

Reactie op het conceptwetsvoorstel Verduidelijking Beoordeling Arbeidsrelaties en Rechtsvermoeden (VBAR)

Inleiding

Het conceptwetsvoorstel Verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden dat op 6 oktober 2023 ter internetconsultatie werd aangeboden, doet een poging de positie van zelfstandigen te verduidelijken alsook die van de schijnzelfstandige. Dit is onzes inziens deels gelukt. In dit commentaar geven wij aan op welke punten van het wetsvoorstel de schoen wringt en waar verbeteringen mogelijk zijn. De inmiddels openbaar gemaakte aanpassingen naar aanleiding van de internetconsultatie hebben onze daarin aangegeven zorgpunten niet weggenomen. Wij delen deze daarom graag met uw Raad.

Zorgpunten

Onvoldoende onderbouwing van het probleem

In de Memorie van Toelichting van het conceptwetsvoorstel wordt getracht een inschatting te maken van het aantal schijnzelfstandigen op de Nederlandse arbeidsmarkt. Er wordt gewerkt met de aanname dat ongeveer 200.000 werkenden op de arbeidsmarkt als 'schijnzelfstandige' aangemerkt zouden kunnen worden. Daarbij wordt ook gesteld dat deze groep voor een heel groot deel afhankelijk is van één opdrachtgever. Een eenduidige definitie van wat onder schijnzelfstandigheid wordt verstaan wordt echter niet gegeven.

Deze inschatting wordt gemaakt op basis van de zogenoemde proef met de webmodule. Dit is een digitale tool die ontwikkeld is om opdrachtgevers beter in staat te stellen om in te schatten of een bepaald werk door een zelfstandige kan worden verricht. Het is echter statistisch onjuist om de gegevens uit deze proef direct door te vertalen naar het beeld voor alle zelfstandigen in Nederland. Er is slechts een paar duizend keer gebruik gemaakt van de webmodule, waarbij bovendien aannemelijk is dat de meerderheid van die gebruikers wordt gevormd door 'twijfelaars'. Bij de overige keren dat er met een overeenkomst van opdracht is gewerkt is geen gebruik gemaakt van de webmodule. Door de gebruikers van de webmodule model te laten staan voor de gehele zelfstandigen-populatie wordt aan die twijfelaars een veel te zwaar gewicht gegeven.

Deze onnauwkeurige inschatting van het aantal 'schijnzelfstandigen' maakt naar onze mening duidelijk dat aan een van de belangrijkste vereisten van een nieuwe wet – het kunnen onderbouwen welk probleem (qua aard en omvang) er mee wordt opgelost – niet voldaan wordt.

Onvoldoende duidelijkheid vooraf

De invoering van de wet DBA in 2016 heeft voor veel onrust gezorgd bij opdrachtgevers, intermediairs en zelfstandigen. Contracten met zelfstandigen werden abrupt opgezegd. Onder betrokken partijen was grote onduidelijkheid over de vraag of het nog mogelijk was om voor een bepaalde opdracht een zelfstandige in te huren. Destijds heeft dit geleid tot de invoering van het handhavingssmoratorium dat vandaag de dag nog steeds van kracht is. In de afgelopen jaren hebben de betrokken brancheverenigingen en zelfstandigenorganisaties nadrukkelijk aangegeven dat er in de markt grote behoefte is aan meer duidelijkheid en zekerheid vooraf. Ook het huidige wetsvoorstel biedt dit naar onze mening onvoldoende.

Hoewel het conceptwetsvoorstel volgens de Memorie van Toelichting vooral is bedoeld ter verduidelijking van het begrip 'gezag', zijn de elementen werkinhoudelijke en organisatorische aansturing, en werken voor eigen rekening en risico slechts een rangschikking van bestaande, simpelweg uit de jurisprudentie overgeschreven, criteria. Als de beoogde verduidelijking met

deze begrippen door de jurisprudentie blijkbaar niet werd bereikt, is het moeilijk voor te stellen waarom dat wel zo zou zijn als ze zonder nadere duiding in de wet worden opgenomen. Zeker omdat de onderlinge weging van de criteria op een later tijdstip nog bij Algemene Maatregel van Bestuur moet worden ingevuld. Op deze wijze biedt het conceptwetsvoorstel niet de beoogde verduidelijking, die zo noodzakelijk is voor zelfstandigen en opdrachtgevers, en haalt het dus de voornaamste doelstelling niet.

Proportionaliteit, subsidiariteit en overgangsrecht

De wetgever is verplicht om zich te houden aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit op het moment dat nieuwe wetgeving wordt geïntroduceerd. Het Burgerlijk Wetboek aanpassen en ingrijpen in het arbeidsrecht op deze manier is verstrekkend, terwijl er minder zware middelen voorhanden zijn om hetzelfde doel te bereiken.

