

Bijlage III: Verkenning aanvullende maatregelen

1. Inleiding

Onderdeel van het PNIL-programma is een verkenning naar mogelijke nieuwe – op de generieke inzet van het kabinet - aanvullende maatregelen die kunnen bijdragen aan het herstellen van de balans tussen het werken met en zonder zelfstandigen in de zorg, het onderwijs en de kinderopvangsector (hierna: de PNIL-sectoren). De verkenning is gedaan naar drie mogelijke maatregelen, namelijk:

1. Een procentuele begrenzing van het aantal (schijn)zelfstandigen in de PNIL-sectoren
2. Een verbod op het werken als (schijn)zelfstandige in bepaalde functies
3. Een rechtsvermoeden van werknemerschap bij bepaalde functies

Het werkprogramma heeft de eerste verkenning gedaan door allereerst het doel van de te verkennen maatregelen te schetsen en daarna de meest in het oog springende aspecten (juridisch, uitvoerbaarheid door uitvoeringsorganisaties en evt. beleidsmatig) uit te lichten. Mogelijke arbeidsmarkteffecten van deze maatregelen, zoals waterbedeffecten van zzp-schap naar andere (flexibele) arbeidsvormen, zijn geen onderdeel van deze eerste verkenning.

Daarbij ging deze inventarisatie binnen het werkprogramma nadrukkelijk om een gezamenlijke verkenning door de verschillende deelnemende departementen. Indien gewenst kan de verantwoordelijke bewindspersoon, met inachtneming van de aard van de maatregelen, het belang van een sectorale toepassing en onderbouwing ervan, een of meer verkende maatregelen verder uitwerken. Voor de goede orde: van de verkende maatregelen is alleen (een variant op) maatregel I thans in de onderwijssector in concept uitgewerkt in het wetsvoorstel SHRM. De overige maatregelen zijn (nog) in geen enkele sector uitgewerkt.

2. Verkenning per mogelijke aanvullende maatregel

2.1. Maatregel 1: procentuele begrenzing van het aantal zzp'ers in de sectoren

Inleiding/korte duiding van de maatregel

Een van de aandachtspunten in de problematiek rondom (schijn)zelfstandigheid is dat de inzet van deze groep werkenden in de sectoren leidt tot hogere (maatschappelijke) kosten. Deze factoren zetten het betaalbaar houden en het bewaken van de continuïteit van de dienstverlening onder druk. Met het oog hierop is verkend of de inzet van zelfstandigen in de sectoren zorg, onderwijs en kinderopvang procentueel wettelijk is in te perken tot een bepaald maximum. Daarmee richt deze maatregel zich hoofdzakelijk op zelfstandigen en werkgevers.

Juridische en beleidsmatige aandachtspunten

Deze maatregel kan in de praktijk belemmeringen opleveren voor zelfstandigen in Nederland en daarbuiten. Daarbij is het van belang te onderkennen dat deze maatregel zich expliciet niet richt tot schijnzelfstandigen, maar op de 'echte' zelfstandigen. Deze maatregel raakt (daarmee) mogelijk ook zelfstandigen uit andere lidstaten die op de Nederlandse arbeidsmarkt tijdelijk of permanent actief willen zijn in de PNIL-sectoren. Daarmee spelen de Europeesrechtelijke vereisten (i.c. de vrijheid van vestiging en dienstverlening) een belangrijke rol in de haalbaarheid van een dergelijke maatregel. Vanuit Europees perspectief bezien zijn er twee opties om gerechtvaardigd inbreuken op het Unierecht te maken, namelijk: 1) op grond van één van op deze vrijheden bepaalde uitzonderingsgronden (zoals de volksgezondheid) of 2) als sprake is van een dwingende reden van algemeen belang (rule of reason). Hierbij moet duidelijk zijn dat een dergelijke maatregel noodzakelijk is en het beoogde resultaat moet niet op een andere, minder ingrijpende wijze te realiseren zijn.

Voor wat betreft onderhavige maatregel zou te beredeneren zijn dat het procentueel begrenzen van de zelfstandigen bijdraagt aan het oplossen van de ongewenste effecten van de inzet van zelfstandigen in de PNIL-sectoren. Dan gaat het onder andere om de beperking van de kwaliteitsrisico's en het reduceren van de additionele kosten die met de inzet van zelfstandigen gepaard gaan.

