



# POSITION PAPER

November 2020 - Input begrotingsbehandeling SZW

Bovib  
Industrieweg 4  
3606 AS Maarssen  
[info@bovib.nl](mailto:info@bovib.nl)

Werk is voor velen een belangrijk uitgangspunt omdat het zekerheid biedt en bijdraagt aan economisch en maatschappelijk herstel. In de huidige situatie waarin de behoefte van de arbeidsmarkt snel verandert, zijn **wendbaarheid** en **flexibiliteit** belangrijker dan ooit.

De Brancheorganisatie voor Intermediairs en Brokers (Bovib) ziet flexibele arbeid dan ook als steunpilaar de Nederlandse economie, waarbij brokers en intermediairs een belangrijke rol spelen in het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Om deze arbeidsmarkt **toekomstbestendig** te maken is het tijd voor verandering. Momenteel is de wet- en regelgeving voor zelfstandigen te complex, worden kwetsbare groepen zelfstandigen onvoldoende beschermd en is er nauwelijks sprake van een gelijk speelveld door ongelijke situaties.

De Bovib steunt het kabinet in haar streven om misbruik als gevolg van arbeidsbemiddeling te voorkomen. Als brancheorganisaties nemen wij ook onze verantwoordelijkheid en komen we met vier concrete aanbevelingen richting het kabinet (uitgewerkt in bijlage I en II) die betrekking hebben op:

## 1. Pilot webmodule

De huidige webmodule kan de arbeidsrelatie alleen kwalificeren in zeer duidelijke situaties. Wanneer de arbeidsrelatie een complexere vorm aanneemt, biedt de webmodule geen soelaas ([zie ook: https://www.zipconomy.nl/2020/11/tjee-wat-is-dit-moeilijk-een-webmodule-84-casussen-en-16-meningen-van-experts/](https://www.zipconomy.nl/2020/11/tjee-wat-is-dit-moeilijk-een-webmodule-84-casussen-en-16-meningen-van-experts/)). Dit erkent het ministerie zelf ook n.a.v. het arrest van de Hoge Raad. Het (te vroeg) starten van de pilot zal tot veel onrust en vraaguitval in de markt leiden.

## 2. Driehoeksrelaties

De enorme vlucht in de aard en omvang van driehoeksrelaties op de arbeidsmarkt in de afgelopen decennia, is gepaard gegaan met ongewenste neveneffecten waaronder oneigenlijk gebruik, oneigenlijke concurrentie en te lage beloning

# 01

De Bovib adviseert niet van start te gaan met de pilot webmodule in huidige vorm, maar te kijken naar een sterk vereenvoudigd model, vergelijkbaar met de Belgische vragenlijst (3 algemene + 9 sectorspecifieke criteria). Mits goed doorgevoerd, kan dit systeem wél zorgen voor duidelijkheid en zekerheid voor opdrachtgevers en opdrachtnemers.

# 02

In de Waadi dient een nadere definitie te worden opgenomen van de zzp'er die via tussenkomst van een intermediair ter beschikking wordt gesteld aan een opdrachtgever, zodanig dat zzp'ers onder de werkingssfeer van de nieuw te introduceren artikelen over minimumbeloning en ketenaansprakelijkheid in de Waadi vallen.

# 03

In de Waadi dient een separate bepaling te worden opgenomen waarin de minimumbeloning voor zzp'ers wordt geborgd. Daarbij verdient het de voorkeur om als minimum voor de zzp'er een uurtarief te hanteren dat wordt gebaseerd op het loon dat verschuldigd zou zijn aan een werknemer, vermeerderd met een vast percentage.

# 04

In de Waadi dient een hoofdelijke ketenaansprakelijkheid te worden opgenomen voor betrokkenen uit de keten (daaronder begrepen intermediairs) die gelijk is aan de strekking van artikelen 7:616a en 7:616b BW.

# BIJLAGE I

Webmodule is onuitvoerbaar, kom met eenvoudige vragenlijst naar Belgisch model

## Webmodule is onuitvoerbaar, kom met eenvoudige vragenlijst naar Belgisch model

De Bovib is in gesprek geweest met het ministerie SZW omdat in de visie van de Bovib de concept-webmodule zoals deze er nu ligt, juist niet de gewenste duidelijkheid en zekerheid geeft aan opdrachtgevers. Dit om de volgende redenen.

### 1. Sturing richting dienstbetrekking

**Visie Bovib:** De concept-webmodule geeft de indruk dat er “gestuurd” wordt naar een dienstbetrekking, omdat alleen punten toegekend worden bij die indicaties die kunnen wijzen op een dienstbetrekking. Indicaties die daarentegen wijzen op het ontbreken van een dienstbetrekking (de contra-indicaties), leveren geen minpunten op. Het is een eenzijdige optelsom in plaats van een integrale juridische weging. De Bovib is van mening dat de contra-indicaties “debiteurenrisico”, “scholing” en “onderhandelingsruimte” ook meegenomen moeten worden in de weging door het toekennen van aftrekpunten.

