

Reactie op het Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden

Deze wet, gericht op de aanpak van schijnzelfstandigheid, schiet zijn doel ver voorbij. De wet biedt geen extra duidelijkheid vooraf en raakt zelfstandig ondernemers rechtstreeks in hun bestaansrecht. De vrijheid van ondernemerschap, een Europees grondrecht, wordt hun ontnomen.

Zelfstandig werken zal meer en meer de toekomst zijn in de vierde industriële revolutie. Maar met deze wetgeving keert het kabinet juist de rug naar die toekomst. Er is geen ruimte meer voor wat werkenden en werk- en opdrachtgevers zelf willen.

De kritiek richt zich op twee hoofdpunten. Het inbeddingscriterium stuurt vooral aan op een arbeidsovereenkomst en biedt onvoldoende ruimte voor ondernemerschap. Het sluit daardoor zzp'ers, over wiens ondernemerschap geen enkele twijfel bestaat, uit van een veelheid van opdrachten. Voor zover ondernemerscriteria wel een rol spelen, zijn ze niet persoonsgebonden maar worden ze beoordeeld binnen de opdracht. Dat is te beperkt en een gemiste kans op echte duidelijkheid.

Het voorgaande zal hierna verder worden uitgewerkt in concrete punten van kritiek op het wetsvoorstel.

Geen duidelijkheid vooraf

Het voorstel lijkt de gewenste duidelijkheid te bieden voor zowel zzp'ers als opdrachtgevers maar dat is allerm minst het geval. Doordat maar een beperkt aantal criteria mogen worden gebruikt om de arbeidsrelatie te beoordelen, blijft de onduidelijkheid bestaan. Een arbeidsrelatie omvat immers meer dan de nu gedefinieerde A, B en C-criteria.

De criteria zelf worden niet duidelijk genoeg omschreven. Bovendien ontbreken de criteria die het zelfstandig ondernemerschap duidelijk moeten maken.

Deze wet druist in tegen een Europees grondrecht, de vrijheid van ondernemerschap

Vrijheid van ondernemerschap is één van de fundamentele vrijheden die door de Europese Unie is vastgelegd in het EU Handvest (artikel 16). Het wetsvoorstel ontnemt zzp'ers die keuzevrijheid.

Door de getrapte beoordeling van de arbeidsrelatie is het beoordelen van de persoonlijke ondernemerskenmerken sluitstuk geworden. De kenmerken van de arbeidsovereenkomst hebben veel te groot gewicht. De aanwezigheid van deze kenmerken zal bij het overgrote deel van de arbeidsrelaties de doorslag gaan geven. Daarmee is de arbeidsovereenkomst een feit.

Doordat toetsing aan de C+-criteria vervolgens niet meer is toegestaan, worden ondernemers die voldoen aan alle criteria die de Belastingdienst daarvoor hanteert, gedwongen om in een arbeidsovereenkomst te werken, terwijl ze dat helemaal niet willen.

De keuzevrijheid voor het ondernemerschap wordt daarmee onaanvaardbaar uitgehold. Dat is in strijd met het Europees recht en bovendien uitermate betuttelend.

Deze wet jaagt mensen hun sector en beroep uit, in plaats van een arbeidsovereenkomst in.

Dit kan zeker in tijden van schaarse op de arbeidsmarkt grote gevolgen hebben voor sectoren zoals de bouw, onderwijs en zorg die het noodzakelijke werk niet meer gedaan krijgen.

Voor de zorg geldt dat – dit blijkt uit eigen onderzoeken van SoloPartners onder de achterban – 55 % van de zzp'ers in de zorg aangeeft de zorg te zullen verlaten als zij niet meer als zzp'er in de zorg kunnen werken. Op een geschat totaal van 200.000 zzp'ers in de zorg betekent dit dat 110.000 zorgverleners de sector zullen verlaten als dit wetsvoorstel wet wordt.

De zorg kan deze zorgverleners niet missen. Dit betreft bovendien allemaal zzp'ers die welbewust voor het ondernemerschap hebben gekozen omdat de branche onvoldoende werk maakt van goed werkgeverschap. Deze zzp'ers zullen om die reden ook niet teruggaan in loondienst. Werken in loondienst in de zorg willen ze namelijk niet ook niet als werken als zzp'er niet meer kan.

Het wetsvoorstel schiet daarmee zijn doel ver voorbij. Het zal tot enorme problemen leiden op de arbeidsmarkt van de zorg.

Met deze wet wil de overheid een publiekrechtelijke uitdaging via het privaatrecht oplossen.

