

No. W12.24.00156/III

's-Gravenhage, 7 november 2024

Bij Kabinetsmissive van 3 juli 2024, no.2024001569, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het verduidelijken van wanneer sprake is van werken in dienst van een ander in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en het invoeren van een rechtsvermoeden, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel voorziet in een nadere invulling van het zogenoemde gezagscriterium in de wettelijke definitie van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast introduceert het voorstel een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst op basis van een uurtarief van € 33 of minder. De werking van dit rechtsvermoeden is beperkt tot de civielrechtelijke verhouding tussen werkgevende en werkende. Door het bieden van een toetsingskader, dat het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen moet verduidelijken, beoogt het wetsvoorstel schijnzelfstandigheid te verminderen.

De Afdeling advisering van de Raad van State merkt op dat het wetsvoorstel een beperkte bijdrage zal leveren aan de aanpak van verschillende knelpunten die in de toelichting terecht wordenesignaleerd. De reden hiervoor is dat het voorstel vooral het geldende recht codificeert, al kan hierdoor het besef van het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen wel worden vergroot. In dit verband zal de voorgenomen beëindiging van het handhavingsmoratorium in het kader van de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties overigens een effectievere aanpak kunnen vormen van schijnzelfstandigheid. Met beide maatregelen wordt echter de onderliggende, bredere problematiek niet weggenomen.

AAN DE KONING

De Afdeling maakt verder opmerkingen over het toetsingskader voor werken 'in dienst van' en over de verwachte effecten van het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst en de mogelijkheid dat het rechtsvermoeden leidt tot uiteenlopende kwalificaties van de arbeidsrelatie. Ook wijst de Afdeling erop dat een (sterke) toename in het aantal kwalificaties als arbeidsovereenkomst op korte termijn kan leiden tot (aanzienlijke) fricties, vooral waar het verschuldigde pensioenpremies betreft. Uit de toelichting blijkt niet op welke wijze de regering voornemens is dit risico te mitigeren.

In verband hiermee is aanpassing wenselijk van de toelichting en zo nodig aanvulling van het wetsvoorstel.

1. Achtergrond van het wetsvoorstel

Het coalitieakkoord 2021-2025 van kabinet-Rutte IV bevatte het voornemen om een aantal grote hervormingen op de arbeidsmarkt door te voeren. Het eindrapport van de Commissie Regulering van Werk¹ en het middellangetermijnadvies van de Sociaal-Economische Raad (SER)² werden daarbij als leidraad benoemd. Als uitgangspunt bij de uitwerking van dit voornemen werd gesteld dat fundamenteel onderhoud van de arbeidsmarkt nodig is om deze toekomstbestendig te maken.³ Beoogd werd een brede en integrale hervorming door middel van een effectief en gebalanceerd pakket aan maatregelen.

De geformuleerde ambities om de arbeidsmarkt te hervormen zijn nader uitgewerkt in een Kamerbrief van april 2023.⁴ Het zogenoemde 'arbeidsmarktpakket' zou bestaan uit verschillende maatregelen gericht op het vergroten van de wendbaarheid van ondernemingen en op het versterken van werk- en inkomenszekerheid bij flexibele arbeidsrelaties. Gesteld wordt dat de aard en inrichting van het werk leidend moeten zijn bij de vormgeving van de arbeidsrelatie. Daarom moet worden voorkomen dat verschillen in behandeling in de fiscaliteit, de sociale zekerheid of op andere terreinen hierbij bepalend zijn.

Uit het regeerprogramma van het kabinet-Schoof, dat een uitwerking vormt van het Hoofdlijnenakkoord 2024-2028, blijkt dat het huidige kabinet voornemens is het arbeidsmarktpakket voort te zetten. Het kabinet wil dat meer mensen werkzaam zijn op basis van een vast contract en dat het doorgeschoten beroep op flexibele contractvormen wordt teruggedrongen.⁵

De verschillende maatregelen uit het arbeidsmarktpakket worden uitgewerkt in een aantal afzonderlijke wetsvoorstellen. Het voorliggende wetsvoorstel is er daar één van. Daarnaast zijn er wetsvoorstellen in voorbereiding die, kort gezegd, zien op het bieden van meer zekerheid voor flexwerkers, de re-integratieverplichtingen bij het midden- en kleinbedrijf in het tweede ziektejaar, personeelsbehoud bij crisis en een arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen.⁶ De wetsvoorstellen kennen ieder een eigen traject en worden zelfstandig voorgelegd ter advisering.

