

Datum:
10 november 2023

Behandeld door:
mr. J.B. Raben
mr. U. Akbayir

Onderwerp: reactie op wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden

Geachte mevrouw Van Gennip,

Graag maken wij gebruik van de gelegenheid om te reageren op het wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden (hierna: Wet VBAR).

In onze reactie zullen wij niet ingaan op de maatschappelijke impact van dit wetsvoorstel. Zoals al reeds uit de vele publicaties – waaronder, maar niet uitsluitend, de reacties op deze internetconsultatie – blijkt maakt het wetsvoorstel geen onderscheid in de verschillende groepen zelfstandigen (hierna: zzp'ers). Wij begrijpen overigens dat "one size fits all" wetgeving in dit kader bijna een onmogelijke taak is.

In onze reactie willen wij ingaan op de juridische gevolgen van het wetsvoorstel en de (mogelijke) gevolgen voor de praktijk. Want wordt het doel, "*Verduidelijking regels beoordeling arbeidsrelatie en rechtsvermoeden*", zoals in de voortgangsbrieven over het werken met zzp'ers is gesteld, met de Wet VBAR bereikt?

Toets aan hoofdelementen en indicaties

Het wetsvoorstel behelst de wijziging/aanvulling van artikel 7:610 BW, de introductie van artikel 7:610aa BW alsmede de introductie van verschillende indicaties in een algemene maatregel van bestuur (AMvB).

In concreto brengt het voorstel een wijziging/aanvulling/(verduidelijking?) met zich mee voor het onderdeel arbeid verrichten "in dienst van een werkgever" van artikel 7:610 lid 1 BW (lees: de gezagsverhouding). Het wetsvoorstel wil de gezagsverhouding toetsen op basis van "hoofdelementen":

- A. werkinhoudelijke aansturing; of
- B. organisatorische inbedding; en
- C. het verrichten van arbeid voor eigen rekening en risico.

Het voorstel is om deze hoofdelementen te voorzien van – limitatief opgesomde – indicaties waarmee kan worden vastgesteld of en in hoeverre er wordt voldaan aan een van de hoofdelementen. Indien een weging uitkomt op een "gelijk spel" (lees: A en/of B weegt even zwaar als C), dan zijn er contra indicaties opgenomen als "C+ gronden" ter finale beslissing of er wordt gewerkt als zzp'er of onder een arbeidsovereenkomst. De inhoud van de verschillende indicaties zijn in onze ogen in lijn met de huidige stand van de jurisprudentie.

Het wetsvoorstel suggereert dat met een toets op de hoofdelementen tezamen met de indicaties een groot deel van het grijze gebied wat op dit moment speelt door de holistische benadering zal worden weggelaten. Een limitatieve opsomming van indicaties kan het voor de praktijk duidelijker maken, omdat daarmee inzichtelijk is waaraan getoetst wordt. Het is echter allerminst duidelijk – in ieder geval op basis van voorliggende wetgeving – hoe deze hoofdelementen en indicaties onderling moeten worden getoetst en bovenal worden gewogen.

In het wetsvoorstel zijn casussen geschetst waarmee wordt getracht duidelijkheid te geven aan een “weging” van de verschillende hoofdelementen (/indicaties). In de praktijk wordt met de inhoud van het wetsvoorstel echter geenszins duidelijk hoe een weging tot stand komt. Bij het lezen van de casussen, zonder daarbij het voorgeschreven antwoord te raadplegen, kan juridisch tevens tot een andere weging gekomen worden, dan waar de Memorie van Toelichting (MvT) op het wetsvoorstel van uitgaat.

In onze ogen levert een toets op indicaties/hoofdelementen, **zonder daarbij een concrete wegingsfactor te koppelen aan deze indicaties**, nog verdere onduidelijkheid op. Als gevolg hiervan zullen naast discussies over de aanwezigheid van indicaties, óók (of juist!) discussies ontstaan over de toekenning van een weging aan deze indicaties.

Door de veelheid aan ZZP-vormen, soorten werk, mate van ondernemerschap etc. zijn er maar weinig ‘klussen’ die voldoen aan het zuivere ondernemerschap. Beter gezegd; door de strakke kaders en het voorop zetten van ‘aansturing’ en ‘inbedding’ ontstaat er denken wij ook veel onzekerheid bij zzp’ers voor wie de wetgeving niet bedoeld is. Waarom wordt de vraag ‘ben je ondernemer?’ niet eerst gesteld en vervolgens de vraag ‘ben je werknemer?’ (bijvoorbeeld op basis van het rechtsvermoeden). Daarbij wordt in het wetsvoorstel gesproken over ‘meer wendbaarheid’ voor echte zelfstandigen. Uit het voorliggende voorstel kunnen wij niet opmaken hoe deze wendbaarheid gefaciliteerd wordt.

