

ADVIES

Van:	adviescommissie arbeidsrecht
Datum:	10 december 2019
Betreft:	Wet minimumtarief zelfstandigen en zelfstandigenverklaring (Wmz)

In het regeerakkoord zijn maatregelen aangekondigd om zzp'ers en hun opdrachtgevers meer zekerheid te geven over de kwalificatie van hun arbeidsrelatie én om schijnzelfstandigheid aan de onderkant van de arbeidsmarkt te voorkomen. Daarom doet de wetgever een voorstel voor twee maatregelen:

1. Het invoeren van een minimumtarief van €16,- dat ervoor moet zorgen dat zelfstandigen een bestaansminimum kunnen verdienen indien zij voltijd werken. Daarmee moet worden voorkomen dat ze tegen te lage tarieven (moeten) werken;
2. De introductie van de zelfstandigenverklaring die werkenden en hun werkverstrekkers – onder bepaalde voorwaarden – op voorhand de zekerheid moet geven dat de arbeidsrelatie voor de loonheffingen en de werknemersverzekeringen niet kwalificeert als een dienstbetrekking. Daarnaast beoogt de zelfstandigenverklaring zoveel mogelijk zekerheid te geven ten aanzien van de arbeidsrechtelijke gevolgen van de arbeidsrelatie.

De adviescommissie arbeidsrecht onderkent de urgentie van de gesignaleerde maatschappelijke problemen, te weten onzekerheid over de kwalificatie van de arbeidsverhouding van zelfstandigen, een ongelijk speelveld tussen zelfstandigen en werknemers en zelfstandigen onderling, en daarnaast de noodzaak tot bescherming van zelfstandigen aan de onderkant. Tegelijkertijd moet zelfstandig ondernemerschap mogelijk blijven.

De adviescommissie stelt echter vraagtekens bij de timing van deze voorstellen. Binnenkort wordt immers het rapport van de Commissie Regulering van Werk verwacht over de vraag of de huidige regels die gelden rondom het verrichten van werk nog passen bij de manier waarop we werken, nu en in de toekomst. Op pagina 7 van het algemeen deel van de memorie van toelichting staat dat dit advies naar verwachting begin 2020 volgt. De adviescommissie vraagt zich af waarom dit rapport niet zou kunnen worden afgewacht.

Daarnaast wordt onvoldoende duidelijk waarom is gekozen voor twee wettelijke regelingen die (zowel procedureel als inhoudelijk) diep ingrijpen in het stelsel van arbeidsrelaties en arbeidsvoorwaardenvorming. De adviescommissie vraagt zich af of is onderzocht of kan worden volstaan met minder ingrijpende maatregelen als oplossing voor de gesignaleerde problemen, bijvoorbeeld via cao's. Het gebruik van verschillende begrippenkaders in beide voorstellen, de aanzienlijke administratieve lasten voor zelfstandige/werkende en opdrachtgever/werkverstrekker en de forse boete in het voorstel Wmz maakt de beide regelingen uitermate complex.

Opgemerkt wordt verder dat de voorstellen geen (volledige) vervanging zijn van de Wet DBA. De zelfstandigenverklaring is immers niet van toepassing in arbeidsrelaties met een uurtarief onder € 75,-. De beide voorstellen bieden geen enkele zekerheid over de kwalificatie van arbeidsverhoudingen waarin een uurtarief wordt gerealiseerd onder € 75,-. De adviescommissie vindt dat (mede in het licht van de complexiteit van de regelingen) onwenselijk. Het zou daarnaast aanbeveling verdienen indien de wetgever ook (en misschien wel juist) voor deze groep (die

wellicht veel meer behoefte heeft aan rechtsbescherming) aandacht zou besteden aan het begrip 'werknemer naar Europees recht' dat nu alleen in het kader van de zelfstandigenverklaring een prominente rol krijgt.

Hierna wordt apart aandacht besteed aan de beide voorstellen.

