

Consultatiedocument inzake het Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden, van de Nederlandse Vereniging van Rechtskundige Adviseurs (NVRA).

De NVRA heeft met interesse kennis genomen van het consultatiedocument. Hieronder treft u het commentaar aan, opgesteld namens de NVRA.

Algemeen

De voorgenomen wetgeving is een wijziging in wetgeving die zeer veel werkenden zal raken. Dat geldt met name voor diegenen, die nu buiten dienstverband werken of willen werken en die zichzelf zien of aanduiden als ondernemers (vaak aangeduid met termen als zelfstandigen zonder personeel (zzp-er) of freelancers en hun opdrachtgevers (werkgevers)).

Opvallend is gegeven het voorgaande, dat deze wetgeving die een mogelijk ingrijpend gevolg zal (kunnen) hebben op de arbeidsmarkt, onder stoom en kokend water tot stand lijkt te komen. Een zorgvuldige toetsing door en voorlegging aan alle relevante partijen in dit kader (waaronder vertegenwoordigers van de geraakten zoals (vertegenwoordigers van) ondernemers; zzp-ers; werkgevers en werknemers; adviesorganen op het terrein van de (inrichting van de) arbeidsmarkt; adviescolleges en uitvoeringsinstanties) is daarbij cruciaal om de zin, noodzaak en uitvoerbaarheid van de wetgeving, goed in beeld te hebben en krijgen. Dit onderdeel ontbreekt in de memorie van toelichting (MvT) die nu voorligt (zie hoofdstuk 8 MvT; welke overigens ook ontbreekt in de inhoudsopgave bij de MvT).

Hierbij is ook niet duidelijk of alle maatschappelijke partijen die hiervoor genoemd zijn ook geraadpleegd zijn en zullen worden. Wat ernstig mist is dan hun visie op de ingreep die hen (mogelijk) direct zal raken. Vraag is waarom dit zo is. Heeft dit te maken met de gevoelde noodzaak voor snelle invoering? De NVRA meent dat dit de zorgvuldigheid bij afwegingen bij en voor deze wetgeving niet ten goede komt.

De titel bij en van de wetgeving is, zoals de afgelopen jaren gebruikelijk, zeer positief getoonzet. De wetstitel, suggereert, dat er eigenlijk alleen maar iets "verduidelijkt" wordt. Is dat echter wel zo? Uit de memorie van toelichting bij de wet spreekt, dat deze wetgeving niet alleen een verduidelijking inhoudt (of codificatie van jurisprudentie). Sterker, er zijn voldoende argumenten om te menen dat deze wetgeving gekenschetst kan worden als een forse ingreep en zelfs een cesuur in de tot nu toe bestaande arbeidsrechtelijke praktijk. Gegeven dit laatste kan dan ook niet goed een argument of reden gezien worden om een zorgvuldige totstandkoming en consultatie in brede zin achterwege te laten. De NVRA meent dat de titel niet (geheel) de lading dekt. Dat is jammer en misschien zelfs misleidend.

Onderbouwing noodzaak voor en effecten van de wetgeving

De NVRA meent dat het aan te raden en "duidelijk" te verkiezen zou zijn, om ingrijpende wetgevende verandering zorgvuldig, van vele kanten belicht en liefst (breed) gedragen tot stand te laten komen. Hierbij zou idealiter de wetgeving van alle kanten goed gezien dienen te worden, zowel inhoudelijk als wat betreft (mogelijke) effecten. Hierbij hoort een (stevige) onderbouwing van de cijfers over "het probleem" en de effecten van de wetgeving: hoe groot is het "probleem", om wie gaat het, wie raakt het, welke effecten worden er verwacht en wat voor invloed zal de wetgeving hebben op de arbeidsmarkt in bredere zin. Ook een goed instrumentarium om ongewenste effecten (snel) te signaleren en daarop te acteren lijkt de NVRA daarbij een verstandig idee. Van dit alles lijkt hier niet voldoende aanwezig bij deze wetgeving en ook niet nader toegelicht in de MvT. Dit al dan niet ingegeven door spoedeisende (niet nader genoemde) omstandigheden.

Voorgaande oproep tot zorgvuldigheid en goede onderbouwing klemt temeer, omdat de vorige wetgeving in deze lijn (Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties (DBA)) door de staatssecretaris, die de DBA wetgeving voorstond en door hem aangeduid werd als een "no regret option"¹. Dit laatste mag "duidelijk" zijn dat dit toen niet aan de orde was, mede gegeven de geschetste achtergrond(en) in de Memorie van Toelichting bij de huidige wetgeving. Ook nu lijkt het er veel op, dat er geen sprake is van een dergelijke "no regret option". Louter een evaluatie na vijf (!) jaar (hoofdstuk 7 MvT) is dan als "mager" middel aan te duiden om de effecten van de wetgeving te monitoren en mogelijk ongewenste effecten recht te zetten (zo dat al kan en zeker (niet) met terugwerkende kracht). Zeker ook omdat de vorm van monitoring en de nulmeting ook niet nader ingevuld worden in dit wetsvoorstel. Dit dient nog nader opgesteld te worden in aanloop naar de totstandkoming van deze wetgeving. De NVRA zou meer zorgvuldigheid bij de totstandkoming en een duidelijker evaluatiekader, met een "korter op de bal" (sneller dan eerst pas na vijf jaar) evaluatie, voorstaan.

Oplossing van een probleem?

De wet(gever) meent dat er een oplossing dient te komen voor een probleem, dat wordt aangeduid als het bestaan van "schijnzelfstandigen". Wat hier precies mee wordt bedoeld, is ondanks de uitgebreide Memorie van Toelichting niet geheel duidelijk². Om wie gaat het? Om hoeveel mensen gaat het? Wat is het probleem dat

¹ Behandeling in de Eerste Kamer van de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (34036), 26 januari 2016; EK 17-7.

² Dit ondanks dat er wel een definitie terug te vinden is voor wat onder schijnzelfstandigen verstaan kan worden, namelijk in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (4-12-2014; C-413/13).

ontstaat door de aanwezigheid van deze "schijnzelfstandigen"? Wat schort aan het handhavingskader om deze "schijnzelfstandigen" op te sporen en om hen, dan wel hun opdrachtgevers, "aan te pakken"?