**Visie ministerie SZW:** Deskundigen hebben op grond van het totaal aan antwoorden een oordeel afgegeven over de aard van de arbeidsrelatie. Antwoorden die wijzen op een contra-indicatie voor een dienstbetrekking zijn dus meegenomen in het oordeel van de deskundigen over de casus. De uitkomst van de webmodule moet zo goed mogelijk aansluiten bij het oordeel van de deskundigen. Daarop is de weging afgesteld. Met een andere wegingsmethodiek zoals door de Bovib voorgesteld, wijzigt het oordeel van de deskundigen niet. Het ministerie is zich ervan bewust dat de webmodule niet in alle gevallen recht doet aan de soms complexe werkelijkheid. Daarom zal ook bij definitieve invoering alleen een mogelijk rechtsgevolg worden verbonden aan de opdrachtgeversverklaring. Aan de uitkomst “geen oordeel mogelijk” of “indicatie dienstbetrekking” wordt geen juridisch gevolg verbonden. Op die manier bestaat de mogelijkheid om op een andere manier zekerheid te krijgen of de betreffende opdracht toch buiten dienstbetrekking kan worden uitgevoerd.

**Tot slot:** Het feit dat deskundigen de weging-exercitie zijn gestart met het afgeven van een oordeel over de aard van de arbeidsrelatie op grond van de antwoorden zoals gegeven in de webmodule, waarna zij pas overgingen op het toekennen van een weging aan de antwoorden onderstreept volgens de Bovib juist dat er niet vanuit een neutraal perspectief naar een arbeidsrelatie wordt gekeken. Een neutraal perspectief waarbij de wijzer naar links (geen dienstbetrekking) kan uitslaan in geval van contra-indicaties en naar rechts (wel een dienstbetrekking) in geval van pro-indicaties. De Bovib kan zich dan ook niet verenigen met het standpunt van het ministerie dat bij een andere wegingsmethodiek het oordeel van de deskundigen niet anders zou zijn. Volgens de Bovib is zijn de deskundigen “verkeerd om” tewerk gegaan. Zij hadden eerst pluspunten moeten toekennen aan pro- indicatoren en aftrekpunten voor contra-indicatoren en aan de hand daarvan tot een kwalificatie moeten komen. Bovendien erkent het ministerie dat er sprake kan zijn van “een complexe werkelijkheid”, waaraan de webmodule geen recht doet. Dit bevestigt volgens de Bovib het standpunt dat de webmodule en de weging van de antwoorden momenteel niet alle omstandigheden van het geval kan vatten en dus ook geen juiste kwalificatie van de arbeidsrelatie kan geven.

### 2. Misstanden onderkant arbeidsmarkt

**Visie Bovib:** Door de vragen en de wegingsfactoren ziet de Bovib dat de webmodule juist misstanden aan de onderkant van de arbeidsmarkt legitimeert (de pizzabezorger bijvoorbeeld) terwijl de zelfstandig professionals bij grote zakelijke opdrachtgevers hun opdrachten zien verdwijnen.

**Visie ministerie SZW:** De pilotfase wordt gebruikt om na te gaan of de webmodule bijdraagt aan het geven van duidelijkheid over de aard van de arbeidsrelatie. De pilot zal worden geëvalueerd om te beoordelen of dit het geval is. Onderdeel daarbinnen is het voeren van een breed maatschappelijk gesprek. Daarin kan ook aan bod komen dat de webmodule voor bepaalde sectoren of bepaalde type opdrachten onvoldoende uitkomst biedt. In dat geval kan besproken worden of de webmodule aanpassing behoeft, of dat er andere manieren zijn om in die situaties duidelijkheid te geven.

### 3. Vragen te genuanceerd en ingewikkeld

**Visie Bovib:** De vragen zijn te genuanceerd en te ingewikkeld voor gemiddelde opdrachtgevers. Zij kunnen de vragen onvoldoende doorgronden, waarmee de uitkomst discutabel is. Ook wordt gevreesd voor hogere kosten voor deze opdrachtgevers omdat ze zich genoodzaakt voelen hierover advies in te winnen.

**Visie ministerie SZW:** De relevantie en volledigheid van de elementen is getoetst door de vragenlijst aan een aantal wetenschappers uit verschillende rechtsgebieden voor te leggen. Ook is de begrijpelijkheid van de vragenlijst getest. Omdat de Bovib aangeeft dat de vragen te genuanceerd en te ingewikkeld zijn voor de gemiddelde opdrachtgever, staat het ministerie open voor tekstsuggesties.

### 4. Criterium inbedding in de organisatie

**Visie Bovib:** Er wordt in de webmodule veel nadruk gelegd op het criterium van inbedding van de werkzaamheden in de organisatie, terwijl tot 6 november dit criterium geen vaste rechtspraak was of bleek uit wet- en regelgeving. Op 6 november 2020 is er namelijk een belangrijk nieuw arrest van de Hoge Raad gepubliceerd, waarin de conclusie van de Advocaat-Generaal de Bock om een arbeidsrelatie te beoordelen aan de hand van de mate van inbedding, niet gevolgd wordt. In de volgende paragraaf wordt nader op dit arrest ingegaan. Door het ministerie is herhaaldelijk benadrukt dat de webmodule een weergave is van wet- en regelgeving en vaste rechtspraak. Dat de inbedding thans zo'n prominente plaats krijgt in de webmodule is voor de Bovib een aanwijzing dat het niet louter gaat om een juridisch meetinstrument, maar dat de opinie van de deskundigen een te grote factor is geweest bij het bepalen van de wegingsfactoren. Dit, terwijl de webmodule bedoeld is als neutraal juridisch hulpmiddel om objectieve duidelijkheid te geven over de arbeidsrelatie.

