

Ingediend via <http://www.internetconsultatie.nl/minimumbeloningzelfstandigen/reageren>

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

REFERENTIE 31953327

DATUM 9 december 2019

BETREFT **Reactie op de internetconsultatie Wet minimumbeloning zelfstandigen en
Wet op de zelfstandigenverklaring**

Geachte dames en heren,

Wij hebben met belangstelling kennis genomen van de conceptvoorstellen voor de Wet minimumbeloning zelfstandigen (**Wmz**) en de Wet op de zelfstandigenverklaring (**Wzv**), die op 28 oktober ter consultatie zijn gepubliceerd. Wij waarderen het dat de gelegenheid wordt geboden om op deze conceptvoorstellen te reageren.

De fiscale en arbeidsrechtelijke positie van zelfstandigen is al geruime tijd een punt van onzekerheid en discussie. Daarnaast leeft de zorg dat een deel van de zelfstandigen een te zwakke onderhandelingspositie op de arbeidsmarkt heeft, waardoor het risico van armoede bij die groep groot is. Wij waarderen het dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid met deze wetsvoorstellen helderheid beoogt te scheppen over een aantal aspecten rondom zelfstandig werkenden en een bestaansminimum voor zelfstandigen beoogt te garanderen.

Desondanks roepen de conceptwetsvoorstellen bij ons diverse vragen en zorgen op. Enerzijds betreft dit zorgen over de coherentie van het wettelijk systeem dat rondom werkenden ontstaat als deze conceptwetsvoorstellen zouden worden aangenomen. Anderzijds betreft dit vragen over specifieke elementen in de conceptwetsvoorstellen. De belangrijkste daarvan willen we graag met u delen. Voor het overige onderschrijven we de reactie van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de conceptwetsvoorstellen.

Algemene observaties

1. De onzekerheid ten aanzien van zelfstandigen is (mede) ontstaan doordat het in veel gevallen niet goed mogelijk is om bij aanvang van de werkrelatie vast te stellen of een arbeidsverhouding in de zin van artikel 7:610 van het Burgerlijk Wetboek (BW) zal ontstaan.

De criteria dienen namelijk op basis van de omstandigheden holistisch te worden getoetst. Deze toetsing kan derhalve slechts achteraf plaatsvinden. De uitkomst van deze toetsing is zowel van belang voor de arbeidsrechtelijke positie van een werkende als voor de fiscale positie. De conceptwetsvoorstellen bieden geen oplossing voor dit fundamentele probleem.

2. Sterker nog, het risico bestaat dat de onduidelijkheid nog groter wordt, aangezien in de conceptwetsvoorstellen nieuwe definities van het begrip zelfstandige worden gegeven. Hierdoor ontstaat een – naar onze mening onwenselijk – woud van ‘zelfstandigen’, waaronder:

- de ‘echte’ zelfstandige;
- de zelfstandige met zelfstandigenverklaring die toch werknemer is volgens artikel 45 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie;
- degene met een zelfstandigenverklaring die materieel voldoet aan de vereisten van artikel 7:610 BW;
- de zelfstandige volgens de Wmz: iedereen die géén arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW heeft;
- de zelfstandige volgens de Wmz (die géén arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW heeft), die toch werknemer is ex artikel 45 VwEU;
- de zelfstandige die in de Wmz of een Algemene Maatregel van Bestuur voor de toepassing van de Wmz worden uitgezonderd;
- de zelfstandigen die “zij-aan-zij” werken met werknemers en volgens de plannen van de Autoriteit Consument en Markt geen zelfstandige zijn als het gaat om tariefafspraken.

Dit leidt tot onduidelijkheid over de risico’s die men loopt als wordt overwogen te gaan werken als zelfstandige. De diverse posities hebben immers niet alleen betrekking op de juridische en fiscale positie, maar ook op de (on)mogelijkheden van de tariefstelling.

