAO van toepassing is, dan mag met betrekking tot bepaalde onderwerpen die in de CAO zijn geregeld, naar de CAO verwezen worden.

2.2.4 Wettelijke rechtsvermoedens

Indien onduidelijkheid bestaat over het bestaan van een arbeidsovereenkomst dan wel de arbeidsomvang, dan kan een werknemer een beroep doen op de wettelijk rechtsvermoedens.

Vermoeden arbeidsovereenkomst

Het eerste rechtsvermoeden bepaalt dat als een arbeidskracht gedurende drie opeenvolgende maanden regelmatig (lees: wekelijks of minimaal gedurende 20 uur per maand) voor de 'werkgever' heeft gewerkt, er een vermoeden bestaat dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Degene die de arbeid verricht kan zich op het standpunt stellen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Kabinetsplannen: het kabinet wil dit 'civielrechtelijke rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst', nog koppelen aan een maximaal uurtarief. De tariefgrens hiervan wordt nog nader bepaald (mogelijk tarief tussen de 30 en 35 euro).

Vermoeden arbeidsomvang

Het tweede rechtsvermoeden ziet op de arbeidsomvang. Als een werknemer in de drie maanden voorafgaand aan het beroep op het rechtsvermoeden bijvoorbeeld steeds gemiddeld 30 uur per week heeft gewerkt, maar partijen zijn een arbeidsomvang van 20 uur per week overeengekomen, dan kan de werknemer zich op het standpunt stellen dat zijn arbeidsomvang 30 uur per week is.

Het is bij beide rechtsvermoedens aan de 'werkgever' om het tegendeel te bewijzen (de zogenoemde 'omkering van de bewijslast').

Kabinetsplannen: Ook als er een uurtarief wordt gekoppeld aan een rechtsvermoeden is nog sprake van een weerlegbaar rechtsvermoeden. Dit betekent dat er bij werken tegen een vergoeding tot maximaal het uurtarief er geacht wordt een arbeidsovereenkomst te zijn. Tegenbewijs waaruit blijkt dat niet sprake is van een arbeidsovereenkomst is echter mogelijk.

2.2.5 Jurisprudentie

In deze paragraaf zullen we enige relevante jurisprudentie de revue laten passeren.

2.2.5.1 Van Groen/Schoevers naar HR X/Gemeente Amsterdam

De Hoge Raad heeft in het arrest uit 1997, ook wel bekend onder de naam Groen/Schoevers, geoordeeld dat de partijbedoeling, inzake de vraag of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst, een rol speelt.

Tot eind 2020 was dit nog de heersende leer, totdat de Hoge Raad in haar uitspraak van 6 november 2020 X/Gemeente Amsterdam oordeelde dat bij de kwalificatie van een overeenkomst niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. De partijbedoeling speelt dus niet langer meer 'zo een belangrijke rol'.

'Zo een belangrijke rol' staat tussen haakjes omdat de partijbedoeling geen rol meer speelt in de kwalificatievraag. De Hoge Raad stelt nog wel dat de partijbedoeling een rol speelt bij de beantwoording van de vraag welke rechten en verplichtingen tussen partijen zijn overeengekomen.

2.2.5.2. Deliveroo

Het meest bekend is de jurisprudentie omtrent Deliveroo. Omdat uit deze jurisprudentie conclusies te trekken zijn, gaan wij hier wat uitgebreider op in.

Deliveroo is een maaltijdbezorgdienst. De maaltijdbezorgers werkten eerst als werknemers. Vanaf 2018 heeft Deliveroo gekozen voor een andere invulling van het werk en werkten de maaltijdbezorgers als zelfstandig ondernemers.

De vraag die in deze casus speelde was of de maaltijdbezorgers werknemers zijn in de zin van de wet (arbeid, gezag en loon) en daarmee arbeidsrechtelijke bescherming genieten. De rechtbank beantwoordde die vraag bevestigend: de maaltijdbezorgers zijn werknemers.

Deliveroo: Hof Amsterdam

Ook het gerechtshof Amsterdam beantwoordde de vraag bevestigend. Het Hof is van mening dat de maaltijdbezorgers, wanneer zij een opdracht aanvaarden en deze ook uitvoeren, 'arbeid' verrichten. Deze arbeid is ook persoonlijk want met de app-gegevens van een bezorger kan slechts één persoon worden aangemeld, niet meerdere. Daarnaast is ook aan het 'loon' vereiste voldaan, aangezien Deliveroo de facturen voor de werkzaamheden verzorgt en tweewekelijks betalingen uitvoert, waarbij ook van belang was dat Deliveroo de hoogte van het loon eenzijdig vast heeft gesteld.

Tot slot is er volgens het Hof ook sprake van een gezagsverhouding. Deliveroo oefent in hoge mate invloed uit op de wijze waarop de bezorgers hun werkzaamheden moeten verrichten, door onder meer een eenzijdig vastgesteld betaalmodel, een GPS-systeem waarmee controle op de bezorgers kan worden uitgeoefend en een bonussysteem waarmee het gedrag van bezorgers kan worden beïnvloed. Voor de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst, acht het gerechtshof Amsterdam tot slot van belang dat (i) Deliveroo voor haar bezorgers een ongevallenverzekering heeft afgesloten, die ook door Deliveroo wordt betaald, (ii) de hoogte van het loon beperkt is en (iii) ook wanneer sprake is van een bijbaantje er behoefte kan bestaan aan de bescherming van het arbeidsrecht.

Deliveroo: Hoge Raad

Deliveroo is tegen deze uitspraak in cassatie gegaan (naar de Hoge Raad). De uitspraak van de Hoge Raad heeft plaatsgevonden op 24 maart 2023. De bezorgers zijn volgens de Hoge Raad werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. Deze conclusie is getrokken door de Hoge Raad door alle omstandigheden bij elkaar te nemen.

In zijn uitspraak gaat de Hoge Raad ook de criteria voor een arbeidsovereenkomst af: 'arbeid', 'loon', 'gezag' en 'gedurende een zekere tijd'. Een paar punten die in het kader daarvan worden genoemd:

Arbeid

Contractueel is overeengekomen dat de bezorgers zich kunnen laten vervangen. Dit gebeurde in de praktijk ook. Echter kan er maar aan een enkele bezorger worden betaald en is het niet

mogelijk dat een bezorger meerdere vervangers tegelijk inzet waardoor het een verdienmodel zou worden. Ook is niet gebleken dat de bezorger zich, zonder toestemming van Deliveroo, permanent kan laten vervangen. Dit vindt de Hoge Raad niet onverenigbaar met het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

Gezag

De bezorger mag volgens Deliveroo zelf de snelste fietsroute kiezen. De vrijheid die de bezorger hiermee heeft duidt volgens de Hoge Raad niet gelijk op de afwezigheid van gezag. Er wordt een vergelijking getrokken met een vrachtwagenchauffeur, die ook werkzaam kan zijn op basis van een arbeidsovereenkomst en ook zelf zijn route mag kiezen. Daarnaast wijzigt Deliveroo steeds haar contracten eenzijdig, wat volgens de Hoge Raad duidt op een gezagsverhouding.

Voorts gaat de Hoge Raad nog kort in op het 'ondernemerschap'. Voor veel bezorgers is het bezorgen een bijbaan, zij presenteren zich jegens de belastingdienst niet als ondernemer. Dit duidt volgens de Hoge Raad meer op de aanwezigheid van een gezagsrelatie dan op de afwezigheid ervan. Ook speelt mee dat Deliveroo een ongevallenverzekering heeft afgesloten voor de bezorgers, waardoor zij gedurende enige tijd doorbetaald krijgen na een ongeval. Ook dit sluit aan bij een arbeidsovereenkomst.

Echter waar op was gehoopt, meer duidelijkheid op de vraag wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht is, is uitgebleven. De Hoge Raad zegt hierover: *"Of een overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst, hangt af van alle omstandigheden van het geval in onderling verband bezien."* De conclusie van de Advocaat Generaal (in het advies aan de Hoge Raad) was om vooral te kijken naar het criterium gezag, waarbij met name een rol zou spelen of de werkzaamheden zijn ingebed in de organisatie. De Hoge Raad zag geen aanleiding voor rechtsontwikkeling omdat deze problematiek al de aandacht van de Europese en Nederlandse wetgever heeft. Kortom, vooralsnog onduidelijkheid.

In latere uitspaken (24 november 2023) is nog door de Hoge Raad bevestigd dat Deliveroo gebonden was aan de CAO Beroepsgoederenvervoer en dat zij onder de verplichting tot het Bedrijfstakpensioenfonds over voor Beroepsvervoer over de weg viel.

Uber

Uber is, net als Deliveroo, een platform; een platform voor taxichauffeurs.

Op 13 september 2021 heeft de rechtbank Amsterdam een belangrijke uitspraak gedaan over de rechtsverhouding van taxichauffeurs die werken middels de Uber-app. De vraag die centraal stond, was of de taxichauffeurs die voor Uber rijden werken op basis van een arbeidsovereenkomst of dat zij werken als zelfstandigen.

De rechtbank toetst de arbeidsverhouding aan de vereisten van een arbeidsovereenkomst (arbeid, loon en gezag) en waarbij de partijbedoeling slechts een aanvullende rol speelt. De rechtbank overweegt dat in de hedendaagse, door technologie beheerste tijd het criterium "gezag" een van het klassieke model afwijkende, meer indirect (vaak digitaal) controlerende invulling heeft gekregen. Werknemers zijn zelfstandiger geworden en verrichten hun werk op meer wisselende (zelfgekozen) tijden en dat bij Uber sprake is van deze "moderne gezagsverhouding", met als gevolg dat de werknemers in dienst zijn bij Uber. Voor Uber gold daarom ook dat de cao Taxivervoer onterecht niet was toegepast.

2.2.6 Arbeidsrechtelijke gevolgen arbeidsovereenkomst

Als er onverhoopt toch sprake blijkt te zijn van een arbeidsovereenkomst, nadat de werknemer zich op dit standpunt heeft gesteld, dan kan dit vergaande arbeidsrechtelijke gevolgen hebben. Hieronder de meest belangrijke:

- Mogelijk is er een cao van toepassing. Zijn er nog bepaalde rechten die volgen uit de cao waar de werknemer recht op heeft, bijvoorbeeld een cao-loon? De werknemer kan een loonvordering instellen (vordering over 5 jaar terug).
- Is er mogelijk een pensioenfonds van toepassing? (afdracht pensioenpremies, ook (tenminste) 5 jaar terug)
- De werknemer heeft recht op ontslagbescherming.
- Loondoorbetaling tijdens ziekte gedurende 2 jaar.
- De werknemer heeft recht op vakantiegeld van minimaal 8% en op (opbouw van) vakantiedagen.

Omdat een en ander zo belangrijk is zullen wij in de volgende paragrafen een aantal zaken verduidelijken.

2.3 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde- of onbepaalde tijd

Er zijn meerdere soorten arbeidsovereenkomsten te onderscheiden: bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of arbeidsovereenkomsten met een vaste of flexibele arbeidsomvang. In deze paragraaf gaan wij in op de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en bepaalde tijd.

2.3.1 Onbepaalde tijd

Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is kortgezegd een arbeidsovereenkomst zonder einddatum. Een reeks arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, ook wel de ketenregeling genoemd, kan tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd leiden. Zie verder in paragraaf 2.3.2.

Beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

Wettelijke ontslaggronden

Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan te allen tijde eenzijdig door de werknemer worden opgezegd met inachtneming van de geldende opzegtermijn. Maar voor de werkgever is het niet zo gemakkelijk.

Een werkgever kan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd uitsluitend beëindigen als hij daarvoor een geldige ontslaggrond heeft. Deze ontslaggronden zijn limitatief vastgelegd in de wet, dit zijn achtereenvolgens:

- a. bedrijfseconomische redenen;
- b. twee jaar ziekte van de werknemer;
- c. frequent ziekteverzuim;
- d. disfunctioneren van de werknemer;
- e. verwijtbaar handelen of nalaten;
- f. gewetensbezwaren;
- g. een verstoorde arbeidsverhouding;
- h. een andere reden;
- i. cumulatiegrond (dit is een combinatiegrond van verschillende ontslaggronden).

Voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst op basis van een wettelijke ontslaggrond is toestemming nodig van het UWV (ontslaggronden a en b) of van de kantonrechter (ontslaggronden c-i).

Wij merken op dat er niet zo maar is voldaan aan de voorwaarden van een ontslaggrond. Bijvoorbeeld bij disfunctioneren is er altijd een verbetertraject nodig. En duidelijk moet ook zijn wat de werknemer moet verbeteren. Voor het verbetertraject moet een werknemer ook voldoende tijd krijgen. Van belang is ook dat hij niet herplaatst kan worden in ander werk.

Ook van belang is dat een werknemer ook recht kan hebben op een ontslagvergoeding. Bijvoorbeeld de wettelijke ontslagvergoeding, transitievergoeding (zie paragraaf 2.3.4) of een billijke vergoeding, als de werkgever van de situatie een ernstig verwijt kan worden gemaakt (bijvoorbeeld als de werkgever zonder ontslagredenen een vertrek van de werknemer forceert).

