

Notitie

VAAN – VvA expert commissie betreffende internetconsultatie van het voorontwerp minimumtarief zelfstandigen en zelfstandigenverklaring

(het Voorontwerp)

Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN)

Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA)

9 december 2019



Notitie betreffende de internetconsultatie van het voorontwerp minimumtarief zelfstandigen en zelfstandigenverklaring (het Voorontwerp)

Van: de VAAN – VvA expert commissie, ingesteld met het doel een reactie op het Voorontwerp op te stellen en in te dienen

Leden van de expert commissie:

Mr. dr. Lucy van den Berg (universitair docent sociaal recht VU Amsterdam)

Mr. Astrid Helstone (partner arbeidsrecht Stibbe Amsterdam)

Prof. Mr. Frans Pennings (hoogleraar sociaal recht Utrecht)

Prof. Mr. Leonard G. Verburg (hoogleraar arbeidsrecht Nijmegen), voorzitter

Datum: 9 december 2019

Ter inleiding

1. Het Voorontwerp valt uiteen in twee wetsvoorstellen: het wetsvoorstel Wet minimumarbeidsbeloning zelfstandigen (Wmz) en het wetsvoorstel Wet op de zelfstandigenverklaring (Wzv). Het algemeen deel van de toelichting (MvT) heeft betrekking op beide wetsvoorstellen. De MvT refereert aan een minimumtarief, de Wmz spreekt over een minimumarbeidsbeloning, op het internet gaat het om minimumbeloning. Deze notitie neemt als uitgangspunt dat al deze aanduidingen hetzelfde tot uitdrukking brengen en hanteert verder het begrip minimumtarief.
2. De onderhavige reactie beperkt zich tot enige hoofdlijnen. Dit geschiedt aan de hand van een indeling in drie hoofdthema's: (i) het voorstel te komen tot een minimumtarief, (ii) het voorstel te komen tot een zelfstandigenverklaring en (iii) het voorstel te komen tot bestuurlijke handhaving, waaronder het kunnen opleggen van een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom. Deze driedeling bevordert de overzichtelijkheid van de reactie en geeft bovendien ruimte ieder hoofdthema te voorzien van een eigen bijpassend eindoordeel.
3. Samenvattend zien deze eindoordelen er als volgt uit. De commissie is in beginsel positief over de gedachte van een wettelijk minimumtarief voor zelfstandigen. Een minimumtarief legt een bodem in de markt en kan een bijdrage leveren aan het tegengaan van armoede. Naast de doelstelling van armoedebestrijding, is ook het tegengaan van oneerlijke concurrentie tussen zelfstandigen en werknemers een doelstelling die vaak, ook door de regering, geopperd is voor een minimumtarief. Het is onduidelijk in hoeverre het tarief in de voorgestelde vorm kan bijdragen aan het doel om oneerlijke concurrentie met werknemers tegen te gaan. Het voorstel te komen tot een zelfstandigenverklaring ontmoet systematische bezwaren, belooft waarschijnlijk

meer duidelijkheid en zekerheid dan valt waar te maken, roept vragen op over nut en noodzaak en is de troepen te ver vooruit gesneld. Het is verstandig het voorstel te komen tot een zelfstandigenverklaring te parkeren tot de openbaarmaking van het eerdaags te verwachten rapport van de commissie Borstlap. Nut en noodzaak hangen in ieder geval mede af van het antwoord op de vraag waarmee de commissie Borstlap zal komen en wat daarmee zal worden gedaan. Het eindoordeel over het voorstel te komen tot bestuurlijke handhaving (inclusief de administratieve verplichtingen over en weer), waaronder het kunnen opleggen van een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom, luidt dat dit voorstel voert tot een bureaucratie van kafkaëske proporties. De voorgestelde waarschijnlijk disproportioneel te achten bureaucratie raakt het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap mogelijk in de kern.