**Visie ministerie SZW:** De elementen, die worden uitgevraagd, zien zowel op indicaties als contra-indicaties voor het werken buiten dienstbetrekking. Deze elementen zijn gebaseerd op wet- en regelgeving en vaste jurisprudentie. Wij verwijzen hiervoor naar de database, die is opgesteld door de Universiteit van Amsterdam en het Handboek Loonheffingen 2020.

**Tot slot:** Het overleg met het ministerie is gevoerd voorafgaand aan een belangrijke uitspraak van de Hoge Raad. De gevolgen van dit recent gewezen arrest op de webmodule is dus nog geen onderdeel van gesprek geweest tussen de Bovib en het ministerie. Echter, de bijlagen van het definitief rapport “werken buiten dienstbetrekking” van de Universiteit van Amsterdam, waarnaar het ministerie refereert zijn niet voor eenieder in te zien. De bijlagen bevatten alle geanalyseerde rechtspraak op kenmerk en in cijfers (bijlage 1), een overzicht van 242 uitspraken die in het databestand zijn opgenomen (bijlage 2) en een overzicht van mogelijke antwoorden per kenmerk en koppeling naar vragenlijst SZW (bijlage 3). Omdat deze database van jurisprudentie niet openbaar toegankelijk is én er geen rekening is gehouden in de webmodule met de recente uitspraak van de Hoge Raad, vindt de Bovib niet dat op dit moment geoordeeld kan worden dat de webmodule een weergave is van vaste rechtspraak. De Bovib wil het ministerie dan ook verzoeken om de door de Universiteit van Amsterdam gecreëerde database (online) te publiceren en zou graag een toelichting ontvangen op de gevolgen van het hierna te bespreken arrest op de webmodule.

## Invloed uitspraak Hoge Raad op de webmodule

De Hoge Raad heeft op 6 november jl. een belangrijk arrest gewezen dat een rol speelt in de Wet DBA problematiek en een belangrijke invloed kan hebben op de totstandkoming van de webmodule. In dit arrest wordt namelijk geoordeeld dat de bedoeling van partijen niet (meer) van belang is bij de kwalificatie van een arbeidsrelatie, zoals tot deze tijd op grond van de Groen-Schroevers doctrine wel het geval was.

De achtergrond van het arrest is als volgt. Een vrouw was sinds 2009 werkloos. Sinds 2012 ontvangt zij een IAOW-uitkering. IAOW staat voor Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers. In 2014 gaat de vrouw deelnemen in een re-integratietraject om haar kansen op de arbeidsmarkt te verbeteren. Tot het verrichten van deze (onbetaalde) werkzaamheden werd vervolgens een "Plaatsingsovereenkomst Participatieplaatsen in het kader van de Wet werk en bijstand (WWB)" getekend tussen de vrouw, de gemeente Amsterdam en het re-integratiebedrijf. Deze overeenkomst is aangegaan voor maximaal zes maanden en bepaalt dat de vrouw 32 uur per week als servicedeskmedewerker aan de slag gaat. Voor het verrichten van de servicewerkzaamheden werd ze niet betaald, maar behield ze wel haar IAOW-uitkering. Een paar dagen voor het einde van haar werkzaamheden maakte de vrouw aan de gemeente kenbaar dat ze graag een vaste baan wilde en dat het wel heel erg bezwaarlijk was dat, zoals het arrest dat omschrijft, "zij met een minimumuitkering, te midden van goedbetaalde ambtenaren, medewerkers op het stadhuis volwaardig hielp en zelfs voor meer klussen werd gevraagd.". Haar wens werd niet gehoord en partijen gingen een tweede plaatsingsovereenkomst aan. Na een paar maanden wilde de vrouw wederom een vaste baan omdat de gemeente derden inhuurde ter vervulling van dezelfde functie als de hare, waaruit bleek dat er geld beschikbaar was. Verder zouden op korte termijn twee medewerkers vertrekken, waardoor ruimte in de bezetting zou ontstaan. Haar verzoek werd afgewezen. Daarop stelde de vrouw dat de plaatsingsovereenkomst in feite een arbeidsovereenkomst was en dat zij daarom recht heeft op betaling van het voor de functie van servicedeskmedewerker geldende loon. Zij vordert daartoe een bedrag van ruim EUR 31.000.

Het Hof wees dit af omdat het niet de bedoeling was om een arbeidsovereenkomst aan te gaan. De Hoge Raad beslist dat anders dan uit het arrest Groen/Schoevers wel is afgeleid, de bedoeling van partijen geen rol speelt bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Vervolgens legt de Hoge Raad uit hoe dan de vraag naar de kwalificatie van een arbeidsrelatie moeten worden benaderd: "De kwalificatie van een overeenkomst moet worden onderscheiden van de – daaraan voorafgaande – vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de Haviltexmaatstaf. Nadat de rechter met behulp van die maatstaf de overeengekomen rechten en verplichtingen heeft vastgesteld (uitleg), kan hij beoordelen of die overeenkomst de kenmerken heeft van een arbeidsovereenkomst (kwalificatie)". De Hoge Raad schetst hierbij dus een tweetrapsraket.