3. De conceptwetsvoorstellen maken deel uit van een breder pakket aan maatregelen waarmee het kabinet de balans op de arbeidsmarkt beoogt de herstellen. Naast de betreffende maatregelen is de Commissie Regulering van werk (ook wel bekend als de **Commissie Borstlap**) ingesteld. De Commissie Borstlap is voornemens om in januari 2020 met een rapport te komen. Ondanks onze waardering voor de bedoeling van de Minister om op korte termijn tot de beoogde oplossingen te komen, vragen wij ons af of het wenselijk is om de invoering van de Wmz en Wzv separaat te behandelen van de voorstellen van de Commissie Borstlap.
4. De bescherming van kwetsbare groepen in de samenleving is een streven dat wij onderschrijven. Een belangrijke overweging om een minimumtarief op te leggen, is om de meest kwetsbare groep zelfstandigen de mogelijkheid te geven om een redelijk bestaansminimum te verdienen en inkomenszekerheid op te bouwen voor tegenvallende

tijden. Het is echter de vraag of van ondernemers die de eindjes met moeite aan elkaar kunnen knopen verwacht mag worden dat ze het hogere uurtarief gaan besteden aan verzekeringen en opbouw van pensioenvoorzieningen. Juist bij de meest kwetsbare groep bestaat een groot risico dat eventuele extra inkomsten zullen worden besteed aan consumptieve uitgaven, omdat zij het inkomen hard nodig hebben om de maand door te komen. Wij vragen ons daarom af of de Wmz het beoogde doel zal bereiken. Men kan zich afvragen of andere oplossingen vanuit dat perspectief wellicht beter zouden zijn. We kijken in dit verband uit naar de bevindingen van de Commissie Borstlap. Ook verwijzen we graag naar de recente aanbevelingen van de Raad van de Europese Unie met betrekking tot de toegang tot sociale bescherming voor werknemers en zelfstandigen.¹

Wet minimumbeloning zelfstandigen

5. Artikel 2 van de Wmz geeft een definitie van het begrip ‘zelfstandige’. In deze definitie is slechts sprake van een zelfstandige indien de arbeid wordt verricht anders dan op grond van (o.a.) een arbeidsovereenkomst. Nu onder de geldende jurisprudentie in de praktijk pas achteraf bepaald kan worden of sprake is van een arbeidsovereenkomst, kan tussen partijen pas achteraf worden vastgesteld of de Wmz van toepassing is. Waar de Minister beoogt deze onzekerheid via de Wzv op te lossen voor zelfstandigen met een hoog tarief, blijft dit voor zelfstandigen met een laag tarief bestaan. Naar onze mening is deze onzekerheid onwenselijk. Dit betekent dat een opdrachtgever en opdrachtnemer pas achteraf kunnen vaststellen of ze onder de reikwijdte van de Wmz vallen of onder de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Wij geven daarom graag in overweging om maatregelen te nemen waardoor meer duidelijkheid bij aanvang van de arbeidsrelatie ontstaat. Deze duidelijkheid is niet alleen wenselijk voor de toepassing van een minimumtarief, maar zou ook effect moeten hebben ten aanzien van de belasting- en premieheffing.
6. Van het begrip zelfstandige wordt uitgesloten degene die een of meer werknemers in dienst heeft die gezamenlijk ten minste een bepaald gemiddeld aantal uren arbeid hebben verricht gedurende een bepaalde periode. Door deze uitsluiting lijkt het mogelijk dat een zelfstandige met personeel op tarief zou kunnen concurreren met zelfstandigen zonder personeel, in het bijzonder ten aanzien van opdrachten waarbij dat personeel niet wordt ingezet. Het is verder onduidelijk hoe een opdrachtgever kan vaststellen of een daartoe strekkende verklaring van een opdrachtnemer dat hij aan dit vereiste voldoet juist is, en wat de gevolgen voor de opdrachtgever zijn indien achteraf wordt geconstateerd dat de verklaring niet juist was.
7. Het conceptwetsvoorstel Wmz schrijft voor hoe de arbeidsbeloning dient te worden vastgesteld om te toetsen of aan het minimumtarief is voldaan. De administratieve lasten

¹ Aanbevelingen van de Raad van 8 november 2019 (2019/C 387/01)

die hiermee gepaard gaan, zijn naar onze mening te zwaar en complex, zeker voor de kwetsbare groep die door deze regels beschermd zouden moeten worden. De toename van de administratieve lasten, ook voor gevallen waarin buiten enige twijfel is dat aan het minimumtarief wordt voldaan, is naar onze mening zeer onwenselijk.