Wij raden u aan tijdig contact op te nemen met een juridisch adviseur in geval van een voornemen tot ontslag.

Als het initiatief tot beëindiging bij de werkgever ligt, zal ook rekening moeten worden gehouden met de geldende opzegtermijn, een en ander afhankelijk van het dienstverband van de werknemer. Deze opzegtermijn kan variëren van één tot vier maanden.

Beëindiging met wederzijds goedvinden

Beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden van partijen is te allen tijde mogelijk. Een en ander kan dan worden vastgelegd in een beëindigingsovereenkomst.

Wij merken hierbij wel op dat bij het bespreken hiervan er altijd het risico van ziekmelding van de werknemer is. In de regel zal dan een re-integratietraject volgen en zal het loon tijdens ziekte moeten worden doorbetaald (maximaal twee jaar, tenzij ook nog een sanctiemaatregel wordt opgelegd).

In sommige gevallen, bijvoorbeeld bij bedrijfseconomische redenen, is er de mogelijkheid tot het indienen van een voorlopig verzoek bij het UWV (formulier a). Een ziekmelding na indiening van dat verzoek heeft dan in principe niet tot gevolg dat sprake is van een opzegverbod wegens ziekte.

Ontslag op staande voet

Tenslotte kan een werknemer in bijzondere gevallen op staande voet worden ontslagen. Dit kan alleen als er een dringende reden is. Een dringende reden kan bijvoorbeeld zijn diefstal. De werkgever moet dit wel kunnen bewijzen en direct mededelen bij het ontslag op staande voet. Let wel, ontslag op staande voet is een vergaande maatregel die niet zomaar kan worden ingezet. Omdat een werknemer in geval van een ontslag op staande voet geen recht heeft op een WW-uitkering, is er een grote kans dat hij dit ontslag gaat aanvechten. Procedures zijn niet zonder risico's en duur.

Indien u meer informatie wilt over hoe een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd beëindigd kan worden neem dan contact op met één van onze juristen.

Het is dus niet gemakkelijk om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te beëindigen, redenen waarom vaak gekozen wordt voor de inhuur van een zzp-er. Maar zoals aangegeven kan de rechter onder omstandigheden toch oordelen dat sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat de 'werknemer' de hiervoor beschreven ontslagbescherming heeft.

2.3.2 Bepaalde tijd (ketenregeling)

We zien in de praktijk veel werkgevers kiezen voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als er een risico is dat een overeenkomst met een zzp-er als een arbeidsovereenkomst wordt gezien. De in het Burgerlijk Wetboek opgenomen mogelijkheid van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is te beschouwen als een flexibele arbeidsrelatie. Voor een bepaalde duur of project kan een arbeidskracht worden aangetrokken. Meestal wordt in een arbeidsovereenkomst de precieze begin- en einddatum vastgelegd.

Duur van een bepaalde periode

In de meeste gevallen wordt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan voor de duur van een bepaalde periode. Deze periode, bijvoorbeeld 6 maanden, en de einddatum moeten worden vastgelegd in de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege op de afgesproken einddatum.

Duur van een project

Soms is het einde van een arbeidsovereenkomst afhankelijk van bijvoorbeeld het herstel van een zieke werknemer. De arbeidsovereenkomst wordt dan aangegaan voor de duur van de afwezigheid van de betreffende werknemer. Dit kan een risicovolle bepaling zijn want wat als de zieke werknemer niet volledig herstelt? Het is dan onduidelijk of de arbeidsovereenkomst van de vervanger van de zieke werknemer eindigt als de zieke werknemer weer deels aan het werk gaat. Het is daarom aan te raden om in ieder geval een einddatum op te nemen!

Aanzegging

De werkgever heeft overigens wel een "aanzegplicht", welke inhoudt dat de werkgever uiterlijk een maand voordat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt de werknemer schriftelijk moet informeren of de arbeidsovereenkomst wel of niet wordt voortgezet en zo ja, onder welke voorwaarden.

Als een werkgever de aanzegplicht niet of niet tijdig nakomt, heeft dit tot gevolg dat de werkgever een aanzegvergoeding verschuldigd is naar rato van de periode dat de werkgever te laat is met het aanzeggen. De aanzegvergoeding is verschuldigd vanaf een maand na de dag waarop de aanzegplicht is ontstaan. Wanneer de werkgever de aanzegplicht niet nakomt en de werknemer doorwerkt na de afgesproken einddatum, dan is de arbeidsovereenkomst van rechtswege verlengd voor de duur en onder dezelfde voorwaarden van de voorgaande arbeidsovereenkomst. Bij een vierde overeenkomst is de arbeidsovereenkomst van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geworden (zie ook de ketenregeling).

De aanzegplicht geldt niet voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die is aangegaan voor minder dan zes maanden. De aanzegplicht geldt ook niet als het een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betreft waarbij het einde niet op een kalenderdatum is gesteld, bijvoorbeeld bij de duur van een bepaald project. Ten slotte geldt de aanzegplicht niet in geval van een uitzendovereenkomst waarin een uitzendbeding is opgenomen.

Ketenregeling

Werkgever en werknemer kunnen niet onbeperkt arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd overeenkomen. Dit ter bescherming van de werknemer.

Het is, op grond van de wet, ook wel de ketenregeling genaamd, mogelijk om drie contracten binnen een periode van drie jaar aan te gaan. Als, of het aantal van drie overeenkomsten, of de duur van drie jaar (in totaal) wordt overschreden dan ontstaat er van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een eventueel van toepassing zijnde CAO kan van de termijn of het aantal van 3 afwijken.

Een keten kan worden 'doorbroken' wanneer de periode tussen twee arbeidsovereenkomsten meer dan zes maanden bedraagt.

Kabinetsplannen: Het Kabinet overweegt de periode van zes maanden te vervangen door een periode van vijf jaar.

Er zijn een aantal uitzonderingen op de wettelijke ketenregeling, te weten:

- De ketenregeling is alleen van toepassing als er sprake is van een keten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Eén arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een looptijd van meer dan drie jaar is geen keten. De ketenregeling is in zo een geval dus ook niet van toepassing.
- De ketenregeling geldt in het geheel niet voor werknemers jonger dan achttien jaar die maximaal twaalf uur per week werken en voor arbeidsovereenkomsten aangaan in het kader van een beroepsbegeleidende leerweg (BBL).
- Voor dienstverbanden met werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt en waarbij de eerste arbeidsovereenkomst is aangegaan nadat deze leeftijd is bereikt geldt een verlengde ketenregeling van maximaal zes arbeidsovereenkomsten in maximaal vier jaar.
- Bij CAO kan worden afgeweken van de wettelijke ketenregeling tot maximaal zes arbeidsovereenkomsten in maximaal vier jaar en kan de benodigde tussenpose om een keten te doorbreken onder voorwaarden worden verkort naar drie maanden. Er zijn ook CAO's die een kortere termijn kennen (bijvoorbeeld twee jaar in plaats van drie).

2.3.3 Opvolgend werkgeverschap

Er is sprake van opvolgend werkgeverschap indien tussen een werknemer en verschillende werkgevers opvolgende arbeidsovereenkomsten worden gesloten en deze werkgevers, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaar opvolgers te zijn.

In de praktijk betekent dit dat indien een werknemer wisselt van werkgever (denk hierbij bijvoorbeeld aan een overname) maar feitelijk nagenoeg hetzelfde werk blijft uitoefenen, de nieuwe werkgever zal gelden als opvolgend werkgever.

Een CAO kan de toepasselijkheid van de ketenregeling in geval van opvolgend werkgeverschap uitsluiten.

Het opvolgend werkgeverschap is met name van belang bij de vaststelling van de lengte van het dienstverband, de berekening van de transitievergoeding, bij de ketenregeling en bij een doorstart vanuit faillissement.

2.3.4 Transitievergoeding

Als een arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever eindigt, dan is de werkgever een transitievergoeding verschuldigd, tenzij de werknemer van de situatie een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De transitievergoeding is verschuldigd als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt beëindigd door het invoeren van een van de ontslaggronden door de werkgever (paragraaf 2.3.1, dus met toestemming van het UWV/de kantonrechter), maar ook als de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet wordt voortgezet op verzoek van de werkgever (paragraaf 2.3.2). De transitievergoeding bedraagt 1/3e maandsalaris per gewerkt dienstjaar en wordt tot op de dag nauwkeurig berekend. In het maandsalaris moet ook rekening worden gehouden met bijv. bonussen, eindejaarsuitkeringen, overwerktoeslagen etc.

De vergoeding is per 1 januari 2024 maximaal € 94.000 bruto. Of, als het jaarsalaris van een werknemer hoger is dan € 94.000, maximaal 1 bruto jaarsalaris.

Een werkgever die van een ontslagsituatie een ernstig verwijt kan worden gemaakt (bijvoorbeeld als hij zonder reden een ontslag van de werknemer forceert), kan soms ook een billijke vergoeding verschuldigd zijn aan de werknemer. Dit is geen vaste vergoeding, maar een vergoeding van de schade van de werknemer.

2.3.5 Fulltime/parttime (geen onderscheid naar arbeidsduur)

Werkgevers streven naar het zo efficiënt mogelijk benutten van arbeidskracht. Werkgevers willen het personeelsbestand aanpassen aan de steeds wisselende hoeveelheid arbeid die moet worden verricht.

Er kunnen diverse vormen onderscheiden worden.

Parttimewerk

Parttimewerk is te beschouwen als een vorm van flexibele arbeid. Indien met de invulling van een bepaalde functie geen 36-40-urige werkweek gevuld kan worden, kan een werkgever kiezen voor een parttimecontract. Parttime arbeid kan in verschillende vormen voorkomen, bijvoorbeeld:

- parttime arbeid met vaste werktijden;
- parttime arbeid gedurende een vast aantal uren op wisselende tijden; en
- de zogenaamde oproepovereenkomsten: min/max-overeenkomsten of nul-urenovereenkomsten.

Met betrekking tot parttime arbeidsrelaties bestaat met name vaak onduidelijkheid over de vraag voor hoeveel uur deze overeenkomst is aangegaan. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als terzake geen duidelijke afspraken zijn gemaakt of als de werknemer in de loop van tijd meer is gaan werken dan het aantal overeengekomen uren. Voor deze situatie zal het 'tweede' rechtsvermoeden (zie paragraaf 2.2.4) duidelijkheid kunnen geven.

De werkgever mag geen onderscheid maken tussen werknemers op grond van een verschil in arbeidsduur in de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet dan wel beëindigd, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

2.3.6 Oproepovereenkomsten, nul-urenovereenkomst, min/maxovereenkomst

Oproepovereenkomsten

Een oproepovereenkomst is een arbeidsovereenkomst met een flexibele arbeidsomvang. Er zijn meerdere soorten oproepovereenkomsten, de twee meest voorkomende zijn de nul-urenovereenkomst en de min-maxovereenkomst. In een nul-urenovereenkomst zijn geen vaste arbeidsuren overeengekomen en in een min-max overeenkomst is, zoals de naam al zegt, een minimum en een maximum aantal uren vastgelegd per week/maand/jaar.

Oproepkrachten worden in de praktijk alleen opgeroepen als er werk beschikbaar is. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de horeca. Oproepkrachten hebben daarmee weinig tot geen zekerheid over de tijdstippen waarop zij zullen werken en over de omvang van de arbeid.

In beginsel worden aan oproepkrachten alleen de gewerkte uren uitbetaald. Tenzij het gaat om een reden die in de risicosfeer van de werkgever ligt. Op basis van de wet is het mogelijk om in een oproepovereenkomst tot maximaal de eerste zes maanden van het dienstverband, af te wijken van de loondoorbetalingsverplichting indien er niet wordt gewerkt wegens een reden die in de risicosfeer van de werkgever ligt (bijvoorbeeld als er onvoldoende werk is). Een CAO kan anders bepalen. Bij een min-maxovereenkomst geldt wel dat de werknemer recht heeft op het minimum aantal overeengekomen uren. Een oproepkracht kan, als hij of zij meer dan 3 maanden heeft gewerkt, wel een beroep doen op het wettelijke rechtsvermoeden (zie ook paragraaf 2.2.4).

Om oproepkrachten meer bescherming te bieden gelden de volgende regels:

Recht op loon voor 3 uur

Op grond van de wet hebben oproepkrachten recht op loon van minimaal drie uur per oproep, dus ook als zij minder uren hebben gewerkt. Dit geldt onder de volgende voorwaarden:

- de oproepkracht heeft geen zekerheid over het aantal uren dat hij/zij per week kan werken, of
- de oproepkracht heeft een arbeidsovereenkomst van minder dan vijftien uur per week en weet niet op welke tijdstippen de werkgever zal oproepen.

Oproeptermijn

Daarnaast is het zo dat, sinds 1 januari 2020, er een oproeptermijn van ten minste vier dagen geldt. Wordt de werknemer later opgeroepen? Dan hoeft hij geen gehoor te geven aan de oproep. Een van toepassing zijnde CAO kan afwijken van deze wettelijke termijn, maar deze mag niet korter zijn dan 24 uur. Als een werkgever niet tijdig de oproep intrekt of wijzigt, dan moet de werkgever wel het loon betalen voor het aantal uren dat de werknemer was opgeroepen.