Daarbij valt op dat in de toelichting van de wet staat vermeld dat niet bekend is hoe groot het probleem van de schijnzelfstandigheid eigenlijk is. Je zou verwachten dat voordat een dergelijk ingrijpend voorstel wordt gedaan, eerst onderzoek plaatsvindt naar de aard en omvang van het probleem en dat daarna wordt beoordeeld welke oplossing dat probleem dan nodig heeft. Nu is een wetsvoorstel in procedure gebracht waarvan volledig onduidelijk is of en welk probleem het nu eigenlijk gaat oplossen.

De wet zou dus zomaar een schijnoplossing kunnen zijn. En naar de mening van SoloPartners is die dat ook. Deze wet leidt af van het echte probleem, namelijk dat ons huidige socialezekerheidsstelsel aan grondige vernieuwing toe is. Behoudens aan de onderkant van de arbeidsmarkt, levert schijnzelfstandigheid geen echte problemen op.

Dat de solidariteit binnen ons stelsel van sociale zekerheid gevaar loopt door de toename van het aantal zzp'ers, heeft niets te maken met schijnzelfstandigheid maar met de fiscale stimulering van zzp'ers. Die stimulering is overigens bewust omstreeks 2005 in het leven geroepen om ondernemerschap te stimuleren. Nu blijken die maatregelen goed te werken en nou is het weer niet goed.

Door de inperking van de zelfstandigenaftrek en MKB-winstvrijstelling wordt de bevoordeling van zzp'ers ten opzichte van werknemers al fors verminderd. Wat uiteindelijk echt nodig is, is het opheffen van het onderscheid tussen werknemers en ondernemers, zodat beide groepen fiscaal en voor de sociale zekerheid gelijk worden behandeld. Behoudens schrijnende gevallen aan de onderkant van de arbeidsmarkt, verdwijnt daarmee het probleem van schijnzelfstandigheid. Hoe iemand zijn brood verdient is immers niet de kern van het probleem, dat zzp'ers naar verhouding minder belasting en premies betalen, dat is het probleem. Los dat probleem dan op en probeer niet met een aanpassing van het arbeidsrecht een fiscaal probleem op te lossen.

Met het invoeren van het rechtsvermoeden van werknemerschap, kan de overheid de schrijnende schijnzelfstandigheid aan de onderkant van de arbeidsmarkt al goed aan.

In tegenstelling tot inbedding en de getrapte beoordeling, is het rechtsvermoeden wel een goede maatregel om schijnzelfstandigheid tegen te gaan. Onder een bepaald uurtarief is een zzp'er immers niet in staat om ondernemersrisico's zoals arbeidsongeschiktheid, pensioen en leegloop op te vangen. Doet hij of zij dat wel dan resteert doorgaans onvoldoende om nog in het levensonderhoud te voorzien.

Door het recht om dit vermoeden in te roepen toe te kennen aan de zzp'er wordt onderkend dat zzp'ers die bereid zijn om genoeg te nemen met een uurtarief onder de drempel van het rechtsvermoeden, de keuze hebben om dat te doen. Door het rechtsvermoeden geen fiscaal gevolg te geven, wordt bovendien voorkomen dat zzp'ers die tevreden zijn met een lager uurtarief onverhoopt in een arbeidsovereenkomst worden gedwongen door de Belastingdienst.

De uitwerking van het rechtsvermoeden behoeft nog wel aandacht. Het valt immers te verwachten dat, om het rechtsvermoeden te omzeilen, contracten worden gesloten waaruit het uiteindelijke uurtarief niet duidelijk blijkt. En wat dan?

Denk aan all-in tarieven zonder inschatting van te besteden uren. Als dan blijkt dat het gemiddeld tarief per uur onder de drempel van het rechtsvermoeden ligt, voor wiens risico komt dat dan. De opdrachtgever? De opdrachtnemer? Of moet dan uitgezocht worden hoe het tarief tot stand is gekomen en welke partij de grootste stem daarin had?

Zo zijn er nog andere voorbeelden te bedenken. Als er gewerkt op basis van commissie bijvoorbeeld, of op een vergoeding per gereed product. Als het oogmerk daadwerkelijk bescherming van de schijnzelfstandige aan de onderkant van de arbeidsmarkt is, moet die bescherming ook in een groot aantal situaties ingeroepen kunnen worden. Dat lijkt nu niet het geval te zijn.

Met het inbeddingscriterium gaat de overheid op de stoel zitten van bedrijven door voor hen te bepalen wat hun kernactiviteit is.

Opdrachtgevers van zzp'ers mogen niet zelf bepalen wat hun kernactiviteit is. De bedoeling is dat per sector door de overheid wordt vastgesteld wat daarvan de kernactiviteiten zijn. Dat gaat wel heel erg ver. Of het gaat niet ver genoeg en dan levert het louter onduidelijkheid op.