Buiten kijf staat dat de PNIL-sectoren het algemeen en maatschappelijk belang dienen. Tegelijkertijd geldt nog steeds dat de argumentatie de toets van *noodzakelijkheid* en *proportionaliteit* moet doorstaan. Een definitief oordeel over de houdbaarheid van deze maatregel in het licht van deze toetsen is op voorhand niet definitief te geven, maar hangt af van de verdere

eventuele uitwerking en onderbouwing van een dergelijke maatregel in een desbetreffende sector. Relevant hierbij is in ieder geval dat het kabinet op dit moment aan verschillende maatregelen werkt die tot een gelijk spelveld tussen zelfstandigen en werknemers moeten leiden. Denk aan de (versnelde) afbouw van de zelfstandigenaftrek, de verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen en het verstevigen van de positie van werknemers met een flexibel dienstverband. Deze maatregelen zullen bij een onderbouwing van de proportionaliteit van de maatregel betrokken moeten worden. In aanvulling hierop ziet het werkprogramma ook – binnen de wettelijke kaders – het maken van afspraken tussen sociale partners (bij CAO) als alternatieve mogelijkheid om de inzet van zelfstandigen procentueel te begrenzen. Daarnaast kan ook het verstevigd inzetten op modern werkgeverschap ertoe leiden dat werknemers niet althans minder snel verleid raken om de overstap naar het zelfstandig ondernemerschap te maken. Dit is één van de oplossingsrichtingen waarop het werkprogramma de komende periode gezamenlijk inzet.

Een ander belangrijk aspect voor wat betreft de juridische houdbaarheid van de maatregel is de wijze waarop het maximumpercentage van het aandeel zelfstandigen in een (sub)sector wordt bepaald. Dat percentage mag Europeesrechtelijk (zie hiervoor) niet hoger liggen dan noodzakelijk. De cijfers van de inzet van (schijn)zelfstandigen, zoals opgenomen in bijlage I, laten tegelijk zien dat binnen een bepaalde sector, zoals de zorg, sterke variaties zitten. Zo volgt hieruit bijvoorbeeld dat 4,4 procent van het totaal aantal werkenden in de 'verpleging, verzorging en thuiszorg' werkt als (schijn)zelfstandige zonder personeel¹ (20.000 van de 454.000). In de subsector 'overige zorg en welzijn' ligt dit percentage op 18,9 procent (45.000 van de 237.000). Kortom: er zijn grote verschillen tussen subsectoren. Gelet hierop zou het niet onlogisch zijn om te kiezen voor een percentage dat per subsector wordt bepaald. De noodzaak en proportionaliteit van de maatregel kan dan naar verwachting gerichter worden onderbouwd.

Uitvoeringstechnische aspecten

Het enkel in de wet- en regelgeving opnemen van een percentage dat de inzet van zelfstandigen maximeert, lijkt niet voldoende om de beoogde verandering in de sectoren zonder meer te bewerkstelligen. De afdwingbaarheid van de maatregel is dan ook van belang. Naast de relevante juridische aspecten is mede hierom eveneens gekeken naar uitvoeringstechnische punten die bij een eventuele verdere uitwerking van de maatregel in ogenschouw moeten worden genomen.

Uit de verkenning komt naar voren dat een belangrijk uitvoeringstechnisch aandachtspunt is dat het aantal zelfstandigen per (sub)sector geregeld kan (en zal) fluctueren. Als gevolg hiervan is regelmatige monitoring van het aantal zelfstandigen essentieel en vraagt het, vanwege de proportionaliteitstoets, om een periodieke herbeoordeling van het in de wet- en regelgeving opgenomen percentage. Ook komt uit de verkenning naar voren dat pas bij een eventuele verdere uitwerking van deze maatregel op sectoraal niveau antwoord kan worden gegeven op de vraag welke uitvoeringsdienst(en) met toezicht en handhaving belast kunnen worden. Bovendien vraagt dit een meer fundamentele afweging, gelet op bijvoorbeeld beschikbare capaciteit, bevoegdheden en kennis van de betreffende sector.

