



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Werken buiten dienstbetrekking

Rietveld, Rachel; van Haaren, K.A.; Verhulp, E.

Publication date
2019

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Rietveld, R., van Haaren, K. A., & Verhulp, E. (2019). *Werken buiten dienstbetrekking*.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Nieuwe Achtergracht 166
Postbus 15699
1001 NL Amsterdam

T 020 525 2389

WERKEN BUITEN DIENSTBETREKKING

- Analyse van rechtspraak
- Koppeling naar concept-vragenlijst
- Analyse weging en routing vragen

NADER DEFINITIEF RAPPORT

Datum

Oktober 2019

Opgemaakt door

K.A. van Haaren

mr. R.D. Rietveld

prof. dr. E. Verhulp

Uitgebracht aan het

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

1. Inhoudsopgave

1.	Inhoudsopgave.....	1
2.	Vooraf	4
2.1	De opdracht	4
2.2	Aanleiding	4
2.3	Opbouw onderzoek.....	4
3.	Juridisch kader	6
3.1	Vooraf	6
3.2	Privaatrechtelijke kwalificatievraag.....	6
3.3	Fiscaalrechtelijke kwalificatievraag.....	7
3.4	Socialezekerheidsrechtelijke kwalificatievraag.....	7
3.5	De invalshoeken tezamen.....	8
4.	Het rechtspraakbestand (Fase 1).....	9
4.1	Vooraf	9
4.2	Rechtspraak.....	9
4.3	Zoektermen.....	9
4.4	Terminologie	10
4.5	Toetsing.....	10
4.6	Beoordelen elementen	10
4.7	Dropdownlijsten.....	11
4.8	Categorisering	11
4.8.1	Categorie 0 - Zaakkenmerken	12
4.8.1	Categorie 1 - Partijbedoeling.....	14
4.8.2	Categorie 2 - Kenmerken onderneming werkende.....	15
4.8.3	Categorie 3 - Uitvoering arbeid	16
4.8.4	Categorie 4 - Ondernemersrisico	17
4.8.5	Categorie 5 - Beloning/loon	18
4.8.6	Categorie 6 - Vervanging	19
4.8.7	Categorie 7 - Gezagsverhouding	20
4.8.8	Categorie 8 - Onderdeel van de organisatie	21
5.	Koppeling (Fase 2).....	23
5.1	Vooraf	23
5.1	Corresponderende vragen en kolommen.....	23

5.2	Afwijking databestand en vragenlijst SZW.....	23
5.2.1	Extra in databestand	23
5.2.2	Verschillen vragenlijst en databestand	24
6.	Analyse (Fase 3)	28
6.1	Vooraf	28
6.2	Analyse elementen	28
6.2.1	Categorie 1 - Partijbedoeling.....	28
6.2.2	Categorie 2 - Kenmerken onderneming werkende.....	30
6.2.3	Categorie 3 - Uitvoering arbeid	31
6.2.4	Categorie 4 - Ondernemersrisico	31
6.2.5	Categorie 5 - Beloning/loon	31
6.2.6	Categorie 6 - Vervanging	31
6.2.7	Categorie 7 - Gezagsverhouding	32
6.2.8	Categorie 8 - Onderdeel van de organisatie	32
6.3	Kenmerken in aantallen	32
6.4	Analyse arbeidsrecht en verbintenissenrecht	33
6.4.1	Aanwijzingen voor geen dienstbetrekking.....	33
6.4.2	Aanwijzingen voor wel een dienstbetrekking	34
6.4.3	Rol zonder eenduidige uitkomst	34
6.4.4	Elementen in onderlinge samenhang	34
6.4.5	Tussenconclusie arbeidsrecht en verbintenissenrecht.....	35
6.5	Analyse fiscaal recht.....	35
6.5.1	Aanwijzingen voor geen dienstbetrekking.....	36
6.5.2	Aanwijzingen voor wel een dienstbetrekking	36
6.5.3	Rol zonder eenduidige uitkomst	36
6.5.4	Elementen in onderlinge samenhang	36
6.5.5	Tussenconclusie fiscaal recht	37
6.6	Analyse socialezekerheidsrecht	37
6.6.1	Aanwijzingen voor geen dienstbetrekking.....	38
6.6.2	Aanwijzingen voor wel een dienstbetrekking	38
6.6.3	Rol zonder eenduidige uitkomst	38
6.6.4	Elementen in onderlinge samenhang	38
6.6.5	Tussenconclusie socialezekerheidsrecht.....	39

6.7	Analyse rechtsgebieden onderling.....	39
6.7.1	Aanwijzingen voor geen dienstbetrekking.....	39
6.7.2	Aanwijzingen voor wel een dienstbetrekking.....	39
6.7.3	Diffuse kenmerken.....	39
6.7.4	Tussenconclusie rechtsgebieden onderling.....	40
6.8	Analyse elementen in onderlinge samenhang.....	41
6.8.1	Aanwijzingen voor wel een dienstbetrekking.....	42
6.8.2	Aanwijzingen voor geen dienstbetrekking.....	42
6.9	Analyse en aanbevelingen vragenlijst SZW.....	Error! Bookmark not defined.
6.9.1	Uitbreiding van vragen.....	Error! Bookmark not defined.
6.9.2	Schrappen van vragen.....	Error! Bookmark not defined.
6.9.3	Routing en weging van vragen.....	44
6.10	Aanbevelingen algemeen.....	44
7.	Afsluiting.....	46
7.1	Conclusie onderzoek.....	46
7.1.1	Fase 1.....	46
7.1.2	Fase 2.....	46
7.1.3	Fase 3.....	46
7.2	Overzicht bijlagen.....	47

2. Vooraf

2.1 De opdracht

In januari 2019 is in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) gestart met een onderzoek naar arbeidsrelaties, waarbij de nadruk ligt op de vraag of wordt gewerkt buiten dienstbetrekking. Dit wordt wel de kwalificatievraag genoemd. Het onderzoek is in drie delen opgesplitst. In deze voorlopige rapportage behorend bij fase 1 wordt weergegeven hoe het onderzoek is opgebouwd, welke keuzes zijn gemaakt, wat de uitkomsten zijn of hoe verdere analyse aan de hand van de resultaten kan plaatsvinden.

Het onderzoek is uitgevoerd door ArbeidsmarktResearch UvA B.V. (ARR). ARR is verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en staat onder leiding van Evert Verhulp.

2.2 Aanleiding

Voor de beoordeling of sprake is van het werken buiten een dienstbetrekking teneinde de opdrachtgever een verklaring hiervoor te geven, is een vragenlijst in ontwikkeling. Het beantwoorden van deze vragenlijst (de webmodule met opdrachtgeversverklaring) geeft een inschatting of sprake is van het werken buiten dienstbetrekking. Ten behoeve van de verdere ontwikkeling en validatie van deze vragenlijst is ARR gevraagd de rechtspraak op het gebied van de kwalificatievraag te analyseren en in kaart te brengen. De uitkomsten kunnen worden gebruikt om het algoritme, waaraan de vragenlijst ten grondslag ligt, te trainen teneinde goede uitkomsten te genereren. Ook is ARR verzocht de vragenlijst in een zo logisch mogelijke volgorde op te stellen.

2.3 Opbouw onderzoek

Aangezien de analyse op verschillende wijzen kan bijdragen aan de vorming van de vragenlijst, is ervoor gekozen te werken in drie te onderscheiden fasen:

1. Fase 1: Duiding en analyse generieke kenmerken

Per uitspraak zijn kenmerken gezocht, die vervolgens zijn gecategoriseerd. Op die manier wordt inzichtelijk welke kenmerken in de betreffende uitspraak een rol hebben gespeeld bij de beoordeling van de kwalificatie. De kenmerken worden per uitspraak weergegeven. In het bijbehorende bestand kan gefilterd worden op deze kenmerken, dus bijvoorbeeld op het jaar waarin de uitspraak is gedaan, de instantie of de specifieke factor waarin de kwalificatievraag speelt. Op deze wijze worden kwantitatieve gegevens verkregen van elementen die van invloed zijn in rechterlijke uitspraken over het al dan niet werken in een dienstbetrekking.

2. Fase 2: Verbinding leggen naar vragenlijst SZW

Voor alle vragen in de vragenlijst zoals opgesteld door SZW wordt aangegeven waar de vraag in eerdere rechtspraak voorkomt en -indien af te leiden- in welke mate (doorslaggevend of niet) het in de betreffende uitspraak bijdroeg aan het eindoordeel van de kwalificatievraag. Zo wordt inzichtelijk hoe de gewezen rechtspraak en de vragen zich tot elkaar verhouden.

3. Fase 3: Analyse resultaten en verbanden aanbrengen

Aangezien de diverse kenmerken niet alle even zwaar meewegen bij de beoordeling of sprake is van werken buiten dienstbetrekking, moeten de vragen van weging of andersoortige rekenregels worden voorzien. Daartoe wordt door SZW een algoritme ingezet. Het ontwikkelen van dat algoritme staat los

van de werkzaamheden van ARR. ARR geeft in deze fase een duiding van de uit de rechtspraak verkregen resultaten. Te denken valt aan patronen die kunnen worden ontdekt, overeenkomsten of juist verschillen in de weging van kenmerken in de gewezen rechtspraak en verschillen tussen de verschillende rechtsgebieden die zijn onderzocht in fase 1 en 2.

3. Juridisch kader

3.1 Vooraf

Ter ondersteuning van de verdere ontwikkeling en validatie van de vragenlijst van SZW is een rechtspraakanalyse uitgevoerd. Bij deze analyse ligt de nadruk op kwalificatievraagstukken ten aanzien van het werken buiten dienstbetrekking. In dit onderdeel wordt uiteengezet wat het juridisch kader van drie te onderscheiden kwalificaties is, te weten het privaatrechtelijk, sociaalverzekeringsrechtelijk en fiscaalrechtelijk kader.

In het navolgende worden de termen 'werkende' en 'werkverschaffer' gebruikt, teneinde te voorkomen dat bij voorbaat een indruk over de kwalificatie van de arbeidsverhouding wordt gewekt.¹ De kwalificatievraag is de vraag hoe een overeenkomst gekwalificeerd moet worden. Kenmerkend aan een dienstbetrekking is dat sprake is van een arbeidsrelatie is gebaseerd op een arbeidsovereenkomst tussen een werkgever en een werknemer.²

3.2 Privaatrechtelijke kwalificatievraag

Artikel 7:610 BW bepaalt: "De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten." Uit deze definitie volgt voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst voldaan moet zijn aan drie elementen: arbeid, loon en gezag.

Het begrip arbeid moet ruim opgevat worden. Wanneer geen sprake is van een verplichting tot het verrichten van arbeid, is ook geen sprake van een arbeidsovereenkomst.³

Ten tweede moet sprake zijn van loon. Loon is de contraprestatie die de werkende ontvangt voor de verrichte prestatie, anders dan pensioen. Het loonbegrip is nader uitgewerkt in artikel 7:617 BW.

Ten derde moet om een arbeidsovereenkomst aan te kunnen nemen, sprake zijn van gezag dat wordt uitgeoefend door de werkgever. Anders gezegd: de werknemer dient ondergeschikt aan de werkgever te zijn. Gezag is het meest onderscheidende element bij het kwalificeren van de overeenkomst, maar tegelijkertijd is het weinig scherp.⁴ Een element van de ondergeschiktheid is dat de werkgever de mogelijkheid heeft om de arbeidstaak van de werknemer door aanwijzingen nader in te vullen. Het komt steeds meer voor dat een werknemer zijn werkzaamheden in grote zelfstandigheid verricht, maar dat neemt niet weg dat sprake kan zijn van een gezagsverhouding. Voor het aannemen van een dienstverband is voldoende dat de mogelijkheid van het uitoefenen van gezag contractueel overeen is gekomen of bestaat. Ook kan gezag blijken uit de feitelijke vormgeving van de arbeidsverhouding. Wanneer in het geheel geen persoonlijke verplichting tot het verrichten van arbeid bestaat, kan wegens het ontbreken van ondergeschiktheid geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW.⁵

¹ Wel gaat het om contractuele relaties die 'werk' als gemene deler hebben. De term 'werkende' is breder dan het door Bennaars gehanteerde begrip 'werknemerachtige', zie J.H. Bennaars e.a. (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht. Een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018. De terminologie 'werkende' en 'werkverschaffer' wordt ook in de literatuur sporadisch gehanteerd, zie S.S.M. Peters en W.L. Roozendaal, 'Vrijheid, gelijkheid en broederschap op de arbeidsmarkt in de 21e eeuw', TRA 2017/84 en L. van den Berg, 'Platformarbeid: biedt het Rariteitenbesluit soelaas?', TRA 2019/15. Zie ook paragraaf 4.4.

² Handboek Loonheffingen, Beoordeling gezagsverhouding, paragraaf 1.1.

³ Hoge Raad 10 oktober 2003, JAR 2003/263 (*Van der Male/Den Hoedt*).

⁴ Verhulp, in: T&C Arbeidsrecht, artikel 7:610 BW, aant. 1.e.

⁵ Hoge Raad 13 december 1957, NJ 1958, NJ 1958/35 (*Zwarthoofd/Parool*). Zie ook meer recent Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686.

Uit artikel 7:610 BW kan worden afgeleid dat de partijen bij de overeenkomst zich ‘gedurende zekere tijd’ verbonden moet hebben om de arbeid te verrichten. Hoewel in het algemeen wordt aangenomen dat dit duurelement weinig betekenis heeft, is het denkbaar dat het wél een rol speelt wanneer de gezagsverhouding weinig reliëf heeft.⁶

De aard van de overeenkomst wordt bepaald door de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering geven aan de overeenkomst. Daarbij is de partijbedoeling alleen van belang voor zover daaruit blijkt hoe partijen zich ten opzichte van elkaar denken te gedragen.⁷ De aard van de overeenkomst moet worden achterhaald door een holistische weging van alle omstandigheden van het geval. Bij de kwalificatie is niet één kenmerk zonder meer doorslaggevend. De verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun rechtsverhouding hebben verbonden, moeten in onderling verband worden gezien.

3.3 Fiscaalrechtelijke kwalificatievraag

Artikel 2 lid 1 Wet LB 1964 definieert de werknemer als: de natuurlijke persoon die tot een inhoudingsplichtige in privaatrechtelijke of in publiekrechtelijke dienstbetrekking staat of van een inhoudingsplichtige loon geniet uit een vroegere privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking van hemzelf of van een ander, dan wel uit een bestaande privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking van een ander. De artikelen 3 en 4 Wet LB 1964 breiden het werknemersbegrip uit door een aantal (fictieve) dienstbetrekkingen gelijk te stellen met het werknemersbegrip uit artikel 2 lid 1 Wet LB 1964. Wat een privaatrechtelijke dienstbetrekking is, wordt niet gedefinieerd. Uit de wetsgeschiedenis bij de Wet LB 1964 blijkt dat is beoogd om aansluiting te zoeken bij artikel 7:610 BW en de socialezekerheidswetten.⁸ Ook binnen het fiscaal recht geldt de holistische benadering bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst.

3.4 Socialezekerheidsrechtelijke kwalificatievraag

De socialezekerheidswetten gaan uit van een kring van verzekerden. Verzekerde is de werknemer. Onder werknemer wordt verstaan: *de natuurlijke persoon, jonger dan de pensioengerechtigde leeftijd, die in privaatrechtelijke dienstbetrekking staat*. De socialezekerheidswetten kennen eenzelfde werknemersbegrip.⁹

Ook in de socialezekerheidswetten is niet nader gedefinieerd wat onder de privaatrechtelijke dienstbetrekking moet worden verstaan. De wetgever heeft waarschijnlijk willen aansluiten bij artikel 7:610 BW.¹⁰ Uit het arrest De Gouden Kooi blijkt dat de Hoge Raad voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een dienstbetrekking in sociaalverzekeringsrechtelijke zin expliciet aansluiting zoekt bij de arbeidsovereenkomstenrechtelijke kwalificatievraag.¹¹

⁶ Verhulp, in: T&C Arbeidsrecht, artikel 7:610, aant. 1.d.

⁷ Zie E. Verhulp, De ‘eigenaardigheid’ van het arbeidsrecht, in: S.F. Sagel, Vrienden door Dik en Dun (liber amicorum voor R.A.A. Duk), Kluwer 2011, p. 228-229 de noot bij HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 (St. Thuiszorg Rotterdam/PGGM).

⁸ Kamerstukken II 1962/63, 5380, 3 (MvT), p. 3.

⁹ Vergelijk art. 3 lid 1 ZW, art. 3 WW, art. 3 lid 1 WAO en art. 8 lid 1 WIA.

¹⁰ Kamerstukken II 1985/86, 19 261, 8, p. 56.

¹¹ Hoge Raad 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887 (*De Gouden Kooi*). Zie hierover S. Said, ‘Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!’ *ArA* 2017/1.2, p. 70.

3.5 De invalshoeken tezamen

Wanneer een overeenkomst kwalificeert als arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW, dan is titel 7.10 BW van toepassing. Dit leidt ertoe dat de werknemer zich kan beroepen op rechten die in dat deel van het BW geregeld zijn, zoals een preventieve toetsing van het ontslag en loondoorbetaling bij ziekte. Wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst brengt dat met zich dat ook sprake is van verzekerde arbeid in de zin van de socialezekerheidswetten. De werknemer heeft dan, indien hij voldoet aan de daaraan gestelde eisen, recht op een uitkering op grond van de werknemersverzekeringen. Het begrip 'privaatrechtelijke dienstbetrekking' is niet nader gedefinieerd. In het belastingrecht is de kwalificatievraag van belang voor de vraag of de werkverschaffer premies werknemersverzekeringen moet inhouden en voor de manier waarop inkomsten worden belast. In de Wet LB 1964 wordt eveneens uitgegaan van 'privaatrechtelijke dienstbetrekking'. Ook hier geldt dat wordt aangesloten bij het begrip 'arbeidsovereenkomst' als bedoeld in artikel 7:610 BW.