Ook hier wordt op ontoelaatbare wijze ingegrepen in de vrijheid van ondernemerschap. Een ondernemer is prima in staat om zelf te bepalen wat zijn kernactiviteit is. Dat hoeft de overheid niet voor hem te doen, al helemaal niet omdat de overheid voornemens is dit enkel op basis van abstracties voor een hele sector te doen.

Wat wordt dan het uitgangspunt, de SBI-codes zoals door de ondernemer geregistreerd in het handelsregister? Tijdens de coronapandemie is gebleken hoe slordig met die codes wordt omgegaan. Bovendien zijn die codes toegekend aan brede categorieën bedrijvigheden en komt het niet zelden voor dat een onderneming een SBI-code gebruikt die zo dicht mogelijk in de buurt komt van de kernactiviteit maar die de lading niet echt dekt.

Gaan we aansluiten bij algemeen verbindend verklaarde CAO's om te bepalen wat de kernactiviteit is. De diversiteit van bedrijven die vallen onder dezelfde CAO is mogelijk nog groter dan bij de SBI-code.

Een exact op de individuele onderneming toegespitste kernactiviteit, te bepalen door de overheid, is niet mogelijk. Wat is dan nog de waarde van het bepalen van die kernactiviteit? De kans dat de plank wordt misgeslagen is groter dan de kans dat de juiste activiteit wordt benoemd.

Mogelijke oplossing is dat kernactiviteiten zo ruim worden gedefinieerd dat er geen duidelijkheid ontstaat waardoor het criterium inbedding het grijze gebied dat het gezagscriterium nu al veroorzaakt alleen maar verder vergroot.

Dat is onwenselijk en onnodig. De Belastingdienst kan namelijk momenteel al op basis van het Handboek Loonheffing beoordelen op de mate van inbedding in een organisatie. Dat is een beoordeling die plaatsvindt op basis van de daadwerkelijke kernactiviteit van een onderneming en biedt dus ruimte voor maatwerk. Iedere andere wijze van bepalen van de kernactiviteit zal leiden tot onuitvoerbaarheid in de praktijk.

Deze wet leidt eerder tot een explosie van tijdelijke contracten, dan tot een – door dit demissionaire kabinet zo vurig gewenste – terugkeer van het vaste contract.

Dit wetsvoorstel in combinatie met andere aangekondigde maatregelen in de arbeidswetgeving zullen leiden tot een enorme toename van het aantal tijdelijke contracten. Doordat een vast contract nog steeds inhoudt dat bij ziekte twee jaar moet worden doorbetaald, met welke termijn we serieus uit de pas lopen met de ons omringende landen, zijn vaste contracten een groot risico voor bedrijven.

Bovendien leveren vaste contracten onvoldoende mogelijkheden om invulling te geven aan de flexibele schil die ieder bedrijf nodig heeft. Tijdelijke behoefte aan extra medewerkers is immers een gegeven, bij piekmomenten maar ook bij vervanging bij zwangerschap etc.

Ondanks de voorwaarden en beperkingen die gelden voor tijdelijke arbeidscontracten zal de onmogelijkheid om te werken met zzp'ers ertoe leiden dat het aantal tijdelijke arbeidscontracten zal toenemen. De verwachting dat het aantal vaste contracten zal stijgen is op niets anders gebaseerd dan op wensdenken. Dat is al decennialang de enige grondslag onder iedere hervorming van de arbeidsmarkt en waarvan iedere keer weer blijkt dat die emotie geen enkele basis biedt voor resultaat.

Deze wet duwt zelfstandigen in handen van bemiddelaars en uitzendbureaus via wie zij vaak niet willen werken en ontnemt hun de regie op hun bestaanszekerheid.

Kiezen bedrijven niet voor tijdelijke contracten dan resteert weinig anders dan de flexibele schil in te vullen met uitzendkrachten of gedetacheerd personeel. Vanuit de brancheorganisaties van uitzend- en detacheringbureaus hoor je dan ook weinig kritiek op het wetsvoorstel. Dat is niet voor niets. De uitzend- en detacheringbranche zal goed garen spinnen bij deze wet. Wat de maatschappelijke meerwaarde is van een enorme toename van uitzend- en detacheringcontracten zien wij niet in.

Deze wet laat zien dat deze overheid met de rug naar de realiteit toe staat. De arbeidsmarkt ontwikkelt zich richting de toekomst, en niet terug naar het verleden.