Op al deze vragen is het gissen naar een antwoord. Hierbij lijkt deze wetgeving meer ideologisch van aard, dan wel wetstechnisch, zoals gesuggereerd door de titel en ook door hetgeen gesteld in de Memorie van Toelichting (slechts codificering). Daar (ideologie) is natuurlijk niets mis mee, maar dan zou het prettig zijn, als dat openlijk aangeduid wordt. In dit verband is het beeldend, dat in de MvT (pagina 10) staat, dat het "aannemelijk (is) dat een aanzienlijk deel van de toename van werkenden () schijnzelfstandigen betreft". Daarbij wordt aangegeven, dat het mogelijk om rond de 200.000 mensen (dan wel arbeidsrelaties) zou kunnen gaan. Als dit klopt, dan zouden dus in de optiek van de wetgever zo'n 200.000 personen (dan wel arbeidsrelaties) ten onrechte als zelfstandigen of beter gezegd ten onrechte niet in dienstbetrekking werkzaam zijn³. Dat roept om maatregelen. Met ander woorden er wordt een doemscenario geschetst en dan is het logisch dat de wetgever ingrijpt. Niet door te gaan handhaven overigens, maar met behulp van wetgeving, waar de gehele arbeidsmarkt last van zal hebben. Bij deze wetgeving die dit probleem oplost, is het idee (blijkbaar) dat al deze 200.000 (personen) na deze wetgeving wel in dienstbetrekking zullen (gaan) werken. Als dat zo is (aanneمة) dan is het wel zo goed om dit gevolg op de arbeidsmarkt ook te doorgronden en nader te bezien wat de effecten dan zouden zijn.

Is het realistisch om aan te nemen, dat al deze personen (of arbeidsrelaties) dan anders gaan werken en de arbeidsrelatie van hen wel in een dienstbetrekking wordt vorm gegeven? Is het daarbij ook realistisch dat de werkgeevenden op die manier (aangaan dienstbetrekking) daarmee om zullen gaan en al deze personen in dienst zullen nemen? In de MvT (2.4) wordt louter aangegeven, dat als deze wetgeving ingevoerd wordt, het mogelijke effect is dat een deel (!) van de schijnzelfstandigen in flexibel werk terecht komen. Hoe groot dat deel is, is onduidelijk. Maar zorgelijker is de idee en aanname, dat met het in dat onderdeel geschetste pakket aan wettelijke maatregelen deze werkenden (beter) beschermd zouden worden. Is dat gebaseerd op werkelijkheid of op wensdenken? Waar blijkt dit uit? Onderbouwing ontbreekt. Wat zal dan overigens gebeuren met het deel dat niet in dit flexibele werk terecht komt? Hoe dan ook ontbreekt een duidelijke visie op de (beoogde) arbeidsmarkteffecten (MvT 5.3 biedt daarbij geen helderheid) en vooral of deze maatregelen bijdragen aan de beoogde bescherming van schijnzelfstandigen (laat staan een beter functionerende arbeidsmarkt).

De idee van de wetgever, dat er slechts twee keuzes zijn, namelijk werken als

³ Voor een ander beeld op de definiëring en het aantal schijnzelfstandigen, zie de analyse van het online magazine ZiPconomy, van 18-10-2022, waar men komt op de aanname, dat het om 120.000 zzp'ers, oftewel 10% van de zzp'ers zou gaan, met andere woorden 1,3% van de beroepsbevolking.

zelfstandig/ondernemer of in dienstbetrekking bij de opdrachtgever is slechts een beperkte. Zo kan het zo maar ook zijn, dat de belemmeringen die met deze wetgeving worden opgeworpen, op kan leveren, dat de nu als zelfstandige/ondernemer werkende (om niet in dienst van de opdrachtgever te hoeven (gaan) werken), dat, dat deze via een bemiddelaar, detacheringsbureau, payrollbedrijf of een uitzendbureau gaat werken. De NVRA meent dat als dit zo is, het goed is om dit in beeld te brengen en dat dit zo maar kan betekenen dat dit ingrijpende (kostprijsverhogende) effecten op de arbeidsmarkt zal hebben.

Blijkbaar is de basis voor deze wetgeving een verdichtsel van aannames, met een onduidelijk beeld van de effecten ervan. Naar de idee van de NVRA een wankel basis voor wetgeving, met direct de vraag of dit ook een goede basis is om te komen tot wetgeving die ingrijpt in de arbeidsmarkt in de omvang zoals beoogd. In elk geval een duidelijker onderbouwde visie op de (mogelijke) effecten zou daarbij wenselijk zijn.

Een nieuw probleem?

Kijken we nader, dan bestaat de problematiek rond "schijnzelfstandigen" al veel langer (zie ook de MvT; hoofdstuk 1.5). Kort gezegd bestaat deze problematiek naar de idee van de NVRA al sinds eind jaren 70 en begin jaren 80 van de vorige eeuw. Hierbij is er echter minder sprake van een problematiek van "schijnzelfstandigen", maar meer van onduidelijkheid rond de afbakening tussen werkenden, die het werk doen uit hoofde van een zelfstandige beroepsuitoefening dan wel ondernemerschap en degenen die dat doen als werknemer (in de zin van het arbeidsrecht). De term "schijnzelfstandigen" is slechts een methode om mensen aan te duiden die hun werk doen, waarvan op voorhand niet vaststaat dat zij dat doen uit hoofde van een zelfstandige beroepsuitoefening dan wel ondernemerschap of dat zij feitelijk dat werk doen als werknemer. Hierbij lijkt de term in deze wetgeving criminaliserend gebruikt te worden. De suggestie wordt gewekt dat deze "schijnzelfstandigen" zich bewust voordoen als zelfstandigen, wetende dat zij dat niet zijn of soms omdat zij daartoe "gedwongen" zouden zijn (door de werkgevende dan wel door de omstandigheden op de arbeidsmarkt?). In dit verband lijkt de Memorie van Toelichting ook deze suggesties te onderschrijven, zonder dat aantoonbaar is of deze kloppen, dan wel om hoeveel personen of arbeidsrelaties het gaat. Dit klemt vooral ook omdat er geen analyse is over alle aspecten die hierboven worden genoemd rond de samenstelling en omvang van deze groep.