De Hoge Raad geeft de vrouw gelijk op haar standpunt dat de bedoeling van partijen er niet toe doet, maar het levert haar toch geen arbeidsovereenkomst op omdat de plaatsingsovereenkomst die zij heeft gesloten, niet kwalificeert als een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad volgt hierbij het oordeel van het Hof dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst omdat zij geen loon heeft ontvangen. Het oordeel van het Hof dat, ook als ervan wordt uitgegaan dat de vrouw dezelfde werkzaamheden als haar betaalde collega's heeft verricht en dat zij dezelfde functie als uitzendkrachten heeft vervuld, dit nog niet zonder meer maakt dat er een arbeidsovereenkomst is, wordt door de Hoge Raad is stand gelaten.

Aldus verliest deze vrouw de zaak. Er is geen sprake van een arbeidsovereenkomst.

## Verskil uitspraak Hoge Raad met de conclusie van A-G De Bock

Advocaat-Generaal ("A-G") De Bock had geadviseerd om de vrouw wel gelijk te geven en wel uit te gaan van het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

Ten eerste betoogt zij in haar conclusie op dit arrest dat de bedoeling van partijen er niet toe doet bij het kwalificatievraagstuk. De juiste benadering is een tweetrapsraket; eerst de afspraken uitleggen en daarna de afspraken kwalificeren. Zoals uit het bovenstaande is gebleken, volgt De Hoge Raad De Bock in haar betoog. Vervolgens stelt De Bock dat niet langer uitgegaan mag worden van de holistische benadering bij het kwalificatievraagstuk. De Bock vindt dit verwarrend en stelt voor dat een overeenkomst die voldoet aan de criteria arbeid, loon en gezag, een arbeidsovereenkomst is en wanneer een overeenkomst niet voldoet aan deze criteria, is in beginsel geen sprake van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad zegt hier verder niets over. Dit betekent dat de holistische benadering nog steeds geldt. Daaropvolgend stelt De Bock dat de invulling van het criterium "gezag", ingevuld als een instructiebevoegdheid, problematisch is. Een opdrachtgever heeft immers ook een instructiebevoegdheid. De Bock constateert het volgende: "Wel is te constateren dat in de rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad nog niet naar voren is gekomen of wordt aangesloten bij het criterium "organisatorische inbedding". De Bock analyseert vervolgens de literatuur en jurisprudentie over het criterium "gezag". Haar conclusie is dat, in plaats van het centraal stellen van een instructiebevoegdheid, het veel belangrijker is om te kijken naar de organisatorische inbedding van het werk. Het gaat hierbij niet alleen over de vraag of iemand zich moet houden aan de werkdiscipline in de onderneming, maar over de bredere vraag of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel uitmaken van de bedrijfsvoering. Hierbij komt veel betekenis toe aan de omstandigheid of het gaat om reguliere bedrijfsactiviteiten c.q. de "core business" van de partij voor wie het werk wordt verricht. Veel minder van belang is of de werker zich al dan niet mag laten vervangen.

De Hoge Raad gaat niet in op het betoog van De Bock om een andere invulling te geven aan het criterium "gezag". Zolang dat niet het geval is, verandert er niets en blijft gelden dat in de rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad niet is aangesloten bij het criterium "organisatorische inbedding". Concluderend gaat de Hoge Raad mee met De Bock wanneer het gaat om het belang van de bedoeling van partijen, maar niet voor het overige.

*Bovenstaande uitspraak brengt met zich mee dat de Bovib ten zeerste betwijfelt of de nieuwe tweetrapsraket zich in een webmodule laat vangen, omdat hierbij gekeken moet worden naar de bijzonderheden van het geval, de rechtskennis van partijen en hun maatschappelijke positie.*

Resumerend is de oproep van de Bovib aan het ministerie om niet aan de pilot te beginnen, zolang de bovenstaande punten nog niet zijn opgelost. Als de pilot door gaat op basis van de huidige wankelende juridische basis en de nieuwe uitspraak van de Hoge Raad, zal dat tot veel onrust en vraaguitval in de markt leiden. Terwijl we nu, midden in de tweede coronagolf, juist alles op alles moeten zetten om te zorgen dat zoveel mogelijk mensen aan het werk blijven en bedrijven zich kunnen focussen op hun toekomst door min mogelijk tijd te hoeven besteden aan de duiding van de arbeidsrelatie van de zelfstandig ondernemers die ze in willen huren. Een sterk vereenvoudigd systeem zou hierbij uitkomst kunnen bieden.

## 1. Ga nog niet van start met pilot webmodule

Als alternatief voor de Wet DBA is de webmodule gepresenteerd in de pilotfase die in het najaar van 2020 wordt gestart. De concept-webmodule zoals deze er nu ligt, geeft juist niet de gewenste duidelijkheid en zekerheid aan opdrachtgevers. Met de huidige webmodule kan onze inziens de arbeidsrelatie alleen gekwalificeerd worden in zeer duidelijke situaties. Wanneer de arbeidsrelatie een complexere vorm aanneemt, biedt de webmodule geen soelaas. Het (te vroeg) starten van de pilot zal tot veel onrust en vraaguitval in de markt leiden. Terwijl juist in deze tijd continuïteit van werk de enige zekerheid is waar de samenleving behoefte aan heeft.

