

## **POSITION PAPER BOVIB IN SAMENWERKING MET HOLLA ADVOCATEN**

---

Op 26 november 2018 hebben minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) Wouter Koolmees en staatssecretaris van Financiën Menno Snel een brief aan de Tweede Kamer gestuurd inzake “Voortgang uitwerking maatregelen ‘werken als zelfstandige’”. Bij deze brief is een notitie (hierna: “de Notitie”) gevoegd waarin een aantal elementen wordt opgesomd die relevant zijn voor de beoordeling van de aanwezigheid van een gezagsverhouding door de Belastingdienst. Op 12 december 2018 is deze notitie geïncorporeerd in het “Handboek Loonheffingen” en heeft hierdoor de status van geldend beleid verkregen. De wijziging heeft echter zodanig impact op de arbeidsmarkt dat een weloverwogen besluitvormingstraject met gepaste inspraak van de Tweede Kamer meer op zijn plaats was geweest.

Hoewel het kabinet heeft beoogd duidelijkheid te verschaffen, leidt de ingeslagen route juist tot meer onzekerheid. De beoordeling aan de hand van meer dan veertig indicatoren is te complex en dubbelzinnig voor hen die geen specialist zijn op het terrein van het arbeidsrecht en bemoeilijkt de toegang voor opdrachtnemers en opdrachtgevers tot aan hen toekomende rechten. Dit leidt tot een ongelijk speelveld. De Bovib roept de Tweede Kamer daarom op om bij minister Koolmees en staatssecretaris Snel aan te sturen op een zorgvuldig en weloverwogen beleid dat daadwerkelijk resulteert in meer duidelijkheid op de arbeidsmarkt.

### **Het regeerakkoord wordt niet uitgevoerd**

In de brief van 26 november 2018 wordt gesteld dat in het regeerakkoord is afgesproken dat wordt verduidelijkt wanneer er sprake is van een gezagsverhouding. Hierbij passen twee kanttekeningen. Ten eerste zou deze verduidelijking plaats vinden ten behoeve van de webmodule. Deze module zal pas eind 2019 gereed zijn, dat terwijl de minister van SZW eerder heeft bericht dat hij verwachtte dat de webmodule al op 1 januari 2015 operationeel zou zijn. Een vertraging van maar liefst vijf jaar is niet uit te leggen. Ten tweede is in het regeerakkoord afgesproken dat wettelijk zal worden vastgelegd dat de aanwezigheid van een gezagsverhouding meer getoetst wordt op basis van de materiële in plaats van formele omstandigheden. Het is teleurstellend om te moeten constateren dat het kabinet deze afspraak tot nu toe niet uitvoert en dat in de brief van 26 november jl. dit punt zelfs in het geheel niet wordt aangevoerd.

### **Geen verduidelijking van gezag**

Volgens Boris Emmerig, belastingadviseur bij Holla Advocaten en specialist op dit dossier, brengt het beleid van de Belastingdienst niet de gewenste duidelijkheid zoals wel beoogd is. Het huidige beleid maakt het voor niet-juridisch onderlegde opdrachtgevers en opdrachtnemers (en dat is de overgrote meerderheid) moeilijk om duidelijkheid te verkrijgen over de aanwezigheid van een gezagsverhouding. Het veronderstelt de aanwezigheid van kennis en kunde om complexe rechtspraak te doorgronden. Van gewone opdrachtgevers en opdrachtnemers kan niet verwacht worden dat zij daarover beschikken. Sommige elementen zijn zo dubbelzinnig dat alleen rechters en andere arbeidsrechtelijke specialisten deze kunnen begrijpen en juist kunnen toepassen, waarbij een eensluidende uitkomst ook dan niet gegarandeerd is. Dat is verkeerd. Opdrachtgevers en opdrachtnemers moeten goed

geïnformeerd de juiste keuzes kunnen maken en aan hen moeten - vanwege de ontoereikende verstrekking van informatie - niet de rechten worden onthouden die hen toekomen. Daarnaast zijn de administratieve lasten vanwege de complexiteit soms onaanvaardbaar groot.