De NVRA meent dat verwacht mag worden van de wetgever, dat de suggestie dat er een (schrijnend) "probleem" is beter in kaart gebracht zou worden, met een heldere analyse van het probleem en welke mogelijkheden er zijn om het probleem aan te pakken of op te lossen. Als dan duidelijk is of zou zijn, dat het probleem alleen met nadere wetgeving in deze vorm en binnen het arbeidsrecht is op te lossen, dat de wetgever dan aangeeft waarom deze voorgenomen wetgeving daarbij dan een

oplossing biedt voor het probleem. Kortom, is deze wet de kortste en minst belastende weg naar een oplossing? De NVRA vraagt zich dat af. In elk geval biedt de MvT op deze vraag niet een sluitend antwoord daarop.

Handhaving

Door verschillende maatregelen van controlerende/handhavende instanties, door regelgeving en door inkadering via jurisprudentie was het "probleem" redelijk overzichtelijk eind vorige eeuw. Daarbij was er wel een onderscheid op het terrein van handhaving op het sociaal verzekeringsrechtelijk terrein en het fiscale terrein. Begin deze eeuw is, kort samen gevat, getracht deze handhaving op beide terreinen dichter bij elkaar te brengen (WAZ-Harmonisatie Ondernemers en Zelfstandigen begrip⁴) om vervolgens de totale handhaving in één hand te brengen, namelijk van de fiscus. Dat mocht aanvankelijk een redelijk succes genoemd worden vanuit de rust die hierdoor ontstond op de arbeidsmarkt. Een forse bijdrage voor het bestaan van deze rust kwam daarbij door de Verklaring Arbeids Relatie⁵, die in de loop der jaren qua werkingsfeer werd uitgebreid. In het kader van deze uitbreiding⁶ werd (binnen drie jaar na invoering van deze wetgeving) een evaluatie toegezegd aan de Kamer. Uit deze evaluatie bleek⁷ dat de VAR door de betrokkenen (werkgevers, ondernemers en zelfstandigen) als succesvol werd ervaren. De Belastingdienst zag echter wel risico's, zonder deze nader te kunnen onderbouwen (zeker niet qua cijfers).

Vanuit feitelijk handhavingsperspectief meende de handhaver, dat de rust minder een succes was. Mede reden hiervoor was, dat handhaving in de vorm van controle, ondanks de vele mogelijkheden daartoe vanuit zowel fiscaal rechtelijk als sociaal verzekeringsrechtelijk terrein⁸, steeds minder werd opgepakt. In lijn met de gevoelde dan wel gesignaleerde risico's werd niet ingezet op meer handhaving, maar resulteerde dat feitelijk in de afschaffing van de VAR via de wet DBA⁹. Bij deze wet DBA werd evenmin als bij deze wet veel aandacht geschonken aan de objectieve onderbouwing voor de redenen voor die wetgeving. De NVRA meent dat de vraag zich

⁴ Zie de brief van de staatssecretarissen van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Financiën en de minister van Economische Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 16 mei 2000 nr. 161, Kamerstuk 24 036 Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit.

⁵ De eerste versie werd bij wet van 20 december 2001, houdende wijziging van de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen en enige andere wetten in verband met de invoering van een zelfstandigheidsverklaring ingevoerd met ingang van 1-1-2002.

⁶ Wet uitbreiding rechtsgevolgen VAR van 23-12-2004.

⁷ Brief aan de Kamer van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, d.d. 7 februari 2008, 31348 Evaluatie Wet uitbreiding rechtsgevolgen VAR.

⁸ Zie onder meer de Wet financiering sociale verzekeringen van 16 december 2004, houdende regels betreffende de financiering van de sociale verzekeringen.

⁹ Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties van 3 februari 2016, waarbij besloten werd de Verklaring arbeidsrelatie af te schaffen met het oog op de bevordering van deregulering, verbetering van de balans tussen de verantwoordelijkheid van opdrachtgevers en opdrachtnemers voor de presentatie van hun onderlinge arbeidsrelatie richting de Belastingdienst en verbetering van de handhaafbaarheid van de gevolgen van het onderscheid tussen de verschillende vormen van inkomen uit tegenwoordige arbeid.

opdringt of nu bij deze voorgenomen wetgeving, opnieuw niet op basis van aannames en gevoelens besloten wordt tot maatregelen en dat nu ook een evaluatiekader ontbreekt, dat kort na invoering van deze wetgeving beziet wat de effecten zijn, net zoals bij de wet DBA ontbrak.

Zoals gezegd is na de wet DBA de handhaving zo goed als geheel opgehouden. Hieruit zou de conclusie getrokken kunnen worden, naar de idee van de NVRA, dat de problematiek waar nu een oplossing met deze wetgeving voor wordt gezocht, minder een probleem van de arbeidsmarkt is, als wel een probleem van de overheid en wel met name vanuit de handhaving door de overheid.

De "grip" op de wijze waarop arbeidsrelaties worden vorm gegeven en vooral de handhaving in het licht van de beoordeling van de aard van de arbeidsrelaties (wel/niet een arbeidsovereenkomst), is uit beeld geraakt. De idee die dan ook kan bestaan, door deze wetgeving en de wijze van vormgeving, is, dat doordat de overheid en met name de handhaver enerzijds handhavingsinstrumenten uit handen gaf, maar anderzijds de wel bestaande instrumenten niet gebruikt(e), dat er nu een noodzaak wordt gezien voor een ingreep in deze zin in het arbeidsrecht. Dat is iets anders dan alleen verduidelijking van de wet en regelgeving.

De NVRA meent dat als dit (gebreken in de handhaving als basis voor de wetgeving) zo is, dat dit zorgwekkend is, zeker omdat dit niet duidelijk in de MvT als oorzaak geduid wordt, anders dan in het slot van 2.1.3 van de MvT waar aangegeven wordt dat deze wetgeving ondersteunend (is) aan het verbeteren van de handhaving.