4. Het rechtspraakbestand (Fase 1)

4.1 Vooraf

Tijdens Fase 1 is een rechtspraakbestand opgesteld op basis van eigen inzicht/onderzoek en de vragenlijst van SZW. In totaal zijn 274 uitspraken geanalyseerd van zowel civiele rechters als bestuursrechters/belastingrechters. In het zijn databestand zijn vervolgens 242 beslissingen opgenomen waarin over de kwalificatie van een dienstbetrekking wordt beslist. In totaal zijn iets minder dan 242 uitspraken in het rechtspraakbestand opgenomen, aangezien in een enkele casus over de kwalificatie van meer arbeidsrelaties wordt geoordeeld. Wanneer de arbeidsrelaties of uitvoering van de overeenkomst van elkaar verschillen, zijn deze apart opgenomen om op deze wijze inzichtelijk te maken welke elementen in de verschillende casus een rol speelden. De niet opgenomen rechtspraak bleek of te veel af te wijken van de hoofdvraag of te weinig informatie te bevatten. In totaal zijn 92 uitspraken afkomstig van de civiele rechter, 60 van de bestuursrechter en 90 van de belastingrechter geanalyseerd. Is een uitspraak in hoger beroep en/of cassatie gepubliceerd, dan is de uitspraak in eerste aanleg niet opgenomen (zie voor een overzicht tabblad *'1a. – 1^e aanleg niet opgenomen'* in *'Bijlage 1 - Fase 1 2 3 - Databestand rechtspraak'* en voor de kenmerken in deze uitspraken tabblad *'1b. Details niet opgenomen'* in dezelfde bijlage). Zo is voorkomen dat eenzelfde zaak vaker meeweegt in de analyse en dat kenmerken van een vernietigde uitspraak als relevante data zijn opgenomen. In sommige gevallen zijn wel de kenmerken die uit de tekst van de publicatie van de uitspraak in eerste aanleg zijn te halen, verwerkt in de kolommen waar het hoger beroep of de cassatie te vinden is. Op die manier blijft de relevante informatie weergegeven.

4.2 Rechtspraak

In het databestand staat een overzicht van de uitspraken over de kwalificatievraag. In de opgenomen uitspraken staat de vraag centraal hoe de arbeidsrelatie/werkrelatie gekwalificeerd dient te worden. Uit de uitspraken blijkt hoe die relatie door de rechter is gekwalificeerd.

Niet alle gevonden rechtspraak is verwerkt in het databestand. Zo zijn rechtszaken waarin is geoordeeld dat sprake is van een gefingeerd dienstverband buiten beschouwing gelaten, tenzij de werkrelatie inhoudelijk door de rechter werd getoetst. Ook zijn uitspraken waarin niet inhoudelijk op de kwalificatie van de rechtsbetrekking werd ingegaan, bijvoorbeeld omdat een partij geen objectiveerbare gegevens kon overleggen, niet meegenomen. Dit speelde vooral bij socialezekerheidsrechtelijke rechtszaken.

In het databestand staan hyperlinks naar de gebruikte rechtspraak. Door het klikken hierop wordt de gebruiker van het databestand direct doorverwezen naar de uitspraak. Ook kan de desbetreffende uitspraak worden gevonden door te zoeken op het ECLI-nummer via www.rechtspraak.nl, ar-updates.nl en szr-updates.nl. In tegenstelling tot ar-updates.nl en szr-updates.nl is www.rechtspraak.nl vrij toegankelijk.

Het databestand is te vinden op het tabblad *'1. Kenmerken op detail'* in *'Bijlage 1 - Fase 1 2 3 - Databestand rechtspraak'*.

4.3 Zoektermen

Bij het zoeken naar uitspraken voor het databestand is gebruik gemaakt van rechtspraak die openbaar is gemaakt op www.rechtspraak.nl, www.ar-updates.nl en www.szr-updates.nl. Het gaat om uitspraken van rechterlijke instanties binnen Nederland. De zoektermen die zijn gebruikt bij het zoeken naar rechtspraak zijn bijgehouden. Hoewel uitspraken na 12 december 2009 het uitgangspunt

zijn, is ook de standaardjurisprudentie over de kwalificatievraag in het databestand opgenomen. Het gaat dan om arresten als Groen/Schoevers (1997), Striptease danseres (1961) en Ponstypiste (1978).

4.4 Terminologie

Bij uitspraken omtrent kwalificatie is de aanduiding van partijen een probleem. Dit is het geval wanneer nog niet duidelijk is wat de aard van de arbeidsrelatie tussen partijen is. Om de toetsing van de elementen zo neutraal mogelijk te houden, is gekozen voor de termen 'werkverschaffer' en 'werkende'. Voor wat betreft de term 'werkende' wordt deels aangesloten bij reeds bestaande literatuur.¹² Onder 'werkende' worden volgens Bennaars (2017) verstaan werknemers en werknemerachtigen. Kenmerkend voor de werknemerachtige is dat hij werk van economische waarde verricht. Zoals gezegd sluiten wij deels aan bij de genoemde terminologie maar vatten wij het begrip 'werkende' ruimer op. Onder werkende wordt voor wat betreft het databestand verstaan: 'Eenieder die werk van economische waarde verricht, tegen een tegenprestatie van economische waarde'. De term werkverschaffer ziet vervolgens op: 'Eenieder die werkt verschaft aan een werkende'. Een relatie tussen twee (of meer) personen waarbij het gaat om het verrichten van werk noemen wij 'werkrelatie'. Wat de aard van het werk is doet voor het onderzoek niet ter zake.

4.5 Toetsing

Uitgangspunt bij het opstellen van het databestand is dat niet is gekwalificeerd. Dit houdt in dat alle elementen objectief getoetst zijn aan de inhoud van de uitspraak. Eventuele conclusies die kunnen worden getrokken, zijn weergegeven in de analyse van Fase 3.

4.6 Beoordelen elementen

In het databestand worden per rechtszaak de elementen beoordeeld. De elementen komen tot uitdrukking in de vraagstelling in de bijbehorende kolom. Bij het beoordelen van de elementen zijn verschillende, vooraf vastgelegde antwoordopties gebruikt. Deze zijn per kolom uitgewerkt in *'Bijlage 2 - Fase 2 – Antwoordmogelijkheden en koppeling'*. Voor de meeste kenmerken geldt dat onderscheid wordt gemaakt tussen de volgende antwoordmogelijkheden:

Antwoordmogelijkheid	Betekenis
Ja	Ja, dat is het geval. Het element doet zich voor.
Nee	Nee, dat is niet het geval. Het element doet zich niet voor.
G.g. (Geen gegevens)	Gegevens om over de omstandigheid te beoordelen zijn niet aanwezig.
Partijen	(een van) De bij de rechtszaak betrokken partijen voer(t)en aan dat sprake is van de omstandigheid, maar de rechter betreft dit niet in zijn beoordeling.
N.v.t. (Niet van toepassing)	De omstandigheid is niet van toepassing
Anders	Er doet zich een bijzonderheid voor. Deze bijzonderheid wordt nader toegelicht.

¹² J.H. Bennaars (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht. Een verkenning*, Wolters Kluwer: Deventer 2017, p. 5-7.

Door de antwoordopties van tevoren vast te leggen wordt elke rechterlijke beslissing op dezelfde manier beoordeeld. Ook de vraagstelling in het rechtspraakbestand is gestandaardiseerd, zodat geen verwarring tussen Ja/Nee-gebruik ontstaat. Alle bevestigende antwoorden zijn daarmee een bevestiging dat van de specifieke omstandigheid sprake is, maar de omstandigheid zelf kan negatief geformuleerd zijn. Is dat het geval, dan is de praktische uitwerking dat feitelijk geen sprake is van de omstandigheid.

De laatste antwoordmogelijkheid is een witregel. Dit biedt ruimte om de dropdowns (voor een uitleg, zie hieronder) aan te passen. Voor een overzicht van de antwoordmogelijkheden wordt verwezen naar het tabblad *'1c. Dropdownlijsten'* in *'Bijlage 1 - Fase 1 2 3 - Databestand rechtspraak'*.

Na iedere kolom is een kolom opgenomen waarin met een 'D' kan worden aangegeven of het elementen van doorslaggevend belang is. In het databestand is ervoor gekozen een 'D' te plaatsen als het element expliciet als "van doorslaggevend belang" wordt genoemd, door de rechter wordt herhaald in de eindoverweging of wanneer het element centraal staat in de betreffende casus.

4.7 Dropdownlijsten

In het databestand wordt gebruik gemaakt van 'dropdowns', oftewel afgebakende selectiemogelijkheden. Hierdoor kan gemakkelijk worden gefilterd op een of meer criteria en worden uniforme antwoorden gegeven. Er kan zowel per kolom een selectie worden aangebracht als op meer kolommen tegelijk. Zo kunnen bijvoorbeeld door te filteren in kolom G alleen fiscaalrechtelijke uitspraken worden weergegeven of kan door selectie toe te passen in kolom I (selecteer: "binnen dienstbetrekking") en AD (selecteer: "Ja") in één oogopslag worden gezien hoe vaak en wanneer is geoordeeld dat sprake was van een dienstbetrekking terwijl de werkende was ingeschreven bij de KvK.

4.8 Categoriëring

Het databestand is opgedeeld in tien categorieën. Het gaat om acht inhoudelijke categorieën waarin elementen worden uitgevraagd die betrekking hebben op de kwalificatie van de dienstbetrekking en in de eerste en laatste categorie worden zakenmerken en andere praktische zaken uitgewerkt, zoals de relevante wetsartikelen en de datum van de uitspraak. De inhoudelijke categorieën zijn:

1. Partijbedoeling
2. Kenmerken onderneming werkende
3. Uitvoering arbeid
4. Ondernemersrisico
5. Beloning/loon
6. Vervanging
7. Gezagsverhouding
8. Onderdeel van organisatie

De inhoudelijke categorieën zijn weer onderverdeeld in elementen. Onder de elementen is een beschrijving van het desbetreffende element gegeven. Deze zijn te vinden in regel 2 op het tabblad *'1. Kenmerken op detail'* in *'Bijlage 1 - Fase 1 2 3 - Databestand rechtspraak'*. Een voorbeeld: Onder de categorie 'Kenmerken onderneming werkende' staat het element 'Kamer van Koophandel' opgenomen. Hier staat als omschrijving de volgende tekst: *'Werkende staat ingeschreven in het handelsregister van de KvK. Werkende beschikt dan ook over o.a. KvK-nummer en BTW-nummer.'*

Hieronder wordt de opbouw van het rechtspraakbestand beschreven. Elke categorie is onderverdeeld in elementen. Per categorie wordt toegelicht welke elementen staan opgenomen in het bestand. Ook worden de hieromtrent gemaakte keuzes toegelicht.

4.8.1 Categorie 0 - Zaakkenmerken

Categorie 0 heeft tot doel praktische informatie over de uitspraak te vergaren. Zo wordt gevraagd naar de instantie, de namen van partijen en of sprake is van een gefingeerd dienstverband. De praktische informatie komt tot uitdrukking in kolom B tot en met H en kolom EB tot en met EJ.

KOLOM A INSTANTIE

In Kolom A staat de instantie in het geval de uitspraak voor of op 31 december 2012 is gedaan.

KOLOM B INSTANTIE

In Kolom B staat de instantie in het geval de uitspraak op of na 1 januari 2013 is gedaan.

Het onderscheid tussen kolom A en kolom B is nodig door de wijziging van de rechterlijke indeling van Nederland per 1 januari 2013. Door de wijziging van de rechterlijke indeling is een aantal rechtbanken opgeheven.

KOLOM C DATUM UITSPRAAK

In Kolom C staat de datum van de uitspraak opgenomen (*dd-mm-jjjj*).

KOLOM D DATUM PUBLICATIE

In Kolom D staat de datum waarop de uitspraak is gepubliceerd (*dd-mm-jjjj*). Deze kolom is alleen ingevuld als de datum waarop de uitspraak is gepubliceerd drie of meer maanden afwijkt van de datum van de uitspraak (*dd-mm-jjjj*).

Niet alle uitspraken worden gepubliceerd. Op grond van het Besluit selectiecriteria uitsprakenbank Rechtspraak.nl¹³ wordt beoordeeld of een uitspraak gepubliceerd moet worden.

KOLOM E ECLI-NUMMER OF KENMERK

ECLI (European Case Law Identifier) is het standaard nummeringssysteem voor rechterlijke uitspraken binnen de Europese Unie en wordt ook in dit onderzoek gebruikt. Het ECLI-nummer is opgenomen via een hyperlink. Als geen ECLI-nummer bekend is, dan wordt gebruik gemaakt van het nummer toebedeeld door AR-updates, waar de uitspraak in dat geval te vinden is. Die vindplaats is eveneens met een hyperlink opgenomen.

KOLOM F NAAM VAN PARTIJEN

In Kolom F staat de naam van de bij de partijen betrokken rechtszaak. Dit kan bijvoorbeeld zijn: 'Jansen/De Groot B.V.' of 'Appellant/Inspecteur Belastingdienst'.

KOLOM G RECHTSGEBIED

In Kolom G is het rechtsgebied opgenomen. Dit kan zijn: Bestuursrecht of Civiel Recht. Rechtszaken over het al dan niet werken buiten dienstbetrekking zullen onder een van deze twee rechtsgebieden vallen.

KOLOM H SUBRECHTSGEBIED

Uit Kolom H blijkt het subrechtsgebied. Dit kan zijn: arbeidsrecht, fiscaal recht, socialezekerheidsrecht of verbintenissenrecht. Door het gebruik van deze kwalificaties is aangesloten bij de rechtsgebieden

¹³ Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl, via <https://www.rechtspraak.nl/Uitspraken/Paginas/Selectiecriteria.aspx>.

die de bronnen hanteren om rechtszaken te onderscheiden. Als op civielrechtelijke uitspraken gefilterd wordt, dan staan in deze categorie dus zowel 'arbeidsrecht' als 'verbintenissenrecht'.

KOLOM I **DIENSTBETREKKING**

In Kolom I staat aangegeven of de rechter heeft geoordeeld of al dan niet sprake is van een dienstbetrekking.

KOLOM J **GEEN DIENSTBETREKKING, MAAR WAT WEL?**

Indien geen sprake was van een dienstbetrekking, dan blijkt uit Kolom J waarvan volgens de rechter dan wel sprake was. De rechter kan bijvoorbeeld hebben geoordeeld dat sprake was van een overeenkomst van opdracht of dat sprake was van een stageovereenkomst. Ook hier wordt gewerkt met vooraf vastgelegde antwoordmogelijkheden. Deze zijn gebaseerd op de vragenlijst van SZW. De vragenlijst van SZW voorziet niet in alle mogelijkheden waarvan sprake kan zijn. Daarom is ook de antwoordmogelijkheid 'anders' opgenomen.

KOLOM K **ANDER SOORT DIENSTBETREKKING**

Als de dienstbetrekking niet onder te brengen is bij een van de mogelijkheden waaruit gekozen kan worden bij Kolom J, dan staat in Kolom K een korte beschrijving van de aard van de dienstbetrekking.

KOLOM L **GEFINGEERD DIENSTVERBAND**

In socialezekerheidsrechtelijke zaken komt geregeld voor dat sprake is van een gefingeerd dienstverband. In dat geval is de werkende geen werknemer in de zin van de socialezekerheidswetten, omdat geen sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. Als de rechter oordeelt dat daarvan sprake is, dan is dat in Kolom L aangegeven.

KOLOM EA **DATUM ZOEKEN**

In Kolom EA staat op welke datum naar de uitspraak is gezocht en deze is gevonden. Dit is van belang in verband met een mogelijk latere publicatiedatum van een uitspraak. Deze kolom komt ten goede van een mogelijk vervolg op dit onderzoek.

KOLOM EB-ED **WETSARTIKEL 1-3**

De rechter baseert zich bij het kwalificeren van een arbeidsrelatie op wetsartikelen. In Kolom EB, EC en ED staat dan ook opgenomen op welk(e) wetsartikel(en) het oordeel van de rechter voornamelijk is gebaseerd. Dat kunnen bijvoorbeeld zijn art. 7:610 BW, art. 2 Wet LB of art. 7:400 BW.

KOLOM EE **EERSTE AANLEG INDIEN HOGER BEROEP**

Indien de ingevulde beslissing er één van een gerechtshof of van Hoge Raad is, staat in Kolom EE het ECLI-nummer van de zaak in eerste aanleg. Wanneer de zaak in eerste aanleg niet is gepubliceerd, dan is dit aangegeven door middel van de afkorting 'n.g.', oftewel: niet gepubliceerd.

KOLOM EF **HOGER BEROEP INDIEN EERSTE AANLEG**

In Kolom EF staat het ECLI-nummer van de beslissing in tweede aanleg indien de ingevulde zaak afkomstig is van de Hoge Raad.

KOLOM EG **CASSATIE**

Het ECLI-nummer van de eventuele cassatiebeslissing staat weergegeven in Kolom EG.

KOLOM EH **BEVESTIGT HR HET HOF**

Wanneer één van de partijen in cassatie gaat, beoordeelt de Hoge Raad of de aangevoerde klachten tot cassatie kunnen leiden en nopen tot het beantwoorden van rechtsvragen. Dit is niet altijd het geval. Indien de Hoge Raad oordeelt dat de aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden en

niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen, dan wordt het cassatieberoep verworpen. Dit hoeft te Hoge Raad met het oog op art. 81 lid 1 RO niet te motiveren. Een andere verwerpingsgrond is art. 80 RO. De Hoge Raad verwerpt een cassatieberoep op grond van art. 80 RO als de voorgestelde klachten evident kansloos zijn of als niet voldoende belang bestaat bij het ingestelde cassatieberoep. Aangezien een beroep op art. 80 of 81 RO toch relevante informatie kan opleveren, staat in Kolom EH of het cassatieberoep al dan niet is verworpen, en zo ja, op welke grond.