Concept wetsvoorstel Wmz

Doel van het voorstel is zelfstandigen aan de onderkant van de arbeidsmarkt te beschermen, zo staat in het algemeen deel van de memorie van toelichting. Zelfstandigen aan de onderkant van de markt concurreren zonder bodem op beloning en arbeidsvoorwaarden, zowel met elkaar als ook op een ongelijk speelveld met werknemers. Dat zorgt voor een neerwaartse spiraal in tarief en arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zelf, maar ook voor druk op de arbeidsvoorwaarden van werknemers. De regering streeft naar een balans tussen enerzijds ruimte geven aan ondernemers en anderzijds het beschermen van kwetsbare zelfstandigen tegen armoede. Met het oog daarop wordt een minimum tarief van € 16,- per uur voorgeschreven voor zelfstandigen zonder personeel. Dat tarief moet hen in staat stellen om bij een fulltime werkweek tenminste netto het sociaal minimum te verdienen.

Ten aanzien van paragraaf 1.3.2 van de memorie van toelichting geldt dat niet geheel duidelijk wordt waarom de CAO geen oplossing kan bieden voor twee gesignaleerde problemen, namelijk een ongelijk speelveld tussen zelfstandigen en werknemers en anderzijds bescherming van zelfstandigen aan de onderkant. De ACM heeft een leidraad opgesteld waarin de mogelijkheden van sectorale minimum tarieven voor zelfstandigen zonder personeel uiteen worden gezet. Deze mogelijkheden worden aanwezig geacht als er sprake is van activiteiten waarbij zelfstandigen zonder personeel zij aan zij werken met werknemers. Vraag is waarom – mede via het AVV-beleid – die CAO-optie niet meer actief wordt ingezet en gestimuleerd. Het opleggen van overheidswege van sectorale tarieven is dan niet nodig. Als blijkt dat deze CAO-mogelijkheid een oplossing biedt, dan rijst de vraag of deze regelgeving die voorgesteld wordt, nodig is.

Deze regelgeving ziet op de positie van de zelfstandigen zonder personeel. Het begrip zelfstandigen wordt in *artikel 2* uiteengezet. Vastgesteld wordt dat ook de overeenkomst van aanneming van werk valt onder deze definitie. Vraag is hoe dit uitgangspunt zich verhoudt tot de verplichting achteraf van de opdrachtgever die niet particulier is om meer kosten dan vooraf overeengekomen te betalen. Van belang is hetgeen op pagina 19 van de memorie staat ten aanzien van de zelfstandigen en de zakelijke opdrachtgever. De offerte is een belangrijk instrument om te bepalen of aan het minimum tarief is voldaan. Indien achteraf blijkt dat er meer directe kosten en/of directe uren zijn gemaakt dan vooraf is ingeschat en het tarief daardoor onder het minimum tarief komt, dan is de zakelijke opdrachtgever verplicht om bij te betalen. Deze verplichting die volgt uit artikel 11 van het concept wetsvoorstel staat op gespannen voet met de overeenkomst van aanneming van werk.

Van de definitie van zelfstandigen in *artikel 2* van het voorstel is uitgezonderd de zelfstandige 'die één of meerdere werknemers in dienst heeft die in de drie maanden voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst met de opdrachtgever gemiddeld meer dan acht uur per week werk heeft verricht, onderscheidenlijk tezamen hebben verricht'. De adviescommissie vraagt zich af of de verplichtingen voor de opdrachtgever en de opdrachtnemer, neergelegd in de artikelen 9 tot en met 12 van het voorstel niet eerder contraproductief werken. Het gaat om verplichtingen voor aanvang, tijdens en na afronding van de werkzaamheden. Van de daaruit voortvloeiende administratieve last

en de boetegevolgen bij schending van die verplichtingen, kan een sterke stimulans uitgaan om deze verplichtingen te willen voorkomen en dus niet te willen worden aangemerkt als zelfstandige zonder personeel. Aan die verplichtingen kan niet worden ontkomen door de werkzaamheden als rechtspersoon uit te voeren. In de definitie is rekening gehouden met bedrijfsexploitatie van een zelfstandige via een rechtspersoon.