(i) Het voorstel te komen tot een minimumtarief

4. De commissie is, geredeneerd vanuit het doel van armoedebestrijding, in beginsel positief over de gedachte van een minimumtarief voor zelfstandigen. Een minimumtarief legt een bodem in de markt en kan zodoende een bijdrage leveren aan het tegengaan van armoede. De overwegingen van het Voorontwerp op het punt van de verhouding tot internationaal recht zijn, voor zover het niet gaat om het gekozen handhavingssysteem, goed navolgbaar.
5. Wel rijst de vraag of de introductie van een minimumtarief in de gekozen vorm een geschikt middel is om het doel van onbedoelde concurrentie met werknemers tegen te gaan. Zulks was wel nog aangekondigd in het regeerakkoord (Regeerakkoord, p. 22). Dat de regering nu gekozen heeft voor een ander instrument dan in het regeerakkoord aangekondigd (Regeerakkoord 2017, p. 25), verklaart nog niet dat de in het regeerakkoord vermelde doelstelling uit het zicht verdwijnt. Terwijl armoedebestrijding vaststelling van het tarief ter bereiking van de bijstandsnorm voor een alleenstaande rechtvaardigt, vereist de bestrijding van ongewenste concurrentie wellicht een andere argumentatie voor tarieven. We denken dan in eerste instantie aan het wettelijk minimumloon, maar ook cao-lonen en de werkgeverslasten die gelden voor werknemers zouden in de argumentatie betrokken moeten worden. Wij menen dat de argumentatie hier verduidelijking behoeft. Voorts is een belangrijk element ter verbetering van de positie van zelfstandigen de voorgestelde verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering. Voor de berekening van het tarief is het essentieel de verwachte premies voor een dergelijke verzekering mee te nemen.
6. De vraag rijst in hoeverre het minimumtarief van € 16,- zal leiden tot een *'race to the bottom'* van de tarieven die zelfstandigen aan de onderkant van de arbeidsmarkt ontvangen. Dit klemmt te meer, nu het minimumtarief juist bedoeld is werkenden met een zwakke onderhandelingspositie te beschermen.
7. Bovendien leggen wij de gedachte op tafel dat een belangrijk deel van de groep werkenden die werkelijk behoefte heeft aan het minimumtarief van de voorgestelde

hoogte, in werkelijkheid werknemer is en daarom gebaat is bij een juiste juridische kwalificatie van de rechtsverhouding. Het is de vraag of de opdrachtgeversverklaring die vermoedelijk in 2021 zal worden geïntroduceerd daarvoor als maatregel een oplossing biedt, alleen al omdat het aanvragen van een opdrachtgeversverklaring facultatief is (voor de werkverschaffer) en niet doorwerkt naar de civielrechtelijke kwalificatie van de arbeidsverhouding. Is het daarom niet beter te wachten tot er een geïntegreerde benadering is, die we verwachten van de Commissie Borstlap?

8. Een uurtarief zegt nog niets over het aantal te factureren uren per periode. Iemand met een relatief laag tarief die in een maand veel uren in rekening kan brengen, zal wellicht in die maand meer inkomsten genereren dan iemand die weinig uren kan declareren tegen een relatief hoog tarief. Toch ligt het in de rede dat een minimumtarief als een 'tot hier en niet verder' in de concurrentiestrijd bijdraagt aan het kunnen bereiken van een menswaardig bestaan boven de armoedegrens. Dit laat onverlet dat het aantal declarabel te maken uren voor het doel van het tegengaan van armoedeval ook van groot belang is. De wetgever behoort daarom flankerend beleid te voeren dat gericht is op het zoveel mogelijk administratief en anderszins ontlasten van zelfstandigen. De regelgeving dient te bevorderen dat uren die niet gericht zijn op marketing of declarabel kunnen werken, tot een minimum beperkt (kunnen) blijven.
9. Ter bescherming van het minimumtarief dient de wetgever zorg te dragen voor een zo licht mogelijk administratief kader. Juist aan de onderkant van de tarievenmarkt is de verwachting gerechtvaardigd dat veel zelfstandigen (en 'kleine' en/of particuliere opdrachtgevers) moeite zullen hebben met zware administratieve verplichtingen. Naar de mate waarin de administratieve verplichtingen toenemen, zullen zelfstandigen eerder en waarschijnlijk ook tegen hogere kosten de betreffende administratieve lasten uitbesteden. Bemiddelingsbureaus mogen bij het bemiddelen van zelfstandigen aan laatstgenoemde geen fee in rekening brengen. Bureaus die zelfstandigen op diens verzoek administratief ontzorgen¹, mogen voor hun diensten (wel) een beloning in rekening brengen. Deze beloning kan zijn gerelateerd aan het tarief dat de zelfstandige bij zijn opdrachtgever in rekening kan brengen. Hoe zwaarder de administratieve lasten zijn, des te meer risico loopt men dat uiteindelijk het bedrag per uur dat daadwerkelijk bij de zelfstandige terecht komt, afneemt.
10. Een wettelijk minimumtarief kan men invoeren zonder dat dit gepaard gaat met de introductie van een belastend wettelijk systeem van bestuurlijke handhaving. Het past in de Nederlandse cultuur bij privaatrechtelijke verhoudingen te kiezen voor privaatrechtelijke handhaving en eerst verdergaande maatregelen te overwegen als zou blijken dat de naleving op die manier te wensen overlaat. Deze (in het Voorontwerp niet gekozen) aanpak biedt bovendien de mogelijkheid van sectoraal maatwerk:

¹ Het kan gaan om een gespecialiseerd administratiekantoor of bijvoorbeeld een platform dat tevens opdrachtgevers en zelfstandigen bij elkaar brengt. Een dergelijk platform mag voor de eventuele bemiddeling de zelfstandige niets berekenen, maar voor de administratieve afwikkeling wel. Het is denkbaar dat de externe administrateur zelf een zelfstandige is in de zin van de Wmz.

maatregelen naargelang zich in een bepaalde sector nalevingsproblemen voordoen en specifiek gericht op het adresseren van deze problemen. We menen dat handhaving door de sociale partners, met de mogelijkheid om nadere regelingen te maken in cao's die passen bij de betreffende sector, te overwegen is.²

11. Er zijn zeker voor zelfstandigen die zij aan zij werken met werkenden in dienstverband handhavingsmogelijkheden die veel minder ingrijpend en belastend zijn en passen bij de wijze waarop handhaving van regelgeving rondom de arbeidsmarkt in ons land veelal gestalte krijgt (het recente voorbeeld van de architecten cao).
12. Een al te stringente aanpak van de handhaving kan het doel van armoedebestrijding in de waagschaal stellen. De wetgever behoort juist aan de onderkant van het spectrum van tarieven voor zelfstandigen alles in het werk te stellen de samenleving mee te krijgen. Angst voor boetes, dwangsommen en/of 'pietje-precies' handhaving en angst voor overmatige rompslomp, duwen de praktijk in de richting van circuits die zwart zijn of anderszins het daglicht slecht verdragen.
13. Ten slotte rijzen vragen over het personele bereik van de maatregel. Zelfstandige is volgens artikel 2, lid 1 Wmz de partij die anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling tegen beloning arbeid verricht of doet verrichten voor de wederpartij, de opdrachtgever, ongeacht of de eerstgenoemde partij een natuurlijke persoon is en ongeacht de rechtsvorm van de eerstgenoemde partij met wie de overeenkomst ter uitvoering waarvan die arbeid wordt verricht, is gesloten. Dit impliceert dat zelfstandige ook is de persoon die werkzaam is in een zogenoemde fictieve dienstbetrekking in de zin van de Wet op de loonbelasting 1964 en werknemersverzekeringswetten. Het aanwezig zijn van een fictieve dienstbetrekking impliceert dat de werkverschaffer als inhoudingsplichtige/werkgever gehouden is premies en belastingen in te houden op het loon van de 'fictieve werknemer' en deze dient af te dragen aan de Belastingdienst. De vraag rijst hoe deze wijze van belonen en administreren zich verhoudt tot het in het Voorontwerp opgenomen uitgangspunt van een betalingswijze per factuur.

(ii) Het voorstel te komen tot een zelfstandigenverklaring

14. De introductie van een zelfstandigenverklaring voor werkenden met een hoog tarief moet volgens de regering worden gezien in het licht van de wens welvaartsverlies te voorkomen door werkenden aan de bovenkant van de arbeidsmarkt zekerheid vooraf aan hun werkverschaffers te geven over hun status als zelfstandige. De mogelijkheid tot het aanvragen van een zelfstandigenverklaring strekt zich kort gezegd uit tot werkenden die korter dan een jaar voor een werkverschaffer werken tegen een tarief van ten minste € 75,-. Aanvullend gelden eisen als de inschrijving bij de KvK en het versturen van facturen. De regering gaat er vanuit dat deze groep werkenden, gegeven hun tarief, een dusdanig stevige en onafhankelijke onderhandelingspositie heeft dat zij zich minder snel

² Denk aan de wijze waarin de uitzendbranche via de SNCU naleving van de cao handhaaft.

gedwongen zullen voelen bepaalde rechten op te geven. Ook is bij deze groep het risico op oneigenlijke concurrentie met werknemers, en dus op erosie van het arbeidsrecht en de werknemersverzekeringen, volgens de regering zeer klein. Met de introductie van een zelfstandigenverklaring wordt een vergaande mogelijkheid van een *opt-out* gecreëerd voor een bepaalde categorie werkenden. Anders dan de als gevolg van de Wet DBA afgeschafte zelfstandigheidsverklaring (VAR-WUO en VAR-DGA) strekt de voorgestelde zelfstandigenverklaring zich – naast de loon- en premieheffingen – uit tot het civiele arbeidsrecht (uitgezonderd de bescherming van het Europees arbeidsrecht). Een *opt-out* van het arbeidsovereenkomstenrecht is een nieuw fenomeen en levert spanning op met het - reeds ruim een eeuw lang geldende - uitgangspunt dat artikel 7:610 BW dwingend recht is.