Door indicatoren voor ondernemerschap centraal te stellen wordt in onze ogen voorkomen dat de echte ondernemer wordt “meegezogen” in de gevolgen van dit wetsvoorstel. Zoals uit vele (openbare) reacties blijkt maken de echte ondernemers zich ook zorgen, aangezien er (vooral) snel sprake zal zijn van een ‘inbedding’ in de organisatie van een opdrachtgever. Tezamen met de onduidelijkheid rondom de weging, maakt deze groep zich – naar onze mening terecht – zorgen over de gevolgen naar de toekomst. Hiermee wordt de zzp’er die bewust heeft gekozen voor deze positie (en prima kan leven met het ondernemersrisico) mogelijk gedwongen in een arbeidsovereenkomst (lees: het arbeidsrecht). Deze groep zal in de praktijk ook veelal een arbeidsongeschiktheidsverzekering hebben afgesloten waarbij ze reeds jarenlang een hoge premie hebben betaald. Doorgaans zullen arbeidsongeschiktheidsverzekeringen uitgaan van een zelfstandige beroepsuitoefening en geen uitkering doen in het geval een persoon verplicht sociaal verzekerd is (lees: een werknemer). Ongetwijfeld zullen er andere nadelige gevolgen, die op dit moment nog niet geheel zichtbaar zijn, zich kunnen voordoen voor deze groep. Wij geven u daarom in overweging om (echte) ondernemerschap centraal te stellen, in onze ogen zou hiermee ook het draagvlak voor deze wetgeving vergroot worden. Daarnaast wordt, denken wij, de huidige ZZP’er:

- ofwel uitgedaagd om zich als ondernemer te gaan ‘gedragen’ zonder teveel administratieve lasten en onduidelijke kwalificatievraagstukken;
- ofwel te kiezen voor een dienstverband, zonder het echte ondernemersrisico in de breedste zin van het woord.

In onze ogen betekent dit ook dat intermediairs hierin een belangrijke de ‘poortwachtersrol’ zullen moeten vervullen.

Samengevat vragen wij ons het volgende af:

1. Geeft de voorgestelde kadering de duidelijkheid die gewenst is? Hoe wordt een doorgeslagen discussie, waardoor het systeem opnieuw op 'error' gaat (denk aan de VAR) voorkomen?
2. Is het niet veel logischer om de indicatoren voor ondernemerschap centraal te stellen? Zo kunnen echte ondernemers – die pionieren en gaan voor vrijheid (en kader de definitie van ondernemerschap dan wettelijk) – blijven ondernemen, zonder bij iedere (korte) opdracht het arbeidsrecht te moeten afpellen?

Rechtsvermoeden

In de MvT op het wetsvoorstel wordt onderscheid gemaakt tussen schijnzelfstandigheid in de basis (lees: onderkant), midden en bovenkant van de arbeidsmarkt. Schijnzelfstandigheid kan, op basis van verschillende gronden, spelen in alle gradaties van de arbeidsmarkt. Wij begrijpen ook dat juist aan de groep aan de onderkant van onze arbeidsmarkt extra bescherming moet worden geboden en moet worden voorkomen dat er sprake is van gedwongen (schijn)zelfstandigheid.

Om deze laatste groep schijnzelfstandigen meer houvast te bieden, wordt er een rechtsvermoeden geïntroduceerd. Kort gezegd: indien een zzp'er minder dan € 32,24 (bedrag anno 1 juli 2023) verdient, wordt een arbeidsovereenkomst vermoed en kan deze zzp'er een beroep doen op het rechtsvermoeden. Hoewel wij de gedachte snappen achter dit rechtsvermoeden, vragen wij ons sterk af, gezien ook de groep "gedwongen" (schijn)zelfstandigen, in hoeverre een beroep op dit rechtsvermoeden zal worden gedaan. In de MvT wordt een vergelijk gemaakt met een beroep op het bestaande artikel voor rechtsvermoeden op een arbeidsovereenkomst in artikel 7:610a BW. Daarbij wordt opgemerkt dat uit de praktijk blijkt dat een beroep op dit bestaande artikel niet of nauwelijks plaatsvindt. Desondanks wordt er een nieuw rechtsvermoeden (als aanvulling op 7:610a BW) geïntroduceerd op basis van een uurtarief. Op basis van de toelichting vooral omdat dit rechtsvermoeden een preventieve werking zou hebben. Het niet duidelijk waar deze preventieve werking concreet van uitgaat? Dat er dan geen gedwongen schijnzelfstandigen meer zullen zijn, omdat het tarief van € 32,24 te hoog is? Of dat er alsnog gedwongen schijnzelfstandigheid blijft bestaan, omdat partijen preventief een bedrag net boven (bijvoorbeeld € 32,25 per uur) met elkaar overeenkomen?