Als echter een samenwerkingsverband wordt gevormd van een zelfstandige die iemand in dienst neemt voor bijvoorbeeld de administratie, dan zou op tamelijk eenvoudige wijze aan die verplichting van dit wetsvoorstel kunnen worden ontkomen.

In *artikel 6* van het voorstel staat dat de opdrachtgever in ieder geval € 16,- per uur moet betalen aan de zelfstandige. Bij de vaststelling van de hoogte van de arbeidsbeloning per uur wordt uitgegaan van de vergoeding voor de opdracht zonder omzetbelasting na vermindering met door de zelfstandige gemaakte kosten die direct zijn toe te schrijven aan de opdracht. € 16,- is de minimale vergoeding voor de door de zelfstandige bestede tijd die direct is toe te schrijven aan de opdracht.

Vervolgens wordt in *artikel 7* van het voorstel aangegeven welke kosten worden beschouwd als direct aan de opdracht toe te rekenen en welke tijdseenheden in ieder geval beschouwd worden als direct aan de opdracht toe te rekenen tijd. In beide definities, voor wat betreft de kosten en de tijdseenheden gaat het om niet-limitatieve opsommingen. Uit de uitgebreide bepalingen in artikel 7 ten aanzien van kosten die wel en niet direct aan de opdracht kunnen worden toegerekend volgt dat van opdrachtgever en van opdrachtnemer verwacht wordt dat zij kennis dragen van deze bepalingen en deze ook toepassen. Zeker waar het gaat om de relatie tussen de zelfstandige en de particulier gaat dit erg ver. De regering geeft ook blijk van zich bewust te zijn van deze administratieve last. Het wordt echter noodzakelijk gezien om te voorkomen dat zelfstandigen anders te weinig krijgen betaald.

Voorts is duidelijk dat het hier gaat om een niet-limitatieve opsomming, hetgeen betekent dat er ruimte is voor onduidelijkheid, maar ook de mogelijkheid om tijd weg te schrijven als niet direct aan de opdracht toe te rekenen. Als die mogelijkheid bestaat en wordt benut, dan wordt daarmee de doelstelling van de wetgeving - bescherming van de zelfstandige en waarborging van een sociaal minimum voor deze zelfstandigen - ondergraven. Opgemerkt wordt in de memorie van toelichting dat de onderhandelingspositie van de zelfstandige ten opzichte van de opdrachtgever kwetsbaar is als het gaat om een zelfstandige aan de onderkant van de arbeidsmarkt. Op pagina 19 van de memorie (algemeen deel) staat dat als achteraf blijkt dat er meer directe kosten en of directe uren zijn gemaakt dan vooraf ingeschat en het tarief daardoor onder het minimum tarief duikt, de zakelijke opdrachtgever verplicht is om bij te betalen. Daarmee wordt duidelijk dat bij *niet* sluitende definities van direct aan de opdracht gebonden tijd en kosten, er mogelijkheden zijn om risico's voor meer kosten/tijd af te wentelen op de opdrachtnemer. Als de uitvoering van de opdracht tegenvalt en de opdrachtnemer meer uren moet draaien of meer kosten moet maken, dan is het risico groot dat *ofwel* meer uren/kosten worden weggeschreven als niet direct aan de opdracht verbonden *ofwel* deze extra uren/kosten gewoon niet worden geadmistreerd. Dit risico heeft alles te maken met het gegeven dat een opdrachtgever vooraf een offerte vraagt en duidelijkheid wil over tijd en kosten en niet snel het risico wil dragen als de uitvoering van de werkzaamheden tegenvalt. Juist omdat de onderhandelingspositie van de zelfstandige aan de onderkant van de arbeidsmarkt kwetsbaar is, zal hier een belangrijk risico liggen waardoor in de praktijk de bescherming van het sociaal minimum feitelijk wordt ondergraven. De complexe begrippen van wel

of niet direct aan de opdracht verbonden tijd en kosten bieden onvoldoende waarborgen voor de opdrachtnemer tegen risico's van tegenvallers.