Voorspelbaar en onvoorspelbaar werkpatroon

Als de arbeidsomvang van een werknemer vooraf niet bekend is, spreken we van een onvoorspelbaar werkpatroon. In dat geval dient een werkgever de werknemer te informeren over de momenten waarop verplicht arbeid moet worden verricht (referentiedagen en - uren), het aantal gewaarborgde betaalde uren en het loon voor arbeid verricht boven op die gewaarborgde uren. De werknemer heeft het recht om buiten de referentiedagen en uren de arbeid te weigeren.

Verzoek tot meer voorspelbare en zekere arbeidsvoorwaarden

Werknemers met een onvoorspelbaar werkpatroon hebben per 1 augustus 2022 het recht om een verzoek in te dienen bij de werkgever om meer voorspelbare en zekere arbeidstijden te krijgen. De werknemer moet ten tijde van het verzoek ten minste 26 weken werkzaam zijn bij de werkgever. Een werkgever is niet verplicht in te stemmen met het verzoek en de arbeid moet wel beschikbaar zijn. Binnen één maand nadat het verzoek is ingediend dient de werkgever schriftelijk en gemotiveerd te reageren. Voor kleine werkgevers (werkgevers met tien of minder werknemers) geldt een langere termijn van drie maanden. Indien een werkgever niet tijdig reageert op het verzoek, wordt de (vorm van de) arbeid van de werknemer overeenkomstig het verzoek aangepast.

Aanbod tot vaste arbeidsomvang

Daarnaast geldt de verplichting dat de werkgever de werknemer na twaalf maanden dienstverband verplicht een aanbod dient te doen voor een vaste arbeidsomvang. Dit aanbod moet zijn gebaseerd op de gemiddelde arbeidsomvang in de twaalf maanden voorafgaand aan het aanbod. Doet de werkgever dit niet dan ontstaat er wel recht op loon over het aantal uren die zouden moeten zijn aangeboden aan de werknemer. De werknemer kan het aanbod wel afwijzen, er zijn natuurlijk situaties denkbaar dat een werknemer juist flexibel wil blijven werken, bijvoorbeeld scholieren. In dat geval moet de werkgever na twaalf maanden opnieuw een aanbod doen, enzovoort.

Recente jurisprudentie geeft aan dat als een werknemer een aanbod tot vaste arbeidsomvang weigert, de werknemer geen beroep op het rechtsvermoeden kan doen met terugwerkende kracht. Dit wil nog niet zeggen dat een werknemer, die een aanbod heeft geweigerd, geen beroep meer kan doen op het rechtsvermoeden.

Kabinetsplannen: de positie van de oproepkracht is de afgelopen jaren al versterkt; maar het kabinet wil eigenlijk helemaal af van nul-overeenkomsten en dergelijke. Zie ook paragraaf 1.3.5.

2.4 CAO en bedrijfstakpensioenfondsen

In deze paragraaf gaan we wat nader in op de CAO en het bedrijfstakpensioenfonds.

2.4.1 CAO

Naast dat partijen samen afspraken kunnen maken over de arbeidsvoorwaarden, zoals in de arbeidsovereenkomst of in een arbeidsvoorwaardenreglement, kan er ook een collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) van toepassing zijn op een arbeidsrelatie.

Wat voor CAO's zijn er?

Er zijn verschillende soorten CAO's: een CAO voor een bepaalde bedrijfstak (zoals de metaal en techniek, uitzendbranche etc.) of voor specifieke ondernemingen.

Wat is er geregeld in een cao?

Afhankelijk van de CAO, en de organisatie of de bedrijfstak waarvoor de cao geldt, kunnen er verschillende onderwerpen zijn geregeld in de CAO. Denk hierbij aan arbeidsvoorwaarden zoals: loonschalen, arbeidsduur- en tijden, vakantiedagen, verlof, reiskostenvergoedingen, overwerk, scholingsactiviteiten etc. Ook kan in een CAO zijn afgeweken van de wettelijke ketenregeling. Daarnaast kan een cao ook regels bevatten over bijvoorbeeld hoe om te gaan met flexibele arbeidsovereenkomsten (oproepovereenkomsten).

Gebondenheid aan de CAO

Een werkgever moet de cao toepassen als:

- de werkgever hem zelf heeft afgesloten (ondernemings-cao);
- de werkgever lid is van een werkgeversorganisatie die de CAO voor hem heeft afgesloten (bedrijfstak-cao);
- er in zijn branche een bedrijfstak-cao is die algemeen verbindend verklaard (zie hierna);
- de werkgever en de werknemer de CAO van toepassing hebben verklaard op de arbeidsverhouding, dit gebeurt vaak in de arbeidsovereenkomst.

Algemeen verbindend verklaring

De Minister van SZW heeft op grond van de Wet op het algemeen verbindend verklaren van bepalingen van CAO's (de Wet AVV) de mogelijkheid om een CAO algemeen verbindend te verklaren, wat tot gevolg heeft dat de normatieve bepalingen uit de CAO voor alle betrokken werkgevers en werknemers die onder de werkingssfeer van de CAO vallen toegepast moeten worden.

Als een CAO algemeen verbindend verklaard ("avv") is verklaard, dan zijn de arbeidsvoorwaarden uit de CAO van toepassing op de arbeidsrelatie. De CAO werkt direct door in de arbeidsovereenkomst.

Arbidsvoorwaarden die werkgever en werknemer zijn overeengekomen die in strijd zijn met de algemeen verbindend verklaarde CAO bepalingen zijn daarom van rechtswege nietig en worden automatisch vervangen door een CAO bepalingen. Verder vullen de bepalingen uit de CAO de overeengekomen arbeidsvoorwaarden aan.

Standaard- en minimum CAO

Daarnaast kan men onderscheid maken tussen een standaard-CAO en een minimum-CAO. Een standaard-CAO stelt de enige norm waaraan een arbeidsovereenkomst moet voldoen, afwijken van deze bepalingen is niet mogelijk (nietig). Daarentegen geeft een minimum-CAO de ondergrens aan waaraan de arbeidsvoorwaarden van een werknemer moeten voldoen. Dit betekent dat de werkgever wel ten gunste van de werknemer mag afwijken van de minimum-CAO maar niet ten nadele van de werknemer, dan treedt namelijk hetzelfde gevolg in als bij de standaard-CAO en is de bepaling nietig.

Nawerking van een CAO

Net als een individuele arbeidsovereenkomst kan een CAO worden aangegaan voor een bepaalde looptijd of eindigen door opzegging. Vanaf het moment dat de CAO door tijdsverloop of opzegging eindigt, eindigt ook de gebondenheid van de CAO partijen en hun leden. Vanaf dit moment herleeft de contractsvrijheid tussen de georganiseerde werkgever en georganiseerde werknemer en mogen partijen zelf afspraken maken over de rechten en plichten die in de arbeidsovereenkomst staan.

De Hoge Raad heeft in haar uitspraak Rode Kruid Ziekenhuis/Te Riet bepaalt dat genormeerde arbeidsvoorwaardenbepalingen ook na afloop van de CAO tussen de georganiseerde werkgever en georganiseerde werknemer blijven gelden behoudens nadere andersluidende individuele of collectieve afspraken. Deze zogenoemde 'nawerking' heeft tot gevolg dat de bepalingen van de CAO blijven gelden zolang de georganiseerde werkgever en georganiseerde werknemer geen ander bepalingen zijn overeengekomen.

2.4.2 Bedrijfstakpensioenfondsen

Een werkgever is niet verplicht een pensioenregeling aan een werknemer aan te bieden.

Voor sommige bedrijven en beroepen is er echter wel een verplichte pensioenregeling, dit is geregeld in een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds ("BPF"). Werkgevers binnen een specifieke bedrijfstak zijn vaak verplicht om deel te nemen aan dit BPF. Het is vaak lastig om te bepalen of een werknemer binnen de werkingssfeer van een BPF valt.

Consequenties niet toepassen verplicht bedrijfstakpensioenfonds

Als een werkgever een BPF verplicht moet toepassen maar dit niet doet, dan heeft dit grote financiële consequenties voor de werkgever. De werkgever moet namelijk als de rechter beslist dat de BPF van toepassing is, met terugwerkende kracht pensioenpremies afdragen. Dit is bevestigd door het gerechtshof Amsterdam in twee uitspraken van 21 december 2021 waarin Deliveroo geen deelnemer was in het pensioenfonds beroepsvervoer. De rechter oordeelde dat dit pensioenfonds wel van toepassing was op de bezorgers die voor Deliveroo werkzaam waren. Met als gevolg dat Deliveroo met terugwerkende kracht vanaf 2015 voor alle (oud)bezorgers pensioenpremies moet afdragen.

2.5 Bedingen in de arbeidsovereenkomst

In deze paragraaf gaan we nader in op de diverse bedingen die in een arbeidsovereenkomst zoal kunnen voortkomen.

2.5.1 Soorten arbeidsvoorwaarden

Arbidsvoorwaarden kunnen grofweg worden onderscheiden in primaire-, secundaire- en tertiaire arbeidsvoorwaarden. Hieronder een korte uitleg.

1. Primaire arbeidsvoorwaarden

Primaire arbeidsvoorwaarden worden nagenoeg altijd vastgelegd in een arbeidsovereenkomst en vormen de basis van de afspraken tussen werkgever en werknemer. Primaire arbeidsvoorwaarden zijn het loon (ook inbegrepen de variabele looncomponenten), de functie, vakantiegeld, vakantiedagen, de arbeidstijd en een eventueel pensioen.

2. Secundaire arbeidsvoorwaarden

Secundaire arbeidsvoorwaarden zijn onder andere reiskostenvergoedingen, verlof, studieregelingen, auto van de zaak et cetera. Deze arbeidsvoorwaarden worden soms vastgelegd in de arbeidsovereenkomst of in een afzonderlijk arbeidsvoorwaardenreglement die voor alle werknemers geldt, maar kunnen ook volgen uit een van toepassing zijnde CAO of uit de wet.

3. Tertiaire arbeidsvoorwaarden

Bij tertiaire arbeidsvoorwaarden kan worden gedacht aan bijvoorbeeld het faciliteren door de werkgever van een sportabonnement, eventuele uitjes georganiseerd door de werkgever, een kerstpakket etc..

2.5.2 Bedingen in de arbeidsovereenkomst op grond van de informatieplicht

Op grond van de wet geldt een informatieplicht (zie paragraaf 2.2.3). Deze informatieplicht geeft aan welke informatie de werkgever allemaal schriftelijk aan de werknemer moet mededelen. Hieronder gaan wij kort in op een aantal hiervan en een aantal veelvoorkomende en belangrijke bepalingen uit de arbeidsovereenkomst:

Duur van de arbeidsovereenkomst

In de arbeidsovereenkomst moet worden vastgelegd of deze is aangegaan voor bepaalde of onbepaalde tijd. Als de overeenkomst voor bepaalde tijd is aangegaan, moet worden opgenomen wat de looptijd is van de overeenkomst en op welke datum de overeenkomst van rechtswege eindigt.

Arbeidsomvang

Bij een arbeidsovereenkomst met een vaste arbeidsomvang, bijv. 36-uur per week, moet het aantal uur zijn vastgelegd in de arbeidsovereenkomst. Bij een nul-urenovereenkomst is dit niet mogelijk. De werkgever moet dan in ieder geval de referentiedagen en -uren noemen waarbinnen de werknemer opgeroepen kan worden.

Standplaats

De standplaats van de werkgever en de locatie van waar de werknemer zijn werkzaamheden voor de werkgever zal verrichten, moeten in de arbeidsovereenkomst zijn opgenomen.

Functie(omschrijving)

Een werknemer moet weten welke functie hij gaat verrichten. Daarbij moet de werkgever een duidelijke omschrijving geven van de taken, verantwoordelijkheden en verwachtingen die de werkgever heeft bij de functie.

Loon

De werkgever zal in de arbeidsovereenkomst duidelijk moeten maken wat onder het loon valt en wat de uitbetalingstermijn van het loon zal zijn (wekelijks, twee wekelijks of maandelijks). Daarnaast is het goed als werkgever te specificeren of overwerk in het loon is inbegrepen of niet.

Loondoorbetaling bij ziekte

Als een werknemer ziek is, is de werkgever wettelijk verplicht om minimaal 70% van het loon van de werknemer door te betalen. Het is goed om de werknemer daarop te wijzen in de arbeidsovereenkomst.

Op grond van de wettelijke regeling geldt wel dat de werknemer gedurende het eerste jaar van zijn ziekte minimaal recht heeft op het wettelijk minimumloon. Dit betekent dat een werknemer die het minimumloon verdient gedurende de eerste 52 weken van zijn ziekte recht heeft op 100% van zijn loon. Gedurende het tweede jaar van ziekte geldt dit minimum niet.

Als het loon van de werknemer het maximumdagloon overschrijdt, dan hoeft de werkgever slechts 70% van het maximumdagloon door te betalen.

