

Vergaderjaar 2024–2025

36 783

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

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 6 november 2025 en het nader rapport d.d. 4 juli 2025, aangeboden aan de Koning door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 3 juli 2024, nr. 2024001569, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 6 november 2024, nr. W12.24.00156/III, bied ik U, mede namens de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder aan, voorzien van mijn reactie.

Bij Kabinetsmissive van 3 juli 2024, no. 2024001569, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming (zie noot 1), 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 arbeids-overeenkomst op basis van een uurtarief van € 33 of minder. De werking van dit rechtsvermoeden is beperkt tot de civielrechtelijke verhouding

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

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 worden gesignaleerd. 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 weggelaten.

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 Werk (zie noot 2) en het middellangetermijndadvies van de Sociaal-Economische Raad (SER) (zie noot 3) 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. (zie noot 4) 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. (zie noot 5) 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. (zie noot 6)

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. (zie noot 7) De wetsvoorstellen kennen ieder een eigen traject en worden zelfstandig voorgelegd ter advisering.

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. (zie noot 8)

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. (zie noot 9) 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. (zie noot 10) 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. (zie noot 11)

In de toelichting geeft de regering een aantal redenen waarom schijnzelfstandigheid onwenselijk is. (zie noot 12) 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.

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. (zie noot 13) 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. (zie noot 14) Dan kan er sprake zijn van schijnzelfstandigheid.

Vooraf 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

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 sociaalezekerheidsstelsel. (zie noot 15) 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 gelijker 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 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 handhavingsmoraatorium in het kader van de Wet DBA het onderscheid ook in de praktijk al beter worden gerealiseerd. (zie noot 16)

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 werknemers 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 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 werknemers als zelfstandige actief zijn, ook waar een werknemerspositie passender zou zijn, zal met dit voorstel dus niet direct worden tegengegaan. De redenen waarom veel werknemers en werkgevers hun arbeidsverhouding niet baseren op een arbeidsovereenkomst blijven immers bestaan. Het meer gelijk trekken van de rechtspositie van alle werknemers, 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.

De regering is de Afdeling erkentelijk voor haar advies. Inderdaad is dit wetsvoorstel onderdeel van het arbeidsmarktpakket. Voor wat betreft de opmerkingen van de Afdeling op dat punt verwijst de regering kortheids halve naar het nader rapport van het wetsvoorstel meer zekerheid flexwerkers. In dit nader rapport is uitgebreid ingegaan op de opmerkingen van de Afdeling die zien op de brede samenhang en de balans binnen dit pakket en de effectiviteit ervan bijvoorbeeld gelet op arbeidsmarktkrapte.² Naast dat onderhavig wetsvoorstel onderdeel is van het arbeidsmarktpakket, is het belangrijk om erop te wijzen dat dit wetsvoorstel ook onderdeel uitmaakt van de integrale aanpak langs drie lijnen die eerder zijn uitgezet om het werken met en als zelfstandige(n) toekomstbestendiger maken.³ Dit gaat om: het realiseren van een gelijk speelveld tussen contractvormen (lijn 1), een betere werking van de arbeidsmarkt, waaronder meer duidelijkheid over de vraag wanneer

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2024–2025, 36 746, nr. 4

³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2022–2023, 31 311, nr. 246

gewerkt wordt als werknemer dan wel als zelfstandige (lijn 2) en verbetering van handhaving op schijnzelfstandigheid (lijn 3). Dit wetsvoorstel is onderdeel van die aanpak.

De Afdeling merkt terecht op dat het belangrijk is om kwetsbare werkenden te beschermen, maar dat de problematiek van deze groep breder is dan schijnzelfstandigheid. De Afdeling waarschuwt voor een waterbedeffect naar andere vormen van flexibele arbeid. In reactie wijst de regering hier op het streven om met het wetsvoorstel meer zekerheid flexwerkers de positie van flexibele werknemers te verbeteren. Samen met andere acties om kwetsbare werknemers, waaronder arbeidsmigranten, beter te beschermen op de arbeidsmarkt, zoals de Wet toelating terbeschikkingstelling arbeidskrachten (Wtta) en het verbeteren van de toegang tot het recht voor (onder andere arbeidsmigranten), heeft de regering er vertrouwen in dat de positie van kwetsbare werkenden op de arbeidsmarkt breed verbeterd wordt. Dit is in paragraaf 5.3 van de memorie van toelichting toegelicht.

