

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
T.a.v. mw. Ir. C.E.G.van Gennip MBA, minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Postbus 90801
2509 LV Den Haag

Utrecht, 9 november 2023

Onderwerp : reactie SRA op internetconsultatie Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden

Geachte mevrouw Van Gennip,

SRA is voorstander van maatregelen die schijnzelfstandigheid tegengaan en dat het kabinet zich hiervoor inzet, is toe te juichen. We hebben daarom met belangstelling kennisgenomen van het ter consultatie aangeboden wetsvoorstel en stellen het zeer op prijs input te kunnen leveren.

Voorstel

Het wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden is een onderdeel van de herziening (het toekomstbestendig maken) van de arbeidsmarkt. Daartoe is al een aantal wetsvoorstellen geformuleerd, ter consultatie aangedragen of zelfs al aan de Tweede Kamer aangeboden. SRA mist echter de samenhang tussen de verschillende voorstellen. Ook constateert SRA dat de verschillende voorstellen niet een en dezelfde ingangsdatum hebben en sommige voorstellen zelfs al tot wet zijn verheven. SRA pleit er dan ook voor om, zoals dat ook door de Commissie Borstlap is uitgedragen, alle voorstellen als één geheel te behandelen en in te voeren; cherrypicking, ofwel slechts enkele onderdelen uit de voorstellen naar voren halen, is niet verstandig.

Het voorstel dat ter consultatie voorligt, behelst een wijziging van de definitie van het begrip arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW. De thans geldende holistische benadering en de open norm van 'in dienst van' zorgen voor een groot grijs gebied, waardoor een grote onduidelijkheid en onzekerheid ontstaat en bestaat. Het wetsvoorstel beoogt aan de ene kant schijnzelfstandigheid tegen te gaan en aan de andere kant de onduidelijkheid over de wijze waarop zonder arbeidsovereenkomst werk verricht kan worden, weg te nemen.

Omvang schijnzelfstandigheid

Met betrekking tot de omvang van de schijnzelfstandigheid wordt in de toelichting op basis van veel aannames een grove inschatting gemaakt. Die grove schatting komt uit op 200.000. Dat is 16,5% van het aantal zelfstandige ondernemers zonder personeel¹. In de toelichting wordt zelfs al gemeld dat '*dit getal (...) wel [is, SRA] omgeven met de nodige onzekerheid en [er, SRA] moet dus de nodige voorzichtigheid worden gehanteerd en geïnterpreteerd*'. Daarbij komt dat dit getal gebaseerd is op cijfers uit 2021 op basis van de webmodule die slechts beperkt is gebruikt (slechts 6.600 formulieren zijn volledig ingevuld), waardoor deze gegevens – gelet op het totale aantal zzp'ers – niet representatief zijn. Vanwege het voorgestelde uurtarief is evenwel aannemelijk dat het aantal personen dat thans niet, maar volgens het consultatievoorstel wel verzekerd zal zijn, relatief groot zal zijn.

¹ Zie het rapport Grip op het zzp-dossier, oktober 2023 van ZiPconomy. Het totaal zzp'ers in het tweede kwartaal 2023 bedraagt 1.210.000.

SRA verzoekt de regering om met een betere onderbouwing van de omvang van de schijnzelfstandigen te komen, zodat alle stakeholders een beter zicht hebben op deze omvang. Mogelijk is dan ook beter inzicht te verkrijgen in de specifieke kenmerken van die groep, hetgeen weer van belang kan zijn voor de beoordeling van de effectiviteit van de voorgestelde maatregelen.

Uit de toelichting bij het ter consultatie voorgelegde wetsvoorstel komt verder naar voren dat de schijnzelfstandigheid niet goed is voor de solidariteit binnen het sociale stelsel. Daarbij wordt met name gewezen op de betaalbaarheid van de werknemersregelingen, zoals de WW en de WIA. Zo dit een probleem is, dan vindt SRA dat het voorstel zoals dat er nu ligt daarvoor geen oplossing biedt.