In een van toepassing zijnde CAO of in de arbeidsovereenkomst kan van de wettelijke regeling zijn afgeweken, ten gunste van de werknemer.

Tot slot, is het goed om te vermelden dat de loondoorbetaling bij ziekte betrekking heeft op het in geld vastgestelde loon. Heeft de werknemer naast het loon in geld recht op andere voordelen, zoals toeslagen of overwerkvergoedingen dan worden deze aanspraken in beginsel niet aangetast door de afwezigheid tijdens ziekte. Daarbij geldt ten aanzien van overwerk dat de werknemer enkel aanspraak maakt op een vergoeding van overwerkuren als de werknemer kan aantonen dat hij of zij ook zou moeten overwerken als geen sprake was geweest van ziekte. De werknemer heeft dan recht op minimaal 70% van zijn overwerkvergoeding. Werkgever en werknemer kunnen hier wel afwijkende afspraken over maken in de arbeidsovereenkomst.

Opzegtermijnen

Op grond van de wettelijke informatieplicht moeten schriftelijk aan de werknemer worden vermeld welke opzegtermijnen van toepassing zijn op de arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer. Een verwijzing naar de wettelijke regeling mag ook.

Vakantiedagen

Alle werknemers hebben op grond van de wet recht op 4 keer de arbeidsduur per week aan vakantiedagen in een kalenderjaar. Dus iemand die 40 uur per week werkt, heeft recht op 160 uur aan vakantie in een jaar. Naast de wettelijke vakantiedagen kennen werkgevers vaak ook extra vakantiedagen toe, de zogenoemde “bovenwettelijke vakantiedagen”. De werkgever zal in de arbeidsovereenkomst moeten opnemen op hoeveel vakantiedagen de werknemer recht heeft.

Bovenwettelijke vakantiedagen mag een werkgever niet intrekken, de werknemer heeft recht op het aantal dagen dat is vastgesteld in zijn contract of in de CAO. Bovenwettelijke vakantiedagen zijn vijf jaar na het jaar waarin zij zijn ontstaan geldig, waarna de vakantiedagen van rechtswege vervallen. Wettelijke vakantiedagen vervallen na een halfjaar na het kalenderjaar waarin de werknemer de vakantiedagen heeft opgebouwd. De werkgever is verplicht om de werknemer te informeren wanneer de (boven)wettelijke vakantiedagen vervallen, zodat de werknemer de mogelijkheid heeft om de vakantiedagen op te nemen.

Vakantiegeld

Naast de vakantiedagen bouwt een werknemer ook vakantiegeld op. Vakantiegeld is op grond van de wet minimaal 8% van het brutoloon van de werknemer op jaarbasis. Vakantiegeld wordt meestal één keer per jaar uitbetaald, vaak in de maand mei. Vakantiegeld mag ook maandelijks worden uitbetaald, maar dit moeten partijen wel expliciet schriftelijk overeengekomen.

Deelname aan pensioenregeling

Een werkgever is niet verplicht om de werknemer te voorzien van een pensioenregeling (voor meer informatie zie ook paragraaf 2.4.2). Een werkgever moet de werknemer wel laten weten of hij/zij deelneemt in een pensioenfonds en zo ja, bij welke pensioenuitvoerder.

2.5.3 Bijzondere bedingen

De belangrijkste bijzondere bedingen die in de arbeidsovereenkomst kunnen worden opgenomen zijn:

Concurrentiebeding

Een werkgever kan met een werknemer een concurrentiebeding, al dan niet in combinatie met een relatiebeding, overeenkomen. Een werkgever mag een concurrentie- en/of relatiebeding alleen gebruiken om haar bedrijfsdebiets te beschermen. Dit kan dus nuttig zijn ten aanzien van werknemers die een positie bekleden waarin zij kennisnemen van concurrentiegevoelige informatie.

Er zit wel een verschil in het concurrentie- en relatiebeding. Op grond van een overeengekomen concurrentiebeding kan het de werknemer verboden worden om na het einde van de arbeidsovereenkomst gedurende een zekere tijd (meestal één of twee jaar) in dienst te treden bij concurrenten van werkgever dan wel voor eigen rekening concurrerende werkzaamheden te verrichten. In een relatiebeding wordt het de werknemer verboden om na het einde van de arbeidsovereenkomst contacten te onderhouden met relaties van de werkgever. Hieronder wordt niet verstaan het in dienst treden bij een relatie van werkgever. Het is raadzaam om een boete te verbinden aan een overtreding van een concurrentie- en/of relatiebeding (te verbeuren per overtreding en per dag). Deze boete moet ook schriftelijk overeen gekomen worden.

Er gelden wel een aantal regels voor een concurrentie- en/of relatiebeding. Allereerst moet de werknemer met wie het beding wordt overeengekomen, meerderjarig zijn. Ook moet het beding schriftelijk overeengekomen worden; niet geldig is een verwijzing in de arbeidsovereenkomst naar een reglement waarin een concurrentiebeding is opgenomen.

Geadviseerd wordt het concurrentiebeding bij iedere verlenging van de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk opnieuw schriftelijk overeen te komen. Ook tijdens of bij het einde van het dienstverband kan een concurrentiebeding overeen worden gekomen.

Een concurrentie- en/of relatiebeding mag niet te ruim zijn geformuleerd, anders is het nietig. Het beding dient te zijn beperkt in tijd (bijvoorbeeld twee jaar na afloop van het dienstverband) en in geografisch gebied (bijvoorbeeld 100 kilometer vanaf de standplaats van werkgever). Een juiste formulering is heel belangrijk.

Kabinetsplannen: Het kabinet wil het gebruik van het concurrentiebeding verder inperken. Eind 2023 wordt een wetsvoorstel verwacht. Onderdeel van de nieuwe regeling kan zijn een vergoeding die de werkgever aan de werknemer moet betalen als hij de werknemer aan het concurrentiebeding wil houden.

Concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is in beginsel niet geldig. Een concurrentiebeding kan alleen geldig worden overeengekomen als er sprake is van een 'zwaarwichtig bedrijfs- of dienstbelang'. Is dit het geval, dan moet de werkgever in het concurrentiebeding aangeven waarom het noodzakelijk is dat een werknemer na zijn dienstverband niet bij concurrerende organisaties mag gaan werken. Een op maat gemaakte motivatie is vereist. Ontbreekt de motivatie, dan is het beding nietig.

Geheimhoudingsbeding

In een arbeidsovereenkomst is ook vaak een geheimhoudingsbeding opgenomen. Door een geheimhoudingsbeding wordt het de werknemer verboden om vertrouwelijke informatie van de werkgever openbaar te maken. Een geheimhoudingsbeding geldt voor zowel tijdens als na de arbeidsovereenkomst. Een werknemer mag vertrouwelijke informatie wel openbaren als dit noodzakelijk is, bijvoorbeeld op grond van een wettelijke verplichting.

Als sanctie voor het overtreden van het geheimhoudingsbeding is het aan te raden om een boetebeding op te nemen.

Als een werkgever geen specifieke afspraken met zijn werknemers heeft gemaakt over geheimhouding, dan kan de werknemer, die geheime informatie van de werkgever openbaar maakt, in sommige gevallen op staande voet worden ontslagen. Dit moet de werkgever wel aan kunnen tonen.

Proeftijdbeding

Tijdens een proeftijd kan zowel de werkgever als de werknemer de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang opzeggen. Een proeftijdbeding moet schriftelijk overeengekomen worden voordat de werkzaamheden van de werknemer aanvangen. Ook kan een proeftijd alleen overeengekomen worden in de eerste overeenkomst tussen werkgever en werknemer.

Op grond van de wet gelden regels voor de lengte van de proeftijd:

- een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van zes maanden of korter: geen proeftijdbeding.
- een arbeidsovereenkomst langer dan zes maanden maar korter dan twee jaar mag: een proeftijd van ten hoogste één maand.
- een arbeidsovereenkomst voor langer dan twee jaar of voor onbepaalde tijd: een proeftijd van 2 maanden.

Een kortere regeling mag altijd. Bij CAO kan worden afgeweken van de wettelijke regeling.

Als de werknemer daarom vraagt moet de werkgever schriftelijk de reden van ontslag in de proeftijd geven. De wet bevat echter geen sanctie hiervoor. De opzegverboden zijn niet van toepassing tijdens de proeftijd. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat een werkgever niet met de reden ziekte of zwangerschap de arbeidsovereenkomst kan als opzeggen tijdens de proeftijd. Er kan dan sprake zijn van schadelijkt ontslag.

Nevenwerkzaamheden

Een werknemer heeft in principe recht om naast zijn werk ander werk te doen, zelfs als hij voor dat werk wordt betaald. Veel werkgevers vinden dit ongewenst. In de praktijk kan het voorkomen dat werknemers door ook andere werkzaamheden uit te voeren, uitgeput op het werk komen. Daarom wordt in vrijwel de meeste arbeidsovereenkomsten een nevenwerkzaamhedenbeding opgenomen. Tot voorkort bestond zo een bepaling ook wel uit een algeheel verbod op nevenwerkzaamheden voor de werknemer.

Met de invoering van de Wet implementatie EU-richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden sinds 1 augustus 2022 kan de werkgever nevenwerkzaamheden niet meer in het geheel verbieden. Het uitgangspunt is dat de werknemer nevenwerkzaamheden mag uitvoeren tenzij hiervoor een objectieve rechtvaardigingsgrond is. Het gaat er hier dus eigenlijk om dat de werknemer nevenwerkzaamheden moet kunnen verrichten tenzij de werkgever vindt dat hij een objectief gerechtvaardigd belang heeft dat die nevenwerkzaamheden niet verenigbaar zijn met de werkzaamheden van de werknemer bij de werkgever.

Voorbeelden van een objectief gerechtvaardigd belang die de wetgever noemt zijn: de bescherming van vertrouwelijkheid van bedrijfsinformatie, vermijden van belangenconflicten en het naleven van de Arbeidstijdenwet. Het blijft echter afhankelijk van de situatie of er sprake is van een objectief gerechtvaardigd belang.

Als de werkgever nevenwerkzaamheden wil verbieden en zich daarbij beroept op het overeengekomen nevenwerkzaamhedenbeding, dan is het van belang dat de werkgever ook direct benoemt wat zijn objectief gerechtvaardigd belang is.

Eenzijdig wijzigingsbeding

De bedoeling van de wetgever is het eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden door een werkgever terug te dringen. Daarom is in de wet opgenomen dat een werkgever slechts een beroep kan doen op een schriftelijk beding, indien overeengekomen door werkgever en werknemer, dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen indien de werkgever bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer, dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. De toetsing dient door de rechter plaats te vinden.

Vereist is dat het wijzigingsbeding schriftelijk met de werknemer is overeengekomen. Duidelijk kenbaar moet zijn dat de werknemer schriftelijk akkoord is gegaan met het eenzijdig wijzigingsbeding. Een eenzijdig wijzigingsbeding kan ook in de CAO opgenomen zijn.

Indien geen wijzigingsbeding is overeengekomen, staan de werkgever voor de wijziging van een arbeidsovereenkomst in beginsel drie wegen open:

- een verzoek aan de werknemer om in te stemmen met de wijziging;
- een verzoek aan de kantonrechter om de overeenkomst te wijzigen op grond van onvoorziene omstandigheden;
- een ontbindingsprocedure al dan niet onder gelijktijdige aanbieding van een nieuwe, gewijzigde arbeidsovereenkomst. Gesproken wordt ook wel over partiële opzegging of ontbinding.

In de jurisprudentie is met betrekking tot de eerste van de drie hiervoor genoemde wegen bepaald dat de werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met het wijzigen van een arbeidsvoorwaarde, in het algemeen positief behoort in te gaan. De werknemer mag dergelijke voorstellen alleen afwijzen wanneer de aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van de werknemer kan worden gevergd.

Studiekostenbeding

Een studiekostenbeding is er in vele vormen. Als een werknemer een opleiding wil doen, al dan niet in het kader van zijn werkzaamheden, kunnen partijen overeenkomen dat de werknemer als het ware een studieschuld aangaat bij de werkgever en deze afbouwt in de loop der tijd. Bij uit diensttreden van de werknemer kan er dus nog een studieschuld open staan.

Sinds de invoering van de Wet implementatie EU-richtlijn transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in augustus 2022, is het voor scholing en opleiding welke verplicht is op grond van de wet of een CAO, niet langer mogelijk voor een werkgever om kosten te verhalen op de werknemer (dus ook het afbouwen van studiekosten mag niet meer).

Voortaan dienen verplichte opleidingen (op grond van de wet of een CAO) kosteloos worden aangeboden aan de werknemer en dient de tijd die daarmee gepaard gaat te worden aangemerkt als arbeidstijd. Op dit moment is nog onduidelijk welke opleidingen als verplicht moeten worden aangemerkt, dit zal de praktijk moeten uitwijzen.

2.6 Overeenkomst van opdracht

2.6.1. Inleiding

Een overeenkomst van opdracht is gedefinieerd in de wet als een overeenkomst waarbij de opdrachtnemer zich verplicht om ten behoeve van de opdrachtgever werkzaamheden te verrichten. Bepaalde afspraken: zoals het maken van een werk van stoffelijke aard, kunnen niet worden gevangen in een overeenkomst van opdracht, dit is aanneming van werk.

