

AANGETEKEND

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Postbus 90801
2509 LV Den Haag

Hilversum, 26 oktober 2023

Betreft: reactie op de internetconsultatie van het wetsvoorstel 'Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties' met de einddatum 10 november 2023 voor reacties.

Geachte dames en heren,

Met dit schrijven wensen wij, zonder weergave van persoonsgegevens, inhoudelijk te reageren op de internetconsultatie van het voorgenomen wetsvoorstel 'Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties'. Deze reactie is tijdig, voor de sluitingsdatum van 10 november 2023, ingezonden.

Grondrechten van werkverschaffers en werkenden

In onze visie is de in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van Europese Unie (2000/C 364/01) vastgelegde vrijheid van ondernemerschap een kernwaarde van de arbeidsmarkt in de Europese Unie, ook in Nederland. Dit geldt ook voor de vrijheid van eenieder om een vrijelijk gekozen of aanvaard beroep uit te oefenen en zich te vestigen of diensten te verlenen in iedere lidstaat, bedoeld in artikel 15 van het genoemde Handvest. Beperkingen van deze grondrechten zijn krachtens artikel 52 van het genoemde Handvest slechts toegestaan indien die beperkingen bij wet zijn vastgelegd, noodzakelijk zijn, de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen en daadwerkelijk aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van bescherming van de rechten en vrijheden beantwoorden.

Kortom, de bevoegdheid en de rechtvaardiging van de overheid om deze grondrechten te beperken of te belemmeren is aan strenge voorwaarden onderworpen.

Naar onze opvatting voldoet het genoemde wetsvoorstel niet aan de voornoemde voorwaarden.

Is er voor de overheid een noodzaak om in te grijpen?

Vanuit de voornoemde grondrechten is het primair aan werkverschaffers en werkenden om eventuele onevenredigheden tussen het samenwerken op basis van een arbeidsovereenkomst of op andere wijze op te lossen. Als er in bepaalde sectoren van het bedrijfsleven onevenredigheden tussen de aantallen werkenden op basis van een arbeidsovereenkomst of op andere wijze werken zouden bestaan, heeft de overheid reeds maatregelen getroffen om de (fiscale) voordelen die zelfstandig werkenden genieten, te beperken of af te schaffen. Zoals wij dat zien, is het vervolgens aan werkverschaffers – en niet aan de overheid - om de voordelen van het werken door werkenden op basis van een arbeidsovereenkomst aantrekkelijker te maken dan het werken op een andere wijze.

Daarmee worden de rechten en vrijheden eerbiedigt, zoals hiervoor bedoeld in het genoemde Handvest.

De Memorie van Toelichting maakt naar onze opvatting duidelijk dat het kabinet:

- a. anders dan veronderstellingen, niet kan aangeven dat het door het kabinet veronderstelde probleem, van de onevenredigheid tussen werkenden op basis van een arbeidsovereenkomst en op een andere wijze werken, voorkomt in alle sectoren van de arbeidsmarkt in Nederland;
- b. niet weet in welke omvang het door het kabinet veronderstelde probleem zich in Nederland voordoet;

De punten a en b hiervoor kunnen naar onze mening niet rechtvaardigen dat maatregelen worden getroffen voor de gehele arbeidsmarkt in Nederland en niet slechts voor de betreffende groepen of sectoren daarvan.

Een overweging van het kabinet is voorts dat een te groot aantal zelfstandigen de houdbaarheid van het sociale stelsel in Nederland zou ondermijnen. Het is een gegeven dat het aantal zelfstandigen tot en met 2023 het sociale stelsel in Nederland niet in een mate van enige betekenis heeft aangetast of ondermijnd. Voorts kan het kabinet de omvang van het veronderstelde probleem niet onderbouwd aangeven, zodat de vrees voor de (on)houdbaarheid van sociale stelsel in Nederland niet deugdelijk aannemelijk is gemaakt.

Onze conclusie van het voorstaande is dat het kabinet niet voldoende onderbouwd heeft aangegeven welk probleem het wetsvoorstel beoogt op te lossen, in welke mate dat probleem in Nederland voorkomt en waardoor een noodzaak tot ingrijpen door de overheid op de gehele arbeidsmarkt ontbreekt en volgens het genoemde Handvest niet is toegestaan.

