

Consultatiedocument inzake het Wetsvoorstel Zelfstandigenwet, van de Nederlandse Vereniging van Rechtskundige Adviseurs (NVRA).

De NVRA heeft met interesse kennis genomen van het consultatiedocument inzake de Zelfstandigenwet (verder wetsontwerp), een voorstel van de Kamerleden Aartsen, Vijlbrief, Van Dijk en Flach. Hieronder treft u het commentaar van de NVRA aan op dit wetsontwerp, opgesteld namens de NVRA door mr. drs. J.A.M. der Weduwen.

Introductie

Het wetsontwerp beoogt te komen tot een wijziging in wetgeving, met name in het arbeidsrecht, dat zeer veel werkenden zal raken. Deze verandering ziet met name op diegenen, die zichzelf zien of aanduiden als ondernemers (vaak aangeduid met termen als zelfstandigen zonder personeel (zzp-er) of freelancers) en die buiten dienstverband werken of willen werken. Tot nu toe hadden zij geen plek in het arbeidsrecht, daar zij niet vallen onder de werking van het arbeidsrecht. Dit wetsontwerp beoogt daarin een verandering te brengen door een definitie te introduceren wanneer iemand als zelfstandige aan te merken is en om hen samen met andere aspecten voortkomend uit een werkrelatie met een opdrachtgever, te doen uitzonderen van het werken in een dienstverband.

Deze insteek van de wetgeving wordt gekozen, gegeven de behoefte, zoals blijkt uit de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp, aan helderheid over wie aan te merken is als zelfstandige en wanneer dit dan leidt tot een uitzondering op de aanname dat er sprake is of zou kunnen zijn van een dienstbetrekking.

Voor de werkenden en voor hun opdrachtgevers, in het wetsontwerp werkverstrekkers genoemd, maar ook voor derden die daarop (zouden moeten) toetsen, is de vraag of en wanneer er binnen of buiten dienstverband wordt gewerkt. Vaak, en vooral ook op voorhand, is het onvoldoende duidelijk of dat werk buiten dienstverband wordt gedaan of juist in dienstverband. De insteek van het wetsontwerp is om daar (meer) helderheid in te bieden.

Niet alleen de werkenden worden geraakt door dit wetsontwerp, maar ook de werkverstrekkers. Deze werkverstrekkers krijgen immers te maken met de consequenties, als er (achteraf) blijkt dat er niet buiten dienstverband wordt gewerkt. Denk daarbij aan de gevolgen van het alsnog aannemen, dat er sprake is van een dienstverband en de arbeidsrechtelijke, belastingtechnische

en sociaal verzekeringsrechtelijke gevolgen.

Het voorliggende wetsvoorstel beoogt (meer) helderheid te bieden aan deze werkenden en de werkverstrekkers, maar ook aan degenen die kunnen toetsen of er sprake is van een dienstverband en daar consequenties aan kunnen verbinden (Belastingdienst, Arbeidsinspectie). Dit wetsvoorstel kiest hierbij een andere route dan het eerder ter consultatie aangeboden wetsvoorstel Verduidelijk Beoordeling Arbeidsrelaties (VBAR), waarop ook door de NVRA commentaar¹ is geleverd en waarnaar voor een goed begrip ook mede verwezen wordt.

De andere insteek is naar de mening van de NVRA verfrissend en misschien ook wel een beter doordachte. Dat komt vooral doordat het wetsvoorstel VBAR weinig directe helderheid biedt en met name niet op voorhand, over wie aan te duiden is als zelfstandige (ondernemer) en wie wanneer niet. Met name het gevolg van deze definiëring (wel of geen zelfstandige) in de zin van de uitzondering op het aanmerken van een relatie met een zelfstandige als niet een in dienstbetrekking, ontbreekt bij de VBAR. Dit is jammer en daaraan is wel behoefte in de (arbeids-)markt. In die zin is dit wetsvoorstel dan ook een stap voorwaarts, waar de zelfstandige, de werkverstrekker en waarschijnlijk ook de andere betrokken en dus geraakte instanties, beter mee bediend wordt dan via het wetsontwerp VBAR.

De NVRA is verbaasd, dat dit wetsontwerp naast het wetsontwerp VBAR en als het ware in concurrentie daarmee wordt voorgelegd. Dit is vooral verbazingwekkend, omdat het wetsontwerp VBAR bij de voorbereiding door in elk geval twee partijen (CDA en VVD) is omarmd (dan wel mede opgesteld), die nu ook dit wetsontwerp Zelfstandigenwet voorstellen. Dit zou heel goed kunnen als beide wetsontwerpen complementair aan elkaar zijn, maar dat is naar het oordeel van de NVRA niet zo. Wat dit zegt over de status van beide wetsontwerpen is onduidelijk, maar de idee zou kunnen ontstaan dat er politiek intern geen consensus is over de te kiezen route in het dossier waar beide wetsontwerpen op zien. Dat zou natuurlijk wel de voorkeur hebben.

[Inhoud wetsvoorstel en opzet commentaar](#)

Het wetsvoorstel wordt ondersteund met een uitgebreide memorie van toelichting. Daarin wordt toegelicht de problematiek die aanleiding is voor het wetsvoorstel en de route die is gekozen als oplossing en welke is neergelegd in het wetsvoorstel.

¹<https://www.internetconsultatie.nl/wetverduidelijkingbeoordelingarbeidsrelatiesenrechtsvermoeden/reactie/8e1734c9-428f-4fda-b599-02c7628ac869>

Verder kent het wetsvoorstel twee inhoudelijke onderdelen.