Daarnaast is het ook zo dat er niet tegelijkertijd sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst en een overeenkomst van opdracht. Als er sprake is van een arbeidsovereenkomst, want er is voldaan aan de drie criteria (arbeid, gezag en loon), dan is er geen overeenkomst van opdracht.

2.6.2 Soort opdracht (inspanningsverbintenis/resultaatsverbintenis)

Bij het aangaan van een overeenkomst van opdracht zijn er twee soorten afspraken die een opdrachtnemer kan aangaan (i) de inspanningsverplichting of (ii) de resultaatsverplichting. Het onderscheid tussen deze twee verplichtingen is van groot belang voor de opdrachtgever, aangezien de uitkomst van beide verplichtingen wezenlijk verschillen.

Bij een inspanningsverplichting zal een opdrachtnemer zich moeten inspannen om redelijkerwijs alles te doen om een vooraf gesproken resultaat te bereiken, maar de opdrachtnemer geeft niet de garantie dat dit resultaat ook wordt bereikt.

De resultaatsverplichting gaat verder dan de inspanningsverplichting, aangezien de opdrachtnemer in dit geval zich wel verplicht een bepaald vooraf vastgesteld resultaat te bereiken. Hierbij is het voor de opdrachtnemer niet voldoende om te zeggen dat hij zich voldoende heeft ingespannen voor het resultaat als dit niet wordt bereikt bij het einde van de opdracht.

2.6.3 Zorgplicht opdrachtnemer en opdrachtgever

Zorgplicht opdrachtnemer

De opdrachtnemer heeft tijdens het uitvoeren van de opdracht een zorgplicht jegens de opdrachtgever. Deze zorgplicht houdt in dat de opdrachtnemer als een goed opdrachtnemer handelt bij de uitvoering van zijn werkzaamheden. Hiervan is sprake als de opdrachtnemer tijdens zijn werkzaamheden als een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk is gegaan. Daarbij speelt de deskundigheid van de opdrachtnemer een grote rol, aan een opdrachtnemer met meer ervaring in het vakgebied zullen hogere eisen worden gesteld dan aan een opdrachtnemer die recent binnen zijn vakgebied is begonnen.

Zorgplicht opdrachtgever

Tegenover de zorgplicht van de opdrachtnemer staat de zorgplicht van de opdrachtgever. Net als bij een werkgever, heeft de opdrachtgever een zorgplicht jegens de opdrachtnemer.

De opdrachtgever dient zich als een goed opdrachtgever te gedragen, zodat de opdrachtnemer de opdracht goed kan uitvoeren. Verder houdt de zorgplicht in dat de opdrachtgever verplicht is de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarmee hij de arbeid doet verrichten, zo in te richten en te onderhouden en ook voor het verrichten van de arbeid zulke maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de opdrachtnemer schade lijdt.

Daarnaast zal de opdrachtgever zijn medewerking aan de opdrachtnemer moet verlenen en de opdrachtnemer alle informatie dient te verstrekken die nodig is om de opdracht goed en bekwaam uit te voeren.

2.6.4 Vergoeding opdrachtnemer

Een opdrachtnemer zal voor zijn werkzaamheden een vergoeding in rekening brengen bij de opdrachtgever. Waar bij een arbeidsovereenkomst gesproken wordt van loon, is dat bij een overeenkomst van opdracht niet het geval. De vraag of er sprake is van loon of van een vergoeding voor de overeenkomst van opdracht is niet altijd duidelijk. Een opdrachtnemer zal in overleg met de opdrachtgever een tarief (per uur/per dag/vaste prijs) afspreken voor de te verrichte werkzaamheden. De opdrachtnemer factureert zijn gewerkte uren aan de opdrachtgever, op de factuur zal in de regel ook BTW in rekening worden gebracht, tenzij het gaat om vrijgestelde prestaties. .

Naast het tarief voor de werkzaamheden kan de opdrachtnemer ook verzoeken om onkosten, zoals zakelijke reiskosten of gebruik van eigen materiaal of apparatuur, separaat vergoed te krijgen van de opdrachtgever.

2.6.5 Vervanging opdrachtnemer/Inhuren derden

Bij het aangaan van een overeenkomst van opdracht is het van belang dat partijen afspraken maken over wie namens de opdrachtnemer de werkzaamheden zal verrichten. Daarbij dient men tevens afspraken te maken over de mogelijkheid voor opdrachtnemer om zich tijdens de opdracht te laten vervangen en of de opdrachtnemer derden mag inhuren om de werkzaamheden voort te zetten. Als een opdrachtnemer niet vervangbaar is, dan is er eerder sprake van persoonlijke arbeid (één van de drie criteria van een arbeidsovereenkomst).

Voor de opdrachtgever is van belang schriftelijk vast te leggen dat de opdrachtnemer enkel na vooraf verkregen toestemming van opdrachtgever zich tijdelijk of definitief mag laten vervangen. Daarbij is het raadzaam om op te nemen dat de vervanger van de opdrachtnemer dezelfde deskundigheid, opleidingsniveau en ervaring heeft als de huidige opdrachtnemer.

2.6.6 Beëindiging van de overeenkomst van opdracht

De overeenkomst van opdracht kan op verschillende manieren eindigen. De opdracht kan eindigen door:

- opzegging;
- voltooiing van de opdracht;
- verloop van tijd bij een overeenkomst van bepaalde tijd;
- ontbinding in het geval van een tekortkoming;
- wederzijds goedvinden;
- door het intreden van een ontbindende voorwaarde.

De belangrijkste beëindigingsgrond die in de wet is neergelegd is dat de opdrachtgever te allen tijde de mogelijkheid heeft de overeenkomst van opdracht op te zeggen. Partijen kunnen dit beperken, maar alleen als de opdrachtgever een professionele partij is.

Dit geldt niet voor de opdrachtnemer, die heeft als hij de opdracht is aangegaan in de uitoefening van een beroep of bedrijf enkel het recht om de overeenkomst op te zeggen indien zij voor onbepaalde duur geldt en niet door volbrenging eindigt. Uiteraard kan de opdrachtnemer gewichtige redenen hebben om de overeenkomst op te willen zeggen, denk hierbij bijvoorbeeld aan langdurige ziekte van de opdrachtnemer.

Let op, bij het voortijdig eindigen van de overeenkomst van opdracht kan de opdrachtnemer ongeacht of de opdracht is volbracht of de tijd waarvoor de opdracht is verleend is verstreken, recht hebben op een naar redelijkheid vast te stellen deel van zijn tarief. Als de beëindiging van de overeenkomst van opdracht is te wijten aan de opdrachtgever dan maakt de opdrachtnemer aanspraak op zijn volledig tarief zoals overeengekomen bij het aangaan van de opdracht.

2.6.7 Modelovereenkomsten belastingdienst

De Belastingdienst beschikt over verschillende modelovereenkomsten van opdracht, op basis waarvan een opdrachtgever de opdracht door de opdrachtnemer kan laten uitvoeren. Het werken als opdrachtnemer voor een opdrachtgever op basis van een modelovereenkomst van de belastingdienst biedt geen zekerheid of sprake is van een arbeidsovereenkomst of niet. De opdrachtnemer kan zich, zoals eerder in dit hoofdstuk uitvoerig beschreven, ook wanneer partijen een modelovereenkomst zijn overeengekomen, nog op het standpunt stellen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst (arbeid, gezag en loon).

Wij willen vanuit juridisch oogpunt nog het volgende opmerken: de modelovereenkomsten van de belastingdienst hebben een fiscaal doel: het duiden van de arbeidsrelatie. Belangrijk is echter ook aandacht te besteden aan een goede beschrijving van de opdracht (in geval van een resultaatsverbintenis een goede beschrijving van het resultaat) en onderwerpen als aansprakelijkheid van de opdrachtnemer en eventuele verzekeringen.

2.6.8 Aanneming van werk

Aanneming van werk is apart vastgelegd in de wet. Het verschil tussen een overeenkomst van opdracht en een overeenkomst tot aanneming van werk is dat er bij aanneming van werk een werk van stoffelijke aard tot stand wordt gebracht. Er wordt bijvoorbeeld een keuken geïnstalleerd of een muur gebouwd. Het gaat om een resultaatsverbintenis.

Kenmerk van een overeenkomst van aanneming is dat de opdracht tegen betaling wordt uitgevoerd. Partijen kunnen een vaste prijs (aanneemsom) overeenkomen, maar partijen kunnen ook afspreken om op basis van regie te factureren. Bij regie ontvangt de aannemer een vergoeding voor de werkelijk gemaakte kosten (uurloon en materiaal) en een percentage (meestal 10%) van de werkelijk gemaakte kosten. Dit gebeurt bijvoorbeeld bij de bouw van een woning. Bij aanneming van werk tegen een vaste prijs ligt het financiële risico bij de aannemer. De aannemer heeft immers aangegeven dat hij het werk tegen de overeengekomen prijs zal uitvoeren.

2.7 Verschil arbeidsovereenkomst en overeenkomst van opdracht

Zoals geschreven is er sprake van een arbeidsovereenkomst als er voldaan wordt aan de criteria arbeid, gezag en loon (civiele kwalificatie arbeidsovereenkomst). In de praktijk kunnen partijen dus een overeenkomst van opdracht afspreken en vastleggen, maar dit kan toch een arbeidsovereenkomst zijn als er sprake is van arbeid, gezag en loon. Op deze drie criteria zijn wij ingegaan in paragraaf 2.2.1.

Het kenmerkende verschil tussen een overeenkomst van opdracht en een arbeidsovereenkomst is de gezagsverhouding. Hiervan is sprake bij een arbeidsovereenkomst. De werknemer is “in dienst van” de werkgever c.q. staat onder zijn gezag. Bij de overeenkomst van opdracht is geen sprake van een gezagsverhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer.

Zoals hierboven ook vermeld, het is niet de vlag die bepaald van wat voor overeenkomst sprake is. Een overeenkomst van opdracht kan kwalificeren als arbeidsovereenkomst. Het zijn de feiten en omstandigheden die bepalen of er wel of geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. De partijbedoeling speelt sinds 2020 geen, dan wel een minder grote rol, in de kwalificatievraag.

Bedenk ook dat een herkwalificatie van de overeenkomst, het betreft dan in de praktijk bijna altijd een overeenkomst van opdracht die wordt geherkwalificeerd als arbeidsovereenkomst, niet alleen fiscale consequenties heeft, maar ook juridische. De fiscale kwalificatie volgt de juridische kwalificatie. Dus als een opdrachtnemer zich op het standpunt stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst en gelijk krijgt van de civiele rechter (of partijen komen overeen dat er een arbeidsovereenkomst is), dan is er fiscaal ook sprake van een arbeidsovereenkomst. Tegenovergesteld, als de belastingdienst van mening is dat er sprake is van een dienstbetrekking, dan wil dat nog niet zeggen dat er juridisch ook een arbeidsovereenkomst is. De werknemer kan zich wel op dit standpunt stellen maar de civiele rechter moet hier over oordelen. Partijen kunnen dit uiteraard ook overeenkomen.

Hoofdstuk 3

De loonheffingenaspecten van de (fictieve) dienstbetrekking

3.1 Inleiding

Voor het begrip dienstbetrekking wordt er in de fiscaliteit (loonbelasting) en sociale zekerheidsrecht aangesloten bij het privaatrecht. De verhouding van het arbeidsrecht, loonbelasting en sociale zekerheid zal in paragraaf 3.2 nader toegelicht worden. De loonbelasting kent, naast de privaatrechtelijke dienstbetrekking, ook nog een aparte categorie werkers die als werknemers gekwalificeerd worden. Deze type werkers hebben voor de loonheffingen een fictieve dienstbetrekking. In paragraaf 3.3 zal hier verder op ingegaan worden. Naast het privaatrecht heeft het belastingrecht ook een koppeling met het sociale zekerheidsrecht. In paragraaf 3.4 kunt u meer lezen over het sociale zekerheidsrechtssysteem in Nederland.

3.2 Verhouding arbeidsrecht, loonbelasting en sociale zekerheid

Binnen het Nederlandse arbeidsrecht staat de verhouding tussen de werkgever en de werknemer centraal, waarbij de arbeidsovereenkomst een grote rol speelt. Op de arbeidsovereenkomst zijn veel wettelijke arbeidsrechtelijke regels van toepassing die de bescherming van de werknemer beogen. Het socialezekerheidsrecht sluit hierop aan en is binnen Nederland het stelsel van wetten en regels die het inkomen en/of verzorging garandeert voor personen die, tijdelijk of blijvend, niet in staat zijn om daar zelf in te voorzien. Het arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht zijn nauw met elkaar verbonden op onder andere het gebied van ziekte en re-integratie, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid en pensioen. De loonbelasting/premie volksverzekeringen (de loonheffing) is een voorheffing op de inkomstenbelasting en de volksverzekeringen, waarbij de grondgedachte het beginsel van de minste pijn voorop staat.