Bij de introductie van het criterium 'werkinhoudelijke aansturing' in artikel 7:610, lid 2, onder a, van het Burgerlijk Wetboek (BW) valt op dat de Advocaat-Generaal (AG) mr. R.H. de Bock van de Hoge Raad in haar conclusie van 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, pagina's 35, onder 'Van instructierecht naar organisatorische inbedding', tot en met 37, reeds heeft aangegeven dat het geven van aanwijzingen of instructies ook voorkomt bij een overeenkomst van opdracht en daardoor geen onderscheidend criterium is (zie ook punt 9.40) en bij de punten 9.44 en 9.71 heeft geconcludeerd dat voor bestrijding van schijnzelfstandigheid het geven van instructies geen hedendaags werkbaar criterium is en in de plaats daarvan 'organisatorische inbedding' een beter hanteerbaar criterium vormt, maar het kabinet in het wetsvoorstel beide criteria introduceert. Kortom, het kabinet wijkt in het wetsvoorstel om onduidelijke redenen af van de conclusie van de AG van de Hoge Raad.

- c. het voor eigen rekening en risico werken in Nederland in het wetsvoorstel wel als uitzondering op het werken op basis van een arbeidsovereenkomst is genoemd, maar die wijze van werken tegelijkertijd aan een enorme hoeveelheid indicaties is onderworpen en niet concreet is aangegeven op welke objectieve wijze, anders dan interpretaties door het kabinet, werkverschaffers en werkenden zelf een verantwoorde beslissing kunnen nemen hoe de wijze van hun individuele samenwerking moet worden gekwalificeerd. Dat onduidelijkheid over het begrip 'ondernemerschap' de huidige praktijk is maakt de uitspraak d.d. 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2220, duidelijk, waarin het Gerechtshof Amsterdam prejudiciële vragen over dat begrip aan de Hoge Raad heeft gesteld. Afhankelijk van de antwoorden van de Hoge Raad op deze prejudiciële vragen zou het mogelijk kunnen zijn dat de in het wetsvoorstel aangegeven indicaties anders worden afgewogen;
- d. de onduidelijkheid over de kwalificatie van het zelfstandig ondernemerschap met de daaraan verbonden gevolgen, anders dan het kabinet heeft verondersteld, ook na invoering van het wetsvoorstel, beoogd per 1 juli 2025, zal blijven bestaan;
- e. het kabinet in het wetsvoorstel het werken als zelfstandig ondernemer (zonder personeel) op onderdelen daadwerkelijk onmogelijk maakt, blijkt wel uit het voorbeeld op pagina 43. punt B3, in de Memorie van Toelichting, waarin het kabinet stelt dat ook het anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst opvangen van 'piek en ziek' niet meer mogelijk zal zijn. Het kabinet maakt het daarmee voor werkverschaffers niet mogelijk om bij 'piek en ziek' op de zelf gekozen wijze maatregelen in hun onderneming te treffen die op dat onderwerp een balans tussen het werken op basis van een arbeidsovereenkomst en het werken op andere wijze bewerkstelligen maar tegelijk ook flexibiliteit op de werkvloer waarborgen.
- f. geen enkele aandacht heeft geschonken aan de reeds ontstane en te verwachten arbeidsonrust en de financiële en maatschappelijke gevolgen voor werkverschaffers en werkenden, zoals ook de gevolgen van een nu nog onbekend aantal zelfstandigen zonder personeel die hun sector zullen verlaten. De analyse van de eerste 100 reacties, zoals gepubliceerd op 24 oktober 2023 op salarisvanmorgen.nl, maken de laatstbedoelde gevolgen op de arbeidsmarkt niet denkbeeldig. Dit klemmt ook temeer, nu er bij het wetsvoorstel geen enkele analyse is gevoegd, waaruit onderbouwd wat de financiële gevolgen voor werkverschaffers zijn tussen de huidige en de beoogde situatie.

Door de punten c, d, e en f hiervoor kan het kabinet niet voldoende onderbouwd aangeven dat het werken als zelfstandige zonder personeel niet in strijd met artikel 16 van het genoemde Handvest, het noodzakelijk is om het werken als zelfstandige te beperken of te belemmeren en/of de voorgestelde maatregelen proportioneel zijn aan de door het kabinet met het wetsvoorstel veronderstelde doelen, waarmee niet is voldaan aan de aan die beperkingen gestelde voorwaarden in het genoemde Handvest.

- g. niet valt in te zien dat het moratorium van de Belastingdienst per 1 januari 2015 wordt afgeschaft en niet is voorzien in een grondslag en wijze van handhaving voor de periode 1 januari tot 1 juli 2025. De Belastingdienst kan gedurende laatstbedoelde periode immers geen wetgeving handhaven, welke nog niet in werking is getreden. Daaraan kan worden toegevoegd dat de AG van de Hoge Raad in de conclusie d.d. 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:587, punt 6.12 en 6.26 stelt dat het een illusie is dat de Belastingdienst de wet DBA effectief kan handhaven, ook als het gezagscriterium is verduidelijkt, waarbij een van 'geval tot geval' benadering bij 1,1 miljoen zelfstandigen zonder personeel niet werkbaar is.