Naar de idee van de NVRA is dit niet onbelangrijk om expliciet te benoemen, als dit daadwerkelijk de achtergrond bij en basis voor de voorgestelde wetgeving is. Hierbij is het meteen de vraag, waarom niet eerst alle bestaande handhavingsinstrumenten goed benut zouden (moeten) worden voordat deze (ingrijpende) wetgeving over de arbeidsmarkt wordt gelegd. De suggestie dat dit komt omdat voor werkenden en werkgevers de wetgeving niet geheel duidelijk is (zie 1.5,3 MvT), zou net zo goed gelezen kunnen worden als dat voor de handhavende instantie deze wetgeving niet duidelijk is (of was) en dat deze handhavende instantie er ook niet in slaagde om dit (intern en extern) uit te leggen. Met andere woorden wordt "het probleem" van de handhavende instantie nu leidend voor de aanpassingen zoals beoogd in deze wetgeving, met mogelijk zeer ingrijpende gevolgen voor de arbeidsmarkt, hun deelnemers en de economie.

Naar de idee van de NVRA wordt daarmee een probleem van de handhaver tot een probleem van de burger gemaakt. Het uitgangspunt dat hierbij wordt gehuldigd door de wetgever en de handhaver is, dat primair de burger verantwoordelijk is voor het zich houden aan de spelregels (wetgeving). Echter lijkt het erop, dat ook nog eens van de burger verwacht dat zij de handhaver niet alleen helpt bij, maar vooral verantwoordelijk wordt voor voorkoming van de (noodzaak tot) handhaving.

De NVRA meent dat handhaving een wettelijke taak en plicht is, die door de burger via wetgeving bij de overheid is neergelegd. In dit verband meent de NVRA dat van de overheid verwacht mag worden, dat zij de handhaving zodanig inricht en vorm geeft, dat de burger erop mag vertrouwen dat dit op een zorgvuldige, eerlijke, zo min mogelijk de burger belastende en een verantwoordelijke manier plaatsvindt. Nu lijkt het erop, dat de handhaver in feite in het geheel terugtreedt en zijn taak als handhaver/marktmeester, of hoe dan ook aan te duiden, weigert op te pakken en overlaat aan de markt/burger. Dat is naar de mening van de NVRA niet in lijn met de democratische taakverdeling die de basis is voor de huidige wet en regelgeving in Nederland.

De wetgeving in delen

De wet streeft twee hoofddoelen na, te bereiken door een verduidelijking van de scheidslijn tussen zelfstandigen en werknemers enerzijds en een introductie van het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst anderzijds, zo wordt gesteld (MvT 2.1.1.).

Allereerst ten aanzien van het eerste onderdeel van deze wetgeving, namelijk de verduidelijking van de genoemde scheidslijn tussen zelfstandigen (ondernemers) en werknemers. Het huidige arbeidsrecht, maar in feite ook het fiscale en sociaal verzekeringsrecht kent niet zo'n (wettelijke) scheidslijn tussen het zijn van werknemer en het zijn van ondernemer/zelfstandige ingebed in wetgeving. Voor alle begrip zij gemeld dat het heel goed mogelijk is om als werknemer te werken, ook al is men daarnaast of tegelijkertijd een ondernemer of zelfstandige. Sterker, het is zelfs goed mogelijk om als werknemer te werken en om dan de inkomsten uit die werkzaamheden die men geniet als werknemer te trekken (absorptie¹⁰) binnen de onderneming die men (daarnaast) drijft.

Het arbeidsrecht kijkt (zie de overvloedige jurisprudentie op dit terrein) naar de aard van de arbeidsrelatie tussen werkgevende en de werkende om deze in het licht van alle omstandigheden van die situatie (aangeduid als holistisch) te kunnen duiden. Dan kan het dus heel goed zo zijn dat iemand die overigens als ondernemer werkzaam is, in een bepaalde (arbeids)relatie als een werknemer werkt (of als zodanig aangeduid kan worden). Er is geen sprake van een waterkering in het arbeidsrecht tussen het zijn van ondernemer of zelfstandige en het zijn van werknemer. De arbeidsrelatie tussen werkgevende en werkende dient in het huidige arbeidsrecht op zijn eigen merites gezien te worden. Aan de hand van die merites dient naar de mening van de NVRA beoordeeld te worden of de relatie als een arbeidsovereenkomst aangeduid dient te worden.

¹⁰ Absorptie is toegestaan wanneer aan twee voorwaarden is voldaan. De werkzaamheden in dienstbetrekking staan in nauw verband met die in de onderneming en nemen in het geheel van de ondernemingsactiviteiten een ondergeschikte plaats in.

Hierbij is (anders dan in de MvT 2.1.1.2 aangegeven) het niet zo, dat werkgevende en werkende nu niet weten hoe zij de arbeidsrelatie moeten vorm geven. Dit is een onjuiste weergave van de huidige stand van zaken op de arbeidsmarkt. Het vormgeven is niet het probleem, maar de uitwerking van de vormgegeven arbeidsrelatie in de praktijk (dus de uitkomst) en vooral de visie hierop van de overheid (de handhaver) is het "probleem". Voor een helder beeld: de aanduiding werkgevende en werkende geeft de arbeidsrelatie met alle mogelijke hulpmiddelen vorm (bijvoorbeeld in de afgelopen jaren zoals gebruikelijk is geworden, met een modelovereenkomst afgestemd met de Belastingdienst), opdat er geen sprake zou zijn van een arbeidsrelatie die oplevert dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Het "probleem" is dan dat de feitelijke uitkomst, gegeven de aard van de relatie tussen de partijen in het licht van het arbeidsrecht, dat er (toch) sprake is van een arbeidsovereenkomst, met dus het risico, dat de handhaver dan tot maatregelen zou kunnen overgaan. Dat is geen gebrek aan inzicht in regels of vormgeving bij werkgevende en werkende, maar een direct gevolg van de bestaande systematiek van het arbeidsrecht, waarbij wezen (de feitelijke situatie) vóór vorm (overeenkomst) of zoals de MvT aangeeft, vóór schijn gaat. Het probleem zit naar de mening van de NVRA echter niet in het (onduidelijke) arbeidsrecht, maar de onduidelijke koers, die de overheid via haar handhaver vaart bij het beoordelen van arbeidsrelaties.