Voor het begrip dienstbetrekking sluiten de sociale verzekeringen en de loonbelasting aan op het privaatrecht. Dit is echter niet altijd zo geweest. De Centrale Raad van Beroep nam op het gebied van de sociale verzekeringen namelijk sneller aan dat er sprake was van een dienstbetrekking. Immers, de grondgedachte achter de dienstbetrekking voor de sociale zekerheid is om de werknemers inkomensbescherming te bieden ingeval van ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid.

Vanaf 2006 is de Hoge Raad de hoogste rechter voor zowel het arbeidsrecht, sociale verzekeringen als de loonbelasting. Dit zorgt voor rechtszekerheid. In het eerste sociale zekerheidsarrest, Gouden Kooi, herhaalde de Hoge Raad de kern van het arrest Groen/Schoevers. In het arbeidsrechtelijke arrest Groen/Schoevers oordeelde de Hoge Raad dat partijen hun arbeidsrelatie op verschillende wijzen kunnen vormgeven en dat wat hen bij aanvang voor ogen staat (wil van partijen) relevant is voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Daarbij is niet één enkel kenmerk beslissend, maar alle omstandigheden in onderling verband samen bezien. Bij de beoordeling of er sprake is van een dienstbetrekking spelen verschillende omstandigheden een rol, zoals de maatschappelijke positie van de werkende. Indien de werkende een afhankelijke positie heeft en maatschappelijk gezien een zwakkere positie inneemt, is er minder aanleiding om een grote betekenis toe te kennen aan de overeengekomen overeenkomst. Daarbij is in dat verband ook van belang op wiens initiatief de specifieke vorm van de betreffende overeenkomst tot stand is gekomen.

Uit het Gouden Kooi arrest bleek dat het beslisser voor de bepaling of er sprake is van een dienstbetrekking zowel voor het arbeidsrecht, sociale zekerheidsrecht en de loonbelasting helemaal gelijk is. Ook kwam bij dit arrest naar voren dat in specifieke gevallen er een zodanige sprake kan zijn van een gezagsverhouding, dat de arbeidsrelatie, ondanks de bedoeling van de partijen, alsnog gekwalificeerd dient te worden als dienstbetrekking.

Uit de meest recente uitspraak van de Hoge Raad op 6 november 2020 (X/Gemeente Amsterdam) kwam naar voren dat de bedoeling van de partijen geen rol meer speelt bij de beoordeling of er sprake is van een dienstbetrekking. Uit dit arrest volgt namelijk dat voor de bepaling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, niet van belang is of de partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Maar dat het er om gaat of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. Als de rechten en verplichtingen zijn vastgesteld, dan kan de rechter beoordelen of de overeenkomst kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst. Kortom, van belang is om blijvend de (feitelijke) afspraken te toetsen aan de geldende wet- en regelgeving ter voorkoming van mogelijke risico's, die zich voordoen bij deze kwalificatievraagstukken. Als u twijfels heeft over de kwalificatie van een arbeidsrelatie met één van uw opdrachtnemers, dan kunt u contact opnemen met uw Newton adviseur. Wij helpen u graag verder hierbij.

3.3 Fictieve dienstbetrekkingen

In de Wet op de Loonbelasting zijn een aantal arbeidsverhoudingen opgenomen die niet als privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking kwalificeren, maar voor de sociale zekerheid en de loonheffingen wel als dienstbetrekking moeten worden beschouwd (de fictieve dienstbetrekking). Bij de fictieve dienstbetrekkingen ontbreekt er vaak één van de elementen van een dienstbetrekking. Vaak is dit het element gezag. Een fictieve dienstbetrekking kan gebaseerd zijn op een overeenkomst van opdracht of een overeenkomst tot aanneming van werk. De achtergrond van de fictieve dienstbetrekking ligt veelal in de bescherming van de werkende persoon in geval van ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid. Iemand die werkt in een fictieve dienstbetrekking is meestal verzekerd voor de werknemersverzekeringen. De opdrachtgever is in dat geval verplicht om premies te betalen. Daarnaast is de opdrachtgever in geval van een fictieve dienstbetrekking verplicht om de loonbelasting/ premie volksverzekeringen in te houden en af te dragen aan de Belastingdienst. De achtergrond hiervan is de het beginsel van de minste pijn.

Onder de Wet DBA dient de opdrachtgever in beginsel zelf te oordelen of er sprake is van een dienstbetrekking dan wel een fictieve dienstbetrekking. Let op, de fictieve dienstbetrekkingen komen pas in beeld als er geen sprake is van een echte (privaatrechtelijke of publiekrechtelijke) dienstbetrekking. Opdrachtgever en opdrachtnemer hebben in sommige gevallen de mogelijkheid om overeen te komen de fictieve dienstbetrekking uit te sluiten. Dit geldt voor de fictieve dienstbetrekking van gelijkgestelden, thuiswerkers en artiesten. Voor de overige fictieve dienstbetrekkingen geldt dit niet, als aan de wettelijke voorwaarden wordt voldaan is er in die gevallen (verplicht) sprake van een fictieve dienstbetrekking.

3.4 De sociale verzekeringen

3.4.1 Algemeen

De sociale verzekeringen bestaan uit de werknemersverzekeringen en de volksverzekeringen. De werknemersverzekeringen zien in beginsel alleen op werknemers en de volksverzekeringen zien op alle ingezetenen van Nederland. In de materiewetten is er geregeld wie er verzekerd is en welke rechten deze verzekerden hebben. De materiewetten Algemene Ouderdomswet (hierna: AOW), Algemene nabestaandenwet (hierna: Anw), Wet langdurige zorg (hierna: Wlz) en de Zorgverzekeringswet (hierna: Zvw) zien op de volksverzekeringen. De materiewetten Ziektewet (hierna: ZW), Werkloosheidswet (hierna: WW) en de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (hierna: WIA) zien op de werknemersverzekeringen.

3.4.2 De volksverzekeringen

De volksverzekeringen bestaan uit de AOW, Anw, Wlz en Zvw. De AOW voorziet in basispensioenverzekering in verband met ouderdom vanaf een bepaalde leeftijd. Het voorkomt armoede onder de ouderen en is het fundament van ons huidige pensioenstelsel. De Anw is een verzekering die weduwen en weduwnaars voorziet in een uitkering. De Wlz verzekert de zorg voor mensen die dagelijks intensieve zorg en toezicht nodig hebben. De kring der verzekerden voor de AOW, Anw, Wlz is geregeld in de materiewetten. De verzekerde is de ingezetene van Nederland en de niet-ingezetene, die hier in een echte civielrechtelijke dienstbetrekking en aan Loonbelasting is onderworpen. Daarnaast is ook de verzekerde degene die op grond van een verdrag of de EG- Verordening 883/04 in Nederland verzekerd is. De verzekerde is tevens de premieplichtige.

De Zvw voorziet in een verzekering voor ziektekosten. De verzekerde is de verzekeringsplichtige die een zorgverzekeringsovereenkomst heeft afgesloten. De Zvw verplicht de verzekeringsplichtige een ziektekostenverzekering af te sluiten bij een zorgverzekeraar naar keuze. Degene die ingevolge de Wlz van rechtswege is verzekerd moet een zorgverzekeringsovereenkomst afsluiten. Dit zijn alle ingezetenen van Nederland en degenen die hier aan loonbelasting zijn onderworpen, omdat zij hier in Nederland arbeid verrichten in een echte dienstbetrekking. De verzekeringsplichtige is tevens de premieplichtige.

3.4.3 Werknemersverzekeringen

De werknemersverzekeringen zien op loondervingsuitkeringen. De werknemer heeft recht op een uitkering als hij geen arbeidsinkomen meer geniet door bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid of niet verwijtbare werkloosheid. Wie verzekerd is voor de werknemersverzekeringen is geregeld in de materiewetten. De verzekerde is de (fictieve) werknemer, jonger dan de AOW-gerechtigde leeftijd, die in een privaatrechtelijke -, publiekrechtelijke - of fictieve dienstbetrekking werkzaam is. De werkgever is premieplichtig voor de werknemersverzekeringen. De werkgever is degene die een of meerdere werknemers in (fictieve) dienstbetrekking heeft. Zodra de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt eindigen de werknemersverzekeringen en vervalt de plicht voor de werkgever om aan zijn premieplicht te voldoen. Het is voor de werkgever verboden om de betaalde premies te verhalen op de werknemers.

Hoofdstuk 4

Werknemer versus zelfstandige

4.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken zijn we ingegaan op de positie van werknemers en zelfstandigen. In dit hoofdstuk willen we een schematisch overzicht geven van de verschillen tussen werknemers en zelfstandigheid. Er spelen meer zaken een rol dan de gezagsverhouding en de honorering. Het is ook niet eenduidig te zeggen dat de ene positie beter is dan de andere; dat hangt af van de feitelijke situatie, wat opdrachtgever/werkgever en opdrachtnemer/werknemer willen. Toch ook welk risico je wilt lopen. De ZZP'er moet voor een hoop zaken zelf zorgen, die voor de werknemer geregeld zijn. Ook moet de ZZP'er er zelf voor zorgen dat zijn opdrachtenportefeuille vol zit.

4.2 Overzicht werknemer versus zelfstandige

	Werknemer	Zelfstandige
Zelfstandigheid	In dienst van de werkgever, aan wiens gezag de werknemer onderworpen is (gezagsverhouding).	Bepaalt zelf wat hij doet, binnen de kaders die met de opdrachtgever zijn afgesproken (geen gezagsverhouding).
Verantwoordelijkheid	Verantwoordelijkheid naar buiten ligt in beginsel bij de werkgever.	Wordt volledig gedragen door de zelfstandige.
Risico's	Arbeid wordt uitgeoefend in het kader van een arbeidsovereenkomst in naam en voor rekening van de werkgever. In beginsel draagt de werkgever alle risico's.	Zelfstandige is de opdrachtnemer en als zodanig draagt de zelfstandige ook alle risico's.
Overeenkomst	Arbeidsovereenkomst Kan alleen gesloten worden met een natuurlijk persoon. Een flink aantal zaken zijn uitgekristalliseerd in het arbeidsrecht. De werknemerspositie is aardig beschermd in Nederland. 4 voorwaarden: - De werknemer is verplicht tot het verrichten van werk - De werkgever is verplicht tot het betalen van loon - De werknemer is "in dienst van" de werkgever (Gezagsverhouding) - Er is sprake van een "zekere tijd" waarin de arbeid wordt verricht (bepaalde of onbepaalde tijd)	Overeenkomst van opdracht Kan gesloten worden met een natuurlijk persoon en een rechtspersoon Overeenkomst waarbij de opdrachtnemer zich ten opzichte van de opdrachtgever verbindt werkzaamheden te verrichten, anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst
Wettelijk kader	Op de arbeidsovereenkomst is een grote hoeveelheid dwingend recht van toepassing	Bij de overeenkomst van opdracht geldt veel meer vrijheid; het meeste is regeland recht.

Meer op de volgende pagina...

	Werknemer	Zelfstandige
Wettelijk kader	Op de arbeidsovereenkomst is een grote hoeveelheid dwingend recht van toepassing	Bij de overeenkomst van opdracht geldt veel meer vrijheid; het meeste is regelend recht.
Beëindiging overeenkomst bepaalde tijd	Van rechtswege bij ommekomst van de afgesproken periode. Tussentijds alleen mogelijk als is overeengekomen, werkgever heeft wel toestemming UWV nodig. Indien tussentijds beëindigd of niet verlengd is de werkgever een transitievergoeding verschuldigd.	Van rechtswege na ommekomst van de afgesproken periode. Tussentijds als is overeengekomen en/of in onderling overleg. Transitievergoeding geldt niet. Vaak wel recht op redelijke vergoeding gebaseerd op uurtarief.
Beëindiging overeenkomst onbepaalde tijd	Toestemming UWV/rechter nodig of met wederzijds goedvinden middels een beëindigingsovereenkomst. Transitievergoeding verschuldigd, tenzij werknemer van de situatie een ernstig verwijt kan worden gemaakt. .	In dit geval kan het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) van toepassing zijn en is toestemming van het UWV nodig ingeval van grond a en b en wegens ziekte. Bij VSO zijn partijen vrij al dan niet een vergoeding af te spreken. Als de zelfstandige een verwijt kan worden gemaakt, kan de vergoeding nihil zijn
Sociale zekerheid	Is verzekerd voor werkloosheid (WW), arbeidsongeschiktheid (WAO en WIA), ziekte (ZW). Daarnaast verzekerd voor de volksverzekeringen: AOW, Anw en Wlz.	Verzekeringen voor werkloosheid, arbeidsongeschiktheid en ziekte zelf regelen. Wel verzekerd voor de volksverzekeringen (AOW, Anw en Wlz) vermits de premies worden betaald.
Vakantie	Wettelijk geregeld, doorbetaling bij vakantie en vakantietoeslag.	Geen regeling en geen doorbetaling van inkomsten tijdens vakantie.
Ziekte en arbeidsongeschiktheid	Zie bij sociale zekerheid.	Zie bij sociale zekerheid.
Werkloosheid	Zie bij sociale zekerheid.	Zie bij sociale zekerheid.
Pensioen	Veel werkgevers hebben een pensioenregeling waar wel of geen eigen bijdrage voor moet worden betaald.	Zelf regelen.
Inkomensrisico	In beginsel niet. Maandelijks wordt salaris betaald door werkgever.	Ja, ingeval van niet betalende debiteuren.
Belastingen	Loonbelasting en sociale verzekeringspremies via inhoudingen op het loon	Moet alles zelf regelen via de inkomstenbelasting. Kan wel genieten van de ondernemersfaciliteiten in de inkomstenbelasting
Factureren	Nee	Ja
Overige: - Jaarrekening - Grote criteria voor jaarrekening	- In opnemen - Telt mee	- Niet opnemen - Telt niet mee

