

VRAAG 1

De vraag is of de nieuwe wet een verandering gaat brengen in deze situatie. Zekerheid en duidelijkheid is nodig, maar ondernemerschap mag niet alsnog worden ontmoedigd. De wet zou erop gericht moeten zijn om zelfstandig ondernemers, die graag als ondernemer willen werken, daarin te faciliteren en aan te moedigen. Het zou geen knellend keurslijf moeten zijn, dat weer voor nieuwe onduidelijkheid en onzekerheid kan zorgen. De afgelopen 20 jaar en de wetten die elkaar zijn opgevolgd (VAR, DBA) hebben aangetoond dat het heel lastig is om passende wetgeving te vinden die recht doet aan het zelfstandig ondernemerschap, die dit aanmoedigt. Onze economie draait voor een heel groot deel op zelfstandig ondernemers. Ik mis vooralsnog in het wetsvoorstel de waardering daarvoor, en de spirit om zelfstandig ondernemers te faciliteren in plaats van weer met nieuwe wetgeving te beknotten en in te perken.

VRAAG 2

Ik verwacht dat de meeste zelfstandig ondernemers zullen voldoen aan de zelfstandigentoets; de genoemde criteria zijn grotendeels open deuren, die evident zijn voor het zelfstandig ondernemerschap. Niettemin is het goed om ze te benoemen, zonder als knellend keurslijf te worden uitgelegd.

Criterium 1: iedere ondernemer zal een factuur sturen voor zijn werk. Als de opdrachtgever de factuur niet voldoet, heeft de ondernemer voor niets gewerkt. Hij werkt dus voor eigen rekening en risico. Dit is evident en kan niet anders; dus een open deur.

Criterium 2: deugdelijke administratie. Ook weer een open deur, want iedere ondernemer (m.u.v. kleine ondernemersregeling) moet btw aangifte doen. Probeer eens btw aangifte te doen, en deze na een fiscale toetsing overeind te houden, zonder deugdelijke administratie? Ook dit criterium spreekt dus voor zich.

Criterium 3: zich in het economisch verkeer gedragen als zelfstandig ondernemer. Deze is ook belangrijk, en hier zullen mogelijk niet alle ondernemers aan voldoen, al is het onbewust.

Ondernemers kunnen bijvoorbeeld (soms) werken voor andere ondernemers, in onderaanneming. Mogelijk profileren zij zich in zulke opdrachten iets minder vanuit hun eigen onderneming en iets (teveel) vanuit de onderneming van de hoofdaannemer. Hier moet dus zeker aandacht voor zijn. Denk dan aan (onder meer): eigen bedrijfskleding met eigen logo, eigen materialen, eigen vervoer regelen, eigen e-mailadres gebruiken.

Criterium 4: AOV voorziening hebben. Ook hiervoor geldt: als je begint als ondernemer, geef je alle zekerheden op die je had. Dit geldt zowel voor AOV als pensioen. Ook ondernemers hebben een gezin, hypotheek en een leven. Natuurlijk ken ook ik de gevallen van ondernemers die hun complete bruto omzet opmaken, geen reserveringen voor belastingen aanhouden en uiteindelijk hun huis moeten verkopen voor de belastingschuld. Dit zijn echter de uitzonderingen. De meeste ondernemers zullen verantwoordelijkheidsbesef hebben en sparen voor AOV en pensioen. Het lijkt mij geen probleem om dit sparen verplicht te stellen, om zo de uitzonderingsgevallen te beschermen tegen hun eigen spendeerdrijf. In welke vorm dit moet, zou aan de ondernemer moeten zijn. Het verplicht voorschrijven van een AOV verzekering of een bepaald pensioenfonds, staat immers ook weer op gespannen voet met de autonomie van de ondernemer. Een ondernemer mag niet onder leiding en toezicht van de opdrachtgever staan, maar ook niet onder leiding en toezicht van de overheid. Dus ja, stel verplicht dat er een buffer is, maar laat de vorm daarvan over aan de ondernemer.

Criterium 5, pensioen: zie antwoord 4.

VRAAG 3

De werkrelatietoets wordt m.i. een bron van discussie en rechtsonzekerheid. Deze verschilt ook niet wezenlijk van de criteria van de VAR en de Wet DBA, die de afgelopen 20 jaar voor onduidelijkheid en jurisprudentie hebben gezorgd.

Het tijd- en plaatsonafhankelijk werken is op de meeste plekken intussen wel geaccepteerd en zal niet zo snel een probleem opleveren voor b.v. de zakelijke dienstverlening. In sectoren als de bouw en de zorg ligt de vrije organisatie van werk en werktijd wat minder voor de hand, dus het lijkt in de rede te liggen dat deze specifieke sectoren zullen worden aangemerkt als sectoren waar sneller sprake is van een vermoeden van werknemerschap. Maar zelfs dan geldt dat er een holistische benadering moet zijn en dus ook de andere criteria moeten worden beoordeeld, waardoor er alsnog sprake kan zijn van ondernemerschap.