15. Evenals voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, geldt voor de beoordeling van het zelfstandig ondernemerschap dat 'het totale plaatje' beslissend is. In de gepubliceerde fiscale en civiele jurisprudentie zijn nauwelijks aanknopingspunten te vinden dat een hoog uurtarief als zodanig een duidelijke contra-indicatie oplevert van zelfstandig ondernemerschap of het ontbreken van een arbeidsovereenkomst. Andersom vormt het ontvangen van een laag tarief wel met enige regelmaat een belangrijke aanwijzing voor het ontbreken van zelfstandig ondernemerschap of de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. Van diverse functies die met een hoge mate van vrijheid en zelfstandigheid en tegen een hoog salaris wordt verricht (zoals geneeskundige beroepen, statutair directeuren van vennootschappen en professionals in de vrije sector) is in de jurisprudentie aanvaard dat deze activiteiten (kunnen) worden verricht binnen een arbeidsovereenkomst. De wetenschap dat de arbeidsverhouding kwalificeert als arbeidsovereenkomst vormt ook een vorm van zekerheid vooraf. De arbeidsovereenkomst met de bijbehorende collectieve arbeidsvoorwaardenvorming biedt in een krappe arbeidsmarkt een instrument om oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden en welvaartsverlies (met name in door de algemene middelen gefinancierde bedrijfstakken zoals de zorg) te voorkomen.
16. De werknemersverzekeringen en loonheffingen bij werkenden aan de bovenkant van de arbeidsmarkt gaan klassiek gezien uit van een bepaalde mate van solidariteit met de zwakkeren. Deze notie wordt in het Voorontwerp losgelaten zonder dat de argumentatie daarvoor is ingebed in een overkoepelende visie op de arbeidsmarkt.
17. Het is overigens niet helemaal duidelijk wat exact de doelstelling is van de regeling van de zelfstandigenverklaring. Gaat het om meer zekerheid bieden aan zelfstandigen dat hun opdrachtgevers en zichzelf niet achteraf worden geconfronteerd met naheffingsaanslagen en werkgevers- en werknemersverplichtingen? Of gaat het er om personen die eigenlijk als werknemer functioneren de mogelijkheid te geven zich aan de werknemersbescherming te onttrekken (*opt-out*)? De tekst van de MvT lijkt niet steeds dezelfde invalshoek te kiezen. Indien het de eerste doelstelling is, dan rijst de vraag waarom hiervoor een tarief van € 75,- per uur wordt gehanteerd en de beperking tot werken voor een opdrachtgever voor één jaar. Die zekerheid zou immers ook voor

mensen met een lager tarief wenselijk zijn. Bij de tweede mogelijke doelstelling ontbreekt een toelichting waarom deze maatregel nodig is. De MvT stelt op p. 32: “De regering wil ruimte geven aan zelfstandigen om te ondernemen”. Betekent dit ook dat het de ruimte geeft aan werknemers zich aan het arbeidsrecht en de werknemersverzekeringen te onttrekken? Waarom is dit nodig en wenselijk? En ondergraaft dit niet de solidariteit van het stelsel?

18. De voorwaarde dat ‘de werkzaamheden niet langer worden aangegaan dan voor een periode van ten hoogste één jaar’ heeft betrekking op de situatie dat er één opdrachtgever is. Is dat juist?
19. Wie gaat (in de praktijk) controleren of betrokkenen voldoen aan de eisen voor de zelfstandigenverklaring? Komt dit vooral aan de orde als betrokken zelfstandigen alsnog een beroep doen op werknemersbescherming?
20. Wat is rechtens als de werkverstrekker per abuis het getekende contract eerst na de aanvang van de werkzaamheden in zijn administratie opneemt (overtreding van art. 2 sub a Wzv) zonder dat de zelfstandige daar weet van heeft? Is de zelfstandige dan onwetend toch werknemer? Art. 2 Wzv zit vol van dit soort strikvragen.
21. De MvT bespreekt op p. 43 de bescherming van het Europees arbeidsrecht die (onontkoombaar) blijft gelden voor degenen die aan de eisen voldoen van het EU-werknemerschap (art. 45 VWEU). Hoe wordt nu gewaarborgd dat deze bescherming inderdaad geboden wordt? Kunnen betrokkenen wel steeds afdwingen dat die bescherming geboden wordt (met name als die volgens de implementatiewetgeving beperkt is tot personen met een arbeidsovereenkomst conform het Nederlandse recht)? Bij sommige onderdelen kan dit wel (vakantie wordt als voorbeeld genoemd), bij andere niet of is er onzekerheid. Voorts rijst de vraag ten aanzien van wie naleving kan worden afgedwongen, bijvoorbeeld als er meerdere opdrachtgevers zijn. En wat nu als de zelfstandige die volgens EU-recht niettemin werknemer is, zijn EU-werknemersrechten niet kan afdwingen? Kan dan gezegd worden dat Nederland de betreffende richtlijn niet goed geïmplementeerd heeft en dat er een statuut moet worden gemaakt speciaal voor deze *opt-out*-zaken?
22. De vraag rijst verder of door het door het EU-recht afgedwongen behoud van EU-werknemersrechten het doel van het verstrekken van rechtszekerheid aan werkverschaffers met de introductie van de zelfstandigenverklaring werkelijk kan worden behaald. De werkverschaffer van de persoon met een geldige zelfstandigenverklaring heeft slechts de zekerheid dat het autonome nationale arbeidsrecht niet van toepassing is, maar verkeert mogelijk in onzekerheid over (het bereik van) de bescherming van het Europese arbeidsrecht.
23. De vraag rijst voorts in hoeverre de introductie van de zelfstandigenverklaring in deze vorm overheidsinterventie rechtvaardigt. Bij een tarief van € 75,- euro per uur ontvangt een full time werkende zelfstandige aan inkomsten ongeveer een bedrag van bruto € 135.000,-. Uiteraard valt over de eventuele fiscale winst van een zelfstandige dan nog weinig te zeggen. Uit cijfers van CBS blijkt dat in 2017 bijna 360 duizend personen een