Hoofdstuk 5

Beheersingsmaatregelen

5.1 Inleiding

Zoals aangegeven in paragraaf 1.1 geldt er momenteel nog een handhavingsmoratorium voor de Wet DBA. De Belastingdienst zal uitsluitend tot correcties overgaan bij evident kwaadwillenden en organisaties die te laat of onvoldoende de aanwijzingen opvolgen van de inspecteur. Echter, veel organisaties realiseren zich dat met het aflopende handhavingsmoratorium, zij zich moeten voorbereiden op de nieuwe wet- en regelgeving en de benodigde maatregelen om deze na te leven. Hierbij ligt de focus vaak op het begrijpen van de wetgeving, maar is er vaak nog te weinig tot geen aandacht voor de processen en risicobeheersing op de lange termijn. Om de geldende wet- en regelgeving voor de lange termijn te kunnen beheersen is een bredere benadering vereist om te garanderen dat inhuur van derden geen grote financiële, maar ook geen reputatiegevolgen voor de organisatie heeft. De processen inzake inhuur van zelfstandigen kunnen onderdeel van het tax control framework (hierna: TCF) worden, waarmee organisaties ook een (eerste) stap naar doorontwikkeld horizontaal toezicht (hierna: DHT) kunnen maken.

In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op het belang van beheersing ten aanzien van de inhuur van derden. Om te bepalen in welke mate beheersing wenselijk is, is het van belang dat de organisatie een aantal zaken vaststelt. Dit betreft onder andere het vaststellen welke afspraken er met de Belastingdienst zijn gemaakt voor wat betreft het toezicht op fiscaliteit (convenant doorontwikkeld horizontaal toezicht), wat de fiscale strategie van de organisatie is en hoeveel inhuur er plaatsvindt. Wij zullen hier in de volgende paragrafen nader op ingaan. Ook staan we stil bij de vraag waarom het voor organisaties wel of niet verstandig is om aanvullende beheersingsmaatregelen te nemen en welke tools en analyses hierbij kunnen helpen.

Tot slot merken wij op dat het niet alleen van belang is om in control te komen, maar de uitdaging er vooral in zit om in control te blijven. Uit de praktijk blijkt dat de theoretische processen vaak niet aansluiten op de werking in de praktijk. Dit kan grote financiële gevolgen hebben voor een organisatie. Veel organisaties weten uiteindelijk wetgeving op een juiste manier te implementeren door voor de Wet DBA bijvoorbeeld gebruik te maken van goedgekeurde modelovereenkomsten. De aandacht voor het proces en het werken volgens de modelovereenkomst kan vervolgens na verloop van tijd afnemen. Kortom, van belang is het monitoren en testen van processen en het nemen van risicoverminderende maatregelen.

5.2 Doorontwikkeld horizontaal toezicht

In de afgelopen decennia zijn er verschillende organisaties in de publiciteit gekomen waar is gebleken dat de beheersing van de risico's onvoldoende waren geborgd vanuit het Business control framework (hierna: BCF) en mogelijk het daarop aansluitende TCF. In het BCF leggen organisaties de processen vast om verantwoording af te leggen over de kwaliteit van de financiële informatie die de basis vormt voor het samenstellen van de jaarrekening. Internationaal is naar aanleiding van dit soort ontwikkelingen nieuwe wet- en regelgeving en beleid ontwikkeld. Ook in Nederland hebben instanties en ministeries zich beziggehouden met de vraag hoe beheersing beter kan worden gerealiseerd, zodat alle stakeholders (zoals aandeelhouders, toezichthouders en banken) weten hoe een organisatie ervoor staat. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (hierna: WRR) concludeerde al in 2002 dat een aanpassing in het beleid van het Ministerie van Financiën noodzakelijk is om aan te kunnen sluiten bij de snel opvolgende

veranderingen, zoals globalisering en vergrijzing. Op basis van de bevindingen van de WRR is het horizontaal toezicht tot stand gekomen en vormgegeven aan de hand van de belangrijke pijlers vertrouwen, transparantie en wederzijds begrip voor de positie van zowel de organisatie als de Belastingdienst.

In 2005 is horizontaal toezicht in Nederland geïntroduceerd. Deze vorm van toezicht houdt in dat de Belastingdienst en belastingplichtigen samen gaan werken op basis van (gerechtvaardigd) vertrouwen, wederzijds begrip en transparantie. Het doel van horizontaal toezicht was dat organisaties op basis van deze begrippen hun fiscale compliance efficiënter konden organiseren en meer duidelijkheid vooraf kregen bij fiscale vraagstukken. Echter, in de praktijk bleek dat de mate van toezicht op de uitvoering van horizontaal toezicht nogal verschilde. Er zijn organisaties met een effectief TCF, echter zijn er ook veel organisaties met een covenant waar de fiscale risicobeheersing onvoldoende was. Op basis van onder andere de resultaten van dit onderzoek is besloten het beleid rond horizontaal toezicht te veranderen en de voorwaarden aan te scherpen. Dit heeft geresulteerd in het DHT. DHT houdt samengevat in, dat minder organisaties in aanmerking komen voor individueel horizontaal toezicht en dat van de organisaties die er nog voor in aanmerking blijven komen een actievere invulling dan voorheen wordt gevraagd.

In de Leidraad Toezicht Grote Ondernemingen heeft de Belastingdienst zes geschiktheidscriteria opgesomd waar organisaties aan moeten gaan voldoen:

1. Bereidheid om **transparant** te zijn richting Belastingdienst;
2. Een zakelijke **werkrelatie** met de Belastingdienst die toezicht mogelijk maakt;
3. De belastingplichtige heeft een gedocumenteerde fiscale **strategie**;
4. Een fiscale **risicoanalyse** (fiscale key risks in beeld);
5. Adequate jaarlijkse **monitoring** (key risks en vangnet voor niet onderkende risico's) = **TCF**;
6. Voldoende kwaliteit **gegevens** voor belastingheffing van derden.

In de Leidraad Toezicht Grote Ondernemingen is het beoordelen van arbeidsrelaties (toezicht op de Wet DBA) door de Belastingdienst benoemd als één van de vijf generieke risico's voor de organisaties van de Top 100 profit voor de loonheffingen. Hieruit blijkt hoe belangrijk dit onderwerp voor de loonheffingen is voor de Belastingdienst.

5.3 Belang van beheersen

De Belastingdienst kan bij de inhuur van zzp'ers het standpunt kan innemen dat er sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking. Om dit risico te beperken zullen opdrachtgevers zoals eerder vermeld een of meerdere door de Belastingdienst goedgekeurde modelovereenkomsten kunnen hanteren die van toepassing zijn op hun situatie. Daarnaast zullen zij richting de Belastingdienst moeten kunnen aantonen dat de feiten en omstandigheden zoals opgenomen in de overeenkomsten overeenkomen met de praktijk.

Om de risico's te beperken is het van belang transparant te zijn richting de Belastingdienst en hierover in gesprek te zijn. Transparantie in het kader van DHT geeft de verantwoordelijkheid, en ook de plicht om de Belastingdienst op de hoogte te brengen hoe de inhuur van derden impact heeft op de organisatie. Hiertoe zal de organisatie een juiste en volledige analyse moeten uitvoeren. Startpunt van de analyse is dat de organisatie eerst alle financieel relevante informatie uit de administratie weet te halen. In deze stap kan de organisatie verantwoording afleggen dat de broninformatie voor de analyse volledig is. Als vervolgstap dient de organisatie

de broninformatie fiscaal te beoordelen. Dat kan door bijvoorbeeld de financiële informatie te categoriseren in groepen inhuur bij de organisatie. Per categorie kan gekeken worden naar de feiten en omstandigheden van de inhuur. Op basis van deze feiten en omstandigheden kan de organisatie de juistheid van de inhuur vaststellen en hoe met de betreffende categorie onder de geldende wet- en regelgeving moet worden omgegaan.

De bevindingen van de analyse kunnen met de Belastingdienst worden gedeeld. Het is van belang om de bevindingen eerst samen te bespreken, om zo ook de aanpak en nuanceringen bij de bevindingen te kunnen delen. Het niet delen van dergelijke belangrijke informatie kan het vertrouwen dat noodzakelijk is voor horizontaal toezicht in gevaar brengen. Door de bevindingen proactief te delen en te bespreken kunnen partijen (organisatie en de Belastingdienst) op de lange termijn het noodzakelijke gerechtvaardigde vertrouwen behouden of verkrijgen. Uit de praktijk blijkt dat de wetgeving omtrent inhuur derden complex is, waarbij rekening gehouden moet worden met veel aspecten. Dus begrip voor elkaar om tot juiste inzichten te komen is noodzakelijk.

Op basis van de nieuwe leidraad en communicatie hierover door de Belastingdienst zal door de Belastingdienst meer worden gestuurd op de monitoring bij organisaties. Er zal daarom een aantoonbaar goed functionerend systeem van fiscale beheersing en monitoring aanwezig moeten zijn. Dit is cruciaal in DHT. Hiervoor is het van belang om de periodieke monitoring zodanig in te richten dat de beheersing kan worden aangetoond. Enerzijds kan dit met deelwaarnemingen, echter lijkt het erop dat de Belastingdienst ook zal verlangen dat periodiek een steekproef wordt uitgevoerd. Daarmee kan worden aangetoond dat de risico's worden beheerst. Dit geldt ook voor de restrisico's waar geen beschreven beheersing voor aanwezig is. Een organisatie dient dus een adequaat werkende monitoring te hebben ten aanzien van de belangrijkste risico's zodat de fiscale aangiften vrij zijn van materiële fouten.

5.4 Wel of geen beheersing inhuur derden

Organisaties staan voor de vraag of zij al dan niet een beheersingssysteem betreffende de inhuur van derden moeten opzetten en implementeren binnen de organisatie. De noodzakelijkheid van beheersingsmaatregelen hangt af van een tweetal afwegingen die hieronder toegelicht worden. Dit betreft de financiële afweging en de reputatie afweging. Het is overigens goed mogelijk dat organisaties nog andere afwegingen maken in het kader van de huidige wet (Wet DBA) en de mate van beheersing die daarvoor gewenst is. Nu vaststaat dat het handhavingsmoratorium zal aflopen, achten wij het van groot belang dat organisaties de komende periode zullen aangrijpen om de beheersing ten aanzien van de inhuur van derden op te zetten/verbeteren en de huidige situatie waar nodig aan te passen.

Financiële impact

Momenteel heeft een organisatie ten aanzien van de inhuur van derden pas zekerheid dat er geen loonheffingen verschuldigd zijn indien alle feiten en omstandigheden overeenkomen met de feiten en omstandigheden als opgenomen in de getekende modelovereenkomst, welke de organisatie en de zelfstandige zijn overeengekomen. Indien blijkt dat de feiten en omstandigheden afwijken ten opzichte van hetgeen in de modelovereenkomst is vastgelegd, dan loopt de organisatie het risico dat de Belastingdienst van oordeel kan zijn dat er sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking. In dit kader is het van belang of de werkzaamheden in een voorkomend geval kenmerken van een dienstbetrekking hebben. Als wordt geconcludeerd dat er

sprake is van een dienstbetrekking, dan is de organisatie alsnog verplicht om met terugwerkende kracht tot maximaal vijf jaar loonheffingen in te houden en af te dragen. Wij merken hierbij wel op dat de bewijslast dat sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking rust op de Belastingdienst.

Ondanks het feit dat de bewijslast rust op de Belastingdienst, doet de organisatie er verstandig aan om de mogelijke financiële impact van dit risico vast te stellen en te bepalen in hoeverre deze impact voor de organisatie acceptabel is. In de literatuur wordt dit vaak aangeduid als de fiscale risicobereidheid van een organisatie. Bij iedere inhuur van bijvoorbeeld € 10.000 kan de financiële impact, afhankelijk van de in dat jaar geldende percentages, oplopen tot ongeveer € 19.000. Dit kan voor een organisatie wel of geen aanvaardbare financiële impact zijn. De financiële impact kan onder andere van belang zijn in geval de aanvaardbaarheid van de aangifte loonheffingen in gevaar wordt gebracht. Er is sprake van een aanvaardbare aangifte indien de aangifte voldoet aan de wet- en regelgeving en geen fiscaal materiële fouten bevat.

