

REACTIE VAN TMI OP HET WETSVORSTEL

Inleiding

Wij zijn TMI en detacheerder in de zorg. TMI is onderdeel van House of HR, een internationaal opererende onderneming in HR-diensten. House of HR is met ruim 50 bedrijven actief in onder meer België, Nederland, Duitsland en Frankrijk. Via TMI zijn in Nederland een groot aantal zelfstandigen werkzaam bij opdrachtgevers in zorg.

Wij hebben kennisgenomen van het Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden (het wetsvoorstel) en de memorie van toelichting. Als belanghebbenden in het brede zorgdomein maken wij graag gebruik van de mogelijkheid om via de internetconsultatie op het wetsvoorstel te reageren.

Wij juichen het toe dat het wetsvoorstel als doel heeft om schijnzelfstandigheid tegen te gaan voor de kwetsbaren op de arbeidsmarkt, alsmede een evenwichtige maatschappelijke besteding van publieke middelen. Het is ook begrijpelijk dat hiervoor wordt gezocht naar een beter toetsingskader teneinde de rechtszekerheid te vergroten. Werkenden, werkgevers en uitvoeringsorganisaties hebben er een groot belang bij dat zij weten waar zij aan toe zijn bij het vormgeven en duiden van de rechtsverhouding.

Wij zijn een voorstander van het te introduceren rechtsvermoeden om de juridische positie van kwetsbare zelfstandigen te versterken.

Naar onze mening is het wetsvoorstel echter in verschillende opzichten minder gelukkig. Wij hebben diverse kanttekeningen van uiteenlopende aard. Deze laten zich als volgt omschrijven:

- (i) Het wetsvoorstel gaat te veel uit van “one size fits all” en houdt geen of onvoldoende rekening met bestaande praktijken, behoeften, verschillen en relevante ontwikkelingen;
- (ii) De impact van het wetsvoorstel op de bestaande populatie van zelfstandigen wordt ernstig onderschat;
- (iii) Er zijn meer alternatieven voor de problemen rond sociale zekerheidsbijdragen en fiscaliteit en dat geeft extra reden om kritisch te zijn op de impact en de uitgangspunten van het wetsvoorstel;
- (iv) Kritiek op het toetsingskader en de weging van hoofdelementen (werkinhoudelijke aansturing, met name de organisatorische inbedding en ondernemerschap) en de uitwerking in indicaties;
- (v) Er bestaat een aanmerkelijke kans op onzekerheid onder zelfstandigen en ongewenste uitstroom uit bepaalde beroepen in de zorg;
- (vi) Concrete suggesties tot verbetering van het wetsvoorstel.

Wij lichten deze kanttekeningen hierna graag toe (deel 1) en volgen met een afsluiting (deel 2).

1. TOELICHTING OP KANTTEKENINGEN

1.1 “One size fits all”? Nee!

Het wetsvoorstel onderkent het belang van zelfstandigen voor de Nederlandse arbeidsmarkt en ook dat de groep zelfstandigen heel divers is gelet op uiteenlopende werkomstandigheden en persoonlijke voorkeuren rondom werk.

Diverse surveys in de zorg laten zien dat de belangrijkste drijfveren voor werkenden om te willen werken als zelfstandigen zijn: (i) het streven naar (een gevoel van) vrijheid en economische onafhankelijkheid, (ii) flexibiliteit in werktijden, zowel binnen de werktijden van de opdracht als de keuze om tijdelijk geen opdracht aan te nemen met het oog op tijd voor niet werk gerelateerde activiteiten, (iii) variatie in werk op verschillende niveaus (zowel qua inhoud, zwaarte, duur als verantwoordelijkheid) en (iv) het opdoen van verschillende ervaringen door het kunnen aanvaarden van verschillende opdrachten.

Keuzevrijheid en de mogelijkheid om persoonlijke voorkeuren medebepalend te laten zijn, zijn niet weg te denken uit werkend Nederland en zijn daarom belangrijke waarden voor de arbeidsmarkt. Werk moet vooral aansluiten bij hun persoonlijke drijfveren en identiteit. Maatschappelijke ontwikkelingen, zoals tamelijk recent Covid, zijn daarop aanzienlijk van invloed geweest en dat zal niet snel veranderen.