KOLOM EI **SAMENVATTING**

In de laatste kolom van het rechtspraakbestand is een samenvatting van de ingevulde rechtszaak opgenomen. Deze samenvatting is zeer beknopt en geeft alleen opvallende feiten en het eindoordeel weer.

4.8.1 **Categorie 1 - Partijbedoeling**

Categorie 1 is onderverdeeld in elementen die betrekking hebben op de partijbedoeling. Onder partijbedoeling verstaan wij voor het doel van het rechtspraakbestand de naam die partijen aan de overeenkomst hebben gegeven. Een aantal elementen worden hieronder kort toegelicht. Informatie over de partijbedoeling komt tot uitdrukking in de volgende kolommen.

KOLOM M **SOORT WERKENDE**

Voor de kwalificatie van een werkrelatie is van belang om welke soort werkende het gaat. Met 'soort' werkende wordt bedoeld of de werkende de werkzaamheden uitvoert als natuurlijk persoon, eenmanszaak, personenvennootschap of rechtspersoon. Het gaat aldus om de aanduiding van degene met wie de overeenkomst aangaande het verrichten van werk is gesloten.

KOLOM O **PARTIJBEDOELING VOLGENS OVEREENKOMST GEEN ARBEIDSOVEREENKOMST**

In het databestand wordt aangenomen dat sprake is van een overeenkomst. Deze kolom heeft tot doel aan te geven hoe partijen de overeenkomst in eerste instantie hebben gedeut. Staat boven de overeenkomst 'opdrachtovereenkomst', dan is ingevuld dat partijen bedoelen een opdrachtovereenkomst te sluiten.

Dit staat los van het antwoord op de vraag of de feitelijke uitvoering past bij de duiding van de overeenkomst die partijen hebben opgeschreven.¹⁴

KOLOM P **ZELFDE UITKOMST RECHTER ALS PARTIJBEDOELING**

Problematisch aan het kwalificeren van werkrelaties is dat de controle (vrijwel altijd) achteraf plaatsvindt. Met andere woorden: pas nadat het werk is verricht kan pas gecontroleerd worden of de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden overeenkomt met dat de naam die partijen aan de overeenkomst hebben gegeven. Zo kan de fiscus in geval van een overeenkomst van opdracht pas achteraf controleren of terecht geen werknemerspremies zijn betaald. Uiteindelijk oordeelt de rechter definitief over de vraag of de partijbedoeling overeenkomt met de feitelijke uitvoering. Dit komt tot uitdrukking in Kolom P.

KOLOM S **ARBEIDSOVEREENKOMST UITGESLOTEN**

Wanneer partijen in de overeenkomst het bestaan van een arbeidsovereenkomst expliciet uitsluiten, dan kan dat een indicatie zijn dat niet is beoogd een arbeidsovereenkomst overeen te komen.

KOLOM U **AANBOD ARBEIDSOVEREENKOMST AFGEWEEZEN**

Een ander element dat de partijbedoeling toetst is of de werkende het aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst heeft afgewezen. Een werkende kan een dergelijk aanbod afslaan vanwege bijvoorbeeld de fiscale voordelen van het ondernemerschap.

¹⁴ Hoge Raad 4 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schoevers*).

KOLOM W EERDERE ARBEIDSRELATIE

Het hebben van een eerdere arbeidsrelatie met de werkverschaffer wordt soms betrokken bij de kwalificatie van de werkrelatie. Of dat gebeurt, wordt dat in deze kolom weergegeven.¹⁵

KOLOM Y STANDAARDCONTRACT

Uit de rechtspraak blijkt dat een standaardcontract met weinig ruimte tot onderhandelen wordt betrokken bij de beoordeling van ondernemerschap en dus voor de beantwoording van de vraag of wordt gewerkt buiten of binnen dienstbetrekking.

KOLOM AA NIET EERDER AANSPRAAK OP WERKNEMERSRECHTEN

Bij de beoordeling van het bestaan van een dienstbetrekking wordt het antwoord op de vraag of de werkende niet eerder aanspraak heeft gemaakt op werknemersrechten voor het moment dat de werkrelatie, om welke reden dan ook, tot een einde komt, betrokken. Werknemersrechten kunnen onder andere zijn loondoorbetaling bij ziekte of een verzoek tot betaling van het cao-loon.

4.8.2 *Categorie 2 - Kenmerken onderneming werkende*

In kolom AC tot en met AP wordt de categorie 'Kenmerken onderneming werkende' uitgewerkt. De elementen die onder de vlag van de genoemde categorie worden getoetst, wijzen op ondernemerschap en het werken buiten dienstbetrekking.

KOLOM AC KAMER VAN KOOPHANDEL (KvK)

Ondernemen begint met het inschrijven bij de Kamer van Koophandel. De KvK beoordeelt volgens of de ondernemer een onderneming heeft. Een ondernemer moet zich uiterlijk één week na de start van bedrijfsactiviteiten inschrijven.

KOLOM AE INSCHRIJVING KvK VOORWAARDE VOOR AANGAAN OVEREENKOMST

Om te beoordelen wie de onderneming bij de KvK ingeschreven wil hebben, wordt in Kolom AE getoetst of de werkverschaffer de voorwaarde heeft gesteld dat werkende zich inschrijft bij de KvK voor de totstandkoming van het contract.

KOLOM AG EIGEN BEDRIJFSNAAM

Met een bedrijfsnaam presenteert een ondernemer zich naar buiten toe. Wanneer de ondernemer zich inschrijft bij de KvK moet ook de bedrijfsnaam worden opgegeven.

KOLOM AI EIGEN WEBSITE

Het hebben van een eigen website waarop de werkende zijn diensten aanprijst is mogelijk een indicatie dat sprake is van ondernemerschap.

KOLOM AK FACTURERING VANUIT WERKENDE OF DIENS BEDRIJF

Een ondernemer ontvangt in de regel geen loonstrook. Daarom is een ander objectief toetsingselement voor ondernemerschap of de werkende factureert aan de werkverschaffer.

KOLOM AM BTW IN REKENING GEBRACHT OVER GEWERKTE UREN

Het in rekening brengen van BTW past niet bij het verrichten van werk binnen een dienstbetrekking. Een ondernemer is verplicht BTW over de omzet af te dragen. Het in rekening brengen van BTW past bij het ondernemerschap.

¹⁵ Kantonrechter Amsterdam 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:210.

KOLOM AO **TARIEVEN BEPAALD OP INITIATIEF VAN WERKENDE**

Bij het ondernemerschap past het kunnen bepalen van het eigen tarief op basis van vraag en aanbod. De onderhandelingsvrijheid van een ondernemer is dan ook in beginsel groter dan de onderhandelingsvrijheid van een werkende die binnen dienstbetrekking werkt.

KOLOM AQ **VERGOEDING OP BASIS VAN BEDRIJFSRESULTATEN**

Een voorbeeld van een vergoeding op basis van bedrijfsresultaten is het geval dat een pakketbezorger per pakket betaald krijgt. Als hiervan sprake is, wordt dat in deze kolom vermeld.

4.8.3 *Categorie 3 - Uitvoering arbeid*

Categorie 3 betreft de wijze waarop de arbeid wordt uitgevoerd. De elementen zien vooral op de aard van het werk.

KOLOM AS **INCIDENTELE OPDRACHT**

Wanneer de gezagsverhouding weinig reliëf heeft, kan de duur van de werkrelatie van belang zijn. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt namelijk dat de duur van een werkrelatie de arbeidsovereenkomst van de overeenkomst van opdracht kan onderscheiden.

In de vragenlijst van SZW wordt het aantal uren uitgevraagd. Het uitvragen van het aantal uren is in het geval van de rechtspraakanalyse onwerkbaar gebleken, omdat rechters vaak niet inzichtelijk maken hoeveel uren arbeid is verricht. Daarom is gekozen om na te gaan of sprake is van een incidentele opdracht.

KOLOM AU **KERNACTIVITEIT VAN DE ONDERNEMING**

Indien de uitgevoerde werkzaamheden door de werkende een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van de werkverschaffer vormen, dan is dat mogelijk een indicatie voor een dienstbetrekking.

KOLOM AW **WERKNEMERS DIE HETZELFDE WERK DOEN**

Wanneer een werkende zonder arbeidsovereenkomst dezelfde werkzaamheden verricht als een werkende met arbeidsovereenkomst bij dezelfde werkverschaffer, dan kan dat een indicatie zijn voor het uitvoeren van werkzaamheden op basis van een dienstbetrekking.

KOLOM AY **LOCATIEGEBONDEN WERK**

De vrijheid die een werkende heeft om de locatie te kiezen waar hij werkzaamheden uitvoert of verricht, levert een indicatie voor de aard van de arbeidsrelatie. Het gaat erom te beoordelen of de werkverschaffer aangeeft waar de werkzaamheden moeten worden verricht. Wanneer het gaat om het rondbrengen van maaltijden, pakketjes of soortgelijke werkzaamheden, is ook sprake van locatiegebonden werk. In dat geval brengt namelijk de aard van de werkzaamheden met zich mee dat de werkzaamheden op een bepaalde plek dan wel op een bepaald tijdstip moet worden verricht.

KOLOM BA **SIMPEL WERK/TAKEN**

Eenvoudig werk vereist minder toezicht en leiding dan complexe werkzaamheden.¹⁶ Door te toetsen of sprake is van eenvoudig werk/eenvoudige taken kan, in samenhang met de overige elementen, de aard van de werkzaamheden in kaart worden gebracht. Er is bewust gekozen voor de terminologie 'simpel werk/taken'. Een kwalificatie naar de voor het verrichten van de werkzaamheden vereiste geschooldheid zou niet objectief geanalyseerd kunnen worden. Los daarvan is een beoordeling naar de geschooldheid van werk ook problematisch gezien het feit dat laaggeschoold werk uitgevoerd kan worden door een hooggeleide werkende.

¹⁶ Bijlage I, Paragraaf 1,1 bij het Handboek Loonheffingen 2019.

KOLOM BC CERTIFICATEN

In het geval de werkverschaffer niet verplichte certificaten voorschrijft, is dat volgens de Belastingdienst een indicatie voor het beoordelen van een dienstbetrekking vanwege het mogelijk bestaan van een gezagsverhouding.¹⁷

KOLOM BE VAR

Het kan voorkomen dat een VAR is afgegeven, maar toch een geschil is gerezen over de kwalificatie van de werkrelatie. In dat geval betreft de rechter de VAR vaak in de beoordeling.

4.8.4 Categorie 4 - Ondernemersrisico

Categorie 4 behelst elementen aan de hand waarvan wordt beoordeeld of sprake is van ondernemersrisico. Ondernemersrisico wordt gezien als een belangrijk element bij het beoordelen van de aard van de arbeidsverhouding.¹⁸ Daarom wordt via Kolom BH tot en met Kolom BV getoetst of sprake is van ondernemersrisico. Tot het ondernemersrisico behoort bijvoorbeeld de arbeidsongeschiktheid van de werkende, zodat geen loondoorbetaling bij ziekte plaatsvindt en de werkende zelf voorzieningen dient te treffen bestaande uit het afsluiten van verzekeringen. Als de werkende beschikt over eigen hulpmiddelen en materialen is dat een indicatie voor het dragen van ondernemersrisico.

KOLOM BG EIGEN HULPMIDDELEN EN MATERIALEN

Door het beoordelen of de werkende beschikt over eigen hulpmiddelen en materialen kan een beeld worden gevormd hoe de werkende het eventuele ondernemerschap vormgeeft.

KOLOM BI AFBREUKRISICO

In het arbeidsovereenkomstenrecht is het risico dat de arbeid niet voldoende economische waarde oplevert bij de werkgever neergelegd. Als een werknemer zijn werk niet op tijd afkrijgt, beïnvloedt dat zijn loonbetaling in beginsel niet. Dit is voor een werkende buiten dienstbetrekking anders. Het afbreukrisico is dan groter doordat hij zelf verantwoordelijk is voor het op tijd afmaken van de opdracht en een eventuele fout zelf moet herstellen. In de rechtspraak worden daarom afspraken over het dragen van het risico van de (waardering van de) arbeid, dat we het afbreukrisico noemen, soms gezien als een element dat betrokken moet worden bij de beoordeling van een arbeidsrelatie

KOLOM BK GEEN WERK = GEEN BELONING

Volgens de Belastingdienst is het niet ontvangen van beloning als er geen werk voorhanden is een indicatie dat geen sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking.¹⁹

KOLOM BM ZIEKTE OF VERHINDERING = ZELF VERVANGING BETALEN/REGELEN

Het zelf moeten zorgen voor vervanging bij ziekte dient volgens sommige uitspraken te worden betrokken bij het beantwoorden van de vraag of de werkende ondernemersrisico draagt.

KOLOM BO GEEN LOONDOORBETALING BIJ ZIEKTE

De werkgever is wettelijk verplicht tot doorbetaling van loon bij ziekte (art. 7:629 BW). Ook kan een werkende die in een privaatrechtelijke dienstbetrekking staat of heeft gestaan onder omstandigheden aanspraak maken op ziekgeld op grond van de Ziektewet. Als de werkende geen aanspraak heeft op loondoorbetaling bij ziekte of geen aanspraak op ziekgeld heeft wordt het ziekerisico soms

¹⁷ Bijlage I, Paragraaf 1,1 bij het Handboek Loonheffingen 2019.

¹⁸ Noot van M. Jovović en J.P.H. Zwemmer, bij Rechtbank Amsterdam (ktr.) 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198, JAR 2019/23 (FNV/Deliveroo).

¹⁹ Bijlage I, Paragraaf 1,1 bij het Handboek Loonheffingen 2019.

gezien als ondernemersrisico en dus als een element dat bij de beoordeling van de arbeidsrelatie kan worden betrokken.

KOLOM BQ **GEEN RE-INTEGRATIETRAJECT BIJ ZIEKTE**

Hetgeen onder BO is vermeld geldt ook voor de re-integratieverplichting bij ziekte. Als bij het niet werken wegens ziekte van de werkende op de werkverschaffer geen re-integratieverplichting rust, wordt het risico van niet werken soms beschouwd als een ondernemersrisico voor de werkende.

KOLOM BS **RISICO-VOORZIENINGEN DOOR WERKENDE**

Het zelf treffen van risico-voorzieningen, zoals een aansprakelijkheidsverzekering ter dekking van schade veroorzaakt door de werkzaamheden, wordt soms gezien als een gevolg van het dragen van ondernemersrisico.

KOLOM BU **FINANCIËEL BELANG**

Het hebben van een financieel belang in de onderneming van de werkverschaffer is volgens de Belastingdienst een indicatie voor het werken buiten dienstbetrekking.²⁰ Onder een financieel belang verstaan wij bijvoorbeeld het hebben van aandelen in de onderneming van de werkverschaffer.

4.8.5 Categorie 5 - Beloning/loon

De wijze waarop de werkende door de werkverschaffer wordt beloond kan informatie verschaffen over de kwalificatie van de overeenkomst. Daarom worden in de volgende kolommen de voor een arbeidsovereenkomst kenmerkende omstandigheden omtrent beloning, zoals de opbouw van betaald verlof en of de werkende een loonstrook ontvangt, weergegeven.

KOLOM BW **SOORT BELONING**

Onder 'beloning' verstaan wij het soort beloning dat is uitgekeerd aan de werkende. De antwoordmogelijkheden zijn stukprijs, totaalbedrag, uur- of dagtarief, vast bedrag, variabel, geen loon, loon met onbekende vorm of maandloon. Onder stukprijs verstaan we een beloning per prestatie. In dat kader denken wij aan een koerier die per afgeleverd pakket betaald krijgt. Een totaalbedrag dekt het geheel aan verschillende prestaties die de werkende uitvoert. Een uur- of dagtarief is een vast bedrag per tijdseenheid. Onder vast bedrag verstaan wij een bedrag dat van tevoren is vastgesteld voor de werkzaamheden in totaal, zonder dat onderscheid wordt gemaakt naar verschillende, achtereenvolgende prestaties. Een variabele beloning geeft aan dat de beloning afhangt van de prestatie. Onder maandloon verstaan we een vastgestelde, periodieke uitkering. Als niet bekend is in welke vorm het loon is betaald, dan geven wij dat aan met 'loon, maar vorm niet bekend'.

KOLOM BY **BELONING IS SIGNIFICANT HOGER OF LAGER**

De hoogte van de beloning geeft informatie over de aard van de arbeidsrelatie. Bij Kolom BY wordt weergegeven of de rechter overweegt dat de beloning van de werkende significant hoger of lager is dan de beloning van werknemers met een arbeidsovereenkomst die dezelfde werkzaamheden uitvoeren. Dit is een indicatie voor het werken buiten dienstbetrekking.

KOLOM CA **LOONSTROOK**

Op grond van art. 7:626 BW is de werkgever verplicht om een loonstrook te verstrekken aan de werknemer. Het verstrekken van een loonstrook is daarom een indicatie bij de beoordeling van de arbeidsverhouding.

²⁰ Bijlage I, Paragraaf 1.1 van het Handboek Loonheffingen 2019.

KOLOM CC WERKNEMERS- EN VERZEKERINGSPREMIES

De werkgever is in geval van een arbeidsovereenkomst met een werknemer verplicht om werknemers- en verzekeringspremies in te houden en af te dragen aan de Belastingdienst. Een opdrachtgever is hiertoe niet verplicht. Het afdragen van deze premies is dan ook een belangrijk criterium bij het beantwoorden van de vraag of binnen of buiten dienstbetrekking wordt gewerkt.