## 2. Onderzoek invloed van uitspraak Hoge Raad 6 november 2020 op webmodule

De Hoge Raad heeft op 6 november jl. een belangrijk arrest gewezen dat een rol speelt in de Wet DBA problematiek en een belangrijke invloed kan hebben op de totstandkoming van de webmodule. In dit arrest wordt namelijk geoordeeld dat de bedoeling van partijen niet (meer) van belang is bij de kwalificatie van een arbeidsrelatie, zoals tot deze tijd op grond van de Groen-Schroevers doctrine wel het geval was.

Bovenstaande uitspraak brengt met zich mee dat de Bovib ten eerste betwijfelt of de nieuwe tweetrapsraket zich in een webmodule laat vangen, omdat hierbij gekeken moet worden naar de bijzonderheden van het geval, de rechtskennis van partijen en hun maatschappelijke positie. Om die reden adviseert Bovib om eerst te onderzoeken in welke mate de uitspraak van de Hoge Raad invloed heeft op de huidige werking en uitvoerbaarheid van de webmodule.

## 3. Belgisch model als voorbeeld

In België werkt men naast 3 algemene criteria met een checklist voor zes verschillende sectoren waarin met een (weliswaar weerlegbaar) vermoeden van ondergeschiktheid wordt gewerkt wanneer meer dan 5 van de 9 criteria zijn vervuld door degene die de opdracht uitvoert.

De officiële website met toelichting over de aard van de arbeidsrelaties is terug te vinden op <https://werk.belgie.be> onder de subrubriek "thema", "Arbeidsovereenkomsten", "Sluiten van de arbeidsovereenkomst", "Bestanddelen van de arbeidsovereenkomst", "Arbeidsrelatiewet - aard van de arbeidsrelatie: loontrekkende of zelfstandige".

De Belgische wet creëert een weerlegbaar vermoeden van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde economische sectoren. Behoudens bewijs van het tegendeel wordt de arbeidsrelatie er vermoed uitgevoerd te worden in het kader van arbeidsovereenkomst indien aan meer dan de helft van de hieronder opgesomde criteria voldaan is. Er worden zes economische sectoren beoogd door het vermoeden. De sector van: 1) het bouwbedrijf; 2) de bewaking; 3) het vervoer; 4) de schoonmaak; 5) de landbouw en 6) het tuinbouwbedrijf.

Behoudens bewijs van het tegendeel, wordt de in de beoogde economische sectoren een bestaande arbeidsrelatie vermoed te worden uitgevoerd in het kader van een arbeidsovereenkomst wanneer blijkt dat meer dan de helft van de volgende specifieke criteria vervuld zijn:

- Gebrek aan enig financieel of economisch risico ten aanzien van diegene die de werkzaamheden uitvoert, zoals dit onder meer het geval is bij gebrek aan een persoonlijke en substantiële investering in de onderneming met eigen middelen, of bij gebrek aan een persoonlijke en substantiële deelname in de winsten en de verliezen van de onderneming;
- Gebrek aan verantwoordelijkheid en beslissingsmacht aangaande de financiële middelen van de onderneming bij diegene die de werkzaamheden uitvoert;
- Gebrek aan beslissingsmacht over het aankoopbeleid van de onderneming ten aanzien van diegene die de werkzaamheden uitvoert;
- Gebrek aan beslissingsmacht over het prijsbeleid van de onderneming ten aanzien van diegene die de werkzaamheden uitvoert, behoudens wanneer de prijzen wettelijk zijn vastgelegd;
- Gebrek aan resultaatsverbintenis betreffende de overeengekomen arbeid;
- Garantie op betaling van een vaste vergoeding, ongeacht de bedrijfsresultaten of de omvang van de prestaties geleverd door diegene die de werkzaamheden uitvoert;
- Het zelf geen werkgever zijn van persoonlijk en vrij aangeworven personeel of het ontbreken van de mogelijkheid om voor de uitvoering van het overeengekomen werk personeel aan te werven of zich te laten vervangen;
- Het zich niet voordoen als een onderneming ten overstaan van andere personen of hoofdzakelijk of gewoonlijk voor één medecontractant werken;
- In ruimtes werken waarvan men niet de eigenaar of de huurder is of werken met materiaal dat ter beschikking wordt gesteld, gefinancierd of gewaarborgd door de medecontractant.

Wanneer meer dan de helft van deze criteria niet zijn vervuld, wordt de arbeidsrelatie daarentegen weerlegbaar vermoed een overeenkomst voor zelfstandigen te zijn. Het vermoeden kan worden weerlegd door alle middelen van recht, in het bijzonder op basis van de algemene criteria.

De algemene criteria laten toe om de aard van de arbeidsrelatie te beoordelen. Het gaat om de volgende criteria:

- De wil der partijen;
- De vrijheid van organisatie van de werktijd en de vrijheid van organisatie van het werk;
- De mogelijkheid een hiërarchische controle uit te oefenen.

De hierboven opgesomde criteria kunnen worden aangevuld of vervangen door specifieke criteria die eigen zijn aan bepaalde sectoren of beroepen. De criteria die thans worden gehanteerd voor een zestal sectoren hebben wij hierboven uiteengezet.

*Bronvermeldingen Bijlage I*

1. Kamerstukken II 2019-2020, ref. nr. 0000148782 (De kabinetsreactie op de Commissie Reguleren van Werk en het WRR-rapport 'Het betere werk' d.d. 11-11-2020)2.