¹ Commissie Regulering van Werk, 'In wat voor land willen wij leven? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk', 23 januari 2020.

² Sociaal-Economische Raad, 'Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving. Sociaal-economisch beleid 2021-2025' (advies 21/08), juni 2021.

³ Zie Kamerstukken II 2021/22, 29544, nr. 1112.

⁴ Kamerstukken II 2022/23, 29544, nr. 1176.

⁵ Regeerprogramma kabinet-Schoof, 13 september 2024, p. 11-12.

⁶ Zie Kamerstukken II 2023/234, 29544, nr. 1220.

Dit wetsvoorstel en het wetsvoorstel Wet meer zekerheid flexwerkers zijn afzonderlijk ter advisering voorgelegd. De Afdeling ziet vanwege de samenhang tussen beide voorstellen aanleiding om over deze twee wetsvoorstellen gelijktijdig advies uit te brengen.⁷ De bredere analyse van de problematiek op de arbeidsmarkt, zoals in het advies over de Wet meer zekerheid flexwerkers is uiteengezet onder punt 2, geldt ook voor dit wetsvoorstel. De Afdeling adviseert daarom op dat punt ook in het kader van dit wetsvoorstel in te gaan.

2. Beperkte aanpak van onderliggende problematiek

De afgelopen decennia is sprake geweest van een sterke groei van de groep zelfstandigen zonder personeel (hierna: zzp'ers). Hun aantal en aandeel in de totale beroepsbevolking is daarmee sterk toegenomen.⁸ Deze ontwikkeling in Nederland is duidelijk afwijkend ten opzichte van vergelijkbare landen in de Europese Unie. Daarnaast is deze ontwikkeling – vooral in recente jaren – zichtbaar geworden in maatschappelijke sectoren als de zorg, het onderwijs en de kinderopvang. Ook de overheid maakt veelvuldig gebruik van zzp'ers.

De toelichting stelt dat schijnzelfstandigheid het probleem is waarvoor het wetsvoorstel een oplossing beoogt te bieden. Schijnzelfstandigheid wordt in de toelichting gedefinieerd als de situatie waarin wordt gewerkt als zelfstandige, terwijl de werkende op basis van het arbeidsrecht (juridisch) een arbeidsovereenkomst heeft.⁹ Een precieze kwantificering van het aantal schijnzelfstandigen en de groei daarvan kan niet worden gegeven. Een ruwe schatting op basis van de beschikbare informatie is dat er momenteel ongeveer 200.000 schijnzelfstandigen zijn.¹⁰

In de toelichting geeft de regering een aantal redenen waarom schijnzelfstandigheid onwenselijk is.¹¹ Schijnzelfstandigheid maakt werkenden kwetsbaar, vooral die aan de basis van de arbeidsmarkt. Daarnaast zet schijnzelfstandigheid de solidariteit binnen het sociale stelsel onder druk. Ook zorgt schijnzelfstandigheid voor oneerlijke concurrentie, zowel tussen werkenden onderling als tussen werkgevers (werkgevers en opdrachtgevers). Tot slot heeft schijnzelfstandigheid negatieve gevolgen voor de werkdruk, mate van innovatie en de continuïteit binnen een bedrijf of organisatie.

⁷ Zie het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 7 november 2024 over het wetsvoorstel Wet meer zekerheid flexwerkers (W12.24.00062/III).

⁸ Het aantal zzp'ers in Nederland is gestegen van ruim 630 duizend in 2003 naar meer dan 1,2 miljoen in 2023. Het aandeel zzp'ers in de totale werkzame beroepsbevolking is in deze periode gestegen van 8 procent naar 13 procent.

⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 1.4.1.a, onder i.

¹⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 1.4.2.

¹¹ Memorie van toelichting, paragraaf 1.4.1.a, onder ii.

De Afdeling merkt op dat het voorstel voor een aantal van de geschetste problemen wil bijdragen aan een oplossing. Zij maakt in dat verband de volgende opmerkingen.

a. *Beschermen van kwetsbare zelfstandigen*

Voor veel zzp'ers zijn vrijheid en onafhankelijkheid belangrijke motieven om als zelfstandige te werken.¹² Er is echter ook een groep werkenden voor wie de keuze voor zelfstandigheid noodgedwongen is, bijvoorbeeld omdat zij anders werkloos raken of blijven. Vaak hebben deze werkenden een zwakke positie ten opzichte van de werkgevende. Dit geldt zeker wanneer deze werkenden sterk afhankelijk zijn van een of enkele opdrachtgevers en zij slechts beperkte zeggenschap hebben over de manier van werken.¹³ Dan kan er sprake zijn van schijnzelfstandigheid.

Voorals werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt die min of meer worden gedwongen als zelfstandige te werken, bevinden zich in een kwetsbare positie. Dikwijls hebben zij een onzeker en laag inkomen, waardoor het voor hen moeilijk is om iets op te bouwen. Als zelfstandige kunnen zij verder geen beroep doen op de bescherming die arbeidswetgeving biedt. Ook worden voor hen geen premies afgedragen voor de werknemersverzekeringen en voor een eventuele aanvullende pensioenregeling. Deze kostenvoordelen gaan ten koste van de bescherming van de werkenden, in het bijzonder hun sociale zekerheid en bescherming tegen ontslag.

De Afdeling merkt op dat in de toelichting terecht aandacht wordt besteed aan de kwetsbaarheid van de groep werkenden die vanwege hun zwakke arbeidsmarktpositie vaak noodgedwongen als zelfstandige werkzaam zijn. De problematiek van deze groep werkenden is echter breder dan schijnzelfstandigheid. Er is een veel grotere groep werkenden, vooral aan de basis van de arbeidsmarkt, die zich in een zwakke positie bevinden ten opzichte van de werkgevende. Het gaat daarbij niet alleen om schijnzelfstandigen, maar ook om 'echte' zelfstandigen en flexwerkers.

Onderkend moet worden dat het voorstel dit probleem in de kern niet oplost, maar voor een deel van de groep kwetsbare werkenden wellicht betekenis kan hebben. De toelichting gaat ook niet in op de mogelijkheid dat, als de weg van (schijn)zelfstandigheid wordt afgesloten, werkgevers zullen zoeken naar andere mogelijkheden om te besparen op arbeidskosten of om flexibiliteit te behouden, bijvoorbeeld via detachering. De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op deze waterbedeffecten richting andere vormen van flexibele arbeidsrelaties.

b. *Houdbaarheid van sociale verzekeringen, pensioenen en belastingen*

¹² Zie ook IBO Zelfstandigen zonder personeel, 2015, p. 25-27.

¹³ Zie ook IBO Zelfstandigen zonder personeel, 2015, p. 27-29.

Anders dan werknemers zijn zelfstandigen niet verplicht verzekerd voor ziekte, werkloosheid en arbeidsongeschiktheid. Ook hoeft een opdrachtgever geen pensioenpremie af te dragen als in de onderneming of bedrijfstak een pensioenregeling voor werknemers bestaat. Door fiscale voordelen dragen zelfstandigen bovendien minder bij aan algemene sociale voorzieningen, zoals de bijstand. Volgens de toelichting vormt schijnzelfstandigheid daardoor een risico voor de betaalbaarheid van sociale regelingen en vermindert dit het draagvlak voor en de solidariteit binnen het socialezekerheidsstelsel.¹⁴ Hierbij geldt dat zij mogelijk later wel aanspraak gaan maken op uitkeringen, omdat het recht op een sociale uitkering losstaat van het voldaan hebben aan de premieplicht.