Onze eindconclusie over het wetsvoorstel kan om die reden niet anders zijn dan dat het wetsvoorstel het door het kabinet veronderstelde probleem niet oplost, de van 'geval tot geval' benadering de handhaving ook vanaf 1 juli 2025 niet werkbaar maakt en het wetsvoorstel zonder aangetoonde noodzaak de grondrechten schendt van zelfstandigen zonder personeel.

Effecten van het wetsvoorstel nu al actueel?

Het kabinet stelt op pagina 35, Voetnoot 75, in de Memorie van Toelichting dat als rechtspersonen met elkaar samenwerken, er geen sprake is van werken op basis van een arbeidsovereenkomst, tenzij er sprake is van misbruik waardoor er door de rechtspersoon kan worden heen gezien naar de natuurlijke persoon. Afgezien van het feit dat de Belastingdienst, werkverschaffers en werkenden vele procedures juist op het gebied van samenwerkende rechtspersonen hebben gevoerd en nog voeren, laatstelijk met het arrest d.d. 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:82, van de Hoge Raad tot gevolg, roept de stelling van het kabinet de vraag op of 'alle zelfstandigen zonder personeel in een besloten vennootschap' (hetgeen niet is gemeten in de webmodule), naar het huidige inzicht van het kabinet dan zal leiden tot de conclusie dat in dat geval ook per 1 juli 2015 er geen sprake is van het werken op basis van een arbeidsovereenkomst.

In de praktijk worden ook al initiatieven en ideeën gezien om (groepen van) werkenden in een coöperatie en/ of een besloten vennootschap te laten werken en die coöperatie en/ of een besloten vennootschap de contracten met werkverschaffers te laten sluiten. Ook dit roept de vraag op of in dat geval eenzelfde als de laatstbedoelde conclusie het resultaat is.

Voorts is geconstateerd dat een aantal Ministeries en de Belastingdienst een (meer dan) actieve rol hebben vervuld bij het in juli 2023 tot stand komen van en intentieverklaring met brancheorganisaties in de zorg en de opvattingen die Ministeries en de Belastingdienst tot uitdrukking zullen komen in een nog te publiceren Beheersingsmodel zorg en een Fiscaal kader zzp zorg, welke maatregelen, ondanks het moratorium tot 1 januari 2025, moeten ingaan per 1 januari 2024. De intentie van de genoemde activiteiten voor de zorgsector is niet minder dan het aantal zelfstandigen zonder personeel te verminderen via een door overheidsinstanties actief aangestuurde verklaring met private brancheorganisaties. Kortom, de overheid genereert actief dat, voorafgaand aan de inwerkingtreding van het wetsvoorstel, op basis van door de overheid via private brancheorganisaties aangestuurde criteria, om het werken als zelfstandige in strijd met het Handvest te beperken of te belemmeren, waarbij het volstrekt onduidelijk is hoe het moratorium tot 1 januari 2025 zich verhoudt tot de datum 1 januari 2024. Naar het ons voorkomt, zijn dit soort initiatieven van de overheid, voorafgaand aan het wetsvoorstel, niet alleen in dit wetsvoorstel 'verscholen' activiteiten met private brancheorganisaties maar ook in strijd met het Handvest en het moratorium tot 1 januari 2025 en leiden die initiatieven tot een urgent belang bij werkverschaffers en werkenden in de zorg. Naar het ons voorkomt, is in het wetsvoorstel niet aangegeven in welke verhouding deze initiatieven van de overheid staan tot dit wetsvoorstel, in elk geval tot 1 januari 2025.

Is een rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst met een bepaald (uur)tarief de oplossing?

Het wetsvoorstel introduceert een bedrag van € 32,24 per uur als grens voor de beloning van zelfstandigen zonder personeel. Bij een beloning onder die grens zal een rechtsvermoeden ontstaan dat op basis van een arbeidsovereenkomst wordt gewerkt, wat via de rechter kan worden bestreden.

Als een zelfstandige zonder personeel het bedrag van € 32,24 of meer als beloning ontvangt, geeft het kabinet geen zekerheid aan de zelfstandige zonder personeel dat buiten dienstbetrekking wordt gewerkt en blijft die samenwerking onderworpen aan een beoordeling van de hoofdcriteria van het wetsvoorstel. De Belastingdienst en het UWV mogen zelfstandig geen beroep doen op toetsing van dat rechtsvermoeden.

Het kabinet heeft in de Memorie van Toelichting geen concrete en deugdelijke onderbouwing gegeven van het aantal zelfstandigen zonder personeel die een beloning van minder € 32,24 per uur ontvangen. Het kabinet weet daardoor, anders dan veronderstellingen, niet in welke mate het door het kabinet veronderstelde probleem voorkomt op de arbeidsmarkt in Nederland en of er een probleem is dat door de overheid moet worden opgelost.