Daarnaast merkt de Afdeling op dat de zorgen over de financiële houdbaarheid van de stelsels van sociale zekerheid, pensioenen en belastingen terecht zijn, maar dat dit wetsvoorstel daar geen oplossing voor biedt.

De regering is het met de Afdeling eens dat het onderhavige wetsvoorstel op zichzelf daar onvoldoende voor is. Daarom verwijst de regering ook naar de stappen die gezet worden om werknemers en zelfstandigen veel gelijkjer te behandelen op terreinen van belastingen, pensioenen en sociale zekerheid.

De Afdeling stelt op zichzelf terecht vast dat er verschillen blijven bestaan in de behandeling van werknemers en zelfstandigen. Het arbeidsmarktpakket en de drie lijnen aanpak van het werken met en als zelfstandige(n) neemt niet al de beschreven verschillen weg. Dat is ook niet de inzet van de regering. Zij wijst erop dat bijvoorbeeld ook in bijvoorbeeld het rapport van de Commissie Regulering van Werk wordt gepleit voor een gelijkjer speelveld, niet voor het wegnemen van alle verschillen tussen categorieën werkenden. Dat laat onverlet dat de regering eraan hecht die verschillen fors te reduceren. Ten eerste is op het terrein van belastingen met het Belastingplan 2023 invulling gegeven aan de versnelde afbouw van de zelfstandigenaftrek en is de fiscale oudedagsreserve (FOR) afgeschaft. De zelfstandigenaftrek wordt in een aantal stappen afgebouwd naar € 900 in 2027. Door deze afbouw wordt de fiscale prikkel om werk als zelfstandige te verrichten in plaats van als werknemer sneller verkleind. Naast voorgenoemde maatregelen is met het Belastingplan 2024 de MKB-winstvrijstelling verlaagd naar 13,31% in 2024 en 12,7% in 2025. Deze maatregel draagt ook bij aan het verkleinen van het verschil in de fiscale behandeling van werknemers en ondernemers in de inkomstenbelasting. Ten tweede is in de Wet toekomst pensioenen (Wtp) de fiscale ruimte voor pensioensparen in de derde pijler verruimd en daarmee gelijkgetrokken aan de fiscale ruimte in de tweede pijler, zodat zelfstandigen vergelijkbare mogelijkheden hebben als werknemers. Ten derde verwijst de regering wat betreft sociale zekerheid naar het wetsvoorstel basisverzekering arbeidsongeschiktheid zelfstandigen. Over de voortgang hiervan heeft de Minister van SZW op 22 november 2024 een brief gestuurd aan de Tweede Kamer gestuurd. De inzet van de regering blijft om te komen tot een uitvoerbare, betaalbare en uitlegbare verzekering voor arbeidsongeschiktheid voor zelfstandigen.⁴ Bovenstaande aanpak maakt duidelijk dat er serieus werk wordt gemaakt van een gelijkjer

⁴ Kamerstukken II, 2024/25, 31 311, nr. 278.

speelveld en het wegnemen van de «druk» die er staat op de kwalificatie van de arbeidsrelatie.

Tot slot merkt de Afdeling op dat het voornemen tot verduidelijking van het zogenoemde gezagscriterium op zichzelf begrijpelijk is, maar dat de uitwerking beperkt lijkt, omdat het neerkomt op codificeren van de bestaande jurisprudentie. En dat het onderscheid deels in de praktijk al duidelijker zal worden door het opheffen van het handhavingsmoratorium. De regering verwacht en ziet ook dat door de opheffing van het handhavingsmoratorium voor de loonheffingen op 1 januari 2025 meer bewustzijn ontstaat voor het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen. Voor de handhaving op de loonheffingen is bepalend of iemand in dat verband als werknemer moet worden aangemerkt. Daarvoor is bepalend of er wordt gewerkt of basis van een arbeidsovereenkomst of niet. Artikel 7:610 BW definieert de arbeidsovereenkomst en werkt daarmee rechtstreeks door naar de Wet op de loonbelasting 1964 en de werknemersverzekeringen en is daarmee van groot belang voor de loonbelasting en premieheffing.