De wetgever geeft aan dat zekerheid vooraf (voor aangaan van een arbeidsrelatie, dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst) goed is, maar tegelijkertijd, dat de wetgever niet streeft naar volledige zekerheid. De argumentatie daarvoor zoals opgenomen in de MvT (2.1.4) is, zoals de wetgever aangeeft, gebaseerd op de dynamische praktijk van de arbeidsmarkt. De wetgever geeft aan daar niet te rigide (via statische wetgeving) op in te willen grijpen. Nu grijpt de wetgever echter wel in, maar wil dan niet (waar de arbeidsmarkt juist om vraagt) die helderheid vooraf geven. Waarom wel een ingreep, maar niet zekerheid vooraf geven? Uit deze toelichting wordt het naar de idee van de NVRA niet duidelijk waarom niet.

Volledige zekerheid lijkt de NVRA inderdaad een (te) hoog gegrepen doel, maar enige zekerheid vooraf zou toch wel wenselijk zijn. Sterker gezegd, de arbeidsmarkt schreeuwt daar om. Waarom dan niet daaraan toegegeven, dan wel meer inspanning daarin gestopt om dat te geven? Voor de NVRA blijft onduidelijk waarom niet voor een meer duidelijkheid vooraf scheppende systematiek wordt gekozen (of naar terug gegrepen). Dat lijkt een gemiste kans.

Dat niet gekozen wordt voor een systematiek waarbij de partijbedoeling doorslaggevend is, zoals aangegeven in de MvT (2.1.4) is in feite al een lang gepasseerd station, omdat de jurisprudentie (zie hiervoor wezen voor vorm of schijn) al lang die lijn hanteert. In die zin levert deze wetgeving geen nieuwe inzichten.

Dat niet gekozen wordt voor juist een inkadering van de mogelijkheid om vooraf duidelijkheid te bieden aan partijen als de bedoeling is om niet een

arbeidsovereenkomst aan te gaan, is zoals gezegd een gemiste kans. Zo zouden spelregels waar de partijen zich aan moeten houden om in ieder geval door de wetgever en handhaver inderdaad niet aangemerkt te worden als werkgever en werknemer bij uitstek hier uitkomst bieden, waar de arbeidsmarkt al jaren om vraagt. Of een dergelijk zekerheid vooraf past bij het arbeidsrecht is sterk de vraag (en die vraag stellen is misschien hem meteen beantwoorden), maar aan die behoefte kan wel op een andere manier worden tegemoet gekomen, zo heeft het verleden geleerd.

De systematiek van de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR), als tegemoetkoming aan deze behoefte van zekerheid vooraf, hoeft daarbij niet opnieuw gekozen te worden, omdat daar blijkbaar bezwaren tegen bestaan. Een vergelijkbaar effect kan ook bereikt worden via een set aan te publiceren toetsingscriteria door de wetgever, waar de handhaving zich aan houdt en committeert naar de werkende en werkgevende toe. De idee van regels voor wie wanneer en onder welke voorwaarden als ondernemer dan wel zelfstandige aangemerkt kan/mag worden (en als zodanig aangemerkt wordt in fiscaal en sociaal verzekeringsrechtelijk opzicht) en waar de grens ligt met de toepasselijkheid van het arbeidsrecht is niet nieuw¹¹, maar zou wel veel zekerheid bieden. Zeker in combinatie met een grens ten aanzien van de duur en omvang van een arbeidsrelatie met iemand die voldoet aan de hiervoor genoemde criteria, maar dan door overschrijding van deze duur en omvang toch aangemerkt zal gaan worden als werkend in dienstbetrekking. Dat kan bijvoorbeeld door middel van een aanvulling op de huidige systematiek van regelgeving op het terrein van de fictieve of gelijkstelling met een dienstbetrekking¹². In deze wetgeving wordt echter vreemd genoeg het begin van zekerheid in de vorm van regels over welke aspecten zekerheid geven over het zijn van ondernemer of zelfstandige niet opgenomen. De wetgever stelt dit nog nader (te gaan) in te vullen via een AMVB. De NVRA meent, dat het de helderheid van de wetgeving zeer zou helpen als de inhoud van deze AMVB wel meegenomen zou zijn bij deze consultatie. Dit om een beter en completer beeld te krijgen hoe deze in onderling verband te kunnen duiden.

Dit wetvoorstel geeft aan, dat het gebaseerd is op bestaande jurisprudentie. Als dit zo is, dan zou het naar de mening van de NVRA goed zijn geweest (al was het maar voor een beter begrip), dat deze jurisprudentie in onderlinge samenhang en nader aangeduid, zou aangeven wat wel dan wel niet is overgenomen.

De wetgever kiest met deze wetgeving, zoals eerder gezegd voor een breuk in de huidige systematiek, dat het arbeidsrecht zich richt op het regelen (en duiden) van de arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer en zich niet richt op de afbakening naar degenen/relaties die niet onder het arbeidsrecht vallen (zoals arbeidsrelaties met ondernemers en zelfstandigen). Waar tot nu toe (en in feite ook na deze wetgeving)

¹¹ Vergelijk de regel set van de Sociale Verzekeringsraad (SVr) Circulaire nr. 598 22 maart 1977.

¹² Vergelijk de fictieve dienstbetrekking en de gelijkgestelde dienstbetrekking geregeld in het Uitvoeringsbesluit Loonbelasting 1965 (Stb. 1965, 202) en het Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd (KB 24 december 1986, Stb. 655).

de systematiek is, dat het arbeidsrecht zich richt op het regelen of en wanneer er sprake is van een arbeidsovereenkomst en in aanpalende wetgeving (fiscaal en sociaal verzekeringsrechtelijk) aansluitende regels gesteld worden ter regeling van arbeidsrelaties die niet als een arbeidsovereenkomst aangeduid (kunnen) worden. De opzet van deze wetgeving lijkt met deze systematiek te breken, zonder dat er voldoende duidelijk is of deze noodzaak er ligt in het arbeidsrecht of (zoals hiervoor al aangegeven) in andere wet- en regelgeving.