Er wordt enkel aangegeven dat partijen als gevolg van dit rechtsvermoeden zorgvuldiger (dan nu) zullen beoordelen of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Onze perceptie is dat indien werkgevers zzp'ers/schijnzelfstandigen in een bepaalde situatie dwingen, ook met het rechtsvermoeden niet anders zullen omgaan met de beoordeling. Het ligt eerder in de rede dat dit soort werkgevers naar een andere route zoeken om de gedwongen schijnzelfstandigheid te laten voortduren en het rechtsvermoeden op basis van een tarief als een handvat zien.

Desalniettemin kan een minimumtarief in de wet wel meer handvatten bieden voor individuele schijnzelfstandigen/werknemers, alsmede aan vakbonden die namens een grotere groep schijnzelfstandigen, een procedure willen starten bij een rechter. Echter, kunnen er in onze ogen ook situaties zijn waarbij het tarief onder het minimumtarief ligt, maar door de werkgevende aannemelijk kan worden gemaakt dat wordt voldaan aan de "hoofregel" (lees: op basis van de hoofdelementen en indicaties is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst). Voor deze groep werkgevers zal naar onze verwachting een gang naar de rechter onvermijdelijk zijn, op een andere manier zal deze werkgevende zijn gelijk niet halen. De zzp'er heeft immers al een beroep gedaan op het rechtsvermoeden en is zelf van mening dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit zal in onze ogen leiden tot een verdere druk op de rechtspraak (waarmee in onze ogen een ander probleem, lees: de werkdruk in de rechtspraak, verder zal toenemen).

Samenhang overige maatregelen

Wij begrijpen dat dit wetsvoorstel in samenhang moet worden gezien met andere maatregelen vanuit de wetgever in dit kader. Het gaat dan vooral om het in evenwicht brengen van het speelveld (fiscaal- en sociaal verzekeringstechnisch) van werknemer en zzp'er, alsmede de handhaving (lees: afschaffing van het handhavingsmoratorium). Wij missen echter nog de concrete samenhang van dit wetsvoorstel met de andere twee "lijnen". Hierbij kunt u denken aan:

- eerder is gesproken over planmatige handhaving door de Belastingdienst. Op basis van dit wetsvoorstel lijkt er veel discussie te kunnen ontstaan over de juridische weging in de praktijk (zie vorige paragrafen). In hoeverre bevordert dit wetsvoorstel een efficiënte uitvoerbaarheid van de handhaving? Dit kan naar onze mening een groot probleem worden. De VAR was in onze ogen een relatief goed middel en controleerbaar door bijvoorbeeld de check van de aangifte, maar die koppeling is helaas nooit gemaakt, waardoor op een zeker moment misbruiksituaties niet konden worden gehandhaafd door de Belastingdienst. Met de model- en maatwerkovereenkomsten zien we wederom dat de ambtenaren van de Belastingdienst dusdanig een papieren toets voeren, dat voor veldwerk geen mogelijkheid meer lijkt te zijn. Ons advies zou zijn om te waken dat er een wet in werking treedt, die niet genoeg oog heeft op de handhavingscapaciteit van de Belastingdienst;
- ten behoeve van een gelijk speelveld is de afbouw van fiscale faciliteiten reeds ingezet. Dit wordt ook wederom benoemd in de toelichting op dit wetsvoorstel. Wat in onze ogen ontbreekt is dat er niet wordt aangegeven waarom de ene faciliteit wordt afgebouwd/afgeschaft en de ander blijft bestaan en tot welke hoogte deze blijft bestaan. Hoe verhoudt deze versoering zich tot de Wet VBAR en waaruit blijkt deze lijnen tezamen daadwerkelijk bijdragen aan de doelstelling?

Tot slot

Wij vertrouwen er op u met onze reactie juridische pijnpunten van dit wetsvoorstel te hebben aangeduid. Ter beantwoording van onze eigen vraag of het wetsvoorstel de verduidelijking biedt dat vooraf als doel is aangegeven, denken wij dat er nog werk op dat vlak moet worden verzet door u als wetgever. Indien een mondelinge toelichting gewenst is, staan wij daar altijd voor open.

Met vriendelijke groet,

Incentive Advies B.V.