Daarnaast wordt in het Handboek Loonheffingen aangegeven dat “het niet mogelijk [is] om van tevoren alle mogelijke elementen te definiëren” die van belang zijn bij het vaststellen van een gezagsverhouding. Opdrachtgevers zijn wettelijk verplicht om bij aanvang van een arbeidsrelatie de aard daarvan vast te stellen en worden daarin bemoeilijkt wanneer het daartoe benodigde gereedschap - naar eigen zeggen van de Belastingdienst - niet volledig is. Voor opdrachtnemers is het evenzeer moeilijk om vast te stellen of zij aanspraak kunnen maken op arbeidsrechtelijke bescherming. Kijkend naar de wel in het Handboek Loonheffingen genoemde elementen, kan vastgesteld worden dat meer dan veertig elementen beoordeeld dienen te worden. Bovendien is niet duidelijk welk gewicht en relevantie aan ieder element toegekend dient te worden en hoe deze elementen in hun onderlinge samenhang beoordeeld dienen te worden. Daarnaast is niet duidelijk op basis van welke jurisprudentie de diverse elementen in het Handboek Loonheffingen zijn opgenomen.

Omdat de huidige wetgeving weinig aanknopingspunten bevat om vast te stellen wanneer er sprake is van een gezagsverhouding, heeft nadere invulling plaatsgevonden in de rechtspraak. Het beleid zoals nu is opgenomen in het Handboek Loonheffingen, beoogt de weerslag van deze rechtspraak vast te leggen. Als het kabinet van mening is dat deze weerslag juist is, dan verdient het de voorkeur om de wetgeving te actualiseren met de voornaamste elementen. De nadere details kunnen worden vastgelegd in uitvoerende regelgeving, waardoor voldoende flexibiliteit blijft bestaan om rekening te houden met ontwikkelingen in de rechtspraak en de arbeidsmarkt. Ook vanuit democratisch perspectief verdient dit de voorkeur.

### Handhaving

Ongelijke situaties leiden tot een ongelijk speelveld. Duidelijkheid over wanneer er wel en geen gezagsverhouding is, vergemakkelijkt de handhaving door de Belastingdienst en beschermt opdrachtnemers en opdrachtgevers omdat zij hun rechten en plichten beter kunnen overzien. Voorkomen dient te worden dat er geen sprake is van een gelijkwaardig speelveld in de markt voor opdrachtgevers, doordat sommige opdrachtgevers wel hun wettelijke verantwoordelijkheid nemen door vooraf zo goed mogelijk te trachten de aard van een arbeidsrelatie te bepalen en andere opdrachtgevers het niet zo nauw nemen met in hun ogen onduidelijke en dubbelzinnige regelgeving. Tegen deze achtergrond spoort de Bovib het kabinet aan om zo snel mogelijk de bevindingen van de Belastingdienst opgedaan bij de uitvoering van het Toezichtsplan Arbeidsrelaties, openbaar te maken.

### Een andere benadering

De Bovib pleit voor een wettelijke vastlegging van de hoofdcriteria voor een gezagsverhouding. Een voorbeeld kan hierbij worden genomen aan in 2017 geïntroduceerde wetgeving in Duitsland. Doelstelling van de nieuwe wetgeving is minder belasting van de rechtsprekende macht, minder afhankelijkheid van multi-interpretabele jurisprudentie, meer duidelijkheid voor opdrachtgevers en opdrachtnemers en betere mogelijkheden voor de Belastingdienst om te handhaven bij partijen die uitgaan van een lage pakkans.

De wetgeving moet voorzien in een toetsing van een arbeidsrelatie aan een beperkt aantal hoofdcriteria om een wettelijk vermoeden van aan- of afwezigheid van een gezagsverhouding te genereren. Wanneer deze toetsing een vermoeden van het ontbreken van een dienstbetrekking oplevert en achteraf bij een meer uitvoerige toetsing blijkt dat dit vermoeden toch onjuist is, zou dat alleen voor de toekomst gevolgen dienen te hebben en kunnen er niet met terugwerkende kracht naheffingen en boetes worden opgelegd. Deze opzet van een wettelijk weerlegbaar vermoeden neemt daarmee het karakter aan van een safe harbour-regeling. De Commissie-Boot heeft hiertoe diverse aanbevelingen gedaan. Wij zijn van mening dat het toenmalige kabinet deze destijds te snel terzijde heeft geschoven en dat er geen redenen zijn om de Commissie Regulering van werk nogmaals hetzelfde onderzoek te laten uitvoeren. Om verdere vertraging en onzekerheid te voorkomen roept de Bovib de Tweede Kamer op om het Kabinet aan te sporen de aanbevelingen van de Commissie-Boot te heroverwegen.