persoonlijk inkomen hebben van meer dan 100 duizend euro. De meeste mensen met een topinkomen zijn werknemer (58 % in 2017), ruim een kwart werkt als zelfstandige. De resterende 15 % bestaat grotendeels uit gepensioneerden.³ Uiteraard zijn geen gegevens bekend over de vraag of de verschillende kwalificaties ook juridisch juist zijn. Ons zijn evenmin gegevens bekend over de vraag welk percentage zelfstandigen met een inkomen van meer dan een ton kwalificeert als zelfstandige met personeel of zelfstandige zonder personeel. Het leidt echter geen twijfel dat – vergeleken met de totale populatie van zelfstandigen in Nederland – het bereik van de voorgestelde maatregel relatief beperkt is.

24. Elke 'piketpaal' in het uurtarief geeft stevast ruimte voor sturing/ontwijking. Zo is denkbaar dat partijen in een situatie waarin de zelfstandige meestal bijvoorbeeld rondom € 50,- per uur rekent, afspreken dat bepaalde in een aparte opdracht onder te brengen activiteiten worden verricht op basis van vrijwilligheid of op basis van '*no cure, no pay*' (in de gezondheidszorg kan met dit laatste onder omstandigheden letterlijk nemen). Een afspraak op basis van '*no cure, no pay*', telt immers niet mee (MvT, p. 14). Een bijkomend voordeel van een dergelijk arrangement is dat er ook over en weer geen bijzondere administratieve verplichtingen zijn en dit laatste dient veelal de wederzijdse belangen (er van uitgaande dat niemand voor zijn plezier uren besteedt aan het verrichten van complexe administratieve handelingen). Voor een andere tezelfdertijd afgesproken opdracht geldt dan een uurtarief van € 75,- per uur of meer. Het opknippen van activiteiten in verschillende opdrachten tegen verschillende tarieven is van alle tijden en de mogelijkheden zijn legio. Zo beschouwd is elk vast tarief niet meer dan een omslagpunt met daaromheen een grijs gebied waarbinnen ontwijkingsmogelijkheden bestaan die niet traceerbaar (hoeven te) zijn en gedekt worden door het grondrecht van de contractsvrijheid.

(iii) Het voorstel te komen tot bestuurlijke handhaving, waaronder het kunnen opleggen van een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom

25. Het algemeen deel van de toelichting bij het Voorontwerp stelt dat zelfstandigen de vrijheid en onafhankelijkheid waarderen die het ondernemerschap met zich brengt (MvT, p. 10). De ondertoon van deze passage is dat hier sprake is van een positief te duiden aspect. De administratieve verplichtingen en de keuze voor bestuurlijke handhaving, waaronder het kunnen opleggen van een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom, leiden echter tot een kafkaëske bureaucratie. De eisen aan de administratie en het gekozen handhavingssysteem vormen ontegenzeggelijk een bedreiging voor de bedoelde vrijheid en onafhankelijkheid en de daarvoor ervaren waardering. Een overtuigende redengeving voor de gekozen benadering ontbreekt.

³ CBS, Welvaart in Nederland 2019.