Dit onderscheid zal daarmee ook in de praktijk een grotere rol spelen bij het aangaan van een overeenkomst. Maar dit alleen is niet voldoende. Om voor de lange termijn het bewustzijn te behouden van het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen is ook duidelijke wetgeving als onderdeel van de drie lijnen nodig. Verduidelijking is, zoals de Belastingdienst in haar uitvoeringstoets ook aangeeft, een essentieel onderdeel van de integrale aanpak. Deze aanpak is echter breder dan alleen handhaving.

Verduidelijking is van belang voor werkgevers en werkenden, die nu te vaak te maken hebben met het zogenoemde «grijze gebied». Zij krijgen een beter hanteerbaar toetsingskader om zelf het juiste arbeidscontract aan te gaan, passend bij de feiten en omstandigheden waaronder wordt gewerkt. Om aan de regels te kunnen voldoen, moeten deze inzichtelijk en toepasbaar zijn. Met de verduidelijking van artikel 7:610 BW beoogt de regering het bestaande grijze gebied te verkleinen door te voorzien in een hanteerbaar toetsingskader. Dit is ook van belang voor publieke dienstverleners, toezichthouders en de rechtspraak.

Ondanks de genomen stappen richting een gelijker speelveld is de realiteit dat in het huidige Nederlandse stelsel de rechten en plichten van werkgevers en werkenden blijven verschillen, afhankelijk van de vraag of er binnen of buiten dienstbetrekking wordt gewerkt. Daarmee blijft dit onderscheid van belang en blijft verduidelijking van deze scheidslijn van belang. De regering zal hier verderop in dit nader rapport dieper op ingaan. Daarbij benadrukt de regering nogmaals dat er niet één oplossing is voor de problemen op de arbeidsmarkt. Een integrale aanpak langs de drie lijnen van een gelijker speelveld, verduidelijking én het verbeteren van de handhaving is noodzakelijk, zoals ook door de Algemene Rekenkamer in haar rapport is geconstateerd.⁵

Daarbij wijst de Afdeling er ook op dat er behoefte lijkt te bestaan voor meer autonomie in het werk, zoals zeggenschap over werktijden en dat in de huidige praktijk daar niet altijd voldoende ruimte voor wordt geboden. De regering heeft oog voor deze tendens en vindt het terecht dat de Afdeling hier aandacht voor vraagt. Voorkomen moet immers worden dat de behoefte aan autonomie een voorrecht wordt voor diegenen die buiten dienstverband (als zelfstandige) gaan werken. De regering wijst er in dit verband op dat de ruimte voor autonomie binnen de arbeidsovereenkomst wel degelijk aanwezig is. Deze wordt binnen organisaties, in

⁵ Algemene Rekenkamer – Focus op handhaving Belastingdienst bij schijnzelfstandigheid (2022)

weerwil van deze mogelijkheden, echter niet altijd geboden. Zo willen werkenden graag zeggenschap over hun werktijden. Dit kan op verschillende manieren. Zo kan bijvoorbeeld een jaarurennorm worden afgesproken, waarbij werknemers een vast aantal uur per jaar werken, maar flexibel kunnen worden ingeroosterd. Daarnaast is zelfroostering mogelijk, waarbij het team zelf het rooster opstelt binnen de doelstelling van de organisatie. Ook is het mogelijk een flexibel aantal uren af te spreken (binnen de regels die daarvoor gelden). Daarnaast blijven werkgevers behoefte houden om tijdelijk extra mensen in te kunnen zetten bij bijvoorbeeld pieken in het werk en bij de opvang van ziekte en verlof. Maar dat is ook in loondienst goed mogelijk.