8. De toepassing van het minimumtarief is niet alleen complex vanuit een administratief oogpunt, maar heeft tevens onwenselijke economische gevolgen.
 - a. Om te toetsen of voldaan wordt aan het minimumtarief, dient een prijs die niet op basis van een uurtarief (maar bijvoorbeeld een vast bedrag voor een project) te worden omgerekend naar een uurtarief. Hierdoor wordt de opdrachtnemer gedwongen inzicht te geven in zijn prijsbepaling. Het is de vraag of dat wenselijk is, zeker waar de opdrachtnemer als de zwakkere partij in de onderhandeling moet worden beschouwd.
 - b. Daarnaast zullen subjectieve inschattingen van de opdrachtnemer een rol gaan spelen bij deze omrekening naar een uurtarief. Het is echter de (zakelijk) opdrachtgever, die een bijbetalingsplicht zal krijgen als de subjectieve inschattingen van de opdrachtnemer achteraf onjuist bleken te zijn.
 - c. In het licht van het voorgaande, lijkt het aannemelijk dat, indien inderdaad achteraf een bijbetalingsplicht voor de opdrachtgever blijkt te bestaan, dit in de praktijk geregeld tot discussies zal leiden tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Het is goed voorstelbaar dat de opdrachtnemer, afhankelijk van de mate van economische afhankelijkheid van de specifieke opdrachtgever, hierbij eieren voor zijn geld zal kiezen om toekomstige opdrachten niet mis te lopen. Hierbij is relevant dat uit een SEO-onderzoek blijkt dat ca. 55% van de zakelijke opdrachtnemers aangeeft 40% of meer van de totale omzet bij de belangrijkste opdrachtgever te verdienen.² We sluiten niet uit dat bij de kwetsbare groep, die door de Wmz beschermd zou moeten worden, de afhankelijkheid van een of enkele opdrachtgevers nog groter wordt.
9. Uit het genoemde SEO-onderzoek volgt ook dat er een risico is dat een algemene opslag voor niet-opdrachtgerelateerde kosten (algemene bedrijfskosten) geen recht doet aan sectorale verschillen. Een en ander betekent dat volgens de onderzoekers een forfaitaire opslag beleidsmatig niet goed gebruikt kan worden. Niettemin is er voor gekozen om als onderdeel van de uitgangspunten voor de hoogte van het minimumtarief een algemene opslag te hanteren gebaseerd op het percentage uit het betreffende SEO-onderzoek (15%). Aan de belangrijke kanttekening in het SEO-onderzoek dat een opslag niet goed werkbaar is, wordt echter geen aandacht besteedt. Mede gelet op het feit dat de uitgangspunten voor

² 'Karakteristieken en tarieven zzp'ers', SEO Economisch Onderzoek 2018, p. 27-28 en tabel 3.10. Vgl. G.C. Boot, 'Karakteristieken en tarieven zzp'ers – gevolgen voor de kwalificatievraag', TRA 2019/35, p. 2.

het minimumtarief vanuit Europeesrechtelijk perspectief solide moeten zijn maar ook om te voorkomen dat de forfaitaire opslag voor bepaalde sectoren niet toereikend kan worden geacht, lijkt het op de weg van de Minister te liggen alsnog aandacht te besteden aan de aanbeveling in het SEO-onderzoek om op het punt van de correctie voor algemene bedrijfskosten vervolgonderzoek in te stellen.³