26. Het past niet in het systeem en de beleidsdoelstellingen van de kabinetten sinds de jaren negentig van de vorige eeuw (denk aan de MDW-operatie⁴) om echte onafhankelijke zelfstandigen zoveel bureaucratie op te leggen. Door de gekozen definitie zijn nu de personen die fiscaal geen ondernemer zijn en ook geen arbeidsovereenkomst hebben (kort gezegd de personen die in een fictieve dienstbetrekking werken en de zogenoemde resultaatgenieters in de zin van de Wet IB) ook zelfstandigen voor de toepassing van het Voorontwerp. Voor de fictieve dienstbetrekkingen is al lang geleden aanvaard dat ze (deels) binnen het sociale stelsel moeten worden gebracht en dat de werkverschaffer te dien aanzien soortgelijke inhouding- en administratieverplichtingen heeft als ten aanzien van 'echte' werknemers. Een systematiek met zoveel regeldruk en bestuurlijke handhaving past niet voor echte ondernemers. De voorgestelde maatregel vormt in die zin een schot hagel. Mede daarom is de vraag zo belangrijk voor welke groep de voorgestelde maatregel nu werkelijk iets gaat betekenen. Zijn dat alleen of hoofdzakelijk schijnzelfstandigen, dan is de maatregel in ieder geval niet noodzakelijk en sowieso disproportioneel.
27. Het Voorontwerp gaat voorts niet in op de vraag welke risico's hier liggen. Er zijn verschillende in het oog springende risico's. Hierboven stelden wij al dat angst voor boetes, dwangsommen en/of 'pietje-precies' handhaving (denk aan het recente voorbeeld van de wijze waarop de belastingdienst jarenlang de regelgeving op het gebied van de kinderopvangtoeslag 'handhaafde') en angst voor overmatige rompslomp, de praktijk kunnen duwen in de richting van circuits die zwart zijn of anderszins het daglicht slecht verdragen.
28. Veel zelfstandigen, juist zij die aan de onderkant opereren, en veel opdrachtgevers zullen de handhavingsrisico's niet kunnen of willen lopen. Men kan er dan maar van afzien (niet goed voor de economische bedrijvigheid en in beginsel evenmin in overeenstemming met het doel van het instellen van een minimumtarief), men kan de administratieve verplichtingen onderbrengen bij een derde (kostenverhogend, hierboven al aangestipt), men kan ook de opdrachten zo vorm (proberen te) geven dat men buiten het systeem valt. Invoering van het Voorontwerp zal een aanzuigende werking hebben op vrijwilligerswerk (al of niet in combinatie met de verkoop van goederen⁵) en 'no cure, no pay'-arrangementen (zij vallen buiten het systeem, MvT, p.

⁴ Van 1994 tot 2003 heeft de overheid door middel van de MDW-operatie gewerkt aan het moderniseren van wet- en regelgeving. MDW staat voor Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit. De hoofddoelstellingen van deze operatie waren het verlagen van de administratieve lasten voor burgers en bedrijven, meer ruimte geven voor marktwerking en het verbeteren van de kwaliteit van wetten.

⁵ Men kan op basis van vrijwilligheid werk verrichten en tegelijkertijd aan de opdrachtgever een bepaald goed (of dienst) verkopen. De koppeling is 'toevallig', de prijs voor het verkochte is uiteraard marktconform, de koop praktisch onzichtbaar en het scheelt over en weer een hoop administratie. Wij hebben hierbij niet het oog op transacties waarbij de dienstverlening ondergeschikt is aan een koop als bedoeld in art. 2 lid 2 Wmz. Het gaat om transacties waarbij partijen in feite de honorering voor de werkzaamheden verleggen van de dienstverlening naar de koop. Wij stellen niet dat dergelijke transacties nastrevenswaardig zijn. Wij merken slechts op dat dit soort denkrichtingen tot het normale