Conclusie verkenning maatregel 1

De verkenning maakt duidelijk dat deze maatregel kansen biedt om de nadelen van de groei van het aandeel zelfstandigen in bepaalde sectoren te kunnen tegengaan. Tegelijkertijd zijn er duidelijke Europeesrechtelijke, beleidsmatige en uitvoeringstechnische aandachtspunten. Daarmee zal bij de eventuele verdere sectorale uitwerking (indien daartoe door de betreffende bewindspersoon wordt besloten) rekening gehouden moeten worden. Gelet op de sectorspecifieke afwegingen en de te verrichten onderzoeken (zoals t.a.v. het bepalen van het percentage), leent het werkprogramma zelf zich niet om dit verder op te werken.

¹ Van belang is dat in deze cijfers geen onderscheid te maken is tussen schijnzelfstandigen en echte zelfstandigen.

2.2. Maatregel 2: wettelijke verbod op werken als zzp'er in bepaalde functies

Inleiding/korte duiding van de maatregel

Bij het schetsen van de problematiek (zie paragraaf 1 in de brief) komt naar voren dat de inzet van (schijn)zelfstandigen kan leiden tot onder andere kwaliteitsrisico's, verhoogde kosten en spanningen op de werkvloer.² Tegen deze achtergrond is een wettelijke maatregel verkend die is gericht op een verbod voor het verrichten van bepaalde functies door zelfstandigen. In andere woorden, een maatregel waardoor specifieke functies en/of werkzaamheden alleen binnen dienstbetrekking mogen worden verricht. Deze maatregel richt zich hoofdzakelijk op zelfstandigen en werkgevers/opdrachtgevers.

Juridische en beleidsmatige aandachtspunten

Doordat deze maatregel met name echte zelfstandigen raakt (niet specifiek gericht is op het tegengaan van alleen schijnzelfstandigen), valt – net als bij maatregel I – niet uit te sluiten dat zij ook vanuit een andere lidstaat op de Nederlandse arbeidsmarkt actief zijn of willen toetreden. Hierdoor geldt het Europeesrechtelijk kader dat van toepassing is op maatregel I, ook voor onderhavige maatregel.

Bij de verkenning van deze maatregel zijn voor wat betreft het juridisch kader een aantal relevante aandachtspunten naar voren gekomen die verband houden met de proportionaliteit van de maatregel. Bij de onderbouwing van de proportionaliteit van deze maatregel zal rekening gehouden moeten worden met de generieke maatregelen die het kabinet uitwerkt, gericht op het gelijk maken van het speelveld tussen zelfstandigen en werknemers. Voorbeelden hiervan zijn de verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen, de (versnelde) afbouw van de zelfstandigenaftrek en het afschaffen van de fiscale oudedagsreserve. Een mogelijk neveneffect van deze maatregelen kan zijn dat zelfstandigen (weer) in loondienst gaan werken. Een ander belangrijk aandachtspunt rondom de proportionaliteit van een wettelijk verbod om als zelfstandige te werken in bepaalde functies is dat er ook mogelijkheden lijken te zijn voor sociale partners om – binnen de wettelijke kaders – vergelijkbare afspraken te maken en die in een cao vast te leggen. Verder kunnen de bij het werkprogramma betrokken sectoren nadenken over het, in overleg met opleidingsinstituten, bijstellen van functie-eisen die bijdragen aan het (deels) verlagen van de onderkende kwaliteitsrisico's.

In aanvulling op deze juridische aandachtspunten voor de eventuele verdere uitwerking van de maatregel, lijkt het beleidsmatig onwenselijk om meer generieke functies (sector-overstijgend) in de wettelijke grondslag op te nemen. Dit zal per sector moeten worden bepaald, waarbij op voorhand niet valt uit te sluiten dat ook daarbinnen een verdere uitsplitsing nodig is om de begrenzing voldoende scherp te laten zijn. Reden hiervoor is de diversiteit aan functies/werkzaamheden en de manier waarop die binnen de PNIL-sectoren worden ingevuld. Dit leidt tot ogenschijnlijk tot complexe regelgeving die bovendien regelmatig zal moeten worden geëvalueerd en geactualiseerd.