De regels inzake wanneer een arbeidsrelatie gelijkgesteld kan worden met of aan een arbeidsovereenkomst, of juist regels wanneer deze niet gelijkgesteld kan (moet) worden, bijvoorbeeld omdat er sprake is van een hoedanigheid van de contractspartij (zelfstandige of ondernemer) en daardoor een gelijkstelling met een arbeidsovereenkomst uitsluiten, worden als het ware binnen het arbeidsrecht getrokken. Deze voorgenomen wetgeving trekt als het ware het onderliggende regelende recht vanuit andere wetscomplexen (fiscaal en sociaal verzekeringsrechtelijk) (gedeeltelijk) in het arbeidsrecht. Naar de mening van de NVRA is het sterk de vraag of dit enerzijds past bij slechts de codificatie van jurisprudentie en anderzijds bij de tot nu toe bestaande systematiek van het wetgevingscomplex zoals hiervoor kort aangeduid. Hierbij kan de vraag gesteld worden (en de vraag stellen is deze ook beantwoorden) waarom de wetgever niet meer inzet op versterken van de aanpalende wet en regelgeving en vooral de handhaving van deze aanpalende wet en regelgeving. Dat kan goed door bijvoorbeeld regels die nu (vermoedelijk) in de AMVB gesteld gaan worden bij deze wetgeving, neer te leggen in de reeds bestaande aanpalende regelingen. Naar de idee van de NVRA is dat enerzijds meer logisch in het licht van de huidige wetsystematiek en anderzijds ook minder belastend qua wetgevend traject. Ook kan dan sneller geacteerd worden bij een (noodzakelijke) aanpassing mochten de regels niet het beoogde effect bewerkstelligen.

De NVRA meent gegeven de opzet en timing van deze wetgeving dat dit wetsvoorstel met name gebaseerd is op de recente uitspraak van de Hoge Raad inzake Deliveroo¹³. In deze uitspraak worden door de Hoge Raad een achttal aspecten genoemd, die in onderlinge samenhang een kader bieden voor de beoordeling of een arbeidsrelatie aan te merken is als een arbeidsovereenkomst:

- Aard en duur van de werkzaamheden;
- De wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald;
- De inbedding van het werk en degene die de werkzaamheden verricht;
- Wel/niet verplichting het werk persoonlijk uit te voeren;
- Wijze waarop de contractuele regeling tussen partijen is tot stand gekomen;

¹³ ECLI:NL:HR:2023:443; uitspraak d.d. 24-3-2023.

- Wijze waarop de beloning wordt bepaald en wordt uitgekeerd;
- Hoogte van de beloning, en de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt;
- Gedraagt degene die de werkzaamheden verricht, zich in het economisch verkeer als ondernemer of kan hij/zij dat.

Het wetvoorstel verengt deze acht elementen tot drie hoofdelementen:

- werkinhoudelijke sturing;
- organisatorische inbedding en
- werken voor eigen rekening en risico.

In het wetsvoorstel is echter feitelijk een nog verdere “verenging” aangebracht, door het werken voor eigen rekening en risico alleen in beeld te brengen als de eerste twee elementen niet overwegend aanwezig zijn binnen de arbeidsrelatie (en dan dus een arbeidsovereenkomst opleveren en niet toegekomen wordt aan het derde element) en daarnaast het werken voor eigen rekening en risico alleen te bezien als dit aspect binnen de arbeidsrelatie aan de orde is.

De NVRA had het op prijs gesteld, voor een goed beeld van de argumenten van de wetgever, om te komen tot enerzijds deze drie hoofdelementen en anderzijds de verenging zoals hiervoor geschetst, dat de wetgever hieraan een (grondige) analyse zou hebben gewijd in deze voorgenomen wetgeving en in de MvT. Nu is het in feite gissen waar deze opzet vandaan komt. De conclusie van de wetgever, dat deze opzet direct af te leiden is uit jurisprudentie, is, naar de mening van de NVRA, wat mager beargumenteerd.

Zo duidelijk als de wetgever doet voorkomen is de jurisprudentie ook nog niet uitgekristalliseerd op dit terrein (logisch gegeven de zeer recente uitspraak van de Hoge Raad inzake Deliveroo). Dit blijkt ook onder meer uit de onlangs (3-10-2023) door het Hof te Amsterdam¹⁴ aan de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen over hoe het begrip ‘ondernemerschap’ in het Deliveroo-arrest ten behoeve van de beoordeling van een arbeidsrelatie is te duiden. Kortom, de NVRA meent dat de huidige voorgenomen wetgeving zeker niet als een codificatie van staande jurisprudentie is aan te duiden en in dit verband mogelijk als prematuur aan te merken is.

Rechtsvermoeden

De wetgeving introduceert een rechtsvermoeden dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor degene die, kort gezegd minder dan een € 32,24 per uur verdient bij het verrichten van arbeid voor een ander. De argumentatie om te komen met een rechtsvermoeden, namelijk ter bescherming van specifieke kwetsbare

¹⁴ ECLI:NL:GHAMS:2023:2220.

werkenden is niet nader onderbouwd. Opnieuw roept dit de vraag op over wie we het hebben? Hoeveel personen raakt dit? Waarom zouden deze personen geholpen worden door dit rechtsvermoeden? In hoeverre worden zij beter beschermd, zoals aangegeven in de MvT (2.1.5). Ook is het bijzonder dat de wetgever niets aangeeft over een eerdere poging op dit terrein, met weliswaar een andere systematiek, namelijk een minimum uurtarief voor zelfstandigen¹⁵, maar die uiteindelijk niet is doorgezet en waarvoor natuurlijk een argumentatie was die mogelijk interessant is voor beoordeling van dit wetsvoorstel¹⁶. De groep van werkenden die door dit wetsvoorstel wordt getroffen is beduidend groter dan de groep in het niet aangenomen wetsvoorstel uit 2019, om het simpele feit dat het eerder om een ongeveer tweemaal zo laag uurloon ging¹⁷. De NVRA meent dan ook dat het goed zou zijn als de wetgever aan zou geven, waarom nu dit voorstel wel draagvlak zou hebben en het vorige wetsvoorstel niet.