#### Conclusie

De route zoals nu is ingeslagen met aanpassing van het Handboek Loonheffingen, biedt opdrachtgevers en opdrachtnemers niet de helderheid waar zij om vragen en leidt zelfs tot een ongelijk speelveld. Doordat de Notitie direct is opgenomen in het Handboek Loonheffingen is de Tweede Kamer de kans ontnomen om inspraak uit te oefenen op de elementen die relevant zijn voor de beoordeling van de aanwezigheid van een gezagsverhouding. De Bovib roept de Tweede Kamer daarom op om alsnog haar invloed te gebruiken en bij het Kabinet aan te sturen op een zorgvuldig en weloverwogen beleid dat resulteert in duidelijkheid voor opdrachtnemers én opdrachtgevers.

## **Bijlage: Aanvullende vragen**

Op 13 februari a.s. is er een vergadering gepland van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer over het Arbeidsmarktbeleid. De agenda voor deze vergadering voorziet in de bespreking van voornoemde brief van 26 november 2018 van Minister Koolmees en Staatssecretaris Snel. De Bovib stelt de volgende vragen voor die voorafgaand of tijdens deze vergadering aan de bewindslieden kunnen worden voorgelegd.

### 1. Lijst elementen gezagsverhouding niet volledig

In de notitie “Beoordeling gezagsverhouding” worden de volgende vijf elementen genoemd die relevant zijn voor de beoordeling van een gezagsverhouding.

- leiding en toezicht
- vergelijkbaarheid personeel
- werktijden, locatie, materialen, hulpmiddelen en gereedschappen
- manier waarop de werkende naar buiten treedt
- overige relevante aspecten

De Notitie stelt dat deze lijst niet volledig is. Welke elementen ontbreken dan?

### 2. Bepaling gezag vooraf is niet mogelijk

De Notitie stelt dat het niet mogelijk is om “van te voren alle mogelijke elementen te definiëren”. Echter, opdrachtgevers en opdrachtnemers worden wettelijk wel geacht om voor aanvang van hun arbeidsrelatie te bepalen of er wel of geen sprake is van een gezagsverhouding. Het Handboek Loonheffingen bevat een stappenplan voor belastingplichtigen en de eerste stap is “Nagaan of er een dienstbetrekking is”. In de tekst wordt opgemerkt: “U moet dus eerst bepalen of de arbeidsrelatie een dienstbetrekking is.”. Hoe kunnen opdrachtgevers geacht worden deze wettelijke taak goed te kunnen uitoefenen als het beleid van de Belastingdienst zelf vaststelt dat het niet goed mogelijk is om van te voren alle mogelijke elementen te definiëren voor de beoordeling van een gezagsverhouding? Moet het Handboek Loonheffingen niet worden aangepast om deze inconsistentie te verwijderen?

### 3. Resultaatsverplichting geen onderscheidend criterium

In de Notitie wordt aangenomen dat de opdrachtnemer een bepaald resultaat dient te bewerkstelligen. Er rust op hem een resultaatsverplichting. Als het resultaat van de opdracht niet duidelijk is omschreven, is dat een indicatie voor een gezagsverhouding. Een opdrachtgever kan alleen aanwijzingen geven over het te bereiken resultaat. Hoe verhoudt zich deze zienswijze met in de juridische literatuur algemeen onderschreven opvatting dat een overeenkomst van opdracht in de regel slechts verbindt tot het verrichten van arbeid en niet tot het bereiken van een bepaald resultaat en dat daarin juist de overeenstemming met de arbeidsovereenkomst ligt? Voor deze opvatting kan bijvoorbeeld verwezen worden naar het gezaghebbende Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/85.