Uitvoeringstechnische aspecten

Het lijkt ook voor wat betreft deze maatregel niet voldoende om in de wet- en regelgeving een wettelijke grondslag op te nemen voor functies/werkzaamheden die alleen binnen dienstbetrekking zijn te vervullen. Net als bij maatregel I is toezicht en handhaving hierop, gelet op de afdwingbaarheid van de maatregel, een belangrijk aspect. Om dit zo effectief mogelijk te doen zijn er nadere sectorspecifieke afwegingen noodzakelijk; zoals welke functies/werkzaamheden onder de wettelijke grondslag komen te vallen. Daarbij verdient het aandacht dat functies/werkzaamheden veranderen en dat continue monitoring daarvan onvermijdelijk is. Dit alles vraagt van de nader aan te wijzen uitvoeringsdienst niet alleen beschikbare capaciteit en bevoegdheden, maar zeer zeker ook gedegen kennis van de ontwikkelingen die in de sectoren plaatsvinden.

Conclusie verkenning maatregel 2

Ook de verkenning naar deze maatregel maakt duidelijk dat deze kansen biedt om de groei van

² Denk dan bijvoorbeeld aan betere roosters of financiële vergoedingen. Bij dit laatste mag niet worden vergeten dat de sectoren (grotendeels) met publiek geld zijn gefinancierd.

het aandeel zelfstandigen in de PNIL-sectoren tegen te gaan. Echter, net als bij maatregel 1 gelden er duidelijke Europeesrechtelijke kaders en zijn er beleidsmatige en uitvoeringstechnische aandachtspunten. Deze spelen in een eventuele verdere uitwerking een belangrijke rol. Hiermee zal in de eventuele verdere sectorale uitwerking (indien daartoe besloten door de betreffende bewindspersoon wordt besloten) rekening gehouden moeten worden. Gelet op de sectorspecifieke afwegingen en de te verrichten onderzoeken (zoals t.a.v. het bepalen van het percentage), leent het werkprogramma zelf zich niet om dit verder uit te werken.

Maatregel 3: rechtsvermoeden van werknemerschap bij bepaalde functies

Inleiding/Korte uitleg maatregel

Een rechtsvermoeden bij specifieke functies houdt in dat bij het uitoefenen van bepaalde functies het vermoeden bestaat dat de werkende een werknemer is. Het rechtsvermoeden is weerlegbaar. Dit betekent dat wanneer de werkende het rechtsvermoeden inroept, de werkgevende alsnog de mogelijkheid krijgt om aan te tonen dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Daarmee richt deze maatregel zich hoofdzakelijk op schijnzelfstandigen en werkgevers. De kwetsbare schijnzelfstandigen moeten door dit instrument immers een sterkere positie krijgen om te kunnen werken in dienstbetrekking. Afhankelijk van of publieke instanties de bevoegdheid krijgen om zich op dit vermoeden kunnen beroepen, kan dit rechtsvermoeden ook zelfstandigen raken.

Juridische en beleidsmatige aandachtspunten

Als instrument kan een rechtsvermoeden een werkende een sterkere procespositie geven bij het opeisen van zijn of haar recht om binnen dienstbetrekking te werken. Dit vereist in de praktijk dat de werkende daar zelf een beroep op doet en de wederpartij (veelal de werkgever) daarin meegaat, of het rechtsvermoeden (al dan niet in een gerechtelijke procedure) weet te weerleggen. De uitwerking van een rechtsvermoeden is dus sterk afhankelijk van het feit of het wordt ingeroepen door de werkende. Op dit moment bestaat er geen rechtsvermoeden zoals hierboven beschreven. Het opnemen van een rechtsvermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst is in het arbeidsrechtelijk stelsel echter ook weer niet nieuw. Immers, artikel 7:610a van het Burgerlijk Wetboek³ regelt al een dergelijk vermoeden. Daarnaast werkt het kabinet op dit moment aan een generiek civielrechtelijk rechtsvermoeden op basis van een uurtarief.

In vergelijking met maatregel I en II geldt deze maatregel als de minst ingrijpende ook in relatie tot de positie van 'echte' zelfstandigen en lijkt deze op voorhand evenmin in strijd met het Europees recht. Tegelijkertijd ziet het werkprogramma met betrekking tot deze maatregel enkele aandachtspunten.