De NVRA neemt aan dat dit wetsvoorstel met dit rechtsvermoeden lang niet de gehele groep van schijnzelfstandigen zal raken, waar het gehele wetsvoorstel over gaat¹⁸, ondanks dat dit niet geheel duidelijk wordt uit het wetsvoorstel. Waarom kan door middel van het huidige handhavingsareaal niet voorzien worden in de bescherming van deze kwetsbaren? Ook hier ontbreekt nadere context.

Het huidige arbeidsrecht kent reeds een rechtsvermoeden in de vorm van artikel 7:610a BW¹⁹. Gegeven het al langjarig bestaan van deze systematiek en meer specifiek dit rechtsvermoeden zou het goed zijn als de wetgever inzicht zou geven in het "succes" van dit rechtsvermoeden. Dit zeker in het licht van de aangegeven redenen om met het nieuwe rechtsvermoeden te komen. Heeft dit rechtsvermoeden bijgedragen aan een betere bescherming van de werkenden die daardoor geraakt zijn? Heeft dit rechtsvermoeden geleid tot relevante inzichten over de mogelijkheden tot en succes om te komen tot afdwingen van een arbeidsovereenkomst met behulp van deze systematiek? Het antwoord kan gevonden worden in de aantallen en de succesvolle procedures in het licht van dit rechtsvermoeden. De MvT laat een en ander in feite in het midden (MvT 4.3.4), alhoewel de wetgever aangeeft "de indruk" te hebben dat er gebruik van wordt gemaakt, maar slechts zeer beperkt. De NVRA meent dat het de kwaliteit van de wetgeving zou kunnen helpen om inzicht te bieden en te krijgen bij de keuze om een nieuw rechtsvermoeden in te voeren in het licht van de ervaring(en) met het al bestaande rechtsvermoeden.

¹⁵ Concept Wet minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring van 28-10-2019.

¹⁶ Zie de voortgangsbrief 'werken als zelfstandige' d.d. 15-06-2020, van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Kamer.

¹⁷ Toen € 16,- per uur.

¹⁸ Gaat het om honderden of duizenden personen of arbeidsrelaties? Welk percentage van het totale aantal zelfstandigen, dan wel van het aantal van 200.000 schijnzelfstandigen? Dat is niet op te maken uit het wetsvoorstel.

¹⁹ Gedurende drie opeenvolgende maanden wekelijks voor ten minste 20 uur werken levert een vermoeden van een arbeidsovereenkomst op.

De wetgever geeft helder aan, dat dit (nieuwe) rechtsvermoeden niet zal leiden tot een betere handhaving door haarzelf. In feite geeft zij aan, dat het een extra instrument is voor werkenden om in een relatie met een werkgevende "af te dwingen" dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. De vraag is of dit bijdraagt aan een beter functionerende arbeidsmarkt. De wetgever heeft echter de verwachting, dat er een groot preventief effect uitgaat van dit rechtsvermoeden. De opsomming van redenen die de wetgever in de MvT voorbij laat komen, kan met dezelfde redenering ook als argument voor juist geen of slechts een beperkt effect worden gebruikt. De vraag die de NVRA zich dan stelt is of er hier sprake is van wensdenken in weerwil van de indrukken die er zouden kunnen bestaan op basis van de eerdere ervaring met het al bestaande rechtsvermoeden?

In feite laat de wetgever door dit rechtsvermoeden op te nemen in het wetsvoorstel, het aan de werkende over, als deze een lager uurloon verdient dan het genoemde bedrag, om op te treden (te claimen). Terecht merkt de wetgever daarbij op, dat dit (als dit al gebeurt) dan wel met hulp zal (dienen te) gebeuren. Het verhogen van het doenvermogen (5.1.1.3) van de werkende met invoering van dit rechtsvermoeden is, naar de idee van de NVRA, gebaseerd op wensdenken. Immers het doen is iets anders dan het kunnen (of mogen). De wet geeft een mogelijkheid om iets te kunnen doen, maar dat houdt niet in dat het doen (en dus het doenvermogen) ook daar daadwerkelijk uit voortvloeit (of is verhoogd).

Welke bescherming biedt dit rechtsvermoeden deze werkenden dan feitelijk? De NVRA is bevreesd, dat er door dit rechtsvermoeden sprake is van het creëren van een vijandbeeld tussen werkgevende en werkende op het moment dat er een uurloon lager dan het genoemde bedrag wordt verdiend en er geen arbeidsovereenkomst wordt aangegaan. Dat legt mogelijk een druk op dit soort relaties, waarvan het de vraag is of dit bijdraagt aan een betere en soepeler functionerende arbeidsmarkt. Dient een werkende met een lager uurloon zich te allen tijde te voorzien van juridische bijstand om zijn recht af te dwingen? Wat zijn de (maatschappelijke) kosten voor de werkende om dit af te dwingen? Vragen waarop naar de idee van de NVRA ook een antwoord verwacht had mogen worden van de wetgever.

Verder gaat het hierbij, anders dan in de MvT staat, niet om lager betalen dan het geldende uurtarief (voor dat werk conform SER-MLT advies) en dus voorkomen van misstanden op de arbeidsmarkt, maar om een categorisch genoemd uurtarief. Dus er is geen sprake van tegengaan van misbruik, maar slechts een knip gebaseerd op de hoogte van het uurtarief. De NVRA vraagt zich af of de wetgever zich ervan bewust is dat er voor een heleboel arbeidsrelaties sprake is van een lager uurloon dan het genoemde bedrag.