- 14). Deze laatste ontwijkmogelijkheid kent in beginsel betrekkelijk veel speelruimte, nu het niet gaat om een vast omlijnd gedefinieerd of scherp te definiëren type arrangement (anders dan dat zonder 'cure' geen betaling plaats vindt) en partijen de meetlat voor het niveau van de 'cure' in onderling overleg hoog of minder hoog kunnen leggen.
29. Er is het risico dat bij opdrachten die men ook in het buitenland kan onderbrengen buitenlandse opdrachtnemers de voorkeur krijgen, omdat de territoriale werking van de Wmz beperkt is tot arbeid in Nederland (art. 3 Wmz). Er is daarnaast het risico dat deze buitenlandse opdrachtnemer vervolgens onzichtbaar voor de opdrachtgever de opdracht geheel of ten dele uitbesteedt aan een in Nederland gevestigde opdrachtnemer die op zijn beurt een deel van zijn werk weer laat doen door iemand die de arbeid daaraan verricht buiten Nederland. Wat is rechtens in dit soort situaties? De economische bedrijvigheid laat zich niet zomaar territoriaal begrenzen. Het gaat er in dit voorbeeld niet om dat het elders goedkoper kan. Het punt is dat de opdrachtgever wil ontkomen aan de administratieve rompslomp en de handhavingsrisico's. Het punt is ook dat de opdrachtgever soms helemaal niet weet of niet kan weten waar de met de opdracht gemoeide arbeid wordt verricht.
30. De vrijheid van ondernemerschap is een grondrecht. Deze vrijheid omvat mede de contractsvrijheid. De contractsvrijheid ziet zowel op de vraag met wie men contracteert als op de vraag welke inhoud men aan het contract wil geven. Het Voorontwerp gaat op dit thema niet in. Wij besteden daarom iets meer aandacht aan het grondrecht. Artikel 16 Grondrechten Handvest EU bepaalt dat de vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken. Het gaat niet om een recht met absolute gelding en de juistheid van deze laatste gedachte springt juist bij het nadenken over arbeidsrechtelijke vraagstukken in het oog. De vrijheid van ondernemerschap moet in relatie tot haar sociale functie worden beschouwd. Er zijn echter wel grenzen aan de mate waarin een overheid de contractsvrijheid mag beteugelen. De vrijheid van ondernemerschap kan men aan beperkingen onderwerpen voor zover zulke beperkingen werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die de EU nastreeft en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, de beperkingen niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduidbare ingreep waardoor het recht in zijn kern wordt aangetast.⁶ Met overheidsingrijpen kunnen, in het algemeen belang, beperkingen aan de uitoefening van de economische activiteit worden gesteld. Deze omstandigheid vindt haar weerslag met name in de wijze waarop het evenredigheidsbeginsel overeenkomstig artikel 52 lid 1

arsenaal (zullen gaan) behoren. Zo zal ook het aantal koppelverkoop van diensten over en weer (een vorm van loon in natura) waarschijnlijk toenemen om te ontkomen aan de administratieve verplichtingen en handhavingsrisico's.

⁶ HvJ EU 6 september 2012, C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526 (*Deutsches Weintor*). Het niet op onevenredige en onduidbare wijze in de kern mogen aantasten van de vrijheid van ondernemerschap leest men al eerder in rechtspraak van het Hof. Zie HvJ EG 9 september 2008, C-120/06 P en C-121/06 P, ECLI:EU:C:2008:476 (*FIAMM*), punt 184.

Grondrechten Handvest EU moet worden toegepast. Elke beperking op de uitoefening van de in het Grondrechten Handvest EU verankerde rechten en vrijheden moet bij wet worden gesteld (het Voorontwerp zorgt hier voor) en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Elke beperking moet met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de EU erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.⁷ Het is (inmiddels) vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EU dat nationale regelgeving de vrijheid van ondernemerschap niet in de kern mag aantasten.⁸ Een en ander impliceert dat nationale maatregelen zo moeten worden vormgegeven dat ze geen onnodige inbreuk maken op de vrijheid van ondernemerschap door een disproportionele administratie te verlangen.

31. Het is gezien de omvang en de aard van de administratieve verplichtingen en het gekozen systeem van handhaving allerm minst zeker dat het Voorontwerp op dit punt de toets der kritiek van het in de kern raken van de hierboven bedoelde vrijheid doorstaat. Met de aard van de administratieve verplichtingen doelen wij mede op de omstandigheid dat deze verplichtingen zich soms effectief bemoeien met wat men al of niet in rekening kan brengen. Zo mag bijvoorbeeld tijd besteed aan voor de opdracht relevante vakliteratuur volgens art. 7 lid 7 sub d Wmz niet in rekening worden gebracht (logisch als het bij het normale kennisniveau hoort, maar niet logisch als het verstandig is een bepaald wetenschappelijk artikel er bij de advisering nog weer op na te slaan). Tijd die is besteed en mogelijk relevant is voor ergens in de toekomst te verwachten opdrachtgevers mag de opdrachtnemer slechts naar evenredigheid van dit verwachtingspatroon in rekening brengen (art. 7 lid 8 Wmz). Voor kosten geldt hetzelfde. Hoe men dit verwachtingspatroon handen en voeten kan geven, is niet duidelijk. Helder is wel dat het punt opdrachtgevers een uitgelezen kans biedt declaraties van opdrachtnemers ter discussie te stellen. De bemoeizucht van het Voorontwerp met de inhoud van contracten gaat aldus heel ver.
32. Het Voorontwerp zet voorts een forse streep door het kunnen aangaan van transacties op basis van *fixed fees*. Het Voorontwerp eist zoveel transparantie in de opbouw van het afgesproken bedrag van de *fixed fee* dat veel economische bedrijvigheid andere wegen zal (moeten) zoeken om te voorkomen dat de opdrachtgever teveel vertrouwelijke bedrijfsinformatie in de schoot geworpen krijgt. De door het Voorontwerp geëiste transparantie kan aan opdrachtgevers bij toekomstige opdrachten een commercieel uit te buiten voorsprong geven. Het Voorontwerp heeft niet of nauwelijks oog voor de dynamiek van commerciële transacties en het feit dat zelfstandige opdrachtnemers concurreren met andere dienstverleners en potentieel ook met hun opdrachtgevers.