Wet op de zelfstandigenverklaring

10. In beginsel juichen wij toe dat de Minister beoogt een systeem te scheppen dat zorgt voor duidelijkheid en zekerheid ten aanzien van de relatie tussen opdrachtgevers en opdrachtnemers. Wij vragen ons echter af of de gewenste duidelijkheid omtrent de relatie hiermee ontstaat. De enige situatie waarin een zelfstandigenverklaring effect heeft, is als partijen weliswaar hebben vastgelegd dat ze beoogden dat de overeenkomst niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 7:610 BW, maar dat in wezen wel aan die voorwaarden voldaan wordt. Degene die een beroep doet op de Wzv is derhalve in wezen geen zelfstandige, maar iemand die voldoet aan de voorwaarden van een dienstbetrekking, door de verklaring slechts onder een (Europees gerelateerd) gedeelte van het arbeidsrecht valt en waarvoor bij de werkgever geen inhoudingsplicht geldt. Hiermee wordt een nieuwe hybride status gecreëerd, wat een bron van kwalificatievragen kan zijn voor andere regelingen. Dit lijkt ons onwenselijk.
11. De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs vreest dat grote onduidelijkheid zal bestaan over de vraag hoe verdragspartners het inkomen zullen kwalificeren voor de toepassing van belastingverdragen. *“De Orde vraagt zich daarbij af of op basis van de gebruikelijk-loonarresten niet reeds kan worden gesteld dat voor bestaande belastingverdragen zal gelden dat in dergelijke gevallen het werknemersartikel van toepassing zal zijn.”*⁴ Wij zouden daaraan de vraag willen toevoegen of dit kan leiden tot een verplichting iedere overeenkomst met een zelfstandigenverklaring te melden in het kader van de Wet implementatie EU-richtlijn meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies (Kamerstukken 35255) en de positie omtrent de zelfstandigenverklaring in de in dat kader aangekondigde Leidraad expliciet op te nemen. Indien de regeling wordt ingevoerd, verzoeken wij de Minister dit toe te lichten om te voorkomen dat voor deze situatie meldingen als het ware standaard gedaan zouden moeten worden.
12. In het conceptwetsvoorstel is opgenomen dat slechts sprake kan zijn van een geldige zelfstandigenverklaring indien de overeenkomst wordt aangegaan voor de duur van ten

³ 'Karakteristieken en tarieven zzp'ers', SEO Economisch Onderzoek 2018, p. 48, 54 en 92. Zie in dit kader ook Bijlage E bij het SEO-rapport waaruit een beperkte overlap blijkt tussen de groep met lage tarieven inclusief kosten en de groep met lage tarieven exclusief kosten. Vgl. G.C. Boot, 'Karakteristieken en tarieven zzp'ers – gevolgen voor de kwalificatievraag', TRA 2019/35

⁴ Zie de reactie van de Orde op https://www.nob.net/sites/default/files/content/article/uploads/nob-reactie_internetconsultatie_wet_minimumbeloning_zelfstandigen_en_zelfstandigenverklaring.pdf

hoogste een jaar. Deze termijn komt op ons onnodig beperkend over. Er zijn diverse situaties denkbaar waarin partijen wel degelijk gerechtvaardigd de bedoeling kunnen hebben om een arbeidsrelatie op basis van zelfstandigheid aan te gaan voor een termijn van meer dan een jaar. Het is ons niet duidelijk waarom dergelijke gevallen niet zouden moeten kunnen profiteren van de beoogde zekerheid.