Achtergronden

De als oorzaak geschetste achtergronden herkent SRA niet of slechts ten dele. Met name op het punt van de beperkte handhaving op schijnzelfstandigheid herkent SRA zich niet in de aangedragen redenen. Er wordt gesteld dat bij de VAR sprake was een ongelijke verdeling in de verantwoordelijkheden van de opdrachtgever enerzijds en die van de opdrachtnemer anderzijds en dat dit onwenselijk was. SRA verzoekt de regering een nadere toelichting te geven waarom deze verschillen in verantwoordelijkheid onwenselijk waren. Verder wordt gesteld dat de VAR het ondernemerschap zou stimuleren, schijnzelfstandigheid in de hand zou werken, ervoor zou zorgen dat de juiste kwalificatie van de arbeidsverhouding op de achtergrond raakte en dat een effectieve handhaving moeilijk(er) werd gemaakt. Door deze formulering wordt gesuggereerd dat opdrachtgevers en -nemers, althans een groot deel daarvan, de VAR opzettelijk onjuist zouden hebben ingevuld. SRA verzoekt dan ook om een uitgebreide en onderbouwde toelichting waaruit naar voren komt dat de VAR dat inderdaad in de hand zou hebben gewerkt. Naar de mening van SRA is die stelling niet juist. Immers, de Belastingdienst beoordeelde elke aanvraag en gaf daarop een beslissing. Ter zake van het al dan niet effectief handhaven geldt dat onder de VAR de Belastingdienst wel kon handhaven, namelijk door dan de verschuldigde loonheffingen bij de opdrachtnemer na te heffen. Graag ziet SRA een nadere toelichting waarom niet effectief kon worden gehandhaafd. In het bijzonder is ook van belang in hoeverre de eventuele reden daarvoor niet tevens zou gelden voor de handhaving van het consultatievoorstel.

Voorgestelde wijziging tot verduidelijking

In het voorgestelde tweede lid van artikel 7:610 BW wordt een drietal hoofdelementen ter beoordeling of vaststelling van een arbeidsovereenkomst toegevoegd, te weten:

- Arbeid wordt verricht onder werkinhoudelijke aansturing;
- Arbeid of werknemer is organisatorisch ingebed in de organisatie van de werkgevende;
- Arbeid wordt niet voor eigen rekening en risico door de werknemer verricht.

SRA mist in de toelichting een motivering waarom de regering deze punten als hoofdelementen heeft gekozen. Daarbij vraagt SRA zich af of de gekozen elementen nu wel die elementen zijn die in de jurisprudentie het zwaarst hebben gewogen. Immers, in het Deliveroo-arrest² heeft de Hoge Raad een tiental punten genoemd die bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst een rol kan spelen. Daarbij komt dat in dit arrest voor het eerst door de Hoge Raad belang wordt toegekend aan 'het ingebed zijn van de werkende én het door de werkende te verrichten werk' in de organisatie van de werkverstrekker. Het arrest duidt derhalve zowel de inbedding van de werkende als die van het werk als cumulatieve voorwaarden. In het wetsvoorstel wordt met betrekking tot de inbedding evenwel gesteld dat een van de twee voldoende is. Uit de toelichting zou echter ook kunnen opgemaakt dat dit niet de bedoeling is en dat zowel de werkende als het werk moet zijn ingebed. Indien deze voorwaarden cumulatief zijn bedoeld, hetgeen volgens SRA gegeven de jurisprudentie zo behoort te zijn, heeft het de voorkeur dit nadrukkelijk in het voorstel te verwerken. Indien geen cumulatie is beoogd, ziet SRA graag een toelichting op het voorstel dat de inbedding van het werk óf de werkende voldoende is, ook in relatie tot de jurisprudentie. Daarbij is de beoordeling of het werk is ingebed eenvoudiger dan de beoordeling of de werkende is ingebed. Verder komt uit de rechtspraak naar voren dat het element inbedding ook niet zaligmakend is; de uitkomsten zijn wisselend. Zie in dit verband ook Emmerig.³

² HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443.