KOLOM CE LOONHEFFING

Loonheffing bestaat uit loonbelasting en premie volksverzekeringen die een werkgever moet betalen aan de Belastingdienst. Net als het inhouden van werknemers- en verzekeringspremies is het inhouden van loonheffing een belangrijk criterium.

KOLOM CG OPBOUW VAKANTIE-UREN EN/OF TOESLAG

De daadwerkelijke opbouw van vakantie-uren en/of toeslag is een onderscheidend criterium bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een dienstbetrekking.²¹ Dit blijkt ook uit het Handboek Loonheffingen.²²

KOLOM CI OPBOUW BETAALD VERLOF

Het opbouwen van betaald verlof is een omstandigheid die kenmerkend is voor een werknemer met een arbeidsovereenkomst.²³

KOLOM CK CAO-LOON/CAO-RECHTEN

Het antwoord op de vraag of de werkverschaffer bij de beloning aansluit bij cao-loon of cao-rechten kan een indicatie zijn voor de kwalificatievraag.

4.8.6 Categorie 6 - Vervanging

In categorie 6 wordt getoetst in hoeverre sprake is van vervanging en in hoeverre de werkende exclusief voor de werkverschaffer werkzaamheden verricht. Zo wordt onder andere getoetst of de werkende zich mag laten vervangen, het de werkende vrijstaat werkzaamheden te verrichten voor derden en of sprake is van een persoonlijke verplichting tot het verrichten van de arbeid. Dit geeft informatie over de mate van gezag die de werkverschaffer kan uitoefenen over de werkende.

KOLOM CM GEEN PERSOONLIJKE ARBEID

Uit de jurisprudentie volgt dat een rechter veelal toetst of sprake is van een verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten. Wanneer in het geheel geen verplichting de arbeid persoonlijk te verrichten bestaat, dan zou geen sprake zijn van een privaatrechtelijke dienstbetrekking.²⁴

KOLOM CO VRIJE VERVANGING

Onder vrije vervanging verstaan wij de situatie dat de werknemer zich vrijelijk kan laten vervangen zonder dat de vervanger van tevoren moet worden 'goedgekeurd' of moet worden beoordeeld door de werkverschaffer. Indien de vervanger uit een door de werkverschaffer samengestelde pool van werkenden moet worden gekozen is geen sprake van vrije vervanging.

Uitgangspunt is dat een opdrachtnemer en opdrachtgever niet tot elkaar in een gezagsverhouding staan en dat de opdrachtnemer zich mag laten vervangen. Wanneer een werkende zich mag laten

²¹ Bijlage I, Paragraaf 1.1 van het Handboek Loonheffingen 2019

²² Bijlage I, Paragraaf 1,1 bij het Handboek Loonheffingen 2019.

²³ Bijlage I, Paragraaf 1.1 van het Handboek Loonheffingen 2019

²⁴ Dit is vaste rechtspraak: HR 13 december 1957 *NJ* 1958/35 (*Zwarthoofd/Parool*). Zie ook meer recent: Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686.

vervangen, dan geeft dit informatie over de mate van gezag dat de werkverschaffer uitoefent of kan uitoefenen over de werkende.²⁵

KOLOM CQ DAADWERKELIJK VERVANGEN

Uit de rechtspraak blijkt dat de rechter in bepaalde gevallen toetst of de werkende zich ook daadwerkelijk heeft laten vervangen, ongeacht de vraag of werkende zich mocht laten vervangen.

KOLOM CS VERRICHTEN WERKZAAMHEDEN VOOR DERDEN TOEGESTAAN

Het antwoord op de vraag of werkzaamheden worden verricht voor anderen dan de werkverschaffer geeft informatie over de mate waarin de werkende zich mag laten vervangen.

Kenmerkend aan een opdrachtnemer is dat hij werkt voor meerdere opdrachtgevers en geen non-concurrentiebeding heeft aanvaard.

KOLOM CU WERKZAAMHEDEN VERRICHT VOOR DERDEN

Uit Kolom CU blijkt of de werkende ook daadwerkelijk werkzaamheden heeft uitgevoerd voor derden. In sommige gevallen kan de mate waarin de werkende zich heeft laten vervangen informatie geven over zijn afhankelijkheidspositie ten opzichte van de werkverschaffer.

4.8.7 Categorie 7 - Gezagsverhouding

Kenmerkend voor het werken binnen dienstbetrekking is dat een gezagsverhouding aanwezig is. Een opdrachtgever mag wel opdrachten aan de opdrachtnemer geven. Een opdrachtnemer is ook gehouden gevolg te geven aan tijdig verleende aanwijzingen die zien op de uitvoering van de opdracht (artikel 7:412 BW). Het onderscheid tussen het werkgeversgezag en de aanwijzingen die passen binnen de overeenkomst van opdracht is niet scherp. Van belang voor het toetsen van het bestaan van een gezagsverhouding is onder andere of niet meer instructies worden gegeven dan past bij de aard van de overeenkomst.

KOLOM CW GEEN UITGEBREIDE TAAKOMSCHRIJVING

Het ontbreken van een uitgebreide taakomschrijving duidt mogelijk op het ontbreken van een gezagsrelatie.

KOLOM CY NIET MEER INSTRUCTIES DAN NOODZAKELIJK

Onder noodzakelijke instructies verstaan wij algemene - en veiligheidsinstructies. Niet noodzakelijke instructies zijn instructies die zien op de inhoud van de werkzaamheden en de wijze waarop het werk uitgevoerd moet worden. De mate waarin de werkverschaffer instructies geeft en de aard van die instructies levert informatie op over een eventuele gezagsverhouding.²⁶

KOLOM DA GEEN VERPLICHTE (BIJ)SCHOLING

Als de werkverschaffer de werkende verplicht tot het volgen van scholing is dat volgens de Belastingdienst aan aanwijzing voor de aanwezigheid van een gezagsverhouding.²⁷

²⁵ P.R. Bartens, 'Vrije vervanging en de kwalificatievraag: duiding, positie en bruikbaarheid', TAO 2019/1, p. 7-15.

²⁶ Bijlage I, Paragraaf 1.1 van het Handboek Loonheffingen 2019

²⁷ Bijlage I, Paragraaf 1.1 van het Handboek Loonheffingen 2019

KOLOM DC GEEN OPZEGTERMIJN

Bij het opzeggen van een arbeidsovereenkomst moet in beginsel een opzegtermijn in acht worden genomen.²⁸ Dit geldt niet voor een opdrachtovereenkomst.²⁹ Het overeenkomen van een opzegtermijn zou daarmee een indicatie kunnen zijn dat een arbeidsovereenkomst wordt beoogd.

KOLOM DE GEEN FAMILIERECHTELIJKE BETREKKING

Het was vaste rechtspraak van de CRvB dat een gezagsverhouding tussen echtgenoten in de regel ontbrak waardoor geen sprake kon zijn van een privaatrechtelijke dienstbetrekking tussen de echtelieden. De CRvB heeft deze rechtspraak verlaten. De rechter veronderstelt niet meer dat geen sprake kan zijn van een gezagsverhouding tussen echtgenoten en familieleden die een arbeidsrelatie met elkaar hebben. Wel is het huwelijk of de affectieve relatie tussen partijen een omstandigheid die volgens de rechter dient te worden betrokken bij de beoordeling of sprake is van een gezagsverhouding.³⁰

4.8.8 *Categorie 8 - Onderdeel van de organisatie*

Wanneer de door de werkende uitgevoerde werkzaamheden een wezenlijk onderdeel vormen van de bedrijfsvoering van de werkverschaffer wordt aangenomen dat eerder sprake van gezag. In het Handboek loonheffingen staat het volgende: *‘Uit jurisprudentie komt naar voren dat het moeilijk voorstelbaar is dat er geen sprake is van gezag bij werkzaamheden die een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering vormen (kernactiviteiten)’*.³¹ Om te toetsen of de werkzaamheden een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering vormen wordt bijvoorbeeld gevraagd of de werkende aanwezig moet zijn bij een werkoverleg, of de werkende zelf gezag uitoefent over werknemers van de werkverschaffer en of de werkende verplicht is bedrijfskleding met het logo van de werkverschaffer te dragen. In categorie 3 is uitgevraagd of de werkzaamheden behoren tot de kernactiviteit van de onderneming. Categorie 8 bouwt hier dus op voort.

KOLOM DG WERKENDE HEEFT GEZAG

Wanneer de werkende gezag uitoefent over werknemers van de werkverschaffer, dan is mogelijk ook sprake van een gezagsrelatie tussen de werkende en de werkverschaffer. Het gaat in dit geval niet om personeel van de werkende zelf.³²

KOLOM DI WERKROOSTER/UREN INGEPLAND OP INITIATIEF VAN WERKVERSCHAFFER

Als de werkverschaffer voor de werkende een (werk)rooster hanteert of de werkende op een vast aantal uren inroostert, dan kan dat wijzen op gezag van de werkverschaffer.

KOLOM DK BEDRIJFSKLEDING MET LOGO VERPLICHT

Uit de PostNL zaken bleek dat de zelfstandige postbezorgers verplicht bedrijfskleding moesten dragen waarop het logo van PostNL op stond.³³ Dit werd gezien als indicatie voor gezag van PostNL. Het moeten dragen van bedrijfskleding zegt iets over de mate waarin de werkende naar buiten toetreedt als ‘vertegenwoordiger’ van de werkverschaffer en dus over de mate waarin de werkende onderdeel van de organisatie van de werkgever uitmaakt.

²⁸ Art. 7:672 BW

²⁹ Art. 7:408 BW.

³⁰ Zie bijvoorbeeld CRvB 5 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1305, r.o. 4.3.

³¹ Bijlage I, Paragraaf 1.2 van het Handboek Loonheffingen 2019

³² Bijlage I, Paragraaf 1.2 van het Handboek Loonheffingen 2019

³³ Zie bijv. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6621.

KOLOM DM **EVALUATIEGESPREK/FUNCTIONERINGSGESPREK/BEOORDELINGSGESPREK**

Het voeren van evaluatiegesprekken, functioneringsgesprekken of beoordelingsgesprekken is gebruikelijk bij werkenden die onderdeel zijn van de organisatie van de werkverschaffer. Door te kijken of dergelijke gesprekken worden gevoerd kan in kaart worden gebracht in hoeverre de werkende onderdeel van de organisatie van de werkverschaffer is.

KOLOM DO **AANWEZIGHEID BIJ WERKOVERLEG**

Uit het Handboek loonheffingen blijkt dat het bijwonen van een werkoverleg of soortgelijke vergaderingen een indicatie kan zijn voor het onderdeel uitmaken van de organisatie van de werkverschaffer.³⁴

KOLOM DQ **WERKNEMERSPAS/TOEGANGSPAS/BEHEER BANKREKENING**

Als een werknemer zich zelfstandig toegang kan verschaffen tot de werkplaats van de werkverschaffer waar de werkende de arbeid dient te verrichten kan dat iets zeggen over de mate waarin de werkende onderdeel uitmaakt van de organisatie van de werkverschaffer bij het uitvoeren van de werkzaamheden.³⁵

KOLOM DS **KENBAARHEID VOOR DERDEN**

Onder kenbaarheid verstaan wij dat de werkende en werkverschaffer zelf uitdragen dat de een voor de ander werkt. Dit kan bijvoorbeeld blijken uit het op de website van de werkverschaffer staan als werknemer of de aanduiding van werknemer op een visitekaartje.

KOLOM DU **KLACHTREGELING**

Het kan voorkomen dat er klachten zijn over werkzaamheden die de werkende heeft uitgevoerd, terwijl hij in opdracht de werkverschaffer werkt. Wanneer de werkverschaffer eventuele klachten afhandelt, dan kan dat een volgens de Belastingdienst een indicatie zijn voor gezag.³⁶

KOLOM DW **PERSONEELSFEEST**

Het mogen deelnemen aan het personeelsfeest kan iets zeggen over de mate waarin de werkende is betrokken bij de onderneming van de werkverschaffer en daarvan onderdeel uitmaakt.

KOLOM DY **HUISREGELS/PERSONEELSHANDBOEK**

Als op een werkende dezelfde huisregels of hetzelfde personeelshandboek van toepassing is als werknemers die werken bij de werkverschaffer, dan zegt dat iets over de mate waarin de werkende onderdeel van de organisatie van de werkverschaffer uitmaakt.

³⁴ Bijlage I, Paragraaf 1.2 van het Handboek Loonheffingen 2019

³⁵ Verhulp, in: T&C Arbeidsrecht 2018, commentaar op artikel 7:610 BW, aant. 1.e.

³⁶ Handboek loonheffingen 2019, par. 1.1.1.

5. Koppeling (Fase 2)

5.1 Vooraf

Het databestand ontwikkeld in Fase 1 dient ter ondersteuning van de vragenlijst zoals deze door SZW in samenwerking met andere partijen wordt ontwikkeld. Hierna beschrijven wij de afwijkingen en overeenkomsten tussen het databestand en de vragenlijst gedateerd van 23 januari 2019.

5.2 Corresponderende vragen en kolommen

In 'Bijlage 3 – Antwoordmogelijkheden en koppeling' staat per categorie en vervolgens per kolom in het databestand aangegeven waar het kenmerk terugkomt in de vragenlijst. Daarbij staan ook de antwoordmogelijkheden per kolom vermeld.

5.3 Afwijking databestand en vragenlijst SZW

5.3.1 Extra in databestand

Het databestand is opgesteld op grond van wet- en regelgeving, bestaande rechtspraak en literatuur. Alvorens alle kenmerken zijn opgesteld, is onderzoek gedaan naar deze bronnen om zo tot een complete set van mogelijke kenmerken die van invloed zijn op het antwoord of wordt gewerkt binnen of buiten dienstbetrekking, te komen. De volgende kenmerken zijn wel in het databestand, maar niet in de vragenlijst opgenomen. Kenmerken die gegevens over de gewezen uitspraak bevatten, zijn niet in dit overzicht meegenomen.

Kolom	Kenmerk
O	Partijbedoeling is niet het sluiten van een arbeidsovereenkomst
S	Partijen hebben het aangaan van een arbeidsovereenkomst expliciet uitgesloten
AA	Werkende heeft niet eerder aanspraak gemaakt op werknemersrechten
AE	Inschrijving KvK is gedaan omwille van uitvoering huidige overeenkomst
AG	Eigen bedrijfsnaam werkende
AI	Eigen website werkende
AK	Facturering vanuit werkende of diens bedrijf
AM	BTW in rekening gebracht over gewerkte uren
AQ	Vergoeding op basis van bedrijfsresultaten
BA	Simpel werk/taken
BE	VAR verstrekt
BQ	Geen re-integratietraject bij ziekte
CA	Ontvangt werkende loonstrook
CC	Werknemers- en verzekeringspremies
CE	Loonheffing toegepast door werkverschaffer
CK	Cao-loon/-rechten toegepast
CQ	Werkende heeft zich daadwerkelijk laten vervangen
CU	Daadwerkelijk werkzaamheden verricht voor derden
DC	Geen opzegtermijn (wordt) gehanteerd
DE	Geen familierechtelijke betrekking
DM	Feedback op werkende in vorm van gesprekken
DQ	Werkende is in bezit van toegangspas

5.3.2 Verschillen vragenlijst en databestand

5.3.2.1 Niet opgenomen in het databestand

In de vragenlijst komen enkele vragen voor die niet in het databestand zijn terug te vinden. Wel kan, indien de situatie die in de vragen beschreven wordt zich voordoet, dit worden aangegeven in Kolom K. Het gaat om de volgende elementen:

Vraagnummer SZW	Vraag
Blok 1: 9a SZW*	One tier of two tier board bestuursmodel
Blok 1: 9b SZW	Het gaat om een uitvoerend bestuurder van een beursgenoteerde vennootschap met een one tier board bestuursmodel
Blok 1: 10 SZW	Statutair bestuurder
Blok 1: 11a SZW	Artiest – opting out

Vraagnummer SZW	Vraag
Blok 3: 2a SZW	Vraag 2a: is de opdrachtnemer hoofdzakelijk voor u werkzaam? <ul style="list-style-type: none">- Ja. De werkende is hoofdzakelijk voor mij als intermediair werkzaam. (Dat wil zeggen: langer dan 8 maanden.) => uitkomst vragenlijst.- Nee. De opdrachtnemer is niet hoofdzakelijk voor mij als intermediair werkzaam. (Dat wil zeggen: korter dan 8 maanden.) => uitkomst vragenlijst.- Ik kan dit (nog) niet beoordelen => uitkomst vragenlijst.
Blok 3: 3a SZW	Voert de opdrachtnemer de werkzaamheden geheel of gedeeltelijk zelf uit, eventueel met hulpen (personen die de opdrachtnemer helpen bij het uitvoeren van de werkzaamheden)?
Blok 3: 3b SZW	Heeft de opdracht betrekking op een bepaald werk?
Blok 3: 3c SZW	Vraag 3c: Is de opdrachtnemer hoofdzakelijk voor u werkzaam? <ul style="list-style-type: none">- Ja. De aannemer is gedurende langere tijd hoofdzakelijk voor mij als opdrachtgever werkzaam => uitkomst vragenlijst.- Nee. De aannemer heeft ook andere opdrachtgevers => uitkomst vragenlijst.- Ik kan dit niet beoordelen => uitkomst vragenlijst.
Blok 3: 4b SZW	Zijn de bemiddelingswerkzaamheden voor u, van zodanige omvang dat er géén sprake is van bijkomstige nevenwerkzaamheden voor de agent? <ul style="list-style-type: none">- Ja. Het gaat voor de agent om werkzaamheden met een substantiële omvang => ga naar vraag 4c.- Nee. Het gaat voor de agent om werkzaamheden met een beperkte omvang (nevenwerkzaamheden) => uitkomst vragenlijst.
Blok 3: 4c SZW	Verricht de agent de werkzaamheden doorgaans alleen, dan wel laat hij zich bijstaan door maximaal 2 personen (subagenten)?
Blok 3: 5a SZW	Vraag 5a Is de sekswerker hoofdzakelijk (meer dan 70%) voor u werkzaam

	<ul style="list-style-type: none"> - Ja. De sekswerker is gedurende langere tijd hoofdzakelijk (meer dan 70%) voor mij als opdrachtgever werkzaam => uitkomst vragenlijst. - Nee. De sekswerker heeft ook andere opdrachtgevers => uitkomst vragenlijst. - Ik kan dit niet beoordelen => uitkomst vragenlijst.
Blok 3: 6a SZW	<p>Wat is van toepassing? U heeft met de thuiswerker schriftelijk en vóór de eerste betaling overeengekomen dat de inhouding en afdracht van loonheffingen op deze arbeidsrelatie niet van toepassing is.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ja - Nee
Blok 3: 7a SZW	<p>Welke situatie is van toepassing? U bent met de opdrachtnemer schriftelijk en vóór de eerste betaling overeengekomen dat de inhouding en afdracht van loonheffingen op de arbeidsrelatie (de fictieve dienstbetrekking voor 'gelijkgestelden') niet van toepassing is.</p> <p>Is er sprake van een gelijkgestelde?</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ja. De opdrachtnemer is aan te merken als gelijkgestelde - Nee.