Het probleem zit hem vooral in het derde criterium, zijnde nieuw artikel 7:610 lid 2 onder b: de hiërarchische controle. Dit wordt veelal aldus uitgelegd, dat de opdrachtgever enkel het eindresultaat

van het werk mag controleren, en tussentijds geen enkele invloed uitoefent. In de praktijk werkt dat echter niet zo. Ook in een opdrachtgever-opdrachtnemer relatie geldt tot op zekere hoogte het adagium 'wie betaalt, die bepaalt', 'de klant is koning', 'wiens brood men eet, diens woord men spreekt', en zo zijn er vast nog wel een paar. Als ik naar de kapper ga, kijk ik constant in de spiegel mee of het werk wel goed uitgevoerd wordt. Als ik in de taxi zit, kijk ik mee of de verkeersregels wel gerespecteerd worden. Als ik in een restaurant iets voorgeschoteld krijg waarvan ik vind dat het niet op de juiste wijze bereid is, dan zeg ik daar iets van. Kortom, er zal altijd sprake zijn van invloed door de opdrachtgever, die soms verder gaat dan alleen het eindresultaat. Het komen tot een eindresultaat is in veel gevallen een dynamisch proces, waarbij er tussentijds wordt bijgestuurd. Het kan zelfs van desinteresse of slecht opdrachtgeverschap getuigen als een opdrachtgever geen enkele tussentijdse betrokkenheid toont.

Bij hoog opgeleide professionals is het zeker niet zo dat de opdrachtgever aan het bureau staat om te dicteren wat er opgeschreven moet worden, b.v. bij een jurist die een contract schrijft. Maar het kan wél weer zo zijn dat die jurist werkt voor een overheid, waar bepaalde besluitvormingsprocessen gelden, die gevolgd moeten worden om het document te laten vast stellen. Is er dan direct sprake van leiding en toezicht?

Ook een advocaat die zijn cliënt verdedigt, moet zich houden aan de regels en procesreglementen van de rechtbank.

Organisatie en ordening moet er zijn, anders kan er niet of althans niet efficiënt gewerkt worden. Het criterium 'hiërarchische relatie' wordt heel vaak verward met de natuurlijke en noodzakelijke 'organisatie' en 'ordering' van het werk. Zie mijn antwoord bij vraag 1: de grote brokers maken hier op grote schaal gebruik/misbruik van, door de natuurlijke organisatieprocessen van opdrachtgevers, te verwarren met 'hiërarchische ondergeschiktheid' en zo zelfstandigen uit te sluiten.

Doordat dit criterium in het wetsvoorstel wederom voorkomt, voorzie ik dus helaas geen verbetering van de huidige situatie. Het doet m.i. het meeste recht aan zelfstandig ondernemers en de manier waarop zij willen werken, door dit sub b van artikel 7:610 lid 2 in het geheel te schrappen. In de praktijk zal het vermoedelijk ook niet werkbaar zijn om het verschil tussen hiërarchie enerzijds, en natuurlijke / noodzakelijke ordening anderzijds, in de wet te vatten, zonder te verzanden in een eindeloze lijst met voorbeelden. Bij iedere opdrachtgever zijn de werkzaamheden immers weer op een andere manier georganiseerd.

Criterium 4 raakt m.i. de kern; het gaat erom wat opdrachtgever en opdrachtnemer samen bedoeld hebben. Ook hier komt de Haviltex maatstaf dus mooi van pas. Dit criterium kan dienstbaar zijn voor de grote groep zelfstandigen waar het Deliveroo arrest op ziet, die tegen wil en dank gedwongen zijn in 'ondernemerschap'. Dit lijkt mij dus een prima criterium, dat bovendien de kern zou moeten vormen van het wetsvoorstel. Het doet recht aan dit criterium om het als eerste te noemen en niet als laatste.

VRAAG 4

Wat wil de wetgever bereiken met een derde lid? Wordt er gedacht aan een sanctiebepaling, of eventueel een hardheidsclausule? Het toevoegen van een derde lid betekent m.i. enkel dat het tweede lid niet voldoende duidelijk is, en dat het dus wederom niet gelukt is om goed te beschrijven wat een zelfstandig ondernemer nu eigenlijk is.

Het tweede lid moet aldus worden geformuleerd dat dit voldoende duidelijk is en er dus geen derde lid nodig is. Zo lang dat niet lukt, kan de wet niet succesvol worden toegepast en zal deze een nieuwe stroom van jurisprudentie opleveren en veel zelfstandig ondernemers alsnog van werk beroven. Als opdrachtgevers niet uit de voeten kunnen met lid 2, zullen zij immers, niet in de laatste plaats opgejut door de grote brokers, zelfstandigen blijven uitsluiten. Er verandert dan dus niets.

De holistische uitleg van lid 2 komt ook overeen met de uitleg die de rechter geeft aan de huidige criteria om te bepalen of iemand zelfstandig ondernemer is. In die zin biedt het huidige wettelijke kader dus al voldoende houvast, met dien verstande dat ook in het huidige wettelijke kader de uitleg van het criterium 'hiërarchische controle' tot veel problemen leidt. Het schrappen van dit criterium zal meer duidelijkheid bieden.