De Afdeling merkt op dat de aandacht van de regering voor het draagvlak en de balans in de stelsels van sociale zekerheid, pensioenen en belastingen terecht is. Daarbij moet worden opgemerkt dat de (financiële) houdbaarheid van deze stelsels niet alleen onder druk komt te staan door schijnzelfstandigheid, maar ook door de sterke toename van het aantal zelfstandigen als zodanig. Dat het kabinet voornemens is een deel van de fiscale voordelen voor zelfstandigen, zoals de zelfstandigenaftrek, te verminderen is in dit licht dan ook goed te verdedigen.

Dit laat onverlet dat werknemers en zelfstandigen ook op andere punten nog steeds verschillend worden behandeld. De oorzaak hiervan is gelegen in de koppeling van veel regelingen in het arbeidsrecht, de sociale zekerheid, de fiscaliteit en het stelsel van aanvullende pensioenen aan de arbeidsovereenkomst. Mede als gevolg van de sterke toename van het aantal (schijn)zelfstandigen leidt deze koppeling niet meer automatisch tot een adequate bescherming van degenen die deze (het meeste) nodig hebben. Dit geldt overigens niet alleen voor zelfstandigen en schijnzelfstandigen, maar ook voor werknemers. Deze institutionele verschillen zijn groter dan nog langer gerechtvaardigd lijkt.

Het wetsvoorstel biedt uiteindelijk geen oplossing voor deze problematiek. Verduidelijking van het onderscheid tussen zelfstandigen en werknemers draagt er wel aan bij dat werkenden vaker werkzaam zullen zijn op basis van het aangewezen type overeenkomst. Het voorstel doet in de kern echter niets aan het probleem dat de solidariteit en betaalbaarheid van het sociale stelsel door de sterke groei van het aantal zelfstandigen onder druk staat. Daarvoor is nodig dat werknemers en zelfstandigen in de toepasselijke regelgeving veel gelijkter worden behandeld.

c. Verduidelijking heeft beperkt effect

De Afdeling stelt voorop dat het al dan niet aangaan van een arbeidsovereenkomst bij een dienstverband waarbij in ondergeschiktheid arbeid

¹⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 1.4.1.a, onder ii.

wordt verricht geen vrije keuze is. De definitie van de arbeidsovereenkomst is volgens vaste jurisprudentie van dwingendrechtelijke aard en kan niet contractueel terzijde worden gesteld. Het wetsvoorstel voorziet in een nadere invulling van het begrip “in dienst van”, zoals opgenomen in de wettelijke definitie. Hierbij is niet gekozen voor het introduceren van nieuwe criteria, maar is als uitgangspunt genomen dat zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de bestaande jurisprudentie.

Het voornemen tot verduidelijking van het zogenoemde gezagscriterium acht de Afdeling op zichzelf begrijpelijk. Dit laat onverlet dat de toegevoegde waarde van de voorgestelde uitwerking ten opzichte van de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties (Wet DBA) beperkt lijkt. Dit komt omdat de gekozen aanpak neerkomt op het codificeren van wat op grond van bestaande jurisprudentie over het onderscheid tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht al geldt. Bovendien zal als gevolg van de voorgenomen beëindiging van het handhavingsmoratorium in het kader van de Wet DBA het onderscheid ook in de praktijk al beter worden gerealiseerd.¹⁵

Het wetsvoorstel kan daarom in deze vorm maar een beperkte bijdrage leveren aan het oplossen van de geconstateerde knelpunten. In de kern zijn die knelpunten immers niet gelegen in het al dan niet juist kwalificeren van de arbeidsrelatie, maar zijn deze verbonden met de zeer verschillende gevolgen die aan een bepaalde kwalificatie verbonden zijn. Bovendien kan een sluitende definitie van de arbeidsovereenkomst niet in algemene zin worden gegeven, omdat voor deze kwalificatie een beoordeling van alle feiten en omstandigheden van de concrete arbeidsrelatie noodzakelijk is.