Werkgevers kunnen mensen tijdelijk in dienst nemen, bijvoorbeeld voor drie maanden of voor een half jaar. Ook kunnen zij via een uitzendbureau mensen tijdelijk inhuren of bijvoorbeeld een flexpool oprichten (al dan niet samen met andere werkgevers).

De regering constateert dat de Afdeling er terecht op wijst dat de drie lijnen van een gelijk speelveld, verduidelijking én verbeteren van de handhaving noodzakelijk zijn om de onderliggende problematiek op de arbeidsmarkt op te lossen. Daarbij blijft zoals hiervoor toegelicht verduidelijking een noodzakelijk onderdeel van deze integrale aanpak.

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. (zie noot 17) 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. (zie noot 18) In deze amvb zal volgens de toelichting ook worden geregeld hoe moet worden omgegaan met de situatie dat 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. (zie noot 19)

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. (zie noot 20) Dit betekent dat alle mee te wegen feiten en omstandigheden onder de twee hoofdelementen gebracht moeten kunnen worden. (zie noot 21) 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.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de verwachte effectiviteit en hanteerbaarheid van het voorgestelde toetsingskader in de praktijk. De regering is het met de Afdeling eens dat de effectiviteit van het wetsvoorstel, inclusief het verduidelijkingsonderdeel, samenhangt met de maatregelen om een gelijk speelveld te creëren, en met de maatregelen om de handhaving te verbeteren. Om die reden is er gekozen voor een aanpak langs drie lijnen, zoals onder punt 1 beschreven. Het is dus lastig om de effectiviteit van het toetsingskader in de praktijk los te zien van de bredere integrale aanpak. Wel is de regering in de memorie van toelichting in algemene zin ingegaan op de toegevoegde waarde van het toetsingskader. Belangrijk is daarbij om te constateren dat het toetsingskader extra handvatten aan de markt geeft om werkgevers en werknemers zelf de arbeidsrelatie te laten duiden, door het gezagscriterium te verduidelijken. Daarbij is het behulpzaam om het belangrijkste criterium dat de werknemer van de zelfstandige onderscheidt, dat van gezag, nader te duiden. Hierbij speelt ook een rol dat juist dit onderdeel van de arbeidsovereenkomst in de praktijk het lastigst toe te passen is.

Door het element van «gezag» in de wet nader te duiden krijgen partijen meer concrete handvatten voor de beoordeling van deze open norm. Daarbij is gekozen voor het comprimeren van jurisprudentie, waaronder de uitspraak inzake Deliveroo⁶ en de prejudiciële vragen inzake Uber.⁷ Dit verbetert naar verwachting de werkbaarheid met de regels voor deze partijen. Dit zal natuurlijk gepaard moeten gaan met veel communicatie, praktische hulp en handvatten op Rijksoverheid en voorlichtingskanalen zoals de webmodule, het juistecontract.nl, KvK en de Belastingdienstkanalen. Daarbij zal geput worden uit de ervaringen die al bij de communicatie van het opheffen van het handhavingsmoratorium zijn opgedaan.

Hiermee draagt dit wetsvoorstel ook bij aan een betere naleving, doordat werkgevers en werknemers een beter hanteerbaar toetsingskader krijgen om zelf het juiste arbeidscontract aan te gaan, passend bij de feiten en omstandigheden waaronder wordt gewerkt. Het wetsvoorstel blijft dan ook onverminderd van belang, ook nu het handhavingsmoratorium met ingang van 1 januari 2025 is opgeheven.

⁶ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443

⁷ HR 21 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:319

4. Rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst

Het wetsvoorstel introduceert een civielrechtelijk rechtsvermoeden van arbeidsovereenkomst op basis van een uurtarief. Het rechtsvermoeden houdt in dat iemand bij een uurtarief van € 33⁸ 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. (zie noot 22)

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. (zie noot 23) 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.

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.