In *artikel 9* van het voorstel worden de verplichtingen van de zelfstandigen beschreven. Het gaat om verplichtingen voor aanvang van de overeenkomst waarbij het bedrag, opgave van de te verwachten direct aan de opdracht toe te rekenen kosten en tijd en te verwachten arbeidsbeloning per uur gespecificeerd moeten worden. Dat betekent dus dat een zelfstandige deze begrippen dient te beheersen en moet kunnen toepassen.

Ook zijn er, zo volgt uit artikel 9 lid 1 onder b, verplichtingen van de zelfstandige *tijdens* de uitvoering van de arbeid om maandelijks een factuur aan de opdrachtgever te verstrekken met een overzicht waarin de eerdergenoemde gegevens zijn opgenomen, een opgave van het totaal betaalde of te betalen bedrag voor de werkzaamheden exclusief omzetbelasting over een maand voorafgaande aan de maand waarin de factuur wordt verstrekt. Het moet gaan om een geactualiseerd overzicht van toe te rekenen kosten en tijd over de maand voorafgaande aan de maand waarin de factuur is verstrekt etc. Voorts zijn er verplichtingen van de zelfstandige bij de *beëindiging* van de arbeid, namelijk het verstrekken van een factuur met de gegevens die in onderdeel b van dit artikel zijn genoemd, totaal betaalde of betaalde bedrag voor de werkzaamheden, direct aan de opdracht toe te rekenen tijd en kosten en de arbeidsbeloning per uur. Deze administratieve belasting is voor juist deze groep zelfstandigen aan de onderkant van de arbeidsmarkt te groot. Dergelijke verplichtingen kunnen worden opgelegd aan en geveerd van zelfstandigen die hun beroep of bedrijf uitoefenen en in een ander segment van de arbeidsmarkt zitten. Deze verplichtingen gaan echter te ver voor de groep die de wetgever nu juist beoogt te beschermen. Nu kan wellicht een doelstelling zijn om zelfstandigen te stimuleren om in loondienst te gaan werken en daarmee dergelijke verplichtingen te vermijden. Deze doelstelling staat echter niet beschreven in de memorie van toelichting.

Ook als gelet wordt op de verplichtingen die voor de opdrachtgever gelden (*artikelen 10-12*), valt op hoe ver deze strekken. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen zakelijke en particuliere opdrachtgevers. Van een zakelijke opdrachtgever wordt ook geveerd dat hij toetst of de offerte realistisch is. Voorkomen moet worden dat de opdracht feitelijk meer tijd en kosten vraagt dan de kosten en tijd die in aanmerking worden genomen. Het gaat er om dat er een reële inschatting wordt gemaakt dat de opgevoerde kosten en tijd overeenstemmen met de werkelijke kosten en tijd zodanig dat kan worden vastgesteld dat hiermee in redelijkheid tenminste een minimum arbeidsbeloning kan worden betaald, zo staat op pagina 34 van de artikelgewijze toelichting. In artikel 11 van het voorstel staat immers dat de opdrachtgever bij de vaststelling van de hoogte van de arbeidsbeloning moet toetsen of de te maken kosten en tijd voldoen aan de eisen van de wet. Als duidelijk is dat er te weinig tijd en kosten worden geoffreerd, waardoor uiteindelijk de opbrengst voor de opdrachtnemer onder het minimum van € 16,- per uur zou duiken, dan dient de opdrachtgever dit dus bij aanvang vast te stellen. Voor zakelijke opdrachtgevers brengt dit zoveel onzekerheden met zich mee, zeker ook gezien het boeterisico dat het werken met ZZP-ers hierdoor sterk zal worden ontmoedigd. Zoals opgemerkt, zou dit ook een doelstelling kunnen zijn van de wetgeving. Die doelstelling staat echter niet geformuleerd in de memorie van toelichting. Uit artikel 12 lid 4 en 5 volgt dat de particuliere opdrachtgever minder vergaande verplichtingen heeft jegens de opdrachtnemer. Desondanks dient ook de particuliere opdrachtgever vast te stellen of de beloning rekening houdend met direct aan de opdracht verbonden tijd en kosten, tenminste uitkomt op die € 16,-. Dat betekent, zoals opgemerkt, dat ook een particuliere opdrachtgever kennis moet hebben van wat wel en niet direct aan de opdracht verbonden kosten en tijd zijn. De vraag is of dit

kan worden verwacht van iemand die bijvoorbeeld een kapper aan huis heeft of zijn huis laat schilderen of een kinderoppas aan huis heeft.