Het wetsvoorstel lijkt deze elementen slechts zijdelings te betrekken. Het is vooral het tegengaan van schijnzelfstandigheid dat de opstellers van het wetsvoorstel als vertrekpunt hebben gekozen om te komen tot een gelijk spelveld voor werkenden, verduidelijking van het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen en betere mogelijkheden tot handhaving. Ook valt op dat het wetsvoorstel op meerdere plaatsen een onderbouwing voor gekozen uitgangspunten vooral lijkt te hebben gevonden door te kijken naar de sectoren zorg, kinderopvang en onderwijs.¹

Het wetsvoorstel beoogt een kader in het leven te roepen dat eenieder - zonder oog voor persoonlijke voorkeuren, generatieverschillen, sectorverschillen en maatschappelijke ontwikkelingen - beperkt in de keuzevrijheid door een kader te creëren dat vele huidige en toekomstige aspirant-zelfstandigen zal forceren – en tegen de zin in – naar het werken in dienstverband, althans daar heeft het alle schijn van.

Wij vinden het voorstel daarom blijf geven van een ongelukkige en te eenzijdige benadering en in feite een grote stap terug in de tijd en zouden hier meer de aansluiting op de werkelijkheid van alledag verwachten.

1.2 Onderschatting van impact

Het wetsvoorstel geeft aan dat op basis van een pilot naar grove inschatting in Nederland 200.000 schijnzelfstandigen zouden werken. Daarbij wordt opgemerkt dat ondanks precieze kwantitatieve gegevens schijnzelfstandigheid dus geen marginaal verschijnsel is.

Er mag vanuit worden gegaan dat het wetsvoorstel is opgesteld om een proportionele impact te hebben op het probleem dat ermee beoogd wordt tegen te gaan. Wij vrezen dat daarvan allerminst sprake zal blijken te zijn. Naar onze inschatting zal de impact op de sectoren zorg, kinderopvang en onderwijs, de sectoren waarnaar veelvuldig wordt verwezen, vele malen groter zijn. De grote behoefte aan arbeid in enkele segmenten in relatie tot de beschikbare werkenden kan in het slechtste geval tot een infarct leiden.

¹ De bladzijden 6, 7, 9 en 40 van de memorie van toelichting getuigen daarvan.

Aangezien dat niet met het wetsvoorstel wordt beoogd, zal ongewijzigde invoering van het wetsvoorstel ongewenste gevolgen hebben en grote onzekerheid onder werkenden teweeg brengen. Wij zijn ook van mening dat het lanceren van een wetsvoorstel op een dergelijk belangrijk onderwerp dat al zeer lang boven de markt hangt, eisen stelt aan (actueel) onderzoek en cijfermatige onderbouwing. Het is onze indruk dat het daaraan heeft geschort.

1.3 Zienswijze op argumenten rond sociale zekerheid en fiscaliteit

Het wetsvoorstel benoemt dat schijnzelfstandigheid onder meer onwenselijk zou zijn vanwege (i) de kwetsbaarheid van werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt (bestaanszekerheid, vooruitzichten en bescherming tegen risico's), (ii) een onvoldoende solidariteit binnen het sociale stelsel (geen afdrachten aan algemene sociale voorzieningen en door werkgevers aan pensioen' en (iii) oneerlijke concurrentie (het genieten fiscale voordelen bestemd voor ondernemers en het niet meebetalen aan werknemersregelingen).

Het te introduceren rechtsvermoeden om de juridische positie van kwetsbare zelfstandigen te versterken (een tarief onder de EUR 32,24 geeft een weerlegbaar rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst) ziet toe op het eerste hiervoor genoemde punt.

Het wetsvoorstel heeft als mededoelen om het onderscheid tussen zelfstandigen en werknemers minder relevant te maken qua uitkomsten in sociale zekerheid en fiscaliteit. Hieraan ligt kennelijk de keuze ten grondslag dat een oplopend tekort van de bijdragen aan sociale zekerheid door een grote groep zelfstandigen opgelost dient te worden door het aantal zelfstandigen te verkleinen door daar werknemers van te maken.

Hiermee wordt de reeds langer bestaande roep om hervorming van het sociale zekerheidsstelsel en het opnieuw inrichten van fiscale voorzieningen kennelijk genegeerd. Tevens hanteren de opstellers van het wetsvoorstel dan kennelijk als premisse dat zelfstandigen die werkzaam zijn in de sectoren die door het wetsvoorstel eerder in een dienstverband zullen komen te werken, in die sectoren ook werkzaam zullen blijven en niet elders als zelfstandigen aan de slag zullen gaan. In die laatste situatie is het effect op het tekort aan sociale bijdragen namelijk nihil.