Verder vraagt de NVRA zich af, waarom er voor personen met een lager dan genoemd uurloon, sprake zou dienen te zijn van een (rechtsvermoeden van het bestaan van een) arbeidsrelatie, die oplevert dat er sprake is van een dienstbetrekking en niet

voor personen met een hoger uurloon? Draagt dit bij aan een gelijkwaardige behandeling van lager betaalden ten opzichte van hoger betaalden op de arbeidsmarkt? Kan men spreken van een vorm van discriminatie, en zo nee, waarom niet? Worden lager betaalden hiermee niet meer verantwoordelijk gehouden voor het afdwingen van een arbeidsovereenkomst, dan hoger betaalden? Kortom, zet dit rechtsvermoeden de arbeidsmarkt niet (onnodig) onder druk? Is het in feite zo, dat de wetgever meent dat een lager betaalde zijn werk niet buiten een dienstverband mag doen, bijvoorbeeld als zelfstandig ondernemer? Voorgaande vragen stellend kan de NVRA niet anders dan concluderen dat de wetgever zich in elk geval zou moeten buigen over deze vragen en deze meenemen in de afwegingen bij het ontwerp van de voorgenomen wetgeving.

Vrijheid tot ondernemen

De vrijheid van ondernemerschap is een Europees grondrecht (artikel 16 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie). Dit grondrecht staat door deze wetgeving onder druk. Wel wordt in de wetgeving verschillende malen gewezen op de Europese wetgever waarbij de noodzaak genoemd wordt dat – als er sprake is van werken voor een ander - er dan dwingendrechtelijk sprake is (of zou moeten zijn) van een arbeidsovereenkomst (zie MvT 2.1.3 ii en 3.7). Vermelding van dit grondrecht blijft buiten beschouwing, behoudens de aanduiding dat het met de beoogde wetgeving te introduceren rechtsvermoeden (uurtarief), er geen sprake is van belemmering van vrij verkeer van vestiging of vrijheid van dienstverrichting (MvT 4.5). Een onderbouwing bestaat hierbij slechts uit de verwijzing, dat dit rechtsvermoeden geen belemmering tot ondernemen is, maar een wapen voor de werkende om de werkgevende goed te laten nadenken of er toch niet sprake is van een arbeidsovereenkomst op het moment dat hij/zij zaken doet met de zich als ondernemer voordoende lage uurloon werkende. Dit riekt er in feite naar, dat alle risico's afgewenteld worden op de werkgevende op het moment dat hij zaken doet met iemand met een laag uurloon. Anderzijds suggereert deze wetgeving dat ondernemen met een laag uurloon in principe niet goed denkbaar is. Met andere woorden: ondernemen mag wel aan de bovenkant van het loongebouw, maar niet onderin het loongebouw? De NVRA vraagt zich af er hierdoor wel sprake is van een gelijk speelveld voor en het gelijk behandelen van elke werkende, hoe hoog ook zijn uurloon. Daarbij legt de wetgever in feite een druk op de arbeidsrelatie van de met een laag uurloon werkende, niet allen voor de werkgevende, maar ook voor de werkende. Precies het omgekeerde als wat (vermoedelijk) wordt beoogd.

Ook in breder zin dan alleen wat betreft het rechtsvermoeden is de tendens van deze wetgeving dat er een noodzaak is tot terugdringen van het aantal zelfstandige ondernemers of althans diegenen die zich als zodanig op de arbeidsmarkt begeven (de schijnzelfstandigen). De wetgever geeft daarbij aan, dat er een meer gelijk

speelveld zou moeten bestaan of gecreëerd moeten worden tussen de verschillende soorten werkenden (zelfstandigen en werknemers). Hiertoe neemt zij ook maatregelen, die kort gezegd neerkomen op het onaantrekkelijker maken van het zijn van zelfstandige/ondernemer.

De suggestie, dat er sprake is van een ongelijk speelveld, wordt niet nader onderbouwd in de MvT. De NVRA zou het op prijs hebben gesteld als deze suggestie ook daadwerkelijk nader onderbouwd zou zijn, met objectief en verifieerbare cijfers. Dat zou bijdragen aan een afgewogen totstandkoming van besluitvorming bij de totstandkoming van dit wetsvoorstel enerzijds en bij de beoordeling ervan.

Verder staat vast dat de problematiek waar deze wetgeving en de aanpalende maatregelen (zoals hiervoor genoemd) een oplossing voor zou moeten bieden zou draaien om rond de ongeveer 200.000 schijnzelfstandigen (zoals door de wetgever gesteld²⁰). Dan is het naar de mening van NVRA bijzonder, dat terwijl het om een beperkt percentage van de zelfstandigen/ondernemers in zijn totaliteit gaat, maatregelen getroffen worden die alle zelfstandigen/ondernemers treffen. Kort gezegd, velen moeten lijden, terwijl het doel is om een beperkte groep te beschermen.

Hierbij kiest de wetgever, ondanks dat in de een en twintigste eeuw zelfstandig werken buiten dienstverband meer en meer omarmd wordt, voor een andere inrichting van de arbeidsmarkt en daarbij een terugdringing van het zelfstandig ondernemerschap. Deze wetgeving kiest voor een terugkeer naar het (vaste) dienstverband als anker voor de arbeidsmarkt. De wetgeving lijkt in deze dan ook minder aandacht te hebben voor de ontwikkelingen in de samenleving en voor wat werkenden en werk- en opdrachtgevers zelf willen. Op zich natuurlijk een valide uitgangspunt in het licht van een politieke en maatschappelijke visie op de arbeidsmarkt, maar het wetsvoorstel spreekt dit niet uitdrukkelijk uit als reden om deze vorm te kiezen. De NVRA heeft er de voorkeur voor dat de wetgever helder(der) aangeeft dat hier ook sprake is van een keuze, in plaats van een gegeven volgende uit jurisprudentie of Europeesrechtelijke verplichtingen.

Deze reactie mag openbaar worden gemaakt. Namens het bestuur van de NVRA,

Mevrouw mr. Wil van den Herik,
Secretaris.



²⁰ Zie noot 3, waar aangegeven wordt dat het mogelijk om een stuk minder personen/arbeidsrelaties gaat.