⁷ HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*), punten 45 tot en met 48. HvJ EU 14 oktober 2014, C-611/12 P, ECLI:EU:C:2014:2282 (*Giordano/Commissie*), punt 49, HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland e.a.*), punt 38.

⁸ HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 (*Parkwood*), HvJ EU 21 december 2016, C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972 (*AGET Iraklis*).

33. Het past het kabinet voorts niet onnodig de maatschappij op te zadelen met forse en enorm complexe administratieve verplichtingen, waar opeenvolgende kabinetten zelf debet zijn geweest aan de ontstane situatie (de gekozen institutionele orde, zie MvT, p. 2), althans niet zonder dat eerst al het mogelijke is gedaan om de institutionele orde op een internationaal gezien meer uitgebalanceerd niveau te brengen.
34. Het voorstel neemt tot uitgangspunt dat de boete zo afschrikwekkend moet zijn dat het zowel opdrachtgevers als zelfstandigen ervan weerhoudt met elkaar zaken te doen zonder dat hierbij minimaal het minimumtarief wordt betaald. Strookt deze redenering met de resultaten van strafrechtelijk onderzoek naar de strafmaat? Is de pakkans niet een belangrijker gegeven? Het gekozen uitgangspunt bevreemdt voorts in het licht van de kerndoelstellingen van het voorstel (armoedebestrijding en het voorkomen van schijnzelfstandigheid). Is deze boete dan wel proportioneel en geëigend om het beoogde doel te bereiken en hoe verhoudt zich dit tot artikel 6 EVRM en artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM?⁹ Deze vragen zijn in het bijzonder relevant voor de groep zelfstandigen die aan de "onderkant" van het minimumtarief opereert en naar verwachting de meest kwetsbare zelfstandigen vertegenwoordigt. Zij worden onevenredig geraakt door de boete-sanctie. Datzelfde kan worden gesteld voor particuliere opdrachtgevers. Het is de vraag of de hoogtes van de boetes wel in verhouding staan tot de beoogde doelstelling. De omstandigheid dat wordt gevarieerd in hoogtes van de boetes doet hieraan niet af.
35. In het licht van het evenredigheidsbeginsel geldt een driedelige toets voor de boete als sanctiemiddel:
1. Is de boete-maatregel geschikt om het beoogde doel te bereiken?
 2. Is de boete-maatregel noodzakelijk, dus bestaan er minder ingrijpende wijzen om het beoogde doel te bereiken?
 3. Heeft de boete-maatregel geen excessieve gevolgen voor betrokkenen (in dit geval zowel de opdrachtgevers als de zelfstandigen)
- In het licht van onze opmerkingen ad (3) plaatsen wij kanttekeningen bij de rechtvaardiging voor de voorgestelde boetes en is een grondige analyse vereist om vast te stellen of de voorgestelde boete-sanctie deze driedelige toets wel doorstaat.

Wij herhalen tot besluit ons standpunt dat bij alle kritische kanttekeningen bij de overige onderdelen van het Voorontwerp de gedachte van een wettelijk minimumtarief voor zelfstandigen zonder bestuurlijke handhaving een positief onthaal zou kunnen krijgen, indien de hierboven aangestipte aarzelingen zouden kunnen worden weggenomen. Het is niettemin verstandig ook dit onderdeel aan te houden tot de openbaarmaking van het eerdaags te verwachten rapport van de commissie Borstlap.

⁹ Wij wijzen op de artikelen 47, 48 en 49 van het Grondrechten Handvest EU, die in het bijzonder relevant zijn voor de rechtsbescherming met betrekking tot bestuurlijke boetes.

Wij zijn gaarne bereid tot nader overleg over de inhoud van deze reactie en tot een verdere gedachtewisseling. Het ligt daarbij in de rede dat vooreerst wordt afgewacht met welke voorstellen de commissie Borstlap in januari 2020 zal komen.

Met vriendelijke groet,

De VAAN - VvA expert commissie

Mr. dr. Lucy van den Berg

Mr. drs. Astrid Helstone

Prof. Mr. Frans Pennings

Prof. Mr. Leonard G. Verburg, voorzitter