Er zijn hier ook andere oplossingen denkbaar zoals het creëren van een basisstelsel van sociale bijdrageverplichtingen en (pensioen)verzekeringsvoorzieningen dat voor alle werkenden, als werknemer of als zelfstandige, gelijk is. De Stichting van de Arbeid heeft het kabinet al eens geadviseerd om zzp'ers te verplichten zich te laten verzekeren tegen langdurige arbeidsongeschiktheid.² Vergelijk ook de zienswijze van het AWWN³.

Wij begrijpen tegelijk dat het oplossen van het probleem van de bijdragen aan het sociale zekerheidsstelsel en fiscaliteit middels een dergelijke systeemwijziging zeer complex en ingrijpend is qua inrichting en uitvoering en daarom op de korte termijn geen oplossing zal bieden.

De omstandigheid dat het wetsvoorstel opteert voor de makkelijke weg binnen het bestaande sociale zekerheidsstelsel en het potentiële gebrek aan effectiviteit van wat hier wordt beoogd, geeft ons inziens wel een dringende extra reden om het proportionele effect van het wetsvoorstel op de huidige populatie van zelfstandigen nader te onderzoeken en om het voorgestelde toetsingskader op onderdelen te herzien.

² Stichting van de Arbeid, Keuze voor zekerheid: zelfstandigen standaard verzekerd tegen langdurig inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid, 2020.

³ Reactie AWWN op het eindrapport van de commissie-Borstlap, 23 maart 2020.

1.4 Kritiek op het toetsingskader en de weging van hoofdelementen (werkinhoudelijke aansturing, met name de organisatorische inbedding en ondernemerschap) en de uitwerking in indicaties

Het wetsvoorstel noemt een drietal hoofdelementen om invulling te gaan geven aan de wettelijke norm 'werken in dienst van'. Deze hoofdelementen zijn afzonderlijk uitgewerkt in indicaties. Het wetsvoorstel geeft zich er rekenschap van dat het nieuwe toetsingskader in de plaats komt van de holistische benadering die in de jurisprudentie sinds jaar en dag wordt toegepast. De hoofdelementen en indicaties ontleent het wetsvoorstel dus wel aan de jurisprudentie, maar niet de maatstaf bij de toepassing ervan. Als reden hiervoor wordt gegeven dat een holistische benadering van de beoordeling van de arbeidsovereenkomst een te grote mate van openheid en relatieve onvoorspelbaarheid meebrengt.

Een kritiekpunt van algemene juridische aard is dat het wetsvoorstel afwijkt van de vaste benadering die de Hoge Raad ten aanzien van vele open normen in het Nederlandse recht gebruikelijk is om toe te passen. Die vaste benadering houdt in dat er geen systeem is dat de rechter dwingend moet volgen, maar een stelsel van elementen dat de rechter, al naar gelang de omstandigheden van het geval, in meer of mindere mate moet meewegen bij het geven van zijn oordeel. De nadere afbakening in hoofdelementen en indicaties staat hiermee dus op gespannen voet.

Dat geldt ook – en meer nog zelfs - de weging die het wetsvoorstel voorstaat. Als A (werkinhoudelijke aansturing) en B (organisatorische inbedding) zwaarder wegen dan C (ondernemerschap), dan is er een arbeidsovereenkomst. Wij zijn van mening dat een weging achterwege dient te blijven als er sprake is van enige mate van ondernemerschap om de genoemde reden van meer principieel juridische aard, maar ook omdat een benadering vanuit de opdracht op elementen als werkinhoudelijke aansturing en organisatorische inbedding het ondernemerschap van de zelfstandige niet buiten werking zouden mogen stellen.

Hier zien wij als aanvullende reden voor dat de indicaties genoemd bij A (werkinhoudelijke aansturing), te weten aanwijzingsbevoegdheid, het geven van instructies, controle op werkzaamheden en ingrijpbevoegdheid, in het wetsvoorstel zijn uitgewerkt aan de hand van voorbeelden ontleend aan situaties in de bouw, kinderopvang, zorg en onderwijs, terwijl die indicaties in typische opdrachtverhoudingen daarbuiten ook vaak van toepassing zullen zijn.

Dat geldt voorts in meerdere mate ten aanzien van de indicaties van B (organisatorische inbedding). Wij zijn van mening dat inbedding geen bruikbaar onderscheidend begrip is en daarom ook geen reden geeft om daaraan meer belang toe te kennen dan aan andere omstandigheden van het geval. Daarom dient B (organisatorische inbedding) niet als hoofdelement te worden meegewogen, doch hooguit als ondergeschikt element een rol te krijgen in de beoordeling en de weging.