Op basis van het advies van de Afdeling zijn in de toelichting de verwachte effecten van het rechtsvermoeden nader geduid. Daarbij is verder ingegaan op de hulp die werkenden kunnen inschakelen om dit rechtsvermoeden in te roepen. Zo kan de werkende hierbij ondersteund worden door de vakbond, en kan de werkende ook gebruik maken van de mogelijkheden die worden gecreëerd om de drempel van de toegang tot de rechter te verlagen. Zo werkt het kabinet aan het verbeteren van de

⁸ In het onderhavige wetsvoorstel is dit uurtarief geactualiseerd en vastgesteld op € 36 (peildatum 1 januari 2025)

toegang tot het recht voor kwetsbare werknemers.⁹ Onderdeel van deze kabinetsaanpak is om de drempel voor de toegang tot de rechter te verlagen door middel van een experiment (het Tijdelijk besluit experiment regelrechter).¹⁰

Tegelijkertijd realiseert de regering zich dat de effectiviteit van het rechtsvermoeden op zichzelf relatief beperkt zal zijn, zowel gelet op zijn aard (rechtsvermoeden) als dat het op een specifiek deel van de arbeidsmarkt is gericht. Daarom is er daarnaast ook noodzaak om de verduidelijking van regelgeving te realiseren, stappen te zetten richting een gelijk speelveld en de publiekrechtelijke handhaving op schijnzelfstandigheid te verbeteren. Tevens is de regering van mening dat er juist ook een anticiperende werking van het rechtsvermoeden uitgaat. Werkgevers zullen naar verwachting zorgvuldiger de kwalificatie van de arbeidsrelatie uitvoeren bij opdrachten onder het tarief van het rechtsvermoeden en bij twijfel eerder preventief overgaan tot het aanbieden van een arbeidsovereenkomst.

De Afdeling wekt in het advies de suggestie dat er een risico bestaat op uiteenlopende kwalificaties. Dit is naar oordeel van de regering niet het geval, althans zij ziet niet in dat dit wetsvoorstel het risico hierop zou vergroten. Indien een rechterlijke uitspraak oordeelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, werkt dit door naar de fiscale en sociale zekerheidswetten. Zij sluiten aan bij het civielrechtelijke begrip van de arbeidsovereenkomst.¹¹ De werkgever is daarom verplicht om op basis van deze arbeidsovereenkomst loonheffing, premies werknemersverzekeringen en de inkomensafhankelijke bijdrage Zvw af te dragen. De Belastingdienst ziet daarop toe. De Belastingdienst volgt hierbij ook het civielrechtelijke begrip arbeidsovereenkomst en de jurisprudentie die op dat begrip gebaseerd is. Hetzelfde geldt voor het UWV. De regering ziet daarom het risico op uiteenlopende kwalificaties niet.

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. (zie noot 24) 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

⁹ Kamerstukken II, 2023/24, 29 544, nr. 1223.

¹⁰ Overheid.nl | Consultatie Tijdelijk besluit experiment nabijheidsrechter (internetconsultatie.nl).

¹¹ Met als uitzondering voor de zogenoemde fictieve dienstbetrekkingen. Dit is echter een uitbreiding op het civielrechtelijke begrip arbeidsovereenkomst.

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

Het klopt dat de gevolgen van een kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst doorwerkt naar het arbeidsrecht, de sociale zekerheid, fiscaal recht en pensioenen en dat deze kwalificatie ook kan doorwerken naar het verleden. Dat is nu al zo; het wetsvoorstel brengt daarin geen verandering. Daarbij is bij het opheffen van het handhavingsmoratorium gekozen voor een beperking in de mogelijkheid voor de Belastingdienst om, met betrekking tot de loonheffingen naheffingen op te leggen over de tijdvakken waarvoor het handhavingsmoratorium gold. Dat is begrijpelijk, omdat burgers en bedrijven op dat moment de verwachting hadden dat er niet met terugwerkende kracht naheffingsaanslagen loonheffingen konden worden opgelegd (met uitzondering bij kwaadwillendheid of als een aanwijzing niet is opgevolgd). Indien de terugwerkende kracht zich nu ook zou uitstrekken over perioden voor 1 januari 2025 wordt feitelijk met terugwerkende kracht het handhavingsmoratorium teniet gedaan. Dat is in strijd met het rechtzekerheidsbeginsel. Het bovenstaande geldt overigens niet in alle gevallen voor eventuele correcties in de inkomstenbelasting, of de omzetbelasting omdat het handhavingsmoratorium daar niet in gelijke mate voor gold.