2. Hoge Raad 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746

3. K.A. van Haaren, mr. R.D. Rietveld en prof. dr. E. Verhulp, "Werken buiten dienstbetrekking: analyse rechtspraak, koppeling naar concept-vragenlijst, analyse weging en routing vragen, Oktober 2019.

4. HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:2C2495 (Groen/Schoevers).

# BIJLAGE II

Driehoeksrelaties: creëer een eerlijk en transparant speelveld

## Driehoeksrelaties: creëer een eerlijk en transparant speelveld

### De positie van de zzp'er

De aard en omvang van driehoeksrelaties op de arbeidsmarkt hebben afgelopen decennia een enorme vlucht genomen: uitzendkrachten, payrollers en zzp'ers maken inmiddels een belangrijk onderdeel uit van de arbeidsmarkt. Deze groei is echter gepaard gegaan met ongewenste neveneffecten, waaronder oneigenlijk gebruik, oneigenlijke concurrentie en onder-aanbieding, oftewel te lage beloning. De wetgever is zich bewust van dergelijke neveneffecten, gegeven het feit dat met de invoering van de Wet Arbeidsmarkt in Balans (Wab) per 1 januari 2020 de arbeidsvoorwaardenpositie van payrollwerknemers wordt geborgd door een aanpassing in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi).

Voor de zzp'er is wettelijk echter nog niets geregeld om de positie op de arbeidsmarkt te beschermen als het gaat om beloning. De zzp'ers worden daardoor de nieuwe groep arbeidskrachten die uitgebuit worden op de arbeidsmarkt. Dat is een ongewenste maatschappelijke ontwikkeling en deze dient te worden tegengegaan door onder meer de ondergrens van gelijkheid van beloning te borgen. Vanuit het perspectief van de intermediairs gaat het daarnaast om het creëren van een gelijk speelveld. Alle betrokkenen hebben belang bij transparantie en duidelijkheid.

In 2019 telde Nederland 1,1 miljoen zzp'ers. Het betreft derhalve een substantiële groep. Met de regulering van een minimumbeloning wordt aan het verkozen ondernemerschap van de zzp'er niet getornd. De zzp'er blijft een ondernemer die beduidend minder bescherming geniet in vergelijking met een werknemer. Een zzp'er heeft geen ontslagbescherming, kan niet terugvallen op de sociale zekerheid en dient zelf voorzieningen te treffen voor bepaalde maatschappelijke risico's zoals pensioen, arbeidsongeschiktheid en afname van opdrachten. Dit soort risico's zijn juist kenmerkend voor de ondernemer die voor eigen rekening en risicowerkzaamheden verricht.

### Wetsvoorstel minimumbeloning zelfstandigen

In november 2019 presenteerde minister Koolmees een conceptwetsvoorstel waarin zzp'ers verplicht zouden worden om een minimumtarief van minimaal 16 euro per uur te hanteren. Met zijn brief van 15 juni 2020 liet Koolmees aan de Tweede Kamer weten dat dit zzp-wetsvoorstel niet verder zou worden uitgewerkt, omdat het in de praktijk onuitvoerbaar is door onduidelijkheid over de berekening van het uurtarief en de hieraan gekoppelde administratieve lasten. De problematiek van onderbetaling c.q. uitbuiting van zzp'ers blijft onverminderd bestaan en is niet opgelost. De oplossing daarvoor kan echter via een aanpassing van andere, reeds bestaande wetgeving worden gevonden.

### Minimumbeloning zzp'er in de Waadi

De invoering van de Waadi had tot doel malafide intermediairs van de markt van allocatieve diensten te weren, bestaande arbeidsvoorwaardenvorming te beschermen en de belemmeringen voor arbeidskrachten in de opstap naar een zekerdere vorm van arbeid weg te nemen. De Waadi dient derhalve ter bescherming van werknemers in driehoeksrelaties, waarbij aanvankelijk met name werd gedacht aan uitzendconstructies en detachering.

Doordat de Waadi niet geldt voor een wezenlijk ander deel van driehoeksrelaties, namelijk de zzp'ers, slaagt de Waadi niet zonder meer in het waarborgen van een gezonde markt voor allocatieve diensten en ook niet in het beschermen van de bestaande arbeidsvoorwaardenvorming voor deze groep. De waarborging van deze twee elementen maakt de Waadi geschikt om de beloning van zzp'ers in deze wet te reguleren.

De Waadi biedt ook ruimte om de rechtspositie van de zzp'er wettelijk te regelen. Ten eerste hanteert de Waadi het begrip 'arbeidskrachten' als het gaat om terbeschikkingstelling. Een arbeidskracht hoeft niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn, ook zelfstandigen kunnen onder de definitie van 'arbeidskracht' vallen. Daarnaast biedt de rechtspraak in dit verband gezichtspunten die deze ruimte bevestigen. Recent bevestigde het Hof 's-Hertogenbosch dat het belemmeringsverbod van artikel 9a, lid 1 Waadi ook van toepassing is als een uitzendbureau een zzp'er ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming.

Met een verwijzing naar een arrest van het Hof van Justitie EU en de Hoge Raad overwoog het Hof dat de Uitzendrichtlijn en de Waadi niet alleen van toepassing zijn op werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben gesloten met een uitzendbureau, maar ook op arbeidskrachten die een arbeidsrelatie hebben met een uitzendbureau. Voor toepasselijkheid van de Uitzendrichtlijn en de Waadi is aldus niet vereist dat tussen de arbeidskracht en het uitzendbureau een arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Ook wanneer een uitzendbureau een zelfstandige (zzp'er) ter beschikking stelt aan een inlenende onderneming om daar onder leiding en toezicht van deze inlener te werken zijn de Uitzendrichtlijn en de Waadi van toepassing.