Het Handboek Loonheffingen is een goed middel om werkgevers en werkenden te helpen met de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Hoewel de wetgeving en de daarop gebaseerde jurisprudentie in dit handboek is verduidelijkt, is vanwege het handavingsmoratorium nooit in de praktijk getoetst of deze verduidelijking in de meeste gevallen niet al voldoet. De handavingsstrategie van de Belastingdienst is in de afgelopen jaren ook veranderd, in de zin dat de Belastingdienst veel aandacht besteedt aan informeren, uitleggen en samenwerken met marktpartijen. Pas enige tijd nadat er voldoende capaciteit en kennis bij de Belastingdienst is, en de handhaving gecontroleerd wordt opgestart zullen de effecten van deze strategie te zien zijn.

Het wetsvoorstel is evenmin proportioneel omdat de inzet van zelfstandigen in de situaties waar dat 'gewoon' is, bijvoorbeeld tijdelijke vervanging tijdens ziekte of zwangerschapsverlof en interim-management, onmogelijk wordt gemaakt. Met andere woorden: voor een probleem waarvan de omvang niet bekend (zie hiervoor) is, wordt een wetsvoorstel gepresenteerd waardoor heel veel zelfstandigen als zodanig hun werk niet meer uit zullen kunnen voeren.

Verder is goed overgangsrecht essentieel bij de invoering van dit wetsvoorstel. Een harde overgang naar een nieuw stelsel van beoordeling zal tot veel maatschappelijke en economische onrust leiden. Dit overgangsrecht moet duidelijk maken vanaf welk uitdrukkelijk moment de nieuwe kwalificatienorm en het rechtsvermoeden van toepassing zijn. Hierbij kan eventueel aangesloten worden bij de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Recht. Een overzicht met voorbeelden van welke toets van toepassing is in welke situatie, zou ook hier van waarde kunnen zijn.

Organisatorische inbedding: het middel is erger dan de kwaal

Hoewel in de nieuwste versie van het conceptwetsvoorstel het begrip 'organisatorische inbedding' als toetsingscriterium iets is afgezwakt ten opzichte van de internetconsultatieversie blijft het wel een rol spelen bij de beoordeling van de individuele arbeidsrelatie. Als specialisten op het gebied van de (flexibele) arbeidsmarkt voorzien wij zeer grote problemen als dit criterium in de wet wordt opgenomen. Allereerst is dit een onduidelijk en niet onderscheidend criterium dat daardoor nog steeds grote uitvoerings- en handavingsproblemen met zich mee zal brengen. Werkinhoudelijke en organisatorische aansturing zijn begrippen die per arbeidsrelatie getoetst zullen worden indien het vermoeden bestaat dat de arbeidsrelatie duidt op werknemerschap en niet op zelfstandig ondernemerschap. Hierdoor blijft de zo noodzakelijke duidelijkheid vooraf uit. Werkgevers en werkenden weten nog steeds niet waar ze aan toe zijn en de rechtsonzekerheid blijft in stand. Daarbij wordt er kennelijk van uitgegaan dat werkenden die hun werk niet als zelfstandige mogen verrichten, datzelfde werk "dan maar" vanuit loondienst zullen gaan doen. Dit is voor grote groepen zelfstandigen onwaarschijnlijk. Bij de keuze om als zelfstandige te werken dan wel met zelfstandigen te werken is organisatorische aansturing niet bepalend. De verwachting is dan ook dat als dit onduidelijke criterium wordt ingevoerd, zelfstandigen niet in loondienst zullen gaan werken. Het is veel waarschijnlijker dat zij op zoek gaan naar een werkgever die wél een voor hen aantrekkelijk aanbod heeft. Dit zal grote gevolgen hebben voor de beschikbaarheid van arbeidskrachten in bepaalde sectoren en dientengevolge op de continuïteit van de bedrijfsvoering van organisaties. Wij willen nogmaals benadrukken dat het zeer onverstandig en ongewenst is om ten tijde van een krappe

arbeidsmarkt de regels omtrent werk strenger te maken dan strikt noodzakelijk voor het te bereiken doel. De arbeidsmarkt heeft alle werkenden, ongeacht contractvorm, hard nodig.

Kwalificatie van de arbeidsrelatie: juiste afweging van alle factoren (en eenvoudiger te handhaven)

Om tot een juiste kwalificatie van de arbeidsrelatie te komen is het van belang dat alle relevante factoren zorgvuldig worden afgewogen. In deze totale afweging kunnen en moeten de kenmerken van de persoon van de ondernemer ook een steviger plek krijgen. Door dit bij de beoordeling van de individuele arbeidsrelatie na te laten wordt aan de motie Podt, Smals en De Jong, die met een ruime meerderheid door de Tweede Kamer is aangenomen, naar onze mening onvoldoende handen en voeten gegeven. In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat het meewegen van de ondernemerscriteria slechts beperkt mogelijk is wegens het dwingendrechtelijke karakter van de arbeidswetgeving. Deze stelling wordt echter niet onderbouwd.