De Afdeling merkt verder op dat bij zowel werkgevers als werkenden de behoefte lijkt te bestaan om de onderlinge arbeidsverhouding niet (langer) te baseren op een arbeidsovereenkomst. Hierbij speelt niet alleen dat er vanwege de verschillende behandeling van werknemers en zelfstandigen bepaalde financiële voordelen te behalen zijn. Een belangrijke drijfveer is ook het bereiken van meer autonomie in het werk, zoals zeggenschap over werktijden. Dit raakt aan de vraag of in de huidige praktijk van de arbeidsovereenkomst voldoende ruimte wordt geboden voor flexibiliteit.

d. *Afsluitende conclusie*

De Afdeling merkt op dat de toelichting op het wetsvoorstel terecht verschillende knelpunten signaleert, maar dat het voorstel aan de oplossing daarvan een beperkte bijdrage zal leveren. De reden hiervoor is dat het voorstel vooral het

¹⁵ Het kabinet is voornemens om het handhavingsmoratorium per 1 januari 2025 op te heffen. Zie Kamerstukken II 2023/24, 31311, nr. 263.

geldende recht codificeert. Dit kan op zichzelf nuttig zijn, bijvoorbeeld omdat hierdoor het besef van het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen wordt vergroot. In dit verband zal de voorgenomen beëindiging van het handhavingsmoratorium in het kader van de Wet DBA overigens een effectievere aanpak kunnen vormen van schijnzelfstandigheid. Met beide maatregelen wordt echter de onderliggende problematiek, die breder is dan alleen die van schijnzelfstandigheid, niet weggenomen.

De ontwikkeling dat steeds meer werkenden als zelfstandige actief zijn, ook waar een werknemerspositie passender zou zijn, zal met dit voorstel dus niet direct worden tegengegaan. De redenen waarom veel werkenden en werkgevers hun arbeidsverhouding niet baseren op een arbeidsovereenkomst blijven immers bestaan. Het meer gelijk trekken van de rechtspositie van alle werkenden, bijvoorbeeld door het verder beperken van de zelfstandigenaftrek en mkb-winstvrijstelling en door ook zelfstandigen te verplichten zich te verzekeren tegen arbeidsongeschiktheid, kan wel bijdragen aan een oplossing. Zolang de verschillen in gevolgen tussen verschillende contractvormen groot blijven, bestaat het risico dat wordt gezocht naar alternatieven die (maatschappelijk gezien) misschien nog minder wenselijk zijn.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling in de toelichting nader in te gaan op de toegevoegde waarde van het voorstel in het licht van de voorgenomen beëindiging van het handhavingsmoratorium en de onderliggende problematiek op de arbeidsmarkt, die met dit voorstel niet wordt opgelost.

3. Verduidelijking van werken ‘in dienst van’

Het wetsvoorstel regelt wanneer sprake is van het verrichten van arbeid in dienst van een werkgever. Daartoe heeft de regering de huidige set aan indicaties in de jurisprudentie vertaald naar twee hoofdelementen.¹⁶ Het eerste hoofdelement is ‘werkinhoudelijke en organisatorische sturing’ en ziet op kenmerken die wijzen op werken in dienst van een ander. Het tweede hoofdelement, ‘werken voor eigen rekening en risico’, ziet op kenmerken die erop wijzen dat juist niet in ondergeschiktheid wordt gewerkt, maar als zelfstandige.

Bij algemene maatregel van bestuur (amvb) zullen beide hoofdelementen nader worden uitgewerkt in een aantal indicaties.¹⁷ In deze amvb zal volgens de toelichting ook worden geregeld hoe moet worden omgegaan met de situatie dat

¹⁶ Het *Deliveroo*-arrest van de Hoge Raad speelt in dit verband een belangrijke rol (HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443).