Bovenstaande beperkingen gelden niet voor de civielrechtelijke gevolgen van de kwalificatie van een overeenkomst als arbeidsovereenkomst, waarvoor geen handhavingsmoratorium gegolden heeft. Publiekrechtelijke handhaving hoeft ook niet per definitie te leiden tot een civielrechtelijke claim met betrekking tot pensioen. Publiekrechtelijke handhaving op schijnzelfstandigheid en het neerleggen van een civielrechtelijke claim zijn twee verschillende zaken. Ook in de periode van het handhavingsmoratorium waren civielrechtelijke claims mogelijk.

Het bovenstaande is overigens ook zichtbaar in de rechtszaken rondom het bedrijf Deliveroo. De Hoge Raad heeft daar de vordering van het Bedrijfstakpensioenfonds toegewezen dat het bedrijf onder het verplichtstellingsbesluit van het bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de weg viel, en gehouden was om premie te betalen.¹² Daarnaast heeft de Hoge Raad ook het beroep verworpen van het bedrijf tegen de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam dat het bedrijf onder de algemeen verbindend verklaarde cao viel.¹³

Één mogelijk arbeidsrechtelijk gevolg is dat de werkgever alsnog onbetaalde vakantiegelden, vergoedingen voor niet uitbetaalde vakantiedagen of andere verschuldigde arbeidsvoorwaardelijke componenten

¹² Hoge Raad 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1622.

¹³ Hoge Raad 24 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1610.

verschuldigd is. Voor wettelijke vakantiedagen geldt dat deze niet verjaren en dat er ook geen afstand van kan worden gedaan als de opdrachtgever niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen gedurende de werkzaamheden tot onder meer het verschaffen van informatie daarover. In dergelijke gevallen zullen deze alsnog moeten worden vergoed aan de werkende als deze hiervoor een vordering indient.

Ten aanzien van pensioenaanspraken geldt dat als is vastgesteld dat er daadwerkelijk sprake is geweest van schijnzelfstandigheid en dus een arbeidsovereenkomst en een pensioenregeling van toepassing is, er in beginsel pensioenaanspraken kunnen zijn opgebouwd. Het pensioenfonds zal zich in dat geval moeten inspannen om de niet-betaalde pensioenpremie te verhalen op de werkgever. Deze werkgever kan vervolgens het werknemersdeel van de premie mogelijk weer op de schijnzelfstandige verhalen. Het is echter denkbaar dat het pensioenfonds de verschuldigde pensioenpremie niet (meer) kan verhalen op de werkgever, bijvoorbeeld omdat de werkgever niet meer bestaat of vanwege verjaring van de premievordering. Recentelijk heeft de Hoge Raad bepaald dat premievorderingen in beginsel verjaren na vijf jaar nadat de premievorderingen opeisbaar zijn geworden.¹⁴ Dit in tegenstelling tot de vordering tot pensioenuitkeringen van de werknemer die bij diens leven geen verjaringstermijn kennen. Als het pensioenfonds de pensioenpremie niet kan verhalen, kan een schijnzelfstandige alsnog aanspraak maken op pensioen, vanwege het principe «geen premie wel recht».

Het principe «geen premie, wel recht» is een van de solidaire kenmerken van het pensioenstelsel en beschermt de pensioenaanspraken en -rechten van werkenden tegen wanbetaling door de werkgever aan het pensioenfonds. Hoewel pensioenfonds vergaande bevoegdheden hebben om premies bij werkgevers te innen, blijft er wel een risico voor de premie-inning. Wanneer een pensioenfonds de achterstallige premies niet op een werkgever kan verhalen, bijvoorbeeld door faillissement, komen deze kosten uiteindelijk ten laste van het fondscollectief. Het principe van «geen premie, wel recht» speelt zoals hierboven aangegeven ook bij schijnzelfstandigheid. Wanneer een arbeidsovereenkomst is vastgesteld, en geen premie kan worden verhaald, brengt toepassing van dit principe met zich mee dat vanaf aanvang van de arbeidsovereenkomst de werkende werknemer is geweest, en, dat als een pensioenregeling van toepassing is, pensioenaanspraken kunnen zijn opgebouwd. Dat het pensioenfonds in de periode van schijnzelfstandigheid nog niet bekend was met de werkende, is hiervoor niet relevant.