³ B. Emmerig "Inbedding als hoofdelement van de dienstbetrekking", WFR 2023/249.

Met betrekking tot de werkinhoudelijke aansturing geldt dat dit reeds lang staande jurisprudentie is. Immers, het schetsen van de kaders van een opdracht is geen gezag in zin van artikel 7:610 BW, maar daarvan is wel sprake als de opdrachtgever inhoudelijk kan aansturen hoe het werk moet worden verricht. SRA merkt op dat de in de toelichting genoemde voorbeelden (inzetten van gps-trackers, tijdregistratie en het houden van voortgangsgesprekken) ook in andere settings voorkomen dan enkel bij een arbeidsovereenkomst. Deze elementen zijn derhalve naar het oordeel van SRA geen goede indicaties voor de beoordeling of sprake is van gezag van de opdrachtgever.

De hoofdelementen kunnen bij algemene maatregel van bestuur worden ingekleurd door een aantal limitatieve indicaties. SRA is van mening dat voor een goede beoordeling van het voorstel noodzakelijk is dat de indicaties ook bekend worden gemaakt. Het publiceren van een concept-Algemene Maatregel van Bestuur ligt voor de hand, omdat zonder deze nadere duiding het consultatiedocument zich niet goed laat beoordelen. Daarnaast heeft SRA bezwaren tegen het limitatieve karakter van de *indicaties*. Zoals het woord al zegt, gaat het om indicaties, (mogelijke) aanwijzingen. Maar die indicaties kunnen niet als bepalend worden aangemerkt. Als de indicaties zich in een specifieke arbeidsrelatie voordoen, betekent dat nog steeds niet dat sprake is van een dienstverband, ook niet in de opzet van het consultatiedocument. Er behoort ruimte te zijn en te blijven, voor zowel de werkende als de werkgevende, om aannemelijk te kunnen maken dat er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst. Door te werken met statische indicaties biedt dat bovendien ook weer gelegenheid om daaromheen te werken. Ook komt hiermee het eveneens in de toelichting vermelde 'wezen gaat voor schijn' in de knel. SRA is dan ook van mening dat in de wet zelf en niet, zoals in de toelichting is gesteld, bij algemene maatregel van bestuur de mogelijkheid moet worden gegeven om tegenbewijs te kunnen leveren.

Tegenover de twee hoofdelementen (aansturing en inbedding) staat een contra-indicator voor de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst, namelijk het voor eigen rekening en risico werken door de werkende. Daarbij geldt als uitgangspunt dat dit in de desbetreffende arbeidsverhouding moet worden beoordeeld. In de toelichting is een aantal elementen genoemd die daarbij een rol spelen. In dit kader wijst SRA erop dat Hof Amsterdam⁴ prejudiciële vragen aan de Hoge Raad heeft gesteld over hoe het aspect ondernemerschap bij de beoordeling een rol speelt. De beantwoording daarvan is relevant voor dit conceptvoorstel. Daarbij is van belang dat het hof bij het stellen van de prejudiciële vraag – in de optiek van SRA terecht – erop wijst dat aspecten van het ondernemerschap zich buiten het zicht van de opdrachtgever afspelen. Immers, een werkgevende weet alleen de feiten en omstandigheden van hoe de werkende bij hem de werkzaamheden uitvoert. Van de aard en inrichting van andere werkzaamheden van de werkende is de werkgevende niets bekend. SRA wijst erop dat op basis van de vigerende wet- en regelgeving de Belastingdienst bij uitsluiting van ieder ander de enige partij is die kan beoordelen of sprake is van zelfstandig ondernemerschap. Daarbij moet worden bedacht dat dit achteraf gebeurt. Ontstaat er discussie over de status van de werkende, dan is het uiteindelijk de rechter die oordeelt. Echter, de vraag die zich dan laat stellen, is of gedurende de tijd dat de discussie wordt gevoerd over het zelfstandig ondernemerschap sprake is van de contra-indicatie zelfstandig ondernemerschap. In de optiek van SRA gaat de contra-indicatie zelfstandig ondernemerschap in de praktijk alleen werken indien dat begrip in de wet wordt gedefinieerd. Gebeurt dat niet, dan blijft voor zowel de werkgevende als de werkende onduidelijkheid over de status bestaan en dus over de vraag of er al dan niet loonheffingen verschuldigd zijn. SRA geeft er de voorkeur aan dat zolang een werkende bij de Belastingdienst is geregistreerd als zelfstandig ondernemer en niet onherroepelijk anders is geoordeeld, de werkende niet wordt geacht in dienstbetrekking werkzaam te zijn. SRA realiseert zich dat dit de Belastingdienst noopt tot een goede en tijdige beoordeling van iemands opgave als zelfstandig ondernemer, maar meent dat dit – mede gezien de budgettaire belangen en de eerder aangevoerde solidariteit – wel van de Belastingdienst kan worden verlangd. Van de werkgevende kan niet worden verwacht dat deze de status van de werkende beoordeelt.