Deze vragen gaan over de specifieke arbeidsrelatie. In de vragenlijst worden alle mogelijke kenmerken in verschillende vragen gesteld en indien een bepaalde arbeidsrelatie van toepassing lijkt te zijn, worden aanvullende vragen gesteld. Deze vragen dienen ter controle om te bezien of daadwerkelijk sprake kan zijn van de door partijen voorgenomen arbeidsrelatie. De onderliggende vraag voor dit onderzoek is of binnen of buiten dienstbetrekking wordt gewerkt en daarom is in het databestand niet dieper ingegaan op de vraag welke vorm van 'buiten dienstbetrekking arbeid' verrichten sprake is. In het databestand is voor deze vragen relevante informatie terug te vinden in de kolommen J, K en L, waarin is aangegeven om welke specifieke arbeidsrelatie of fictieve dienstbetrekking het in de onderhavige zaak gaat.

Vraagnummer SZW	Vraag
Blok 2: 4 SZW	Gaat u, bij vervanging, een nieuwe overeenkomst aan met die vervanger?
Blok 2: 5 SZW	Aan wie betaalt u uit, op het moment dat de opdrachtnemer zich laat vervangen door een ander?
Blok 2: 13 SZW	<p>Wie bepaalt de looptijd van het contract?</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ik als opdrachtgever - Opdrachtnemer - We bepalen dit in onderling overleg
Blok 2: 20 SZW	Heeft uw opdrachtnemer specifieke kennis of specifieke vaardigheden waarover uw organisatie niet beschikt?
Blok 2: 25 SZW	<p>Welke verplichting karakteriseert uw opdracht het best:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Een opdracht met een resultaatsverplichting - Een opdracht met een inspanningsverplichting (zonder dat een bepaald resultaat is afgesproken) - Weet ik niet
Blok 2: 35 SZW	Is het de bedoeling dat de opdrachtnemer wordt ingezet in een van deze situaties:

	<ol style="list-style-type: none"> 1. Vervanging van een zieke medewerker 2. Voorzien in een (tijdelijk) vrijgevallen vacature 3. Opvangen van piekwerkzaamheden (tijdelijk extra drukke periode) <ul style="list-style-type: none"> - Ja - Nee
Blok 2: 38 SZW	Wordt de tijd van de opdrachtnemer die met de cursussen, trainingen en studie is gemoeid door de opdrachtgever vergoed?

- In vraag 4 wordt gevraagd of bij vervanging een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangegaan. Na de testfase bleek deze vraag niet in rechtspraak naar voren te komen. Daarom is gekozen om het element niet op te nemen.
- Doel van vraag 5 is om te achterhalen aan wie wordt betaald voor het geval de opdrachtnemer zich laat vervangen door een ander. Deze vraag bouwt voort op vraag 4 uit de vragenlijst en is daarom ook niet in de dataset opgenomen.
- Het antwoord op vraag 13 moet weergeven wie de looptijd van het contract bepaalt. Dit wordt niet een op een getoetst in het databestand. Wel volgt uit de elementen 'standaardcontract' (kolom Y) en 'geen opzegtermijn' (DC) in hoeverre de werkende vrijheid toekomt bij het overeenkomen van de randvoorwaarden omtrent de te verrichten werkzaamheden. Wie de lengte van de looptijd bepaalt, wordt veelal niet getoetst in de rechtspraak.
- Vraag 20 ziet op specifieke kennis of specifieke vaardigheden waarover een organisatie niet beschikt. Wanneer sprake is van specifieke kennis of vaardigheden moet gekeken worden naar de kwaliteiten van de werkende. Dat vergt een kwalificatie. Daarom is deze vraag niet vertaald naar een element in het databestand. Het element 'kernactiviteit van de onderneming' is objectiever en is wel opgenomen (AU).
- Bij vraag 25 van de vragenlijst wordt gevraagd het karakter van de opdracht te omschrijven. Daarbij heeft de invuller de keuze uit de antwoorden 'resultaatsverplichting', 'inspanningsverplichting' of 'weet ik niet'. Het beantwoorden van deze vraag vergt een kwalificatie waarbij subjectiviteit een rol speelt. Dat is voor het doel van het databestand problematisch. Dit maakt dat wij de desbetreffende vraag buiten beschouwing hebben gelaten. Overigens zijn ons geen rechtszaken bekend waarin de rechter de opdracht kwalificeert als inspanningsverplichting of resultaatsverplichting.
- Vraag 35 ziet op ziek- en piekmomenten waarvoor vervanging wordt geregeld. Ons zijn geen rechtszaken bekend waarin de rechter de reden van het aangaan van een opdrachtsovereenkomst of arbeidsovereenkomst betreft in zijn oordeel bij het kwalificeren van de werkrelatie. Daarnaast kan vervanging om deze redenen zowel op basis van arbeidsovereenkomst als op basis andere overeenkomst gebeuren.
- In vraag 38 wordt gevraagd of de tijd die de opdrachtnemer kwijt is met cursussen, trainingen en studie wordt vergoed. Deze vraag bouwt voort op vraag 37 waarin wordt gevraagd wie de kosten draagt voor verplichte cursussen, trainingen en studie. Vraag 38 is buiten beschouwing gelaten, omdat zowel binnen een dienstbetrekking als erbuiten geen verplichting bestaat de werknemer of werkende scholingsuren te vergoeden en daarnaast deze vergoeding vaak door cao-bepalingen wordt beïnvloed.

5.3.2.2 *Op andere wijze opgenomen in het databestand*

- In blok 2 vraag 1 van de vragenlijst wordt gevraagd naar een omschrijving van de opdracht. In het databestand is in kolom EI een korte samenvatting opgenomen, waaruit ook een omschrijving van de opdracht kan volgen. Het concreet beschrijven van de opdracht is lang niet altijd mogelijk op basis van de gegevens uit een uitspraak. Daarom is gekozen voor een korte samenvatting.

- Vraag 26 in blok 2 van de vragenlijst ziet op de vraag of instructies mogen worden gegeven aan de werkende. Aangezien het geven van instructies in iedere vorm van een werkrelatie tussen werkverschaffer en werkende noodzakelijk is, hebben wij dit element niet opgenomen. Wel is kolom CY toegevoegd, waarin is aangegeven of er niet meer instructies dan de noodzakelijke zijn gegeven. Bij noodzakelijke instructies moet worden gedacht aan een te behalen eindresultaat of belangrijke veiligheidsinstructies. Wordt de vraag bevestigend beantwoord ('Ja' in de kolom), dan heeft de werkverschaffer *geen* instructies gegeven die verder gaan dan de noodzakelijke.

6. Analyse (Fase 3)

6.1 Vooraf

De uiteindelijke doelstelling van SZW is om een vragenlijst te ontwikkelen die werkverschaffers kunnen invullen om daarmee een inschatting te krijgen van de arbeidsrelatie die zij met de werkende hebben. De vragenlijst dient zo efficiënt mogelijk te zijn en moet een inschatting genereren waar partijen zich op kunnen baseren, mits zij de arbeidsrelatie blijven vormgeven zoals in de vragenlijst is ingevuld. Het databestand maakt inzichtelijk hoe met de diverse kenmerken in de rechtspraak is omgegaan en hoe, naar verwachting, in de toekomst over een set kenmerken in een aangebrachte zaak wordt geoordeeld. Daarnaast kan het databestand gebruikt worden om de vragenlijst van specifieke volgorde en weging te voorzien, zowel handmatig als door het algoritme te trainen.

In de navolgende paragrafen wordt een analyse weergegeven van zowel de rechtspraak zoals opgenomen in het databestand, als de verhouding hiertoe tot de vragenlijst. Een analyse van de verschillende subrechtsgebieden wordt in aparte paragrafen uiteengezet.

6.2 Analyse elementen

In Fase 2 is een omschrijving weergegeven van alle elementen die in het databestand naar voren komen. Hierna worden sommige van deze elementen herhaald, maar nu met een korte analyse achteraf van bijzonderheden of relevante conclusies die tijdens het rechtspraakonderzoek naar voren zijn gekomen. De aantallen genoemd in deze paragraaf volgen uit het databestand door op bepaalde voorwaarden en/of elementen te filteren.

6.2.1 Categorie 1 - Partijbedoeling

KOLOM O **PARTIJBEDOELING VOLGENS OVEREENKOMST GEEN ARBEIDSOVEREENKOMST**

Zoals vermeld in 4.8.1., wordt voor het doel van het databestand uitgegaan van een beperkte opvatting van de partijbedoeling, namelijk dat wat boven de overeenkomst staat. Bij het kwalificeren van een werkrelatie is van belang hetgeen partijen voornemens zijn overeen te komen. Dit kan onder andere blijken uit de naam die zij aan de overeenkomst hebben gegeven. Die naam legt gewicht in de schaal of wordt in ieder geval door rechters aangehaald in hun overweging.³⁷ Toch is de naam die partijen aan de overeenkomst geven absoluut niet doorslaggevend, zo volgt uit de cijfers. Hiervoor is niet vereist dat met opzet een andere intentie is opgenomen dan de werkelijke uitvoer doet aannemen. De partijbedoeling wordt, zo volgt uit de rechtspraak, gevormd door de wijze waarop partijen uitvoering aan de overeenkomst geven.

KOLOM Q **ZELFDE UITKOMST RECHTER ALS PARTIJBEDOELING**

De koppeling tussen de elementen in de kolommen O en Q is interessant. Door de twee kolommen te vergelijken, wordt het aantal gevallen duidelijk waarin de rechter de overeenkomst op dezelfde wijze duidt als partijen. Dit geeft een diffuus beeld, wat hetgeen overwogen onder Kolom O bevestigt.

KOLOM S **ARBEIDSOVEREENKOMST UITGESLOTEN**

Sluiten partijen in de overeenkomst het bestaan van een arbeidsovereenkomst expliciet uit, dan is dat van belang voor de uiteindelijke uitkomst.³⁸ De vraag of sprake is werkzaamheden buiten

³⁸ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:314, r.o. 3.15.

dienstbetrekking wordt nog steeds mede bepaald door hoe feitelijk invulling is gegeven aan de arbeidsovereenkomst. Het is daardoor geen doorslaggevend element.

KOLOM U AANBOD ARBEIDSOVEREENKOMST AFGEWEZEN

In de rechtspraak komt naar voren dat rechters het duidelijk door de werkende afwijzen van een arbeidsovereenkomst een omstandigheid vinden die een contra-indicatie is voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.³⁹ In vijftien uitspraken wordt een afwijzing vermeld en in al deze uitspraken is de conclusie dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.⁴⁰

KOLOM W EERDERE ARBEIDSRELATIE

Het kan voorkomen dat een werkende eerst bij de werkverschaffer in loondienst werkzaam is geweest of juist voor de werkverschaffer heeft gewerkt als zelfstandige. Een eventuele voorgaande arbeidsrelatie kan informatie geven over de intentie van partijen bij het aangaan van een nieuwe werkrelatie. Als een werkende eerder een werkrelatie heeft gehad met dezelfde of, in het geval van overgang van onderneming of opvolgend werkgeverschap, met een voorgaande werkverschaffer, dan wordt dat door rechters betrokken in de kwalificatie van de werkrelatie. Doorslaggevend blijkt het bestaan van een eerdere arbeidsrelatie tussen (opvolgende) partijen niet, nu in de helft van de gevallen waarin tussen partijen eerder een arbeidsovereenkomst was gesloten, uit het oordeel volgt dat van een arbeidsrelatie buiten en in de andere helft het oordeel volgt dat van een arbeidsrelatie binnen dienstbetrekking sprake is.⁴¹ Opvallend is dat ook in de gevallen waarin volgens de rechter niet binnen een dienstbetrekking arbeid wordt verricht, er geen duidelijke indicaties zijn dat bijvoorbeeld de werkende een eigen onderneming heeft opgezet, de werkende zichzelf mag laten vervangen of dat sprake is van gezag.

KOLOM Y STANDAARDCONTRACT

Uit de rechtspraak blijkt dat een standaardcontract met weinig ruimte tot onderhandelen een contra-indicatie is voor ondernemerschap. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de PostNL-uitspraken⁴² en de Deliveroo-uitspraken.⁴³ Van belang is wel dat áls is onderhandeld over de voorwaarden van een standaardcontract, dat vervolgens weer een indicatie voor ondernemerschap is.⁴⁴

KOLOM AA NIET EERDER AANSPRAAK OP WERKNEMERSRECHTEN

Een andere contra-indicatie voor het aannemen van een dienstbetrekking is dat de werkende niet eerder aanspraak maakte op werknemersrechten tot het moment dat de werkrelatie, om welke reden dan ook, tot een einde komt.⁴⁵

³⁹ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 20 januari, ECLI:NL:GHAMS:2018:318, r.o. 3.10.

⁴⁰ Van de vijftien uitspraken betreft het negenmaal een PostNL-uitspraak.

⁴¹ Eerder in loondienst, wel dienstbetrekking: Gerechtshof Amsterdam 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY2533. Eerder in loondienst, geen dienstbetrekking: Gerechtshof Den Haag 2 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ5984.

⁴² Rechtbank Noord-Holland (ktr.) 18 december 2015, ECLI:NLRBNO:2015:11232, r.o. 4.27.

⁴³ Rechtbank Amsterdam (ktr.) 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 en Rechtbank Amsterdam (ktr.) 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198.

⁴⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6621, r.o. 5.9.

⁴⁵ Bijv. Rechtbank Rotterdam (ktr.) 4 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4430, r.o. 4.15

6.2.2 Categorie 2 – Kenmerken

6.2.3 onderneming werkende

KOLOMMEN AC, AG, AI KAMER VEN KOOPHANDEL, EIGEN BEDRIJFSNAAM EN EIGEN WEBSITE

Het ingeschreven staan bij de Kamer van Koophandel als ondernemer en het vervolgens uitvoeren van werkzaamheden in de hoedanigheid van ondernemer is een indicatie voor het werken buiten dienstbetrekking.⁴⁶ Dit geldt des te meer als eveneens sprake is van een eigen website waarop de werkende zijn diensten aanprijst en als een eigen bedrijfsnaam wordt gebruikt. Dit zijn allemaal elementen die door rechters in hun beoordeling worden betrokken.⁴⁷ De elementen 'eigen website' en 'eigen bedrijfsnaam' komen niet terug in de vragenlijst van SZW, maar hangen wel samen met het element 'Kamer van Koophandel'. Uit het databestand blijkt dat in 23 gevallen waarin de werkende bij de KvK is ingeschreven de conclusie alsnog is dat sprake is van een dienstbetrekking, waar in 32 gevallen de uiteindelijke conclusie is dat buiten dienstbetrekking arbeid wordt verricht.

KOLOM AE INSCHRIJVING KVK VOORWAARDE VOOR AANGAAN OVEREENKOMST

Dit element is toegevoegd om te zien of de uitkomst anders zou zijn als de werkende zich alleen maar heeft ingeschreven bij de KvK omwille van uitvoer van de onderhavige overeenkomst. Wanneer de werkende zich onder deze voorwaarde inschrijft voor alleen het verrichten van de werkzaamheden verbonden aan de te kwalificeren arbeidsrelatie, zou dat een indicatie kunnen zijn van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Dit is niet ondubbelzinnig uit de cijfers af te leiden. Juist in 9 gevallen is de conclusie dat buiten een dienstbetrekking wordt gewerkt, waar dat andersom is in 4 uitspraken. Met name bij koeriersbedrijven valt op dat de werkverschaffer en werkende allebei de hoedanigheid van ondernemer aannemen.⁴⁸ Ook komt de situatie voor dat de werkende terugkeert als zelfstandige bij dezelfde werkverschaffer en zich daarom heeft ingeschreven in de KvK.⁴⁹

KOLOM AM BTW IN REKENING GEBRACHT OVER GEWERKTE UREN

Heeft de werkende BTW in rekening gebracht over de gewerkte uren, dan is op een uitzondering na het oordeel dat buiten dienstbetrekking is gewerkt). Van de 32 uitspraken waaruit volgde dat BTW in rekening was gebracht, werd slechts twee keer geoordeeld dat sprake was van een dienstbetrekking.⁵⁰ Dit is dus een belangrijke indicatie.

KOLOM AQ TARIEVEN BEPAALD OP INITIATIEF VAN WERKENDE

Bepaalt de werkende zelf de hoogte van het te hanteren tarief of heeft hij daartoe op zijn minst het initiatief in de onderhandelingen getoond, dan is zestien keer en daarmee op een geval na⁵¹ sprake van werken buiten dienstbetrekking. Dit kan hiermee als een belangrijk element worden gekwalificeerd.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam (ktr.) 4 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4430, r.o. 4.5.