Alhoewel een integrale analoge toepassing mank gaat op de elementen leiding en toezicht, betreft deze rechtspraak wel een vingerwijzing dat de verschijningsvorm van een zzp'er goed inpasbaar is in de Waadi.

Voorts bestaat er in de Waadi reeds een equivalent van bescherming van beloning, namelijk de inleningsbeloning in artikel 8 Waadi. In artikel 8 van de Waadi is opgenomen dat de arbeidskracht, die niet in het kader van payrolling ter beschikking is gesteld, recht heeft op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Verder heeft, zoals reeds eerder opgemerkt, de wetgever gemeend dat ook de payroll werknemers beschermd dienden te worden tegen concurrentie op arbeidsvoorwaarden en beloning in het bijzonder, zodat met de invoering van de Wab per 1 januari dit in artikel 8a Waadi is geregeld. De Waadi is dus ook de aangewezen plek om de minimumbeloning voor zzp'ers die werkzaamheden verrichten voor een opdrachtgever middels de tussenkomst van een intermediair te reguleren.

### Ketenaansprakelijkheid bij beloning zzp'er

De bescherming van de steeds groter groeiende groep kwetsbare zzp'ers aan de onderkant van de arbeidsmarkt moet echter niet enkel worden geregeld door een ondergrens voor de beloning te introduceren in de Waadi, maar ook door de gehele keten verantwoordelijk te maken voor het feit dat de zzp'er daadwerkelijk de verschuldigde beloning ontvangt.

Een werknemer kan op grond van artikel 7:616a BW en 7:616b BW-betaling van de inlenersbeloning uit artikel 8 of 8a Waadi door de werkgever of de opdrachtgever afdwingen. Onder werknemer wordt daarbij verstaan de wederpartij van de werkgever als bedoeld in artikel 7:610 BW. Daartoe behoren óók de uitzendkracht en de werknemer die werkt krachtens detachering of payrolling.

Artikel 7:616a en 7:616b BW zijn onderdeel van de Wet Aanpak Schijnconstructies (WAS). Deze wet heeft tot doel om oneerlijke concurrentie tussen bedrijven te voorkomen, de rechtspositie van werknemer te versterken en bij te dragen aan een beloning voor werknemers, conform wet- en regelgeving, cao of afspraken bij individuele arbeidsovereenkomst. Met de WAS wilde de regering ongewenste concurrentie op arbeidsvoorwaarden, waaronder beloning van werknemer uit het buitenland onder het minimumloon, tegengaan, omdat deze ongewenste concurrentie leidt tot verdringing, onderbetaling en soms zelfs uitbuiting van werknemers. Daarnaast wilde de regering een gelijk speelveld creëren, waarbij bonafide werkgevers en ondernemers niet meer hoefden te concurreren met partijen die op oneigenlijke manier de arbeidskosten verlagen en in sommige gevallen gebruik maken van schijnconstructies. Vanwege de zwakke positie van werknemers, met name van zij die vanuit het buitenland gedetacheerd waren, meende de regering dat alle schakels in de keten toe moesten zien op een bonafide handelwijze in de keten.



De artikelen 7:616a en 7:616b BW vormen tezamen een ketenaansprakelijkheid voor iedere opdrachtgever die onderdeel is van een keten waarin op basis van overeenkomsten van opdracht (artikel 7:400 BW) of van aanneming van werk (artikel 7:750 BW) arbeid wordt verricht door een werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst. In artikel 7:616a BW wordt bepaald dat de werkgever en de opdrachtgever van de werkgever hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het verschuldigde loon, indien dat niet is voldaan. Als de werkgever in gebreke blijft het loon te voldoen, is naast de werkgever ook de naast hogere opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk is voor het loon dat de werkgever aan de werknemer verschuldigd is. Indien een vordering uit hoofde van artikel 7:616a BW niet slaagt, vanwege een van de gronden die in artikel 7:616b, tweede lid, BW worden genoemd, kan de werknemer zijn vordering instellen bij de naast hogere opdrachtgever in de keten; dat is de opdrachtgever van de opdrachtgever van de werkgever.

De artikelen 7:616a en 7:616b BW gelden niet voor zelfstandigen, nu zij niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Gelet op de steeds groter groeiende groep kwetsbare zzp'ers aan de onderkant van de arbeidsmarkt, kan echter worden geconcludeerd dat ongewenste concurrentie op arbeidsvoorwaarden, thans niet enkel meer geldt voor werknemers, maar evenzeer opgaat voor deze grote groep kwetsbare zzp'ers. Deze zelfstandigen zijn geen werknemers, maar worden eveneens geconfronteerd met verdringing, onderbetaling en zelfs uitbuiting op de arbeidsmarkt.

Als oplossing voor deze problematiek werd hiervoor al gewezen op het introduceren van een minimumtarief in de Waadi voor zzp'ers die werkzaamheden verrichten voor een opdrachtgever middels de tussenkomst van een intermediair. In het verlengde daarvan geldt dat er bij het verrichten van werkzaamheden als zzp'er middels de tussenkomst van een intermediair, eveneens sprake is van een keten van één of meerdere tussenpersonen tussen de zzp'er en de daadwerkelijke opdrachtgever.