De adviescommissie signaleert nog enkele andere knelpunten. Zo geldt de minimumbeloning alleen voor zelfstandigen zonder personeel, maar niet voor zelfstandigen met personeel. De argumentatie voor dat verschil lijkt – wanneer wordt gekeken naar de maatschappelijke doelstelling van het voorstel - aan de magere kant. Bovendien geeft het minimumtarief geen zekerheid over de kwalificatie van de arbeidsverhouding.

Conclusie is dan ook dat deze regelgeving te complex is, teveel ruimte laat voor onzekerheid voor opdrachtgever en opdrachtnemer en teveel ruimte laat voor afwenteling van risico's op de zelfstandige aan de onderkant van de arbeidsmarkt als gevolg waarvan die € 16,- per uur feitelijk niet wordt gehaald (ook al volgt dat dan niet uit de administratie).

Concept wetsvoorstel zelfstandigenverklaring

De adviescommissie arbeidsrecht is van mening dat de introductie van de zelfstandigenverklaring niet tegemoet komt aan het beoogde doel. Beoogd wordt meer zekerheid te bieden aan werkende en werkverstrekker. Als middel worden nieuwe wettelijke begrippen en een nieuwe regime gecreëerd. Dat maakt het woud van contractuele vormen op basis waarvan werkzaamheden kunnen worden verricht in de visie van de adviescommissie echter (nog) onoverzichtelijk(er) en complex(er). Naast de arbeidsovereenkomst in al zijn verschijningsvormen (bepaalde of onbepaalde tijd, oproepovereenkomst, uitzend- of payrollovereenkomst), de overeenkomst tot aanneming van werk en de overeenkomst van opdracht wordt met de zelfstandigenverklaring een nieuw soort overeenkomst geïntroduceerd waarvan niet goed duidelijk wordt hoe deze zich verhoudt tot de al bestaande contractvormen.

In artikel 2 van het voorstel is geregeld wanneer sprake is van een geldige zelfstandigenverklaring. De adviescommissie stelt vast dat voor situaties waarin aan deze vereisten niet wordt voldaan, de huidige onduidelijkheid over de kwalificatievraag blijft bestaan. Dat gevolg treedt ook in wanneer partijen achteraf moeten vaststellen dat aan de vereisten niet is voldaan.

Verder is ook in dit voorstel sprake van de (bij het voorstel Wmz) gesignaleerde grote administratieve last en complexiteit t.a.v. de verplichtingen van werkende en werkverstrekker waaraan volgens artikel 2 moet zijn voldaan.

De adviescommissie arbeidsrecht meent verder te begrijpen dat bij gebruikmaking van een geldige zelfstandigenverklaring, de werkende (ook of toch) kan kwalificeren als 'werknemer naar Europees recht'. Dat leidt tot nieuwe onduidelijkheid, waarmee voorbij wordt gegaan aan de doelstelling van het voorstel, namelijk het creëren van duidelijkheid voor werkverstrekker en werkende.

Zo staat in artikel 3 lid 1 van het voorstel (verhouding zelfstandigenverklaring tot het arbeidsrecht) dat een overeenkomst tussen een werkende en een werkverstrekker waarvan een geldige zelfstandigenverklaring deel uitmaakt en de werkende een werknemer is naar Europees recht, geen arbeidsovereenkomst is. Dat lijkt erop te duiden dat er ook een variant kan bestaan waarbij partijen weliswaar een zelfstandigenverklaring overeenkomen, maar de werkende niet kan worden aangemerkt als werknemer naar Europees recht. Of dat ook de bedoeling van de wetgever is, of dat dit berust op een verkeerde lezing van artikel 3, kan uit toelichting op het voorstel niet worden opgemaakt.