Wij zien in de vele kritische reacties tot op heden naar aanleiding van het wetsvoorstel bijna zonder uitzondering vergelijkbare kritiek op het hoofdelement van de organisatorische inbedding en de positie van het hoofdelement van ondernemerschap in het wetsvoorstel. Daar sluiten wij ons dus volledig bij aan.

1.5 Onzekerheid en ongewenste uitstroom

Wij denken dat de zorgen rond de impact van het wetsvoorstel op het aantal zelfstandigen en de onduidelijkheid van het toetsingskader tot een grote mate van onzekerheid gaan leiden onder zelfstandigen, bij een belangrijke groep van zelfstandigen onbegrip teweeg zal brengen en dat een groot beroep zal moeten worden gedaan op de rechtspraak om duidelijkheid te krijgen over de betekenis en toepassing van het toetsingskader. Een mogelijk onvoorzien gevolg hiervan zal kunnen zijn, zoals hiervoor al aangestipt, dat dit tot een uitstroom zal kunnen leiden van de beschikbaarheid

van werkenden voor bepaalde beroepen en sectoren, mogelijk ook op plaatsen in de zorg waar op dit moment al schaarste is. Dit geeft op zich alleen al een reden tot nader onderzoek naar de impact van het wetsvoorstel en tot herziening van onderdelen daarvan.

1.6 Concrete suggesties tot verbetering van het wetsvoorstel

Wij zijn er een voorstander van dat nader onderzoek wordt gedaan naar de impact van het wetsvoorstel op de huidige populatie van zelfstandigen. Wij denken dat dergelijk onderzoek een goede reden zal geven om terug naar de tekentafel te gaan teneinde het wetsvoorstel te herzien, ook met oog op het draagvlak voor het wetsvoorstel in de samenleving. De wetgever zal de keuzes die met het voorstel worden gemaakt goed moeten kunnen uitleggen en, als gezegd, de cijfermatige onderbouwing lijkt erg mager.

Ook zouden wij er een voorstander van zijn dat de schikking van de hoofdelementen zodanig wordt herzien dat hoofdelement C (ondernemerschap) een meer dominante positie krijgt in de weging en dat het hoofdelement B (organisatorische inbedding) ten opzichte van de hoofdelementen A (werkinhoudelijke aansturing) en C (ondernemerschap) ondergeschikt van betekenis wordt of uit het wetsvoorstel wordt geschrapt.

Tot slot zouden wij de suggestie willen doen dat een holistische benadering bij de toepassing van het toetsingskader door de rechter in alle gevallen mogelijk blijft en dat in de uitwerking van het wetsvoorstel tot uitdrukking komt.

2. Afsluiting

Wij begrijpen goed dat schijnzelfstandigheid als een belangrijk vertrekpunt van gedachten heeft gefungeerd en dat een verduidelijking van arbeidsrelaties in het Nederlandse rechtsbestel wenselijk is. Wij zien echter dat het wetsvoorstel in de uitwerking op belangrijke onderdelen voor verbetering vatbaar is. Wij hopen enkele suggesties te hebben gedaan die het verdienen om daar opvolging aan te geven. Wij zullen de ontwikkelingen rond het wetsvoorstel met grote belangstelling volgen.

Daarnaast merken wij ter afsluiting op dat het onderhavige wetsvoorstel niet los gezien kan worden van (de impact van) het wetsvoorstel toelating terbeschikkingstelling van arbeidskrachten (de Wtta), dat als doel heeft om een toelatingsstelsel in het leven te roepen voor uitzendondernemingen. Wij achten het niet goed begrijpelijk dat bij het wetsvoorstel in het geheel geen acht wordt geslagen op de Wtta en de implicaties daarvan, omdat beide wetsvoorstellen, ingeval deze kracht van wet zouden krijgen, een grote verandering op de arbeidsmarkt zullen veroorzaken.

Dit klemt des te meer nu de memorie van toelichting van de Wtta opmerkt dat het lastig is te schatten is wat de effecten van het toelatingsstelsel zullen zijn voor de arbeidsmarkt als geheel, dat de gevolgen van de Wtta een sterke samenhang hebben met andere maatregelen op het gebied van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, flexibele arbeid en zzp en dat afhankelijk van de maatregelen op de andere flexibele arbeidsrelaties, inleners kunnen besluiten om meer werkzaamheden aan zzp-ers uit te besteden.⁴ Dit maakt de hele benadering onlogisch en ook hierin schuilt een extra reden om de implicaties en onzekerheden van het wetsvoorstel aan nader (actueel) onderzoek te onderwerpen.

⁴ Vergelijk bladzijde 89 van de memorie van toelichting bij de Wtta.