De ketenaansprakelijkheid die is geïntroduceerd voor werknemers met de inwerkingtreding van de WAS, is evenzeer toepasbaar voor zzp'er. Daarmee wordt mogelijk gemaakt dat de zelfstandige niet enkel zijn directe contractpartij kan aanspreken, maar ook de naast hogere opdrachtgever. Dit geeft de zelfstandige niet alleen meer zekerheid dat hij ook de verschuldigde beloning ontvangt, maar leidt er tevens toe dat er bij een keten van opdrachtgevers een gedeelde verantwoordelijkheid ontstaat voor naleving van de regelgeving.

## AANBEVELINGEN

Gelet op het voorgaande komen wij tot de volgende aanbevelingen:

1. In de Waadi dient een nadere definitie te worden opgenomen van de zzp'er die via tussenkomst van een intermediair ter beschikking wordt gesteld aan een opdrachtgever, zodanig dat zzp'ers onder de werkingssfeer van de nieuw te introduceren artikelen over minimumbeloning en ketenaansprakelijkheid in de Waadi vallen. Concreet betekent dit dat een dergelijke definitie dient te voldoen aan de volgende elementen:

- a. Het ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander zonder dat er sprake is van leiding en toezicht bij die ander;
- b. Het begrip arbeidskrachten ruimer definiëren;
- c. Waarbij een overeenkomst van opdracht wordt beoogd.

2. In de Waadi dient een separate bepaling te worden opgenomen waarin de minimumbeloning voor zzp'ers wordt geborgd. Daarbij verdient het de voorkeur om als minimum voor de zzp'er een uurtarief te hanteren dat wordt gebaseerd op het loon dat verschuldigd zou zijn aan een werknemer, vermeerderd met een vast percentage. Wat een redelijk uurtarief is zal namelijk per sector verschillen. Gelet op de eerdere knelpunten bij het conceptwetsvoorstel minimumbeloning zelfstandigen, wordt er bij het hanteren van een minimumtarief aangedrongen op een vereenvoudigd stelsel zodat dit uitvoerbaar is en te handhaven.

Een bepaling in de Waadi waarin de minimumbeloning voor zzp'ers wordt geregeld, zou – gelet op het artikel 6 van het concept wetsvoorstel minimumbeloning zelfstandigen en artikel 8 en artikel 8a Waadi - als volgt kunnen luiden:

*“De zelfstandige heeft voor de arbeid die hij heeft verricht jegens de opdrachtgever, ongeacht het recht dat van toepassing is op de overeenkomst tussen de zelfstandige en de opdrachtgever, recht op een beloning voor de arbeid van ten minste [percentage]% van het loon dat geldt voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waarvoor door de zelfstandige arbeid wordt verricht. Indien de onderneming, waarvoor door de zelfstandige de arbeid wordt verricht, geen werknemers in dienst heeft in gelijke of gelijkwaardige functies, heeft de zelfstandige ten minste recht op [percentage]% van het loon dat geldt voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven, waarin die onderneming werkzaam is.*”

3. Tot slot dient in de Waadi een hoofdelijke ketenaansprakelijkheid te worden opgenomen voor betrokkenen uit de keten (daaronder begrepen intermediairs) die gelijk is aan de strekking van artikelen 7:616a en 7:616b BW. Een bepaling in de Waadi waarin de ketenaansprakelijkheid voor de beloning van zzp'ers wordt geregeld, zou – gelet op artikel 7:616a en 7:616b BW - de volgende elementen kunnen bevatten:

*“Indien arbeid wordt verricht door een zelfstandige ter uitvoering van een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk is de opdrachtgever en diens opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk voor de voldoening van de aan de zelfstandige verschuldigde beloning.”*

En

*“Indien arbeid wordt verricht door een zelfstandige ter uitvoering van een of meer tussen een opdrachtgever, opdrachtnemer of aannemer gesloten overeenkomsten, is iedere opdrachtgever aansprakelijk voor de voldoening van de aan de zelfstandige verschuldigde beloning.”*

Bronvermeldingen Bijlage II

5. [cbs.nl/dossier-zzp](https://www.cbs.nl/dossier-zzp).

6. Kamerstukken II 2019-2020, 29 544, nr. 1010 (Voortgangsbrief ‘Werken als zelfstandige’ d.d. 15-06-2020).

7. Dit volgt uit het onderzoeksrapport ‘Driehoeksrelaties: de relatie tussen de Waadi en Wfz’ d.d. 20-02-2020

8. T&C art. 1 Waadi en Verhulp, *ArbeidsRecht* 2018/1.

9. *Gerechthof 's-Hertogenbosch*, 1 september 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2705

10. Hof van Justitie EG 17 november 2016, ECLI:EU:C:2016:883 (Ruhlandklinik).

11. Hoge Raad 14 april 2017, ECLI:NL:HR: 2017:689.

12. Kamerstukken II 2014-2015, 34 108, nr. 3, p. 1 (MvT).

13. Kamerstukken II 2014-2015, 34 108, nr. 3, p. 20 (MvT).

14. Kamerstukken II 2019-2020, 29 544, nr. 1010 (Voortgangsbrief ‘Werken als zelfstandige’ d.d. 15-06-2020).