#### 4. Onderbouwing indicatoren niet duidelijk

De Notitie vermeldt een groot aantal indicaties en contra-indicaties voor de aanwezigheid van een gezagsverhouding. Met de Notitie is beoogd het geldende recht weer te geven. Kan per indicator de onderbouwing daarvan in wetgeving en rechtspraak worden verstrekt? Hierbij speelt mee dat er bij sommige indicatoren twijfel bestaat of deze worden ondersteund door jurisprudentie, dan wel of het een eigenstandige interpretatie van de Belastingdienst betreft. Een voorbeeld is de dat het gegeven dat een opdrachtnemer een lening heeft verstrekt aan zijn opdrachtgever, de aanwezigheid van een gezagsverhouding minder aannemelijk maakt. De Bovib verneemt graag uit welke jurisprudentie dit blijkt; haar is geen relevante rechtspraak bekend.

#### 5. Weging indicatoren niet duidelijk

Hoe dienen de indicatoren ten opzichte van elkaar worden gewogen? Een voorbeeld, er worden bij leiding en toezicht zes indicatoren genoemd die wijzen op een gezagsverhouding en drie contra-indicatoren. Dit doet vermoeden dat de aanwezigheid van een contra-indicator zwaarder weegt dan de aanwezigheid van een pro-indicator, nu aangenomen mag worden dat de Notitie het niet aanwezig zijn van een gezagsverhouding niet achterstelt of belemmert ten opzichte van het wel aanwezig zijn daarvan. De Notitie maakt echter niet duidelijk of een contra-indicator inderdaad zwaarder weegt omdat er minder van zulke indicatoren zijn.

#### 6. Aansturing werknemers binnen de organisatie

Als een indicator voor het aannemen van een gezagsverhouding noemt de Notitie de aansturing door de opdrachtnemer van werknemers van de opdrachtgever. Hierdoor kan de indruk ontstaan dat het bijvoorbeeld voor interim-managers lastig is om te betogen dat zij buiten gezagsverhouding werken. De Bovib wijst op een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 28 oktober 2004 (ECLI:NL:CRVB:2004:AR5558<sup>1</sup>). Deze uitspraak had betrekking op een interim-manager die als opdracht had gekregen om een centrale personeelsafdeling voor een concern op te zetten. Het laat zich niet goed voorstellen dat hij dit niet heeft gedaan zonder aansturing van werknemers van zijn opdrachtgever. De Centrale Raad van Beroep oordeelde op 21 juli 2004 (ECLI:NL:CRVB:2004:AQ5982<sup>2</sup>) dat de mogelijkheid van het door een interim-manager laten uitvoeren van bepaalde werkzaamheden door anderen, geen aanwijzing voor gezag is. Hoe verhoudt zich deze (geldende) jurisprudentie tot voornoemde indicator?

---

<sup>1</sup> <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:CRVB:2004:AR5558>

<sup>2</sup> <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:CRVB:2004:AQ5982>

## 7. Certificaten

Als een indicator die duidt op een gezagsverhouding noemt de Notitie de omstandigheid dat de werkende niet de wettelijk verplichte certificaten heeft om de werkzaamheden te verrichten, terwijl de opdrachtgever wel over die certificaten beschikt. Niet duidelijk is op welke certificaten wordt gedoeld. Betekent dit bijvoorbeeld dat zzp'ers die medische taken in ziekenhuizen verrichten, geconfronteerd kunnen worden met deze indicator omdat zij niet, maar het ziekenhuis wel beschikt over bijvoorbeeld een vergunning ingevolge de Wet bijzondere medische verrichtingen of een toelating ingevolge de Wet toelating zorginstellingen.