¹⁷ Het voornemen is om elk hoofdelement uit te werken in vijf indicaties. Zie de memorie van toelichting, paragraaf 3.3.4, voor een overzicht hiervan.

indicaties van werken in dienst van een ander in evenwicht zijn met de zogenaamde contra-indicaties van het werken als zelfstandige. In dat geval zal moeten worden gekeken naar indicaties van ondernemerschap in het economisch verkeer, die gelegen zijn buiten de specifieke arbeidsrelatie.¹⁸

Door het structureren en codificeren van de elementen die bij de beoordeling van de arbeidsrelatie een rol moeten spelen, beoogt de regering de zogeheten 'holistische toets' in de jurisprudentie te vervangen door een wettelijk toetsingskader.¹⁹ Dit betekent dat alle mee te wegen feiten en omstandigheden onder de twee hoofdelementen gebracht moeten kunnen worden.²⁰ Tegelijk geldt dat de voorgestelde hoofdelementen en indicaties wel gebaseerd zijn op elementen die uit de holistische benadering in de jurisprudentie naar voren zijn gekomen.

Het voornemen van de regering om de beoordeling van de arbeidsrelatie beter inzichtelijk en hanteerbaar te maken, is op zichzelf begrijpelijk. De vraag is echter in hoeverre het voorgestelde toetsingskader deze beoordeling daadwerkelijk eenvoudiger zal maken. Het gaat uiteindelijk om twee zeer uiteenlopende wettelijke criteria, die tegen elkaar moeten worden afgewogen op basis van de nadere uitwerking ervan in een amvb. Daarbij zal bovendien een soort *tiebreaker rule* gelden voor het geval de indicaties van de twee tegenovergestelde criteria even zwaar blijken te wegen.

Het voorgestelde toetsingskader suggereert een mate van exactheid die, gelet op het casuïstische karakter van de beoordeling van een arbeidsrelatie, moeilijk waargemaakt kan worden. Hoewel de hoofdelementen en indicaties verduidelijken welke elementen van belang zijn bij de beoordeling van een arbeidsrelatie, zullen de feiten en omstandigheden van het geval uiteindelijk beslissend blijven. Dit geldt te meer nu in het wetsvoorstel geen duidelijke rangschikking wordt aangebracht in het gewicht dat aan een bepaald element, al dan niet op basis van de nadere uitwerking, toekomt.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling in de toelichting nader in te gaan op de verwachte effectiviteit en hanteerbaarheid van het voorgestelde toetsingskader in de praktijk.

4. Rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst

¹⁸ Zie de memorie van toelichting, paragraaf 3.3.5.1.

¹⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 3.3.3.2.

²⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 3.3.3.1.

Het wetsvoorstel introduceert een civielrechtelijk rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst op basis van een uurtarief. Het rechtsvermoeden houdt in dat iemand bij een uurtarief van € 33 of minder wordt vermoed te werken op basis van een arbeidsovereenkomst. Het rechtsvermoeden is bedoeld om werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt, die vaak een beperkte onderhandelingsmacht hebben, te ondersteunen bij het opeisen van een arbeidsovereenkomst bij de werkgevende dan wel bij de rechter.²¹

De Afdeling onderkent dat een rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst de onderhandelingspositie van kwetsbare werkenden kan versterken. Als sprake is van een uurtarief van € 33 of minder zal de werkgevende immers het vermoeden van een arbeidsovereenkomst, indien bij de rechter succesvol ingeroepen, moeten weerleggen. Dit kan voor werkgevers een prikkel vormen om bij het aangaan van een arbeidsrelatie zorgvuldiger te overwegen hoe de arbeidsrelatie wordt vormgegeven. Dat geldt zeker als een uurtarief van € 33 of minder van toepassing zal zijn. Op deze manier kan het rechtsvermoeden schijnzelfstandigheid, vooral aan de basis van de arbeidsmarkt, tegengaan.