⁴⁷ Onder andere: Rechtbank Limburg (ktr.) 1 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2029, r.o. 2.20 en Gerechtshof Den Bosch 15 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:75, r.o. 4.5.

⁴⁸ Dit blijkt uit de PostNL-zaken en o.m. Rechtbank Rotterdam (ktr.) 29 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9408 en Rechtbank Gelderland 22 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6418.

⁴⁹ Gerechtshof Amsterdam 20 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:637, AR 2018-0286.

⁵⁰ Twee PostNL-zaken voor Rechtbank Noord-Holland 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226 en ECLI:NL:RBNHO:2015:11232.

⁵¹ Rechtbank Haarlem 4 januari 2010 ECLI:NL:RBHAA:2010:BM0043 (Stripteasedanseres).

6.2.4 Categorie 3 - Uitvoering arbeid

KOLOM AU EN AW KERNACTIVITEIT VAN DE ONDERNEMING EN WERKNEMERS DIE HETZELFDE WERK DOEN

Indien de uitgevoerde werkzaamheden door de werkende een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van de werkverschaffer vormen, is dat een indicatie voor een dienstbetrekking.⁵² Toch blijkt uit de analyse dat het geen doorslaggevend criterium betreft, nu in 48 uitspraken wordt geoordeeld dat de arbeid buiten dienstbetrekking wordt verricht, terwijl de arbeid tot kernactiviteit van de onderneming behoort. In twaalf gevallen wordt hetzelfde werk door werknemers uitgevoerd, waarbij het van belang is te vermelden dat het in de helft van die gevallen om pakketbezorgers gaat en de rechter doorslaggevend acht voor het antwoord op de kwalificatievraag dat het tarief wordt bepaald door het aantal pakketten dat de werkende bezorgt, dan wel dat de werkende zich geregeld laat vervangen.

KOLOM BA SIMPEL WERK/TAKEN

In 25 van de 65 gevallen waarin sprake is van eenvoudige taken ('simpel werk') mag de werkende zich laten vervangen. In achttien keer is de conclusie dat de combinatie van die twee elementen leidt tot het werken buiten dienstbetrekking. In de overige gevallen was van groot belang dat een hoge mate van werkgeversgezag aanwezig was.

6.2.5 Categorie 4 - Ondernemersrisico

KOLOM BK GEEN WERK = GEEN BELONING

Als niet wordt beloond als niet wordt gewerkt, volgt uit 24 uitspraken alsnog dat de arbeidsrelatie als dienstbetrekking gekwalificeerd moet worden. Vanzelfsprekend komt het oordeel van de rechter in die gevallen niet overeen met de door partijen aan hun arbeidsrelatie gegeven benaming. Ook hier geldt dat andere elementen ervoor kunnen zorgen dat de conclusie is dat wel binnen een dienstbetrekking arbeid wordt verricht, waarbij vooral een hoge mate van instructiebevoegdheid en de onmogelijkheid voor de werkende zich te laten vervangen een grote rol spelen.

6.2.6 Categorie 5 - Beloning/loon

KOLOM BY BELONING IS SIGNIFICANT HOGER OF LAGER

Als een significant hoger (of lager) loon wordt betaald aan deze werkende dan aan werknemers in dienst van de werkverschaffer die dezelfde werkzaamheden verrichten, is dat een teken van werken buiten dienstbetrekking. In dertien gevallen blijkt dat het geval. In de twee gevallen waarin de conclusie anders luidt, gaat het om een bestuursrechtelijke uitspraak.

6.2.7 Categorie 6 - Vervanging

KOLOM CM EN CO GEEN PERSOONLIJKE ARBEID EN VRIJE VERVANGING

Als arbeid *wel* persoonlijk moet worden verricht (aangeduid met "Nee"), leidt dit in 47 uitspraken tot de conclusie dat wel sprake is van een dienstbetrekking. Toch is in zes uitspraken wel een dienstbetrekking aangenomen, terwijl het de werkende was toegestaan zich te laten vervangen. Veelal was de vervanging in de onderhavige zaken zeer beperkt, bijvoorbeeld tot maar een aangewezen persoon.⁵³ Overigens is in zeventien uitspraken de conclusie dat binnen dienstbetrekking is gewerkt, terwijl de arbeid niet persoonlijk hoeft te worden verricht. In drie van die gevallen heeft de werkende zich daadwerkelijk laten vervangen. Het betreft hier drie PostNL-uitspraken.

⁵² Zie Bijlage I, Paragraaf 1,2 van het Handboek Loonheffingen 2019 via https://www.belastingdienst.nl/bibliotheek/handboeken/html/boeken/HL/bijlagen-beoordeling_gezagsverhouding.html

⁵³ Gerechtshof Amsterdam 9 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR4709.

6.2.8 Categorie 7 - Gezagsverhouding

KOLOM CW EN CY GEEN UITGEBREIDE TAAKOMSCHRIJVING EN NIET MEER INSTRUCTIES DAN NOODZAKELIJK

Wanneer geen uitgebreide taakomschrijving is gegeven en er op die wijze weinig invloed wordt uitgeoefend op hoe de werkzaamheden worden uitgevoerd (aangeduid met “Ja”), is in 6 van de 22 gevallen toch sprake van een dienstbetrekking. Opvallend daarbij is dat in de helft van die gevallen wel meer instructies dan de noodzakelijk zijn gegeven, zodat toch gesteld kan worden dat sprake is van gezag. Is meer dan een globale taakomschrijving gegeven, dan wordt in 23 gevallen een dienstbetrekking aangenomen en in 6 gevallen niet. In vier van die zes gevallen worden wel verdergaande instructies dan de noodzakelijk gegeven, zodat er enige vorm van gezag is.

6.2.9 Categorie 8 - Onderdeel van de organisatie

Gezag kan blijken uit elementen die de werkende onderdeel van de organisatie maken, zoals het werken volgens rooster en het dragen van bedrijfskleding. In 36 gevallen werd een dienstbetrekking aangenomen als het rooster door de werkverschaffer werd bepaald, terwijl in achttien gevallen ondanks onder andere de aanwezigheid van dit element leidde tot de conclusie dat buiten dienstbetrekking werd gewerkt.

6.3 Kenmerken in aantallen

In het databestand kan op verschillende kenmerken tezamen worden geselecteerd. Op die manier kan worden gezien welke factoren in combinatie met elkaar leiden tot de conclusie of er wel of geen sprake is van een dienstverband. Op het tabblad ‘Fase 3 – Tellingen kolommen’ in ‘Bijlage 1 - Fase 1 2 3 - Databestand rechtspraak’ is weergegeven hoe vaak per element een bepaald antwoord is gegeven. In de kolommen B tot en met F is dit gedaan voor alle uitspraken tezamen (242). Bij enkele elementen zijn antwoorden samengeteld als zij in dezelfde richting wijzen. Dit is in de betreffende cellen aangegeven. Zo komt het totaal altijd op 242.

Bij de elementen is aangegeven of de aanwezigheid ervan voor de rechter van doorslaggevende betekenis was. In kolom G is opgeteld hoe vaak een element zo’n doorslaggevend karakter had. Uit het rechtspraakbestand volgt een diffuus beeld over de elementen die een belangrijke rol spelen bij het beantwoorden de vraag of wel of niet in een dienstbetrekking arbeid wordt verricht. Toch bevestigen de aantallen ‘Doorslaggevend’ de lijn die al volgt uit de wet en literatuur: de elementen partijbedoeling, het soort beloning, of arbeid persoonlijk moet worden verricht, de mogelijkheid tot vrije vervanging en de mate van instructie van de werkverschaffer zijn het vaakst van doorslaggevende betekenis.

Vervolgens is het inzichtelijk gemaakt op dat tabblad:

1. Hoe vaak **bevestigend** is geantwoord dat het element aanwezig is in de gevallen dat de uiteindelijke conclusie luidde dat **sprake** was van een dienstbetrekking. Dit is opgesplitst in:
 - a. Kolom I: Privaatrecht
 - b. Kolom J: Fiscaal recht
 - c. Kolom K: Socialezekerheidsrecht
 - d. Kolom L: Totaal van de rechtsgebieden
2. Het aantal keer dat **bevestigend** is geantwoord dat het element aanwezig is in de gevallen dat de uiteindelijke conclusie luidde dat **geen sprake** was van een dienstbetrekking. Dit is opgesplitst in:
 - a. Kolom M: Privaatrecht
 - b. Kolom N: Fiscaal recht

- c. Kolom O: Socialezekerheidsrecht
 - d. Kolom P: Totaal van de rechtsgebieden
3. De aantallen per element dat **ontkennend** is geantwoord dat deze aanwezig is in de gevallen dat de uiteindelijke conclusie luidde dat **sprake** was van een dienstbetrekking. Dit is opgesplitst in:
- a. Kolom Q: Privaatrecht
 - b. Kolom R: Fiscaal recht
 - c. Kolom S: Socialezekerheidsrecht
 - d. Kolom T: Totaal van de rechtsgebieden
4. Hoe vaak er **ontkennend** is geantwoord dat het element aanwezig is in de gevallen dat de uiteindelijke conclusie luidde dat **geen sprake** was van een dienstbetrekking. Dit is opgesplitst in:
- a. Kolom U: Privaatrecht
 - b. Kolom V: Fiscaal recht
 - c. Kolom W: Socialezekerheidsrecht
 - d. Kolom X: Totaal van de rechtsgebieden

6.4 Analyse arbeidsrecht en verbintenissenrecht

In de privaatrechtelijke uitspraken, die op initiatief van partijen worden gevoerd, worden door de partijen veel elementen aangedragen. Interessant aan deze uitspraken is dat de rechter hierom vaak meer inzicht geeft in de afweging waarom en in welke mate een element wordt betrokken in de afweging. In het databestand is alleen opgenomen wat de uiteindelijk keuze van de rechter is of, als niet is ingegaan op wat partijen over het betreffende element hebben aangevoerd, dat uit de uitspraak niet volgt dat het element door de rechter is meegenomen in de afweging ("Partijen").

In de 92 geanalyseerde civielrechtelijke uitspraken is dertig keer de conclusie van de rechter dat binnen dienstbetrekking is gewerkt. Dit is dus ongeveer een derde van de uitspraken. De hiernavolgende weergave van elementen die wel of geen aanwijzing zijn voor het bestaan van een dienstbetrekking zijn kwantitatief. Des te vaker een element van belang is geacht door de rechter in zijn eindoordeel, des te meer waarde het is toegekend.

6.4.1 Aanwijzingen voor geen dienstbetrekking

In relatief belangrijke mate:

- De partijbedoeling is niet het sluiten van een arbeidsovereenkomst;
- Een arbeidsovereenkomst is expliciet uitgesloten;
- Het aanbod tot een arbeidsovereenkomst is afgewezen;
- Ingeschreven van de Kamer van Koophandel;
- De werkende hanteert een eigen bedrijfsnaam;
- De werkende brengt BTW in rekening over de gewerkte uren;
- De werkende gebruikt eigen middelen/materialen;
- Geen werk, geen beloning;
- De arbeid hoeft niet persoonlijk hoeft te worden verricht;
- Vrije vervanging is toegestaan;
- De werkende heeft zich daadwerkelijk laten vervangen;
- De werkende is gebonden aan huisregels of een personeelshandboek.

Dit laatste element is een opvallende. Of hier conclusies aan kunnen worden verbonden is de vraag. Dat een rechter het oordeel dat buiten dienstbetrekking wordt gewerkt alleen of in overwegende mate laat afhangen van het feit dat de werkende gebonden is aan huisregels, is zeer onwaarschijnlijk.

In mindere mate:

- De werkende heeft niet eerder aanspraak gemaakt op werknemersrechten;
- De facturering gebeurt vanuit onderneming werkende;
- Er is geen uitgebreide taakomschrijving aanwezig;
- De werkverschaffer geeft niet meer instructies dan de noodzakelijke.

6.4.2 Aanwijzingen voor wel een dienstbetrekking

In relatief belangrijke mate:

- Er wordt gebruik gemaakt van een standaardovereenkomst;
- Er is geen sprake van een incidentele opdracht.

In mindere mate:

- Er is een loonstrook is verstrekt;
- Er zijn werknemers- en verzekeringspremies afgedragen;
- Er is loonheffing toegepast;
- Er moet een opzegtermijn in acht worden genomen;
- De werkende werkt in een op initiatief van werkgever vastgesteld rooster.

6.4.3 Rol zonder eenduidige uitkomst

De volgende elementen zijn vaak door de rechter besproken, maar kunnen zowel tot de conclusie leiden dat wel sprake is van een dienstbetrekking als dat daar geen sprake van is:

- De tarieven zijn bepaald op initiatief werkende;
- De vergoeding wordt gebaseerd op bedrijfsresultaten;
- Het werk behoort tot de kernactiviteit van de onderneming;
- De arbeid behelst simpel werk of simpele taken.

6.4.4 Elementen in onderlinge samenhang

De volgende combinaties van elementen worden vaak samen door de rechter toegepast op de specifieke situatie in privaatrechtelijke context. Als het beoogde algoritme eenzelfde combinatie herkent en daar eenzelfde conclusie aan verbindt, ligt het in de lijn der verwachting dat partijen een juiste inschatting krijgen van hun arbeidsrelatie.

Elementen die in samenhang leiden vaak tot de conclusie dat geen sprake is van werken binnen dienstbetrekking:

1. De partijbedoeling is niet het sluiten van een arbeidsovereenkomst en in de overeenkomst is het bestaan van een arbeidsovereenkomst expliciet uitgesloten (17 van de 21 uitspraken);
 - In de overige vier uitspraken was bij drie uitspraken sprake van een standaardcontract, was de werkende verplicht bedrijfskleding te dragen en was de werkende gebonden aan huisregels of een personeelshandboek.
 - Factoren die bij de overige vier uitspraken niet meewogen zijn de inschrijving bij de KvK, het hebben van een eigen bedrijfsnaam, het krijgen van een vergoeding op basis van bedrijfsresultaten, het feit dat geen persoonlijke arbeid hoefde te worden verricht, dat werknemer zich daadwerkelijk heeft laten vervangen en dat het werkrooster op initiatief van de werkgever werd vastgesteld.

2. Het werk ziet op simpel werk/taken, de werkende is ingeschreven bij de KvK en mag zich vrij laten vervangen (twaalf van de dertien uitspraken⁵⁴).

Binnen het arbeidsrecht en civiele recht zijn geen eenduidige sets van elementen te vinden die leiden tot de conclusie dat wél sprake is van een dienstbetrekking. Een combinatie die enigszins in de richting komt is de volgende:

- Het gaat niet om een incidentele opdracht; *en*
- De soort werkende is een natuurlijk persoon; *en*
- Er is sprake van locatiegebonden werk.

In veertien van de achttien uitspraken is de uitkomst at buiten dienstbetrekking wordt gewerkt. In de overige vier zaken zijn geen (combinaties van) elementen te vinden die kunnen verklaren waarom de uitkomst een andere was. Ook maakt het geen verschil als wordt gekeken naar wie tot het oordeel is gekomen of wanneer de uitspraak is geweest (recent of minder recent).

De onderstaande combinaties kunnen zowel leiden tot de conclusie dat wel sprake is van een dienstbetrekking als dat daar geen sprake van is. Dit betekent dat het elementen zijn die indien aanwezig niet tot een duidelijke uitkomst kunnen leiden. In samenhang genomen zou het algoritme hieraan dus geen waarde toe mogen kennen:

1. De arbeid hoeft niet persoonlijke verricht te worden, vrije vervanging is toegestaan en de werkende heeft zich ook daadwerkelijk laten vervangen.
2. De werkende is ingeschreven bij de KvK, heeft een eigen bedrijfsnaam, facturering vindt plaats vanuit de werkende en de werkende ontvangt geen beloning als geen werk wordt verricht.
3. Het betreft een incidentele opdracht en er worden niet meer instructies gegeven dan de noodzakelijk;
4. De partijbedoeling is volgens de overeenkomst geen dienstbetrekking, tussen partijen heeft een eerdere arbeidsrelatie bestaan en het werk betreft simpel werk/taken.

In zijn algemeenheid valt op dat de civiele rechter uitgebreid toetst. De contractsbepalingen worden vaak geanalyseerd en de rechter maakt een afweging op basis van de vele omstandigheden van het specifieke geval. Gekeken wordt derhalve naar zowel wat partijen zijn overeengekomen als naar hoe feitelijk invulling is gegeven aan de overeenkomst.

6.4.5 Tussenconclusie arbeidsrecht en verbintenissenrecht

Binnen het privaatrecht volgt na een uitgebreide toets van zowel de bedoeling van partijen als van een toetsing aan hoe uitvoering is gegeven aan de overeenkomst vaak de conclusie dat buiten dienstbetrekking wordt gewerkt. Er zijn meer sets van elementen te vinden die tot eenzelfde conclusie leiden. Voor de vragenlijst (en het algoritme) is dit een aanwijzing dat tot betere resultaten kan worden gekomen als eerst de elementen worden uitgevraagd die als gevolg het werken buiten dienstbetrekking hebben. Op die manier kunnen de vervolgvragen zich richten op de twijfelgevallen die minder makkelijk zijn in te delen in werken binnen of buiten dienstbetrekking.

6.5 Analyse fiscaal recht

De beoordeling van de bestuursrechter of wel of geen sprake is van het werken in een dienstbetrekking wordt, op een enkele uitzondering na, niet op initiatief van partijen gedaan. Het is de Belastingdienst die de zaak aanhangig maakt omdat er aanwijzingen zijn dat onterecht geen premies zijn of worden afgedragen.

⁵⁴ Alleen in een zaak van PostNL werd geoordeeld dat, ondanks de aanwezigheid van deze twee elementen, wel sprake was van een dienstbetrekking. Rechtbank Amsterdam (ktr.) 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152.