Indien een overeenkomst tussen private partijen, ongeacht het overeengekomen tarief, onderworpen is aan een beoordeling op de primaire grondslag, zijnde of wel of niet wordt voldaan aan de criteria van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW, voegt een (uur)tarief geen zekerheid toe. Immers, ook bij een tarief van, bijvoorbeeld, € 25 per uur laat het wetsvoorstel de ruimte dat er nog steeds sprake kan zijn van een andere overeenkomst dan een arbeidsovereenkomst.

Voorts sluit het kabinet op pagina 69 van de Memorie van Toelichting voor het bedrag van € 32,24 per uur aan bij, uitgaande van een 36-urige werkweek, per 1 januari 2024 alleen geldend voor werknemers, 120% van het per 1 juli 2023 geldende minimumloon voor werknemers, vermeerderd met een aantal opslagen voor kosten die een zelfstandig ondernemer als ondernemersrisico maakt. Dit 'hinken op twee gedachten' bij de voor verschillende groepen geldende normen en risico's lijkt onbegrijpelijk.

Immers, aan de ene kant meent het kabinet kennelijk dat kan een zelfstandige (zonder personeel) die een beloning ontvangt van minder dan € 32,24 per uur ontvangt 'werknemer' moet zijn, maar aan de andere kant compenseert het kabinet die 'werknemer' voor kosten die hij als zelfstandige maakt. Dit is een vergelijking van ongelijke elementen en verschillende samenwerkingsvormen.

Het rechtsvermoeden zal daardoor slechts leiden tot meer procedures en/of het verbreken van de samenwerking tussen werkverschaffers en werkenden en niet tot meer zekerheid voor werkenden.

Denkrichtingen voor hervorming van de arbeidsmarkt

Uit de hiervoor genoemde conclusies van de AG van de Hoge Raad blijkt dat de AG gemotiveerd heeft aangegeven dat het hervormen van het stelsel de voorkeur heeft boven verduidelijking van criteria en het van 'geval tot geval' beoordelen. Kortom, het komt de duidelijkheid op de arbeidsmarkt en voor de handhaving ten goede indien er criteria komen, welke recht doen aan de vrijheid van samenwerken en op basis waarvan er een duidelijk onderscheid is tussen het werken als zelfstandig ondernemer en het werken op basis van een arbeidsovereenkomst, waarbij het gezagselement niet doorslaggevend is. Immers, zoals de AG van de Hoge Raad heeft aangegeven, vervagen de vormen van gezag in de wijze van samenwerking op de hedendaagse arbeidsmarkt (gezag in persoon, op afstand of elektronisch).

Het wettelijk uitsluiten van het bestaan van een arbeidsovereenkomst indien rechtspersonen met elkaar (op andere wijze dan op basis van een arbeidsovereenkomst) samenwerken, zou een begin kunnen zijn voor een meer eenvoudig te handhaven onderscheid en een afscheid van de 'geval tot geval' beoordeling en sluit meer aan bij het arrest d.d. 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:82, van de Hoge Raad dat door instanties goed moet worden onderbouwd waarom door een rechtspersoon zou worden heen gekeken naar de eigenaar of eigenaren of bestuurders (waarbij onderbetaling geen enkele rol speelt).

Voor het hebben van meer dan één opdrachtgever geldt in feite hetzelfde.

Deze criteria zijn niet limitatief, maar zijn – anders dan in het wetsvoorstel – volstrekt duidelijk.

Als er na de laatstbedoelde criteria nog groepen van werkenden zijn die een lage beloning voor arbeid ontvangen, dan ligt het in de rede om een ondergrens voor die groep werkenden op te nemen in de Wet minimumuurloon en minimum vakantiebijslag zonder op twee gedachten te hinken (zie hiervoor). Dit geeft die werkenden ook meer zekerheid doordat zij de wettelijke ondergrens voor die beloning niet via de opdrachtgever/werkgever of via de rechter behoeven af te dwingen. Als sprake is van onderbetaling en de opdrachtgever/werkgever weigert dit te herstellen, zal de rechter een vordering zonder meer toewijzen.

Tot slot

Wij menen met de voorstaande reactie niet uitsluitend te hebben aangegeven dat er inhoudelijke bezwaren tegen het wetsvoorstel bestaan, maar ook denkrichtingen te hebben aangegeven waardoor er op de arbeidsmarkt daadwerkelijk meer duidelijkheid komt, aan werkenden meer zekerheid kan worden geboden zonder de vrijheid om te ondernemen aan te tasten en beter is te handhaven.

Voor de duidelijkheid merken wij op dat wij met dit schrijven niet hebben beoogd om ook buiten de onderwerpen van het wetsvoorstel in meer brede zin aanbevelingen voor het arbeidsrecht te doen. Daarvoor zijn andere wetsvoorstellen of vormen van overleg wellicht meer geschikt.