Wel moet worden opgemerkt dat ook na de introductie van het rechtsvermoeden de stap naar een gerechtelijke procedure voor veel werkenden groot blijft. Daarbij komt dat de nadelen van de schijnzelfstandigheid vaak pas op langere termijn zullen blijken, bijvoorbeeld bij arbeidsongeschiktheid, werkloosheid of pensionering. Hierdoor bestaat het risico dat werkenden beperkt gebruik zullen maken van het rechtsvermoeden. Deze vermoedelijk beperkte effectiviteit betekent dat de invoering van het rechtsvermoeden voor individuele betrokkenen voordelen kan bieden, maar dat geen grote verwachtingen kunnen worden gekoesterd over een grootschalige invloed van de invoering van het rechtsvermoeden.

Aan de beperkte betekenis die het rechtsvermoeden in de praktijk zal hebben, draagt bij dat bijvoorbeeld de Belastingdienst niet zelfstandig kan toetsen aan het rechtsvermoeden bij de beoordeling van een arbeidsrelatie. Volgens de toelichting kunnen uitvoeringsorganisaties, nadat succesvol een beroep is gedaan op het rechtsvermoeden, zich wel baseren op de rechterlijke uitspraak waarin het werknemerschap van de werkende is vastgesteld.²² Maar omdat de uitvoeringsorganisaties hun eigen onderzoeksplicht behouden, is niet helemaal duidelijk in hoeverre zij aan dergelijke uitspraken gebonden zijn en of het rechtsvermoeden dus niet leidt tot kwalificaties die uiteen gaan lopen.

²¹ Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.5 en 4.1.

²² Memorie van toelichting, paragraaf 4.3.2.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de verwachte effecten van het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst en daarbij aandacht te besteden aan de mogelijkheid van uiteenlopende kwalificaties van de arbeidsrelatie.

5. Gevolgen kwalificatie als arbeidsovereenkomst

De gevolgen van de kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst zijn niet beperkt tot het arbeidsrecht. Zo worden onder meer loonheffingen van toepassing en moet pensioenpremie afgedragen worden als in de onderneming of bedrijfstak een pensioenregeling voor werknemers bestaat. Indien de kwalificatie als arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht plaatsvindt, dan gelden deze verplichtingen ook voor het verleden.

Hoewel de Belastingdienst loonheffingen kan naheffen met een terugwerkende kracht van maximaal vijf jaar, blijkt uit de toelichting dat de Belastingdienst in de meeste gevallen niet zal naheffen over de periode waarin het handhavingsmoratorium van toepassing was.²³ Dit betekent dat de gevolgen van een kwalificatie als arbeidsovereenkomst op dit vlak de komende jaren vooral betrekking zullen hebben op de toekomst. Hierdoor zullen de hervatting van de handhaving en de eventuele verduidelijking als gevolg van het voorstel een zogeheten 'zachte landing' krijgen.

Het wetsvoorstel voorziet niet in een dergelijke beperking ten aanzien van de naheffing van pensioenpremies. Pensioenfondsen kunnen hierdoor voor een dilemma worden geplaatst. Indien zij tot naheffing overgaan, kan dit voor de betrokken werkgevers en werknemers betalingsproblemen opleveren. Zouden zij de naheffing echter achterwege laten, dan kan de vraag rijzen of de betreffende jaren wel als verzekerd moeten gelden.

De vraag is hoe dat zich zou verhouden tot het beginsel dat ook uitkering plaatsvindt over jaren van nalatigheid in de premiebetaling. Als deze jaren wel meetellen voor de pensioenberekening, dan zouden de hierdoor verkregen pensioenaanspraken van 'nieuwe' werknemers ten laste komen van het collectief. Dit kan voor een pensioenfonds ingrijpende gevolgen hebben. De Pensioenfederatie heeft in dit verband geopperd schijnzelfstandigen geen pensioenaanspraken over het verleden te geven.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op manieren waarop de risico's van kwalificatie als arbeidsovereenkomst wat betreft verschuldigde

²³ Memorie van toelichting, paragraaf 8.1.

pensioenpremies kunnen worden gemitigeerd, en zo nodig het wetsvoorstel aan te vullen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend. De vice-president van de Raad van State,