Met name wordt onvoldoende beargumenteerd waarom het grondrecht vrijheid van ondernemerschap (een hoger recht) niet een rol kan spelen in deze afweging. Onder dit grondrecht valt ook het zelfstandig ondernemerschap (*self-employment*), waaronder wordt verstaan het bedrijfsmatig uitoefenen van een vak, beroep, specialisme, het verrichten van diensten. Ook nu weer is dit grondrecht buiten beschouwing gelaten in de totstandkoming van deze wet. De kern van de vrijheid van ondernemerschap is dat de ondernemer mag bepalen hoe de bedrijfsvoering wordt vormgegeven. Door zo gedetailleerd vast te stellen wat wel en niet mag, bemoeit de wetgever zich met de bedrijfsvoering van een onderneming. Deze beoordeling van werkinhoudelijke en organisatorische aansturing staat daarmee op gespannen voet met de vrijheid van ondernemerschap. De vrijheid van ondernemerschap kan juist een belangrijke rol hebben en een ander perspectief bieden om uit de impasse en onzekerheid te komen.

De uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het conceptwetsvoorstel staat van meet af aan onder druk vanwege het enorme volume dat beoordeeld moet worden. Door meer aandacht te besteden en gewicht te geven aan criteria die de werkende zelf betreffen, wordt het benodigde aantal beoordelingen zeer sterk verminderd en wordt het mogelijk om effectief te handhaven en op te treden tegen situaties waarin feitelijk sprake is van 'werknemers zonder arbeidsovereenkomst'. Ook wordt het zo in veel meer gevallen mogelijk om duidelijkheid vooraf te geven, iets waar opdrachtgevers, intermediairs zelfstandigen grote behoefte aan hebben.

Geen oplossing voor uitholling van de sociale zekerheid

Het probleem 'uitholling van het solidariteitsbeginsel in de sociale zekerheid', wordt door dit wetsvoorstel niet aangepakt, terwijl dit wel een van de doelstellingen is. Er is op zijn best een indirect effect: uitsluitend als zou blijken dat het aantal premiebetalende werkenden door deze maatregelen significant toeneemt, is daar in enige mate sprake van. De echte oplossing ligt onzes inziens in het herstellen van de collectiviteit: alle werkenden dienen mee te betalen aan bijvoorbeeld een arbeidsongeschiktheidsregeling, zoals ook wordt voorgesteld in het rapport van de Commissie Regulering van Werk (beter bekend als de Commissie Borstlap) en in variant 3 – 'Basis voor werkenden' – van het rapport van OCTAS (29 februari 2024), waarin één gelijke regeling voor alle werkenden wordt gepresenteerd. Het door de minister gebruikte argument dat zoiets heel veel tijd kost is volgens ons des te meer reden om er zo snel mogelijk mee te beginnen.

Zekerheden, bescherming en verplichtingen loskoppelen van de contractvorm is volgens ons daarbij de oplossing om de arbeidsmarkt toekomstbestendig te maken en het sociale stelsel te waarborgen. Dit verlaagt de druk op de juiste kwalificatie van de arbeidsrelatie en geeft werkenden meer keuzevrijheid. Zo kan worden bereikt dat (1) dat kwetsbare werkenden beter beschermd zijn en (2) dat alle werkenden volgens het solidariteitsbeginsel bijdragen aan het sociale stelsel. Dit is een oplossing voor beide 'problemen' die in de Memorie van Toelichting worden genoemd.

Veel draagvlak voor het rechtsvermoeden

Ten slotte geven wij aan dat één onderdeel van het conceptwetsvoorstel op onze onverdeelde instemming kan rekenen: de introductie van het rechtsvermoeden van werknemerschap indien er tegen een uurtarief van lager dan € 33 gewerkt wordt. Wij delen de visie dat onder de zelfstandigen die met dergelijk lage uurtarieven werken ook veel schijnzelfstandigen zitten. Het rechtsvermoeden van werknemerschap zou hen uiteindelijk een betere juridische positie kunnen bieden. Wij constateren daarbij dat uit de internetconsultatie en vele andere reacties blijkt dat er een heel breed draagvlak is voor dit onderdeel van het conceptwetsvoorstel.

Désirée Simons, Voorzitter RIM
Saskia Kapper, Vicevoorzitter Bovib
Marco Bastian, Directeur NBBU
Stef Witteveen, Bestuurslid VvDN
Jurriën Koops, Directeur ABU