Artikel 3 lid 1 van het voorstel maakt wel duidelijk dat door gebruikmaking van de zelfstandigenverklaring het begrip ‘werknemer naar Europees recht’ een rechtens relevante rol krijgt die dit begrip in het huidige overeenkomstenrecht nog niet heeft. Ook dat heeft nieuwe onduidelijkheid tot gevolg. Allereerst zullen partijen grip moeten krijgen op het begrip ‘werknemer naar Europees recht’: wanneer is daarvan sprake? Wanneer eenmaal duidelijk is dat is voldaan aan de vereisten van artikel 3 en er dus sprake is van een werknemer naar Europees recht, heeft dat tot gevolg dat allerlei wettelijke bepalingen dan (toch) van toepassing op de arbeidsverhouding met de zelfstandige. Het is de vraag in hoeverre daarmee duidelijkheid wordt gecreëerd.

De adviescommissie vraagt zich verder af hoe zich dit verhoudt tot een van de andere doelstellingen van het voorstel, namelijk het behoud van ‘echte’ zelfstandigheid en het stimuleren van ondernemerschap.

Daarnaast staat in de situatie van artikel 3 lid 1 van het voorstel vast dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dat is volgens artikel 3 lid 1 en de toelichting op het voorstel (pagina 43) ook het geval wanneer volgens de dwingendrechtelijke eisen van artikel 7:610 BW er materieel wel sprake is van een arbeidsovereenkomst. De adviescommissie begrijpt dat ook in de situatie, waarin er tussen partijen geen enkele twijfel bestaat dat de arbeidsrelatie kwalificeert als arbeidsovereenkomst, een zelfstandigenverklaring kunnen overeenkomen. Feitelijk kunnen de werkende en de werkverstrekker door het aangaan van een zelfstandigenverklaring conform artikel 3 lid 1 het bestaan van een arbeidsovereenkomst dus ‘wegcontracteren’ en daarmee grote delen van het (dwingendrechtelijke) arbeidsrecht buiten werking stellen. Dat lijkt de adviescommissie arbeidsrecht onwenselijk en in strijd met het ‘reguliere’ arbeidsrecht.

Dat brengt de adviescommissie ook tot de vraag hoe zich een en ander verhoudt tot de bestaande rechtspraak van de Hoge Raad over de kwalificatie van een overeenkomst tot het verrichten van werkzaamheden. Deze lijkt geen waarde meer te hebben in die gevallen waarin partijen een rechtsgeldige zelfstandigenverklaring zijn aangegaan en de werknemer een werknemer naar Europees recht is (artikel 3).

Op de gevolgen van artikel 3 lid 1 van het voorstel voor de loonheffingen is al ingegaan door de redactie van Vakstudie Nieuws in de reactie op de internetconsultatie.

De zelfstandigenverklaring kan – tot slot - voor maximaal een jaar worden aangegaan, te rekenen vanaf de feitelijke aanvang van de werkzaamheden, ongeacht de aard van de arbeidsverhouding of de aard van de werkzaamheden. Na afloop van dat jaar zijn partijen aangewezen op de webmodule voor de kwalificatie van de arbeidsverhouding. Enerzijds wordt daarmee misbruik voorkomen. Anderzijds lijkt de zelfstandigenverklaring zijn doel voorbij te schieten in die gevallen waarin wel degelijk sprake is van echte zelfstandigheid, bijvoorbeeld wanneer geen sprake is van economische afhankelijkheid, maar wel van een langdurige relatie tussen werkende en werkverstrekker en partijen wel zekerheid vooraf willen hebben.

Conclusie is dat ook dit voorstel te complex is, te veel vragen oproept (zeker waar het gaat om het wegcontracteren van de arbeidsovereenkomst) en – ook in combinatie met het voorstel Wmz – nog te veel onzekerheid laat.

De adviescommissie arbeidsrecht adviseert dan ook de beide voorstellen niet als wetsvoorstel in te dienen en eerst het rapport van de commissie Regulering van werk op af te wachten, alvorens nadere of aangepaste voorstellen worden ingediend.