In de negentig geanalyseerde fiscaalrechtelijke uitspraken is 59 keer de conclusie van de rechter dat binnen dienstbetrekking is gewerkt. Dit is dus ongeveer twee derde van de uitspraken. Ook hier geldt dat de volgende paragrafen gebaseerd zijn op kwantitatieve gegevens, afgeleid uit het rechtspraakbestand.

6.5.1 Aanwijzingen voor geen dienstbetrekking

In relatief belangrijke mate:

- De werkende brengt BTW in rekening over de gewerkte uren;
- Het feit dat de arbeid niet persoonlijk hoeft te worden verricht;
- Vrije vervanging is toegestaan;
- Er is geen uitgebreide taakomschrijving aanwezig;
- De werkverschaffer geeft niet meer instructies dan de noodzakelijke;
- De werkende heeft gezag over anderen.

In mindere mate:

- Arbeidsovereenkomst is door partijen uitgesloten.

6.5.2 Aanwijzingen voor wel een dienstbetrekking

In relatief belangrijke mate:

- De eerdere arbeidsrelatie tussen partijen;
- Inschrijving bij de Kamer van Koophandel;
- Werkende bouwt vakantietoeslag of -uren op;
- De werkende werkt in een op initiatief van werkgever vastgesteld rooster.

In mindere mate:

- De werkende is gebonden aan huisregels of een personeelshandboek.

6.5.3 Rol zonder eenduidige uitkomst

De volgende elementen zijn ten minste tien keer door de rechter besproken, maar kunnen zowel tot de conclusie leiden dat wel sprake is van een dienstbetrekking als dat daar geen sprake van is:

- De partijbedoeling;
- De inschrijving van de werkende bij de KvK;
- De tarieven zijn bepaald op initiatief werkende;
- De vergoeding wordt gebaseerd op bedrijfsresultaten;
- Er is geen sprake van een incidentele opdracht;
- Het werk behoort tot de kernactiviteit van de onderneming;
- De arbeid behelst simpel werk of simpele taken;
- Of er een vorm van een VAR is afgegeven;
- Er zijn premies afgedragen voor (werknemers)verzekeringen;
- Het feit dat loonheffing is toegepast.

6.5.4 Elementen in onderlinge samenhang

Zoals in paragraaf 6.5.3 weergegeven, zijn er veel elementen die vaak worden behandeld in een uitspraak zonder dat dit tot een eenduidige conclusie leidt. Opvallend binnen dit rechtsgebied is dat als de werkende is ingeschreven bij de KvK, slechts in zeven van de 28 gevallen het oordeel is dat wordt gewerkt buiten dienstbetrekking. Wordt ook het element 'Tarieven bepaald op initiatief werkende' bevestigend beantwoord, dan volgt eenzelfde conclusie uit vijf van de 26 uitspraken. Elementen als

een eigen bedrijfsnaam of website of dat facturering van de werkende met afdracht van BTW plaatsvindt, brengen hier geen verandering in. Van meer doorslaggevende betekenis is of de arbeid persoonlijk moet worden verricht (slechts een keer leidt “Ja” nog steeds tot de conclusie dat binnen dienstbetrekking wordt gewerkt) en of vrije vervanging is toegestaan (de enig voorkomende “Ja” hoort bij het oordeel dat buiten dienstbetrekking wordt gewerkt en voor de conclusie dat sprake is van een dienstbetrekking is het negatieve antwoord op dit element vijf keer doorslaggevend).

De best mogelijke combinatie van elementen zou een volgende zijn:

- De werkende is bij de KvK ingeschreven.

Tenzij sprake is van minstens twee van de volgende elementen:

1. De arbeid moet wel persoonlijk verricht worden;
2. Vrije vervanging is niet toegestaan;
3. Er worden wel meer instructies gegeven dan de noodzakelijke;
4. Het werkrooster is gemaakt op initiatief van de werkverschaffer;
5. De werkende oefent gezag uit over werknemers van de werkverschaffer.

In deze gevallen zou de vragenlijst met overwegende zekerheid kunnen aangeven dat (fiscaal)rechtelijk gezien binnen dienstbetrekking arbeid wordt verricht.

Het valt op dat beschikkingen van de fiscale bestuursrechter beknopter zijn dan die van de civiele rechter. Hierdoor lijkt de toets door de bestuursrechter beperkter. In mindere mate worden de omstandigheden van het specifieke geval gewogen. De criteria van artikel 7:610 BW worden getoetst, maar in een groot deel van de uitspraken worden slechts een paar omstandigheden genoemd die tot de conclusie leiden dat al dan niet sprake is van een dienstbetrekking.

6.5.5 Tussenconclusie fiscaal recht

De analyse vertoont een zeer diffuus beeld. Bepaalde kenmerken waaraan in de literatuur gewicht wordt gegeven, blijken wanneer weergegeven in aantallen van minder belang. Opvallend is dat wanneer de werkende is ingeschreven van de Kamer van Koophandel dit vaker leidt tot de conclusie dat *wel* sprake is van een dienstbetrekking. Elementen die voor de bestuursrechter wijzen op werken buiten dienstbetrekking hebben voornamelijk te maken met het element gezag, dus wanneer van een autonome werkende kan worden gesproken die zichzelf vrijelijk kan laten vervangen.

6.6 Analyse socialezekerheidsrecht

Aan de cijfers binnen dit rechtsgebied valt op dat slechts een beperkt aantal factoren in de overweging wordt meegenomen. Veelal is dit het geval omdat een gefingeerd dienstverband wordt aangenomen, zodat op de kenmerken van deze kenbare schijnconstructie niet wordt ingegaan. Het is lastig hieruit conclusies te trekken, aangezien in de meeste gevallen zowel geen sprake is van werken binnen dienstbetrekking, maar ook niet van werken buiten dienstbetrekking in de varianten waar de vragenlijst van SZW op doelt (Blok 1 vraag 2).

De navolgende analyse is hierdoor voornamelijk gebaseerd op de gevallen dat wel daadwerkelijk arbeid is verricht, met daarbij de kanttekening dat het om relatief zeer lage aantallen gaat.

In de zestig geanalyseerde socialezekerheidsrechtelijke uitspraken is 27 keer de conclusie van de rechter dat binnen dienstbetrekking is gewerkt. Dit is dus bijna de helft van de uitspraken. Of elementen in meer of mindere mate een aanwijzing zijn voor het aanwezig zijn van een dienstbetrekking is gebaseerd op de kwantitatieve gegevens uit het rechtspraakbestand.

6.6.1 Aanwijzingen voor geen dienstbetrekking

In relatief belangrijke mate:

- De werkverschaffer geeft niet meer instructies dan de noodzakelijke;
- De werkende hanteert een eigen bedrijfsnaam;
- De facturering gebeurt vanuit onderneming werkende (er is in geen uitspraak expliciet genoemd dat *niet* gefactureerd wordt vanuit de werkende).

In mindere mate:

- Er is geen gebruik gemaakt van een standaardcontract;
- Er zijn geen premies afgedragen voor (werknemers)verzekeringen.

6.6.2 Aanwijzingen voor wel een dienstbetrekking

In relatief belangrijke mate:

- Er zijn premies afgedragen voor (werknemers)verzekeringen;
- Het feit dat loonheffing is toegepast.

In mindere mate:

- De werkende werkt in een op initiatief van werkgever vastgesteld rooster.

6.6.3 Rol zonder eenduidige uitkomst

De volgende elementen zijn ten minste tien keer door de rechter besproken, maar kunnen zowel tot de conclusie leiden dat wel sprake is van een dienstbetrekking als dat daar geen sprake van is:

- Partijbedoeling;
- Aanwezigheid van een loonstrook;
- Werkende bouwt vakantietoelage of -uren op;
- Het werk behoort tot de kernactiviteit van de onderneming;
- Het betreft locatiegebonden werk;
- De arbeid behelst simpel werk of simpele taken;
- Er is geen sprake van een incidentele opdracht;
- Er is geen sprake van een familierechtelijke betrekking.

6.6.4 Elementen in onderlinge samenhang

Wanneer meer instructies worden gegeven dan de noodzakelijke, dan leidt dit cijfermatig altijd tot de conclusie dat sprake is van een dienstbetrekking en wanneer juist niet meer instructies worden gegeven, sprake is van werken buiten dienstbetrekking.

Zoals al opgemerkt valt ook bij de beschikkingen van de bestuursrechter op het gebied van sociale zekerheid op dat deze beknopter zijn dan die van de civiele rechter. Hierdoor lijkt de toets van de bestuursrechter ook op dit rechtsgebied beperkter. De criteria uit artikel 7:610 BW worden nagelopen, maar in de meeste uitspraken wordt, in vergelijking met de civiele rechter, slechts een beperkt aantal omstandigheden benoemd die meewegen in de beoordeling. Voors valt op dat er veel geschillen zijn tussen het UWV en een (ex-)echtgenoot van de werkverschaffer over het al dan niet bestaan van een gezagsverhouding.

6.6.5 Tussenconclusie socialezekerheidsrecht

Uitspraken over de kwalificatie van de arbeidsverhouding tussen partijen binnen het socialezekerheidsrecht geven veelal een (te) beperkt beeld om eenduidige conclusies uit te trekken. Het gaat geregeld om gefingeerde dienstverbanden en/of familierechtelijke betrekkingen.

6.7 Analyse rechtsgebieden onderling

Uit de cijfers blijkt dat tussen de rechtsgebieden verschil zit in de hoeveelheid elementen die worden meegenomen in de beoordeling en welke elementen door de rechter van belang worden geacht. Ook laat deze cijfermatige weergave zien dat bepaalde elementen tot verschillende uitkomsten kunnen leiden, afhankelijk van het subrechtsgebied. Zo is de partijbedoeling in de meeste uitspraken meegenomen in de overweging, maar leidt de uit de naam van de overeenkomst af te leiden partijbedoeling om geen arbeidsovereenkomst aan te gaan binnen het fiscaal recht vaak tot de conclusie dat er toch sprake is van een dienstbetrekking. In het privaatrecht wordt juist vaak aangesloten bij de bedoeling van partijen en leiden de overige elementen soms tot een andere conclusie.

Teineinde de drie rechtsgebieden in zoveel mogelijk overeenstemming te brengen om zo een bruikbare analyse voor de vragenlijst te vormen, wordt hierna een kwantitatieve analyse gegeven van de elementen in onderlinge samenhang. De analyse is gebaseerd op de aantallen die volgen uit het rechtspraakbestand.

6.7.1 Aanwijzingen voor geen dienstbetrekking

Voor alle rechtsgebieden geldt dat de volgende elementen in belangrijke mate meewegen in de eindconclusie dat geen sprake is van een dienstbetrekking. Bij eventuele toepassing van een weging in de vragenlijst zou aan deze elementen dus een zwaarder gewicht richting deze uitkomst toegekend moeten worden:

- De werkende hanteert een eigen bedrijfsnaam;
- De werkende brengt BTW over de gewerkte uren in rekening;
- De arbeid hoeft niet persoonlijk te worden verricht;
- Vrije vervanging is toegestaan;
- Er is geen uitgebreide taakomschrijving aanwezig;
- Er worden niet meer dan de noodzakelijke instructies gegeven.

6.7.2 Aanwijzingen voor wel een dienstbetrekking

Bij toepassing van weging in de vragenlijst zou aan de volgende drie elementen zwaarder gewicht moeten worden toegekend om zo bij aanwezigheid ervan sneller tot de conclusie te komen dat sprake is van een dienstbetrekking;

- De werkende werkt in een op initiatief van werkgever vastgesteld rooster.
- Er zijn premies afgedragen voor (werknemers)verzekeringen;
- Dat loonheffing is toegepast.

6.7.3 Diffuse kenmerken

Hoewel de volgende elementen vaak worden betrokken bij de kwalificatie van de overeenkomst, is het beeld dat zij geven in de geanalyseerde uitspraken niet eenduidig. Ze kunnen desondanks nog steeds van belang zijn om uit te vragen, maar zouden geen overwegende invloed moeten uitoefenen op de uiteindelijke uitkomst:

- De partijbedoeling is niet het sluiten van een arbeidsovereenkomst;
- De arbeid behelst simpel werk of simpele taken;
- De tarieven zijn bepaald op initiatief werkende;
- De vergoeding is gebaseerd op bedrijfsresultaten;
- Het werk behoort tot de kernactiviteit van de onderneming;

6.7.4 Tussenconclusie rechtsgebieden onderling

Meer waarde toekennen aan bepaalde elementen en daarmee aan vragen uit de vragenlijst, zal tot een eenduidige conclusie kunnen leiden voor alle rechtsgebieden. Vooral de elementen die zien op het niet persoonlijk en onder gezag uitvoeren van de arbeid zijn van belang bij het kwalificeren van de overeenkomst als buiten dienstbetrekking.

6.8 Analyse en aanbevelingen vragenlijst SZW

Naar aanleiding van het kwantitatieve onderzoek volgen hierna aanbevelingen over de vragen zoals opgesteld in de vragenlijst van 23 januari 2019.

6.8.1 Uitbreiding van vragen

Bij het opstellen en het vullen van het databestand is gebleken dat naast de elementen die worden uitgevraagd in de vragenlijst, meer kenmerken van invloed kunnen zijn op de kwalificatie van de arbeidsrelatie tussen partijen. Zo blijkt de omstandigheid dat de werkende vanuit zijn onderneming factureert aan de werkverschaffer van belang. Dit element speelde maar liefst in 53 uitspraken een rol. In het merendeel van deze uitspraken werd, in combinatie met andere factoren, aangenomen dat geen sprake was van een dienstbetrekking. Ook de omstandigheid dat de werkende al dan niet een eigen bedrijfsnaam heeft is van belang. In ongeveer een vijfde van de onderzochte zaken werd dit door de rechter betrokken in zijn overweging. Ook raden wij aan niet alleen te vragen of de werkende staat ingeschreven bij de KvK, maar ook of de werkende zich speciaal voor de overeenkomst met de werkverschaffer heeft ingeschreven. Dit leidt tot een extra vraag, waarbij het nuttig kan zijn te vragen naar de datum waarop de inschrijving heeft plaatsgevonden en wanneer de overeenkomst is aangegaan.

Voor alle factoren geldt dat niet alleen van belang is wat partijen zijn overeengekomen, maar ook op welke manier feitelijk uitvoering kan worden/wordt gegeven aan deze factoren. In het databestand is daarom als element opgenomen of de werkende daadwerkelijk voor een derde werkzaamheden heeft verricht. Nu de vragenlijst voorafgaand zekerheid moet bieden ten aanzien van de kwalificatie van de arbeidsverhouding, ligt het opnemen van een dergelijke vraag misschien minder voor de hand. Wel zou kunnen worden gevraagd naar bijvoorbeeld het aantal werkuren. Gaat de werkende (bijna) fulltime werkzaamheden verrichten, dan is niet aannemelijk dat de werkende nog de mogelijkheid heeft voor derden te werken.

Tijdens de analyse bleek vaak dat uitspraken over koeriers-/bezorgdiensten voor een wisselend beeld zorgen. Rechters kwalificeren de arbeidsverhouding van deze werkenden wisselend. Hiermee kan bij het aanpassen van de vragen(lijst) rekening worden gehouden. Alhoewel in de huidige vragenlijst een omschrijving van de opdracht wordt gevraagd, kan het behulpzaam zijn apart uit te vragen of het gaat om koeriers-/bezorgdiensten om effectiever deze arbeidsrelaties te monitoren.

Wij raden aan de vragenlijst uit te breiden met meer elementen en/of een andere omschrijving of toelichting. Voor het volledige overzicht van de elementen die wel in het databestand, maar niet in de vragenlijst zijn opgenomen, verwijzen we naar paragraaf 5.2.1.

6.8.2 Schrappen van vragen

In de vragenlijst wordt gevraagd of aan de werkende instructies mogen worden gegeven. Zoals beschreven in paragraaf 5.2.2 is in de dataset gekeken naar instructies die verder gaan dan de noodzakelijke. Dit is een belangrijk verschil. Wij raden aan de vraag zodanig aan te passen of van een nadere toelichting te voorzien dat de gebruiker niet altijd een bevestigend antwoord zal geven. Enige vorm van instructie is namelijk onvermijdelijk bij de uitvoering van werkzaamheden, ongeacht de kwalificatie van de tussen partijen gesloten overeenkomst.

6.9 Analyse elementen in onderlinge samenhang – weging vragenlijst

Uit de kwantitatieve analyse volgt een diffuus beeld. Rechters oordelen verschillend over welke elementen een (belangrijke) rol spelen bij de beoordeling of al dan niet sprake is van een dienstbetrekking. In uitspraken waarin dezelfde factoren spelen, oordelen rechters bovendien verschillend over de kwalificatievraag. Ondanks dat het hierdoor lastig is een eenduidig antwoord te geven op de vraag of binnen of buiten een dienstbetrekking arbeid wordt verricht, is toch een aantal combinaties van elementen te noemen die (bijna) altijd tot dezelfde kwalificatie leiden. De sets van kenmerken in de volgende subparagrafen zijn nog steeds gebaseerd op kwantitatieve gegevens, maar in onderlinge samenhang met juridische argumentatie. Zo volgen uit de cijfermatige weergave in het rechtspraakbestand combinaties van elementen die weliswaar eenduidig tot eenzelfde uitkomst komen, maar omvatten ze soms aanwezigheid van elementen die juridisch gezien juist tot een tegenovergestelde conclusie zouden moeten leiden. Zo leidt een inschrijving bij de KvK in samenhang met andere elementen tot de cijfermatige conclusie dat binnen dienstbetrekking wordt gewerkt, terwijl dit juridisch gezien zou moeten wijzen op werken buiten dienstbetrekking.