Het invoeren van een rechtsvermoeden van werknemerschap bij bepaalde functies betekent voor de PNIL-sectoren dat sectorspecifieke afwegingen gemaakt moeten worden over welke functies onder het rechtsvermoeden vallen en welke niet. Hierbij wijst het werkprogramma erop dat het kabinet, onder andere in de voortgangsbrief van december 2022⁴, heeft aangegeven in te zetten op een generiek rechtsvermoeden en geen sectorspecifiek rechtsvermoeden. Binnen het werkprogramma vraagt men zich, gezien al het voorgaande, verder af of met deze maatregel het beoogde doel wordt bereikt; namelijk het beheersen van de risico's die gepaard gaan met de inzet van (schijn)zelfstandigen in de PNIL-sectoren. Uit de problematiekschets blijkt dat werkenden in de sectoren juist *zelf* kiezen om te (gaan) werken als zelfstandige. Dit doen zij bijvoorbeeld vanwege hogere vergoedingen of om zo meer regie krijgen op hun werkrooster. Vanwege de krapte op de arbeidsmarkt, hebben zij hiervoor een sterke onderhandelingspositie. Binnen het werkprogramma is dan ook ingeschat dat werkenden in de voornoemde sectoren vrijwel geen gebruik zouden maken van het rechtsvermoeden van werknemerschap bij bepaalde functies. Daarmee lijkt de invoering van deze maatregel dan ook niet een oplossing te bieden voor de problematiek. Om met deze maatregel te realiseren dat de met de inzet van (schijn)zelfstandigen onderkende risico's beheersbaar worden, is het volgens het werkprogramma noodzakelijk dat publiekrechtelijke instanties zich op dit rechtsvermoeden kunnen beroepen. Dit vraagt echter om

³ Artikel 7:610a van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat: "Hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst."

⁴ [Voortgangsbrief over werken met en als zelfstandige\(n\) | Kamerstuk | Rijksoverheid.nl](#)

het maken van stevige keuzes en afwegingen (zie ook nader onder het kopje: "uitvoering").

Uitvoeringstechnische aspecten

De bij het werkprogramma betrokken sectoren zullen bij de eventuele verdere uitwerking van deze maatregel per (sub)sector moeten bepalen welke functies onder het vermoeden zouden moeten vallen. Hiervoor is nader onderzoek nodig, vanwege de diversiteit van functies in de sectoren en de manier van invulling in de praktijk. Bij de overweging om een rechtsvermoeden nader uit te werken, zullen de betrokken sectoren zich ook rekenschap moeten geven van het feit dat de arbeidsmarkt snel verandert. Dat vraagt op zijn beurt weer de ontwikkelingen in de sectoren nauwlettend te monitoren om een rechtsvermoeden in stand te houden voor die functies of werkzaamheden dat ook past bij de laatste stand in de praktijk. Alleen hiervoor zal al voldoende capaciteit beschikbaar moet zijn. Over de verdere betekenis van deze maatregel voor de uitvoering is op dit moment weinig te zeggen. Dat komt doordat bij de verdere uitwerking duidelijk zal moeten worden of het rechtsvermoeden alleen een civielrechtelijk karakter heeft of niet. Dit vraagt om een breed gedragen keuze van de politiek.

Voor het bepalen welke uitvoeringsinstantie(s) mogelijk in beeld komt c.q. komen, zijn onder andere aspecten als capaciteit, kennis (van de sector) en bevoegdheden uiterst relevant.

Conclusie verkenning maatregel 3

In juridische zin lijken er geen belemmeringen en beperkte aandachtspunten te zijn voor deze maatregel. Tegelijkertijd lijkt deze maatregel geen oplossing te bieden voor de PNIL-gerelateerde problematiek in de maatschappelijke sectoren. Gelet op de sectorspecifieke afwegingen en onderzoeken die (nog) gemaakt/gedaan moeten worden (zoals het bepalen welke functies/werkzaamheden onder het vermoeden vallen), leent de verdere uitwerking van de maatregel zich er voor om dit (desgewenst) sectoraal uit te werken.