13. Bovendien vrezen wij dat een dergelijke termijn in de praktijk een eigen leven zal gaan leiden. Hoewel de toelichting bij het conceptwetsvoorstel duidelijk maakt dat ook zonder zelfstandigenverklaring sprake kan zijn van zelfstandigheid, achten wij de kans groot dat opdrachtgevers – wellicht ten onrechte – terughoudend zullen worden bij het aangaan van arbeidsrelaties zonder zelfstandigenverklaring. Ook bij toezichhoudende autoriteiten kan een dergelijk psychologisch effect niet worden uitgesloten, hetgeen tot onnodige discussies over de zelfstandigheid van een opdrachtnemer zou kunnen leiden.
14. De fiscale beoordeling van de arbeidsrelatie sluit aan bij het arbeidsrecht (Hoge Raad 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887). Als twee partijen, opdrachtgever en opdrachtnemer het eens zijn over de kwalificatie van hun arbeidsverhouding en een overeenkomst van opdracht aangaan, geldt dat civielrechtelijk als een gegeven. Slechts indien een van de partijen van mening verandert, ontstaat een geschil. Zo niet, dan grijpt de civiele rechter niet in op de overeenkomst, en dus ook niet op de rechtsgevolgen daarvan. Als het arbeidsrecht leidend is, zou de Belastingdienst zich daar ook naar dienen te voegen. Echter, de Belastingdienst is een derde belanghebbende die zich kan mengen in de afspraken en de civielrechtelijke rechtsverhouding desondanks anders kan duiden. Dit is slechts anders indien de fiscus terugtreedt. Het wetsvoorstel voor de zelfstandigenverklaring zorgt hiervoor. Dat moet evenwel gepaard gaan met een onvoorwaardelijke rechtszekerheid. Het moet dan niet mogelijk zijn voor een derde, de Belastingdienst, een tussen partijen opgestelde zelfstandigenverklaring terzijde te stellen.

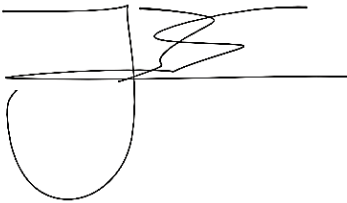
Dat de zelfstandigenverklaring fiscaal deze terzijdestelling van de dienstbetrekking ondubbelzinnig dient te bewerkstelligen, blijkt ook uit de toelichting op de webmodule die wordt ontwikkelt. In de vierde voortgangsbrief van de Minister⁵ merkt de Minister op over de uitkomst van het invullen van de webmodule: *“Een indicatie dienstbetrekking heeft geen rechtsgevolgen. Toch doet de opdrachtgever er verstandig aan om bij een indicatie dienstbetrekking te bezien of de wijze waarop de arbeidsverhouding is of wordt vormgegeven moet worden herzien. (...) Ook kan een deel van deze opdrachtgevers gebruik maken van de zelfstandigenverklaring, indien voldaan wordt aan de voorwaarden.”* Dit impliceert dat, ook al is sprake van een dienstbetrekking, de zelfstandigenverklaring deze terzijde stelt en geen sprake kan zijn van een inhoudingsplicht voor de opdrachtgever. Er zal dus nooit naheffing kunnen plaatsvinden, indien aan de (administratieve)

⁵ De brief aan de Tweede Kamer van 22 november 2019, referentie 2019-0000168412, ook ondertekend door de Staatsecretaris van Financiën.

voorwaarden van artikel 2 van de Wet op de zelfstandigenverklaring wordt voldaan, ook niet als vanaf het begin duidelijk is dat sprake is van een dienstbetrekking. Hierbij merken wij op dat een van de voorwaarden is dat partijen overeenkomen dat het hun bedoeling is géén arbeidsovereenkomst aan te gaan. De Belastingdienst zal de bedoelingen derhalve inhoudelijke niet mogen toetsen als dit op deze wijze in de overeenkomst is opgenomen. Het zou voor de duidelijkheid wenselijk zijn als dit ondubbelzinnig zou worden bevestigd.

Wij hopen met de bovenstaande observaties een bijdrage te leveren aan de discussie en het denkproces rondom de wet- en regelgeving ten aanzien van 'moderne werkvormen'. Hoewel wij zoals gezegd de bedoeling achter de conceptwetsvoorstellen toejuichen, vrezen wij dat zij eerder tot verdere onduidelijkheden en bijbehorende handhavingsproblematiek zullen leiden, dan dat zij daadwerkelijk het beoogde doel zullen bereiken. Uiteraard zijn wij graag bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,
Loyens & Loeff N.V.



Jan Bart Schober / Frank Dekker / Youssef el Harchaoui