Verder voorziet SRA uitvoeringsproblemen. Immers, het zelfstandig ondernemerschap moet binnen de specifieke relatie tussen de opdrachtnemer en -gever worden getoetst. In deze gekozen variant voorzien wij problemen in de uitvoering voor zowel de opdrachtgever en -nemer als de Belastingdienst. Immers, in die variant dient elke relatie te worden getoetst!

⁴ Hof Amsterdam 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:5872.

Pas wanneer bij de weging van de in te voeren drie hoofdelementen geen zwaartepunt is vast te stellen, gaat een rol spelen hoe de werkende zich buiten de betreffende arbeidsrelatie presenteert (hoofdelement C+). Adviseurs van betrokkenen zullen veelal worden geraadpleegd voor de beoordeling van een en ander en SRA vermoedt dat die daartoe niet of nauwelijks in staat zullen zijn. Ook dat betekent dat van de uitvoeringsorganisaties een grote inzet behoort te worden gevraagd. SRA vermoedt evenwel dat er onvoldoende middelen beschikbaar zullen worden gesteld voor die beoordeling, waardoor naderhand ook de controlecapaciteit beperkt zal zijn. Dat is onwenselijk.

Conclusie t.a.v. de voorgestelde wijziging van art. 7:610 BW

Op basis van het vorenstaande is SRA van mening dat met dit wetsvoorstel niet de beoogde doelen (meer zekerheid bieden en schijnzelfstandigheid tegengaan) worden bereikt. Uiteraard is SRA van mening, en dat is bij meerdere gelegenheden ook uitgedragen, dat schijnzelfstandigheid moet worden aangepakt. Daarbij is echter wel van belang dat alle stakeholders eenzelfde definitie hanteren van wat onder schijnzelfstandigheid wordt verstaan. Een regeling die op basis van de wet mogelijk is maar wellicht niet wenselijk is, is niet op één lijn te stellen met het anders presenteren van de feiten en omstandigheden dan dat zij daadwerkelijk zijn. Verder wordt er in de optiek van SRA niet meer zekerheid geboden aan de werkenden en werkgevers door dit voorstel. De keuze van de hoofdelementen is arbitrair en bovendien is de jurisprudentie met betrekking tot ondernemerschap, inbedding en andere zaken niet uitgekristalliseerd. Daarbij is SRA van mening dat door het limitatief geven van indicaties de rechtspositie van zowel de werkenden als de werkgevers wordt verminderd.