De grondgedachte achter deze wet lijkt te stammen uit de jaren 50 van de vorige eeuw. Iedereen zijn hele leven in vaste loondienst bij een werkgever. Maar dat is niet meer waar de huidige en toekomstig werkende op zit te wachten. Werken in loondienst is finaal dichtgetimmerd. Is het niet door de werkgever dan is het wel door de CAO's die ieder dienstverband tot op de vierkante millimeter beheersen.

Veel werkenden zitten daar niet meer op te wachten en willen zelf bepalen hoe, wanneer, met wie en waarom ze werken. Een arbeidsovereenkomst biedt onvoldoende mogelijkheden om zelf de regie op die elementen te behouden en dus zoeken werkenden naar andere mogelijkheden. Het zelfstandig ondernemerschap is zo'n mogelijkheid.

Het getuigt van een doorgeschoten vertrouwen in de maakbaarheid van de samenleving als de overheid denkt dat met dit wetsvoorstel zzp'ers weer in loondienst gaan. Dat gaat niet gebeuren. De samenleving zal een oplossing zoeken en vinden. Werkenden laten zich hun autonomie niet afnemen enkel omdat de overheid een wet aanneemt waarin die autonomie en de keuzevrijheid voor het ondernemerschap worden ingeperkt.

Een voor de hand liggende oplossing is dat zzp'ers hun onderneming inbrengen in een BV. Daarmee zijn ze in één klap af van alle beperkende en betuttelende maatregelen van een bemoeizuchtige overheid en hebben ze geen last van een wetsvoorstel waarvan niet duidelijk is voor welk probleem het een goede oplossing zou zijn.

Oplossing

Kritiek geven is makkelijk. Maar hoe dan wel? Zoals SoloPartners in de aanloop naar het wetsvoorstel, zowel zelf als via VZN, diverse malen heeft duidelijk gemaakt moet de oplossing voor schijnzelfstandigheid niet gezocht worden in het beoordelen van de arbeidsrelatie maar in het beoordelen van de persoon van de ondernemer.

De keuzevrijheid voor het zelfstandig ondernemerschap moet worden gerespecteerd. Dat wil niet zeggen dat er geen voorwaarden verbonden mogen worden aan dat ondernemerschap. Die voorwaarden zijn er ook nu al, de Belastingdienst heeft ze gepubliceerd op haar website.

Dat van zelfstandig ondernemers wordt verwacht dat ze aan die criteria voldoen, is prima. Dat hierop de afgelopen zeven jaar niet is gecontroleerd en gehandhaafd heeft ervoor gezorgd dat er inmiddels sprake is van hele sectoren waarin de kennis en het risicobesef ontbreken. Dat speelt zeker in de zorg. Werken als zzp'er in de zorg is pas echt op grote schaal mogelijk geworden met de inwerkingtreding van de Wkkgz. Dat was in 2016. In datzelfde jaar is de Wet DBA inwerking getreden, waarna zo ongeveer direct het moratorium op de handhaving is ingegaan.

Kortom, in de zorg hebben zowel opdrachtgevers als zzp'ers een achterstand in kennis en risicobesef. Dat gat moet worden gedicht. Maar niet met een wetsvoorstel dat de keuze voor het ondernemerschap onmogelijk maakt en/of het nagenoeg onmogelijk maakt om als zzp'er in de zorg te werken. Daar is de zorg niet bij gebaat, de personeelstekorten zorgen nu al voor grote problemen. Met deze wet zal dat alleen maar erger worden met een nog verdere verschraling van de zorg tot gevolg.

Focus daarom op de persoon van de zelfstandig ondernemer. Als die kan aantonen dat hij voldoet aan de criteria die daarvoor gelden, is het niet meer nodig om de opdracht of de werkzaamheden binnen de opdracht te beoordelen. Op die manier is het betrekkelijk eenvoudig om een beoordelingskader te maken. De ondernemerscriteria zijn immers makkelijker te controleren en te toetsen dan de containercriteria gezag, inbedding en rechtsvermoeden.

Dat Europese regels deze manier van toetsen zouden verbieden, betwisten wij nadrukkelijk. In België en Duitsland wordt op een vergelijkbare manier beoordeeld. Als dat in die landen kan, kan het in Nederland ook. Het lijkt erop alsof de opstellers van de wet zich hebben laten leiden door een te beperkte en onjuiste interpretatie van de Europese regels.

Met inachtneming van het voorgaande dient het wetsvoorstel ofwel te worden ingetrokken ofwel te worden aangepast zodat het aansluit bij de maatschappelijke realiteit en een bijdrage levert aan duidelijkheid met betrekking tot arbeidsrelaties.