De sets die hierna worden weergegeven zijn bruikbaar voor de opbouw, routing en weging van de vragen in de vragenlijst van SZW. Door deze vragen zwaarder te laten wegen en/of aan elkaar te verbinden, kan tot een juist inschatting worde gekomen. Dit kan door gebruik te maken van handmatig ingestelde algoritmen (rekenregels).

Elementen die niet in de navolgende sets van elementen zijn weergegeven, maar wel in het databestand (en de vragenlijst van SZW) zijn opgenomen spelen nog wel een belangrijke rol om tot een juiste inschatting te komen. Het doel van de vragenlijst is het geven van een inschatting of binnen of buiten dienstbetrekking wordt gewerkt en daartoe dienen ook de vragen die van minder doorslaggevende aard zijn mee te spelen in de weging. Deze elementen zouden dan ook altijd uitgevraagd moeten worden. Uit de cijfermatige analyse kan niet worden gehaald of combinaties van minder vaak voorkomende of minder zwaarwegende elementen voor een verandering in het oordeel (zouden kunnen) zorgen. Het gaat vooral om elementen die vallen in de categorie ‘Onderdeel uitmaken van de organisatie’. Toch kan de aan- of afwezigheid van deze elementen de uiteindelijke inschatting of sprake is van werken buiten dienstbetrekking beïnvloeden. In samenhang met de hierna genoemde combinaties van elementen zouden de niet genoemde elementen die wel in de vragenlijst van SZW zijn verwerkt, op twee manier moeten meewegen:

1. Als de inschatting is dat niet wordt gewerkt buiten dienstbetrekking: de aanwezigheid van overige elementen bevestigt deze inschatting. In twijfelgevallen kunnen ze doorslaggevend zijn voor de conclusie dat sprake is van een dienstbetrekking. Worden de overige vragen in overwegende mate ontkennend beantwoord, dan zou dit een verandering van de primaire inschatting met zich kunnen brengen en kan de eindconclusie luiden dat buiten dienstbetrekking wordt gewerkt.
2. Is de inschatting - gebaseerd op de onder 6.8.2 genoemde combinaties van elementen - dat wordt gewerkt buiten dienstbetrekking, dan geldt het tegenovergestelde: het ontbreken van overige elementen bevestigt de inschatting en in twijfelgevallen

kunnen de overige elementen ervoor zorgen dat alsnog tot een inschatting kan worden gekomen.

6.9.1 Aanwijzingen voor wel een dienstbetrekking

Alhoewel het doel van de vragenlijst is antwoord te geven op de vraag of *buiten* dienstbetrekking wordt gewerkt, is het voor een goede werking van de vragenlijst met bijbehorende routing en weging nuttig sets van elementen te definiëren die indien aanwezig, in ieder geval *niet* tot dit antwoord zullen leiden. Door deze ‘negatieve’ benadering wordt een betere inschatting bereikt.

De volgende combinatie van elementen leidt in alle uitspraken tot de conclusie dat sprake is van een dienstbetrekking (88 uitspraken).

Aan deze elementen moet in ieder geval zijn voldaan:

1. De werkende is een natuurlijk persoon.
2. Het betreft niet een incidentele opdracht.
3. Het gaat om locatiegebonden werk,

En minstens twee van de volgende elementen zijn van toepassing:

1. Er is gebruik gemaakt van een standaardovereenkomst.
2. Er is geen BTW in rekening gebracht over de gemaakte uren.
3. Er bestaat een afbreukrisico.
4. Vrije vervanging is niet toegestaan.

Samenhangend met de hiervoor genoemde combinatie, leidt de volgende set van elementen in bijna alle uitspraken tot de conclusie dat sprake is van een dienstbetrekking (28 van de 31 uitspraken):

1. De werkende is een natuurlijk persoon.
2. Het betreft niet een incidentele opdracht.
3. Vrije vervanging is niet toegestaan.

6.9.2 Aanwijzingen voor geen dienstbetrekking

De omstandigheid dat de werkende eerder het aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst heeft afgewezen leidt, los van de overige omstandigheden, altijd tot de conclusie dat geen sprake is van een dienstbetrekking. Dit deed zich voor in vijftien zaken. De mogelijkheid van vrije vervanging leidt bijna altijd tot dezelfde conclusie. In maar liefst 24 van de 25 uitspraken waarin de werkende zich vrij mocht laten vervangen, werd aangenomen dat arbeid buiten dienstbetrekking werd verricht.⁵⁵

De combinatie van de volgende drie elementen leidt in alle uitspraken tot de conclusie dat geen sprake is van een dienstbetrekking (18 van de 18 uitspraken):

1. De werkende is géén natuurlijk persoon.
2. De facturering gebeurt vanuit de werkende of diens bedrijf.
3. Er is BTW in rekening gebracht over de gemaakte uren.

De volgende combinaties van elementen leidt in *bijna* alle uitspraken tot de conclusie dat geen sprake is van een dienstbetrekking:

- Het werkrooster wordt niet op initiatief van de werkverschaffer vastgesteld en het betreft locatiegebonden werk (18 van de 21 uitspraken);
- De partijbedoeling is volgens de overeenkomst geen arbeidsovereenkomst en het tarief wordt bepaald op initiatief van de werkende (11 van de 12 uitspraken).

⁵⁵ De afwijkende zaak betreft een beschikking over een pakketbezorger van PostNL. Rechtbank Amsterdam (ktr), 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152.

Op basis van de geanalyseerde uitspraken van alle rechtsgebieden samen, zou een volgende routing en weging van de vragen in de vragenlijst tot duidelijke uitkomsten kunnen komen. Ten eerste leidt de volgende combinatie van elementen tot de conclusie dat geen sprake is van een dienstbetrekking:

1. De partijbedoeling is volgens de overeenkomst niet het sluiten van een arbeidsovereenkomst.
2. Uit communicatie tussen partijen kan worden geconcludeerd dat een arbeidsovereenkomst expliciet is uitgesloten.

Tenzij:

- Er wordt gewerkt met een standaardcontract; *en*

Er wel sprake is van enkele (in ieder geval minstens twee) van de volgende elementen:

1. Er wordt *niet* gefactureerd vanuit de werkende;
2. De tarieven *niet* bepaald zijn op het initiatief van de werkende;
3. De werkverschaffer vereist meer certificaten dan wettelijk verplicht;
4. Het dragen van bedrijfskleding is verplicht;
5. De werkende is gebonden aan huisregels.

Als aan minimaal twee van de laatste voorwaarden is voldaan, is dus wel sprake van een dienstbetrekking.

Wat opvalt is dat de aanwezigheid van de volgende elementen niet aan dat de conclusie van de rechter is dat binnen een dienstbetrekking arbeid wordt verricht, in de weg staat, terwijl die aanwezigheid vanuit juridisch perspectief anders doet vermoeden. De volgende opsomming is dus slechts gebaseerd op kwantitatieve resultaten. Toch is vermelding ervan relevant, omdat het gebruikt kan worden de weging correct toe te passen op de vragenlijst.

Van al deze elementen is dus wel sprake, terwijl het eindoordeel luidt dat er een dienstbetrekking tussen partijen bestaat:

1. De werkende is ingeschreven bij de KvK; *en*
2. De werkende voert een eigen bedrijfsnaam; *en*
3. De vergoeding vindt plaats op basis van bedrijfsresultaten; *en*
4. Er bestaat geen verplichting tot persoonlijke arbeid; *en*
5. De werkende heeft zich ook daadwerkelijk laten vervangen; *en*
6. Het werkrooster is vastgesteld op initiatief van de werkverschaffer.

Dit brengt mee dat die elementen dus niet voldoende zijn om te concluderen dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Ook dit is van belang voor het algoritme. In acht van de dertig gevallen waarin de zes bovenstaande elementen aanwezig waren of aanwezig zouden kunnen zijn ("Partijen" of "G.g") werd een dienstbetrekking aangenomen. Daarom zal de aanwezigheid van nog meer elementen pas uitsluitel kunnen geven over de verwachting dat buiten een dienstbetrekking arbeid wordt verricht. Een willekeurige combinatie van de volgende elementen leent zich daartoe:

1. Het feit dat werknemers ongeveer hetzelfde werk doen (vier keer "Ja", twee keer "G.g.");
2. Het feit dat een loonstrook wordt verstrekt (twee keer "Ja" en daarmee de enige twee van alle dertig uitspraken);
3. Vrije vervanging is niet toegestaan (vier keer "Ja");
4. De werkende wordt gepresenteerd als onderdeel van de onderneming (drie keer "Ja").

De volgende combinatie leidt vaak tot de conclusie dat géén sprake is van een dienstbetrekking:

1. De arbeid hoeft niet persoonlijk verricht te worden.
2. Er worden niet meer instructies gegeven dan de noodzakelijke.

Tenzij:

- Een loonstrook wordt verstrekt.

Daarbij geldt dat wel sprake is van een dienstbetrekking bij de omgekeerde combinatie:

1. De arbeid moet wel persoonlijk verricht worden.
2. Er worden meer instructies gegeven dan de noodzakelijke.

Tenzij:

- Een aanbod tot een arbeidsovereenkomst door de werkende is afgewezen.

6.9.3 Routing en weging van vragen

Het is lastig met een sluitende conclusie te komen of al dan niet sprake is van een dienstbetrekking. Door het aanpassen van de volgorde van de vragen en het toepassing van weging op bepaalde vragen, kan beter worden ingeschat hoe partijen de arbeidsrelatie vormgeven en deze relatie gekwalificeerd moet worden. Wij verwijzen daarvoor naar de paragrafen 6.4, 6.5 en 6.6 en met name naar paragraaf 6.7. Het algoritme zou, indien werkend, met vergelijkbare resultaten moeten komen zoals in dit rapport beschreven. Tijdens de analyse bleek regelmatig dat aanwezigheid van elementen die in principe tot de conclusie zouden moeten leiden dat buiten dienstbetrekking arbeid wordt verricht, juist aanwezig waren als wel sprake is van een dienstbetrekking. De kans is groot dat het algoritme deze situatie niet herkent en dus aan bepaalde vragen waarde toekent voor de uitkomst waar dit niet zou moeten. Het risico op een 'black box', het niet weten waarop een algoritme uitkomsten precies baseert, is een bekend risico. De analyse van het databestand, en daarmee het databestand zelf, laat zien dat voor de vorming van de webmodule dit risico erg hoog is. Wij raden aan hier rekening mee te houden en te zorgen voor een transparant algoritme, dat door menselijk ingrijpen kan worden aangepast.

Een andere aanbeveling om tot een correcte inschatting te komen of partijen binnen of buiten dienstbetrekking werken, is om de vragen in een dusdanige volgorde te stellen dat eerst de gevallen waarin in ieder geval geen sprake is van een dienstbetrekking worden gevonden. Wanneer de 'echte zelfstandigen' uit de vragenlijst zijn gefilterd, kunnen andere elementen worden afgewogen om zo ook in de minder evidente situaties partijen van een juiste inschatting te voorzien. Hiertoe zal de routing in de vragenlijst aangepast moeten worden.

Een andere reden om de routing aan te passen is om het aantal vragen dat de gebruiker moet beantwoorden mogelijkerwijs te verminderen. Sommige vragen zijn niet relevant voor de uiteindelijke inschatting. Door meer een beslisboomstructuur toe te passen, kunnen een of meer vragen worden gesteld, afhankelijk van het gegeven antwoord op de vorige vraag. Tevens kunnen op deze wijze controlevragen worden gesteld als de gebruiker bijvoorbeeld aangeeft dat hij het antwoord op een bepaalde vraag niet weet.

6.10 Aanbevelingen algemeen

Een webmodule op basis van de antwoorden die de gebruikers geven, zal in algemene zin een duidelijk antwoord kunnen geven op de vraag of de arbeid binnen of buiten dienstbetrekking wordt verricht. Daarmee hebben partijen een relatief grote duidelijkheid over hun arbeidsrelatie. Nu die uitkomst vanwege onder meer fiscale aspecten niet zonder meer de uitkomst is die partijen wensen, ligt de verwachting dat kritiek op het systeem zal worden uitgeoefend voor de hand. De kritiek op het gebruik van een digitaal systeem zal ook vanwege de politieke gevoeligheid van het onderwerp 'duiding van de arbeidsrelatie' te verwachten zijn.⁵⁶

Vanwege die kritiek, maar ook omdat het onderwerp in ontwikkeling is zowel in de rechtspraak als in de praktijk, zullen de uitkomsten van het systeem zorgvuldig gemonitord en desgewenst bijgesteld

⁵⁶ Zie de brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Staatssecretaris van Financiën van 24 juni 2019, te vinden via <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2019/06/24/kamerbrief-voortgang-uitwerking-maatregelen-039-werken-als-zelfstandige039/kamerbrief-voortgang-uitwerking-maatregelen-039-werken-als-zelfstandige039.pdf>

moeten worden. Dat zal handmatig moeten gebeuren, omdat het naar de huidige stand van de techniek niet goed denkbaar is een zelflerend systeem te bouwen. Het gaat dan vooral om de weging van de verschillende elementen. Het handmatig controleren en waar nodig aanpassen van het systeem ligt overigens ook vanwege de te verwachten politieke keuzes, die niet zonder meer kunstmatig intelligent zijn, voor de hand. Ook ontwikkelingen in de literatuur, die voor de rechtspraak soms voorspellende waarde hebben, zullen in de weging handmatig moeten worden ingevoerd.

Deze verwachtingen maken het in ieder geval nodig een zeer transparant systeem te bouwen zodat de uitkomsten van het systeem duidelijk te herleiden zijn naar de keuzes die het systeem maakt. Ook is het nodig een systeem te maken dat eenvoudig aan ontwikkelingen kan worden aangepast, en dat inzichtelijk maakt welke veranderingen zijn doorgevoerd en wanneer. Aan te raden is in ieder geval een koppeling te maken tussen het databestand en de versie van de vragenlijst zoals deze door partijen kan worden gebruikt. Dat vergt wellicht wat aanpassing van het databestand en met name de volgorde van elementen zoals daarin nu opgenomen. Het advies is elementen die niet in de vragenlijst zijn opgenomen, ook in de eventuele aangepaste versie van het databestand te blijven opnemen. Zo kan worden gezien of deze elementen (toch) van invloed zijn op de vraag of binnen of buiten dienstbetrekking wordt gewerkt. Door daarna ook het rechtspraakbestand periodiek te blijven bijhouden, kan gecontroleerd worden of de vragenlijst eenzelfde uitkomst geeft als de rechter en indien dat niet het geval is, wat daarvoor de reden, oftewel de combinatie van elementen, is.

7. Afsluiting

7.1 Conclusie onderzoek

7.1.1 Fase 1

Het rechtspraakbestand, de dataset, is bijgewerkt tot en met 10 april 2019 en geeft tot dan een compleet overzicht van gewezen rechtspraak waarin de kwalificatie van de arbeidsrelatie centraal staat. Uitspraken van vóór 2015 zijn niet opgenomen, tenzij het een uitspraak van de Hoge Raad betreft en ook uitspraken die geen inhoudelijke toetsting bevatten, zijn niet opgenomen in het bestand. Gezien het tijdrovende karakter van het vullen van de dataset, raden wij aan dit periodiek bij te houden. Daarbij is het van groot belang dat de invuller weet welke wijze van antwoorden de juiste is en is het van groot belang de vermelde definities te hanteren.

De definities die in het databestand zijn gehanteerd, zijn in de onderzoeksfase tot stand gekomen. De uitleg die bij de kolommen waarin de definities zijn opgenomen is geschikt om te verwerken in de vragenlijst, zodat het voor de gebruiker duidelijk is waar de vraag op ziet of hoe deze vraag beantwoord zou moeten worden.

7.1.2 Fase 2

De koppeling tussen het databestand en de vragenlijst van SZW maakt inzichtelijk welke elementen terugkomen in welke vragen. Wij adviseren de elementen die niet terugkomen in de huidige vragenset, alsnog toe te voegen of anderszins te verwerken. Door de koppeling is snel te zien hoe de rechtspraak met een bepaalde vraag of element omgaat en of deze vraag of dit element bijvoorbeeld een doorslaggevend argument kan zijn. Eventueel zouden nieuwe elementen in het databestand opgenomen kunnen worden als daartoe behoefte bestaat met het oog op de uiteindelijke vragenlijst.

7.1.3 Fase 3

In deze fase zijn de vragenlijst van SZW en alle uitspraken die in het databestand zijn opgenomen geanalyseerd. Alle elementen die in de rechtspraak naar voren komen bij de vraag of sprake is van een dienstbetrekking, zijn op zichzelf staand en in onderlinge verhouding bekeken. Op die wijze is een aantal sets van elementen met daarbij eventuele weging of routing geduid. Met deze analyse kan het algoritme zoals dat wordt ontwikkeld door (een) andere partij(en) gecontroleerd en getraind worden. Ook is in deze fase gekeken naar de volgorde van vragen, waarbij voornamelijk het advies is eerst de meest onderscheidende vragen te stellen en eerst de vragen die tot de conclusie leiden dat in ieder geval buiten dienstbetrekking arbeid wordt verricht. Door meer van een beslisboomstructuur gebruik te maken, hoeft de gebruiker van de vragenlijst minder vragen te beantwoorden die voor de situatie niet relevant zijn.

7.2 Overzicht bijlagen

Naam bestand	Format	Beschrijving inhoud	Datum laatste aanpassing
Bijlage 1 – Fase 1 2 3 – Databestand rechtspraak nader definitief rapport	.xlsx	Alle geanalyseerde rechtspraak op kenmerk en in cijfers.	30 september 2019
Bijlage 2 – Fase 1 – Geanalyseerde rechtspraak	.pdf	Overzicht 242 uitspraken die in het databestand zijn opgenomen.	16 mei 2019
Bijlage 3 – Fase 2 – Antwoordmogelijkheden en koppeling	.pdf	Overzicht van mogelijke antwoorden per kenmerk en koppeling naar vragenlijst SZW.	25 juni 2019