Voorgestelde wijziging rechtsvermoeden

Voorgesteld wordt om een rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de wet op te nemen op het moment dat er wordt gewerkt tegen een beloning van ten hoogste € 32,24 per uur.⁵ Nadrukkelijk is dit een civielrechtelijk rechtsvermoeden. De Belastingdienst, het UWV en de Nederlandse Arbeidsinspectie mogen dat vermoeden niet gebruiken om op die basis een dienstbetrekking aanwezig te achten. Dit vermoeden is niet aan de orde op het moment dat de werkende een natuurlijk persoon is die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep. Ook hier is bedrijf of beroep niet gedefinieerd. SRA stelt voor om het bedrijf en beroep te definiëren en die definitie in de wet op te nemen. Gebeurt dat niet, dan blijft onzekerheid overheersen. Daarbij komt dat in de praktijk blijkt dat banken regelmatig menen dat sprake is van een onderneming van de (beoogde) geldnemer en derhalve een inschrijving in het handelsregister eisen, ook in gevallen waarin kan worden betwijfeld of sprake is van een onderneming in de zin van de Handelsregisterwet. Zo'n inschrijving ten overvloede en wellicht zelfs onjuist, zou echter wel een rol kunnen gaan spelen in de beoordeling of een werkende een bedrijf of beroep uitoefent. Kortom, zonder duidelijke en eenduidige definities (Handelsregisterwet, btw, IB ondernemerschap?) blijft onduidelijkheid bestaan.

Wat SRA opvalt, is dat er in de toelichting bijzonder weinig aandacht aan het internationale aspect is besteed; er wordt enkel gesteld dat dit rechtsvermoeden geen belemmering van het vrije verkeer van vestiging of de vrijheid van dienstverrichting met zich brengt. Gelet op het feit dat met betrekking tot het conceptwetsvoorstel minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring van 28 oktober 2019, waarin werd gesproken over een minimumtarief, is aangegeven dat er 'signalen' waren dat een minimumtarief (mogelijk) in strijd zou zijn met internationaal recht, had SRA verwacht in de toelichting een uitgebreide en gedocumenteerde onderbouwing te vinden waarom het voorgestelde rechtsvermoeden niet in strijd is met het EU-recht. SRA verzoekt de regering dan ook om, indien het voorstel (na afronding van de consultatieronde) aan de Kamer wordt aangeboden, hier alsnog invulling aan te geven.

Handhaving

In het wetsvoorstel dat een wijziging in het arbeidsrecht voorstelt, is (uiteraard) niets opgenomen over de handhaving door de Belastingdienst. Echter, SRA is van mening dat een wijziging, die tot doel heeft om de schijnzelfstandigheid tegen te gaan en meer duidelijkheid te creëren, enkel zal gaan werken als de Belastingdienst gaat handhaven.

⁵ Dit bedrag zal jaarlijks worden geïndexeerd.

Wordt er niet of slechts beperkt gehandhaafd, dan zal dit averechts werken. SRA verzoekt de regering dan ook om op dit punt te reflecteren en aan te geven hoe zij dat vorm wenst te geven en, belangrijker nog, of daartoe de menskracht beschikbaar is.

Overgangsrecht

Er is niet voorzien in overgangsrecht. Dat betekent dat de wijziging directe werking heeft, ook op reeds bestaande overeenkomsten. Het lijkt SRA niet meer dan logisch dat partijen een periode krijgen om hun relatie te beoordelen en desgewenst aan te passen aan de nieuwe wet- en regelgeving. Het is in de optiek van SRA niet mogelijk om te stellen dat partijen al genoegzaam de tijd hebben gehad om hun overeenkomsten aan te passen. Immers, dat is eerst mogelijk indien de wettekst bekend is en dat is eerst nadat de wijziging door de Kamers is behandeld. In ieder geval is het onwenselijk als de wet tot gevolg zou hebben dat op de ingangsdatum bestaande arbeidsrelaties met terugwerkende kracht tot de datum aanvang van die arbeidsrelatie alsnog als een dienstbetrekking zouden worden geduid. Naar wij aannemen is dergelijke terugwerkende kracht niet beoogd, maar SRA ontvangt signalen dat hierover onzekerheid bestaat.

Tot slot

Wij hopen met deze reactie een bijdrage te hebben geleverd aan de discussie en zijn uiteraard bereid om een nadere toelichting te geven.

Hoogachtend,

Drs. Edwin de Witte
Bestuurslid SRA

A large, stylized handwritten signature in blue ink is written over the typed name and title of the signatory.