## 8. Bedrijfs- of beroepsaansprakelijkheidsverzekering

Als indicator voor een gezagsverhouding noemt de Notitie het opleggen van een verplichting aan de opdrachtnemer om een bedrijfs- of beroepsaansprakelijkheidsverzekering af te sluiten. Dit is opmerkelijk omdat in een aantal door de Belastingdienst goedgekeurde modelovereenkomst deze verplichting is opgenomen als een element dat juist niet beoogd te wijzen op een gezagsverhouding. Genoemd kunnen worden artikel 6.2 van overeenkomst met nr. 9051644248, artikel 6.2 van overeenkomst met nr. 903-2017-39383-1-0 of artikel 5.1 van overeenkomst met nr. 90915.41352-1. In de praktijk is hierover verwarring ontstaan. Door de gele arcering in de deze modelovereenkomsten zijn deze bepalingen verplicht. Dit heeft tot gevolg dat de Notitie en deze modelovereenkomsten met elkaar in tegenspraak zijn en dit leidt tot verwarring in de praktijk. De Bovib dringt aan op duidelijkheid en meent dat een verplichte verzekering geen indicator voor een gezagsverhouding is.

## 9. Vergelijkbaarheid personeel

De Notitie noemt als indicator die op een gezagsverhouding wijst de omstandigheid dat de werkzaamheden die een opdrachtnemer verricht, ook worden verricht door werknemers van de opdrachtgever. Hoe verhoudt zich dit met eerdere antwoorden van Staatssecretaris Wiebes op vragen uit de Tweede Kamer dat opdrachtnemers wel degelijk dezelfde werkzaamheden kunnen verrichten als werknemers van de opdrachtgevers<sup>3</sup>?

## 10. Ziek & piek

De Notitie noemt als indicator die op een gezagsverhouding wijst de omstandigheid dat een opdrachtnemer werkzaamheden verricht die bestaan in het opvangen van drukte bij piekmomenten of door ziekte van werknemers, waarbij het dan werkzaamheden betreft die normaal gesproken door werknemers worden verricht. Hoe verhoudt zich dit met eerdere antwoorden van Staatssecretaris Wiebes op vragen uit de Tweede Kamer dat opdrachtgevers "vanzelfsprekend" zelfstandigen kunnen inhuren voor bijvoorbeeld de tijdelijke vervanging van een werknemer en dat de beoordeling of er wel of geen dienstbetrekking aanwezig is, losstaat los van het gegeven of het gaat om tijdelijke, structurele of variabele werkzaamheden<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2016Z15661&did=2016D35631>

<sup>4</sup> <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2016Z08453&did=2016D20295>

11. Manier waarop de opdrachtgever naar buiten treedt

De Rechtbank Rotterdam overwoog in zijn uitspraak van 13 november 2015 het volgende<sup>5</sup>:

“Ook de door [eiser] en [eiseres] aangedragen omstandigheid dat zij beschikten over een werkplek, een postvak, een emailaccount en visitekaartjes van de EUR, vormt voor de kantonrechter geen sterke aanwijzing voor een arbeidsovereenkomst.”

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch overwoog in zijn uitspraak van 18 januari 2014 het volgende<sup>6</sup>

“Het gebruik van briefpapier of visitekaartjes van BNR acht het hof nietszeggend.”

Gelet op deze jurisprudentie ontvangt de Bovib graag een nadere toelichting waarin het gebruik van visitekaartjes toch als een aanwijzing voor een gezagsverhouding wordt beschouwd door de Belastingdienst.

12. Voorbeeld vervangen van een zieke werknemer: geen gezagsverhouding

De Notitie geeft een voorbeeld van een situatie waarin geen sprake is van een gezagsverhouding in geval van vervanging van een zieke werknemer door een opdrachtnemer. Dit voorbeeld is innerlijk tegenstrijdig. Eerst wordt als uitgangspunt van de casus gesteld: “Voor deze klus wordt de werknemer geacht op de normale werkdagen en werktijden op kantoor aanwezig te zijn”. Daarna wordt gesteld: “Afgesproken is dat de invaller geheel zelfstandig mag bepalen waar en wanneer hij de werkzaamheden verricht.” Dat mag de invaller dus niet zelf bepalen; hij wordt de werkzaamheden op kantoor (het waar) te verrichten op normale werkdagen (het wanneer).

---

<sup>5</sup> <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBROT:2015:8062>

<sup>6</sup> <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHSHE:2014:183>