In de Kamerbrief van 8 november 2024¹⁵ is echter al aangegeven dat in geval van schijnzelfstandigheid het recht op pensioen door toepassing van het principe «geen premie, wel recht» niet onbegrensd is.

Uit de wetsgeschiedenis bij de Pensioenwet volgt dat het in «uitzonderlijke gevallen» denkbaar is dat onverkorte toepassing van het principe «geen premie, wel recht» tot onwenselijke uitkomsten zou leiden.¹⁶ De in de wetsgeschiedenis genoemde uitzonderlijke gevallen zijn evidente gevallen van boze opzet bij werkgever én werknemer, of vrijwillige voortzetting van de pensioenopbouw waarbij de werknemer de premie niet betaalt. De wetgeschiedenis maakt duidelijk dat ook andere uitzonderlijke gevallen denkbaar zijn.

¹⁴ Hoge Raad 21 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:423

¹⁵ Kamerstukken II 2024/25, 31 311, nr. 277

¹⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, 3, p. 63

Met het principe «geen premie, wel recht» lijkt destijds te zijn beoogd een «oplossing» te bieden in kortweg twee situaties: ofwel de situatie waarin een werkgever zijn werknemer(s), met wie hij een arbeidsovereenkomst had gesloten, niet heeft aangemeld bij een pensioenfonds. Ofwel de situatie waarin een werkgever niet bekend is bij een pensioenfonds en die werkgever geen premie heeft afgedragen. Het niet-aanmelden en/of niet-betalen van premies door de werkgever mag er in die situaties niet toe leiden dat een werknemer daardoor geen aanspraak zou hebben op pensioen. Het principe «geen premie, wel recht» heeft dus als doel om werknemers te beschermen tegen nadelige gevolgen van het niet-betalen van de door de werkgever verschuldigde premie.¹⁷ Het vraagstuk rond pensioenopbouw van *schijnzelfstandigen* lijkt men destijds niet op het netvlies te hebben gehad.

Ook recent, met de inwerkingtreding van de Wet toekomst pensioenen (Wtp) is het uitgangspunt «geen premie, wel recht» nogmaals bevestigd.¹⁸ Het is echter denkbaar dat, in de context van pensioenopbouw door schijnzelfstandigen (kwalificerend als werknemer) waarvoor geen premieverhaal mogelijk is, onverkorte toepassing van het uitgangspunt «geen premie, wel recht» niet in de rede ligt omdat er sprake kan zijn van uitzonderlijke omstandigheden als bedoeld in de wetsgeschiedenis. Dit kan, naast het eerdergenoemde boze opzet, bijvoorbeeld aan de orde zijn als een schijnzelfstandige de keuze heeft gemaakt om, in weerwil van het arbeidsrecht, op papier als zelfstandige het werk te verrichten terwijl juridisch sprake was van een arbeidsovereenkomst. In dat geval heeft de schijnzelfstandige een duidelijke eigen rol in het niet betalen van de pensioenpremie.¹⁹ Dit geldt des te meer wanneer deze schijnzelfstandige zich pas kenbaar maakt bij het pensioenfonds op een moment dat alle premieverhaal op de werkgever door verjaring onmogelijk is geworden, zeker nu er brede maatschappelijke aandacht is geschonken aan dit onderwerp. Het ligt voor de hand dat pensioenfondsen desgewenst een dergelijke uitzonderingssituatie op juridisch houdbare wijze in hun pensioenreglement tot uitdrukking brengen.²⁰ Onder omstandigheden kan mogelijk ook worden teruggesproken op de redelijkheid en billijkheid.