Reputatie

Voor bepaalde risico's is de financiële impact voor de organisatie niet direct duidelijk dan wel aanvaardbaar qua maximale impact. Echter, bepaalde handelingen van een organisatie kunnen bij onjuiste verwerking wel gevolgen hebben voor de reputatie van een organisatie. Als gevolg daarvan staat de organisatie mogelijk op de voorpagina van de krant en zijn zaken maatschappelijk gezien niet geaccepteerd. Indien bijvoorbeeld blijkt dat een organisatie veelvuldig gebruikmaakt van zelfstandigen, waarbij later blijkt dat deze zelfstandigen eigenlijk in dienstbetrekking stonden, dan zal dit breed worden uitgemeten en mogelijk een negatief effect op de reputatie.

Naast de 'reguliere' zzp'ers hebben we ook te maken met een relatief nieuwe vorm van werkers, namelijk: de platformwerkers. De (vaak) schrijnende werkomstandigheden van platformwerkers komen steeds meer aan het licht en de roep om de wet- en regelgeving hieromtrent strenger te reguleren klinkt ook steeds meer vanuit verschillende stakeholders. Belangenorganisaties zoals de FNV hebben er hun taak van gemaakt om platformwerkers aan betere arbeidsomstandigheden te helpen wat weer kan resulteren in bijkomende risico's voor werkgevers. Naast de nabetalingen en boetes die platformorganisaties moeten betalen indien vast komt te staan dat er sprake is van schijnzelfstandigheid, hebben Deliveroo en Uber nu al te maken met reputatieschade. Krantenkoppen als "Moderne slavernij of innovatief verdienmodel" en "Waarom Deliveroo en Uber Eats zich moeten schamen" zijn geen krantenkoppen waar een organisatie zich mee zou moeten willen identificeren.

5.5 TCF en de inhuur van derden

Het TCF is een instrument van interne beheersing met als doel beheersing van de fiscale risico's binnen de organisatie. Deze doelstellingen kunnen als volgt worden opgedeeld:

- Beheersing van de fiscale risico's middels processen;
- Vergroten van de fiscale kennis en bewustwording in de organisatie;
- Vastleggen van de rollen en verantwoordelijkheden;
- Vastleggen van communicatie tussen de betrokken afdelingen;
- Het garanderen van een "goed genoeg" aangifte.

Opzet, bestaan en werking

Van belang is dat processen door middel van opzet, bestaan en werking worden ingebed in de organisatie. Logischerwijs worden processen eerst ontworpen, daarna geïmplementeerd en vervolgens kan de effectiviteit van het proces worden bepaald. Voor de Belastingdienst is de werking van genomen beheersingsmaatregelen het belangrijkste aspect. De beheersingsmaatregel moet natuurlijk doen waar het voor in het leven is geroepen. Hieronder volgt een nadere toelichting omtrent de opzet, bestaan en werking.

Opzet

Allereerst moet een organisatie alle relevante processen rondom de wet- en regelgeving inzake de inhuur van derden vaststellen. De daaropvolgende stap is het beschrijven van de gekozen processen.

De opzet van de procesbeheersing zal per organisatie (grootte, type, aantal werknemer etc.) verschillen. Afhankelijk van de gekozen strategie, zal de beheersing vorm krijgen. Sommige organisaties zullen met tussenkomstpartijen werken. Andere organisaties zullen individuele overeenkomsten laten beoordelen door de Belastingdienst. De keuzes zullen sterk afhangen van de wijze waarop een organisatie zijn flexibele schil wil inzetten. Uit onze praktijkervaring blijkt dat verschillende onderdelen in elk geval thuis horen in de opzet van het framework ten aanzien van de inhuur van derden. Zo dient er een proces aanwezig te zijn om de kennis en communicatie te borgen en processen om vanaf de start aan alle eisen te voldoen ter voorkoming van enige inhoudingsplicht.

Er zijn verschillende modellen mogelijk om de rollen en verantwoordelijkheden in het TCF vast te leggen. Wij gebruiken veelal het RACI-model. De volgende rollen en verantwoordelijkheden zijn aan dit model verbonden:

- **Responsible** – geeft aan wie verantwoordelijk is om de actie uit te voeren;
- **Accountable** – geeft aan wie eindverantwoordelijkheid draagt voor de inhuur van derden binnen de organisatie;
- **Consulted** – geeft aan wie wordt geconsulteerd tijdens het proces;
- **Informed** – geeft aan wie op de hoogte wordt gebracht van zaken die van cruciaal belang zijn in het proces.

Als het proces is beschreven wordt het geïmplementeerd en gaat de organisatie binnen de leercirkel over naar het bestaan.

Bestaan

Naast het beschrijven en implementeren van de processen is het vervolgens van groot belang dat de processen ook daadwerkelijk getest worden. Door monitoring en testing kan worden vastgesteld in hoeverre alle betrokkenen bij het proces de juiste werkzaamheden uitvoeren. Indien er toch fouten worden aangetroffen is het belangrijk om vast te stellen waardoor de fouten zijn ontstaan. Is het bijvoorbeeld een kennisprobleem, dan is een aanvullende training of e-learning een actie om te voorkomen dat vergelijkbare fouten weer ontstaan.

Mogelijk dat een organisatie fouten in de systemen aantreft. In dat geval is het zaak dat de organisatie de systemen aanpast en ervoor zorgt dat deze fouten niet meer kunnen ontstaan.

Bij een gevonden fout moet worden teruggegaan naar de opzet, waarbij het proces wordt bekeken en vastgesteld of er aanpassingen noodzakelijk zijn.

Werking

Uiteindelijk zal iedere organisatie die gebruik maakt van inhuur ernaar moeten streven dat het niet alleen de geldende wet- en regelgeving inzake inhuur van derden goed implementeert en vervolgens korte tijd compliant is. Hiervoor is het van belang om de periodieke monitoring zodanig in te richten dat de beheersing kan worden aangetoond. Enerzijds kan dit met deelwaarnemingen, echter lijkt het er onder DHT op dat de Belastingdienst ook zal verlangen dat periodiek een steekproef wordt uitgevoerd waarmee aangetoond kan worden dat de risico's en eventuele restrisico's waar geen beschreven beheersing voor aanwezig is worden beheerst. Hierdoor kan het verslappen van de aandacht omtrent de risico's worden tegengegaan en ontstaan er in beginsel geen grote fiscale risico's.

5.6 Tool en data analyse

De Belastingdienst is van mening dat de, in hoofdstuk 1 genoemde, webmodule een geschikt instrument is om een indicatie te geven over de aard van de arbeidsrelatie en geeft in haar Kamerbrief 'Werken met en als zelfstandige' van 16 december 2022 aan het voornemen te hebben om de huidige webmodule verder te ontwikkelen, zodat deze in de toekomst mogelijk ingezet kan gaan worden als hulpmiddel om meer duidelijkheid te verkrijgen over de kwalificatie van de arbeidsrelatie.

Op dit moment heeft de webmodule geen rechtskracht en verschaft het dus vooraf geen zekerheid. Dit heeft onder andere te maken met het feit dat de webmodule werkt op basis van een aantal generieke vragen waaruit een uitslag volgt die binair wordt benaderd, terwijl de Belastingdienst bij een eventuele beoordeling van een arbeidsrelatie een holistische benadering hanteert (wat immers uit de rechtspraak volgt) waarbij er wordt gekeken naar het geheel van feiten en omstandigheden in onderling verband samen bezien.

Zoals eerder genoemd is het beoordelen van arbeidsrelaties door de Belastingdienst benoemd als één van de vijf generieke risico's voor de loonheffingen bij organisaties uit de Top 100 profit. Hieruit blijkt hoe belangrijk dit mogelijke risico voor de loonheffingen is voor de Belastingdienst. De huidige ontwikkelingen rondom het inhuren van derden duiden op een verscherping van toezicht door de Belastingdienst. Het handhavingsmoratorium kan immers niet voor altijd blijven gelden.

Newtone heeft hiervoor een Wet DBA analysetool ontwikkeld. Middels deze analysetool kunnen wij op basis van de beschikbare data van de organisatie meer inzicht geven in de inhuur van derden. Daarnaast kunnen wij organisaties die gebruik maken van zelfstandigen adviseren ten aanzien van de beslissing op welke wijze zij omgaan met deze groep. Dit is van belang als bekend wordt wanneer het handhavingsmoratorium afloopt. Met behulp van deze tool is het mogelijk om een eerste beoordeling te maken van de diverse soorten inhuur en de impact van de Wet DBA. Organisaties kunnen de tool zelf invullen en de uitkomst raadplegen. Indien gewenst kunnen wij samen met de organisatie de uitkomsten nader analyseren en samen de vervolgstappen bepalen.

Ten slotte

In deze uitgave hebben wij in hoofdlijnen het juridische en fiscale speelveld rondom de inhuur van zelfstandigen weergegeven. Het mag duidelijk zijn dat de belangen rondom deze groep groot zijn voor alle belanghebbenden. De commissie Borstlap omschreef het mooi: “In wat voor land willen wij leven?”. Het raakt de kern van de problematiek. Daar zal vanuit verschillende perspectieven door groepen naar gekeken moeten worden.

Wij hopen dat onze uitgave een hulpmiddel mag zijn om het juridische en fiscale speelveld goed te kaderen. Wat er ook met de wet- en regelgeving gaat gebeuren, een goede analyse is en blijft belangrijk. Is een business model op basis van de juridische en fiscale wetgeving correct? Data analyse is een belangrijk hulpmiddel. Newton heeft een Wet DBA analysetool ontwikkeld. Middels deze analysetool kunnen wij op basis van de beschikbare data van de organisatie meer inzicht geven in de inhuur van derden. Daarnaast kunnen wij organisaties die gebruik maken van zelfstandigen adviseren ten aanzien van de beslissing op welke wijze zij omgaan met deze groep. Dit is van belang als bekend wordt wanneer het handhavingsmoratorium afloopt. Met behulp van deze tool is het mogelijk om een eerste beoordeling te maken van de diverse soorten inhuur en de impact van de Wet DBA. Organisaties kunnen de tool zelf invullen en de uitkomst raadplegen. Indien gewenst kunnen wij samen met de organisatie de uitkomsten nader analyseren en samen de vervolgstappen bepalen.

Natuurlijk zijn er meer aspecten van belang in de uiteindelijke beoordeling van het vraagstuk zelfstandigen en het business model bij de organisatie. In deze uitgave hebben we slechts hoofdlijnen de revue laten passeren. Deze uitgave laat evenwel zien dat wij, indien gewenst, vanuit alle invalshoeken kunnen meedenken hoe om te gaan met de groep zelfstandigen.

Met 13 vestigingen zit er altijd een kantoor bij u in de buurt. Onze vestigingen zijn lokaal betrokken en hebben een sterke verbinding met de gemeenschap. Daarmee kunnen wij onze dienstverlening consistent hoog houden, zodat u altijd op ons kunt rekenen. Newtone is een onafhankelijk lid van HLB - het wereldwijde advies- en accountingnetwerk.

Vestiging

Alphen a/d Rijn

Europaplein 10F
2408 GX Alphen a/d Rijn
Postbus 533
3440 AM Woerden
T +31 17 274 82 18

Vestiging

Amsterdam

Mercuriusplein 1
2132 HA Hoofddorp
Postbus 74681
1070 BR Amsterdam
T +31 (0)20 653 18 12

Vestiging

Delft

Delftechpark 40
2628 XH Delft
Postbus 332
2600 AH Delft
T +31 (0)15 261 31 21

Vestiging

Eindhoven

Eindhovenseweg 126
5582 HW Waalre
Postbus 120
5580 AC Waalre
T +31 (0)40 221 58 05

Vestiging

Gemert

Dommel 57
5422 VH Gemert
Postbus 92
5420 AB Gemert
T +31 (0)49 236 12 48

Vestiging

's Hertogenbosch

Burg. Burgerslaan 42
5245 NH Rosmalen
Postbus 402
5240 AK Rosmalen
T +31 (0)73 528 77 77

Vestiging

Maastricht

Renier Nafzgerstraat 104
6221 KL Maastricht
Postbus 1722
6201 BS Maastricht
T +31 (0)43 321 90 80

Vestiging

Roermond

Boven de Wolfskuil 1
6049 LX Herten
Postbus 1161
6040 KD Roermond
T +31 (0)47 535 10 00

Vestiging

Rotterdam

Schaardijk 372
2909 LA Capelle a/d IJssel
Postbus 84030
3009 CA Rotterdam
T +31 (0)10 450 40 20

Vestiging

Valkenburg

Berkelplein 218
6301 ZK Valkenburg a/d Geul
T +31 (0)43 880 04 00

Vestiging

Venlo

Noorderpoort 17
5916 PJ Venlo
Postbus 607
5900 AP Venlo
T +31 (0)77 354 40 77

Vestiging

Waalwijk

Professor Asserweg 8
5144 NC Waalwijk
Postbus 460
5140 AL Waalwijk
T +31 (0)41 633 05 05

Vestiging

Woerden

Pommolenlaan 9
3447 GK Woerden
Postbus 533
3440 AM Woerden
T +31 (0)34 841 62 62

info@newtone.nl
www.newtone.nl