Het zal, naarmate het overeengekomen uurtarief van de schijnzelfstandige hoger is (en zeker als dit hoger is in vergelijking met medewerkers in loondienst), eerder denkbaar zijn dat er sprake is van een (wel) bewuste keuze van de schijnzelfstandige. Naarmate het uurtarief hoger is, kan eerder worden verwacht dat een schijnzelfstandige zelf heeft zorggedragen, of in elk geval heeft kunnen zorgdragen, voor een pensioenvoorziening. Ook andere factoren zoals het genieten van fiscale voordelen, waaronder het gebruik maken van de zelfstandigenaftrek of de MKB-winstvrijstelling kunnen een indicatie zijn van een (wel)bewuste keuze voor ondernemerschap. Ten overvloede wordt hierbij opgemerkt dat het hier gaat om de vraag of mogelijk sprake is van een uitzonderlijke omstandigheid die een uitzondering op het beginsel van «geen premie, wel recht» rechtvaardigt, en niet om de kwalificatie van de arbeidsrelatie zelf. Aan deze vraag wordt immers pas toegekomen als vast is komen te staan dat sprake is (geweest) van een arbeidsovereenkomst. Ook wordt herhaald dat alleen onder uitzonderlijke omstandigheden van het principe «geen premie, wel recht» kan worden afgeweken. Het uitgangspunt blijft

¹⁷ Kamerstukken I 2006/07, 30 413, C, p. 15

¹⁸ Kamerstukken II 2021/22, 36 067, nr. 3, p. 311

¹⁹ In die situatie is het ook zeer de vraag in hoeverre het redelijk is dat, als premieverhaal niet meer mogelijk is, de kosten van een uitkering voor deze schijnzelfstandige ten laste komt van het pensioenfondscollectief (en daarmee dus de (gewezen) deelnemer en gepensioneerden.

²⁰ Hoge Raad 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT8462.

dat een werkende zich kan beroepen op het principe «geen premie, wel recht» wanneer dit van toepassing is.

In de context van het bovenstaande is het aan pensioenfondsen om in geval van een claim waar geen premie tegenover staat te motiveren of er (een) voldoende reden en grondslag is om van het uitgangspunt «geen premie, wel recht» af te wijken en zich in een voorkomend geval tegen een claim te verweren.²¹

Overig

Van de gelegenheid van dit nader rapport is gebruik gemaakt om het wetsvoorstel aan te passen aan de recente jurisprudentie, te weten de uitspraak van de Hoge Raad op de prejudiciële vragen van het gerechtshof Amsterdam over de zwaarte die de rol van (extern) ondernemerschap hierbij speelt.²² In het wetsvoorstel zijn twee hoofdelementen benoemd. Dit zijn «werkinhoudelijke en organisatorische sturing» welke een aanwijzing vormt voor een arbeidsovereenkomst. Daartegenover staan het hoofdelement «werken voor eigen rekening en risico», welke een aanwijzing vormt voor het werken als zelfstandige. Pas als een beoordeling van de indicaties onder deze twee hoofdelementen niet leidt tot een doorslaggevend oordeel over de arbeidsrelatie, zou worden toegekomen aan het wegen van het ondernemerschap van de werkende buiten de specifieke arbeidsrelatie («extern ondernemerschap»).

In lijn met de uitspraak van de Hoge Raad, is besloten het extern ondernemerschap standaard mee te wegen bij de primaire beoordeling van een arbeidsrelatie. Hiertoe is «extern ondernemerschap» als eigenstandige indicatie ondergebracht bij het hoofdelement «werken voor eigen rekening en risico». Het komt dus niet pas aan bod als een beoordeling van de indicaties onder de twee hoofdelementen niet tot een doorslaggevend oordeel leidt. De grondslag die voorzag in de mogelijkheid om voor deze situatie nadere regels te stellen is met het oog daarop geschrapt.

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,
Th.C. de Graaf*

Ik verzoek U, mede namens de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
Y.J. van Hijum

²¹ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, 24, p. 25.

²² HR 21-02-2025, nr. 24/00877, ECLI:NL:HR:2025:319