Enerzijds, de introductie van een toets onder welke voorwaarde een werkende aangeduid kan worden als (werkend in) zelfstandig ondernemer(schap). De wet introduceert ook criteria voor deze toets. Verder wordt voorgesteld te komen tot inrichting van een Commissie die een toets zou kunnen doen op het voldoen aan de geïntroduceerde zelfstandigentoets.

Anderzijds worden er aanpassingen voorgesteld in boek 7 van het burgerlijk wetboek, die met zich meebrengen dat rekening gehouden dient te worden bij de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst (werken in dienstbetrekking) met de toets op zelfstandig ondernemerschap en nog vier andere beoordelingsaspecten. Verder wordt in boek 7 van het burgerlijk wetboek een artikel opgenomen, dat de mogelijkheid biedt om een (rechts)vermoeden in een algemene maatregel van bestuur vorm te geven.

Het commentaar van de NVRA richt zich in eerste instantie op hetgeen in de memorie van toelichting is aangegeven, om vervolgens in te gaan op de oplossing zoals neergelegd in de wetgeving die door het wetsvoorstel wordt voorgesteld. Daarbij wordt tevens ingegaan op de vormgeving en de inhoud van het wetsvoorstel en waar aan de orde wordt commentaar gegeven en worden vragen gesteld over de vormgeving en de gemaakte keuzen en voorgestelde oplossingen. Tot slot wijdt de NVRA ook wat overwegingen aan de mogelijkheid om het door het wetsontwerp beoogde doel te bereiken via een andere route en ook het voorkomen van gaten in het systeem van de inrichting van de arbeidsmarkt zoals die nu bestaat.

Algemene opmerkingen inzake onderbouwing, ideologie en opzet

De NVRA meent dat dit wetsvoorstel anders dan de VBAR minder uitgaat van het ideologisch bestrijden van schijnzelfstandigheid en het in feite criminaliseren van schijnzelfstandigen en/of hun werkverstrekkers, dan de wet VBAR. In die zin is deze wet van een duidelijk ander karakter en vanuit een ander gezichtspunt opgesteld. De NVRA zou dat willen kenschetsen als een gezichtspunt waarbij wordt uitgegaan van een positieve(re) grondhouding ten opzichte van het fenomeen zelfstandigheid en de plek die dit fenomeen in het arbeidzame werkveld in Nederland heeft ingenomen. Er wordt gepoogd een plek te bieden in het rechtsstelsel voor dit fenomeen, daar waar een echte plek tot op heden ontbreekt en ook via het wetsontwerp VBAR niet wordt tot stand gebracht. Dat wordt door de NVRA als positief ervaren.

De reden en de noodzaak voor het bieden van een dergelijke nadere plek en de wijze waarop dit is vormgegeven, daar kan nog wel het een en ander aan

worden afgedaan naar de mening van de NVRA. Dat begint met een zorgvuldige analyse van de noodzaak voor een oplossing en de logische gevolgtrekking dat de via dit wetsontwerp gekozen route de (meest) logische is.

Alhoewel in de (concept) memorie van toelichting veel en vooral gedegen van alle kanten de problematiek is belicht en ook toegelicht, meent de NVRA, dat er nog wel wat valt op te merken over de analyse.

Zo mist de NVRA een goede historische schets van alle maatregelen, wet en regelgeving op het terrein van de pogingen om te komen tot duidelijkheid over het fenomeen zelfstandige, de definitie ervan en ook de pogingen om een plek daaraan te geven in het recht. Zo lijkt de historie bijna op te houden bij gelegenheid van de intrekking van de Verklaring Arbeids Relatie (VAR). Deze VAR (in verschillende varianten²) wordt slechts genoemd in het kader van haar intrekking met de invoering van de wet DBA³. De VAR zelf (in de diverse stadia van ontwikkeling en omvang van werking), de aanleiding voor de invoering ervan en vooral ook de redenen om tot intrekking te komen, worden niet in beeld gebracht en niet bij de beschouwingen betrokken. De daaraan voorafgaande WAZ/HOZ operatie (Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen en Harmonisatie Ondernemers en Zelfstandigen begrip) met daarbij behorende rapportages en de begeleidende commissie en hoorzittingen worden ook geheel buiten beeld gehouden⁴. De weer wat oudere initiatieven, uit met name het sociaal verzekeringsrechtelijk terrein, zoals die op het terrein van de beoordeling van en kwalificatie van de aanwezigheid van zelfstandigheid en de arbeidsrechtelijke gevolgen ervan worden ook gemist⁵.

² Wet van 20 december 2001, Wijziging van de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen en enige andere wetten in verband met de invoering van een zelfstandigheidsverklaring en de uitsluiting van de Nationale ombudsman en de substituut-ombudsmannen van de verzekering voor werknemersverzekering. Wet van 23 december 2004 tot wijziging van de werknemersverzekeringswetten, de Coördinatiewet Sociale Verzekering, de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de loonbelasting 1964 in verband met uitbreiding van de rechtsgevolgen van de verklaring arbeidsrelatie (Wet uitbreiding rechtsgevolgen VAR). Zie ook het Besluit staatssecretaris van Financiën 25 november 2002, nr. DGB2002/6536M, Beleidsregels beoordeling dienstbetrekking, Stcrt. nr. 234, VN 2002/61.13.

³ Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties van 3 februari 2016, waarbij besloten werd de Verklaring arbeidsrelatie af te schaffen met het oog op de bevordering van deregulering, verbetering van de balans tussen de verantwoordelijkheid van opdrachtgevers en opdrachtnemers voor de presentatie van hun onderlinge arbeidsrelatie richting de Belastingdienst en verbetering van de handhaafbaarheid van de gevolgen van het onderscheid tussen de verschillende vormen van inkomen uit tegenwoordige arbeid.

⁴ Kamerstuk [24 036 Marktwerving, deregulering en wetgevingskwaliteit](#).

⁵ Bijvoorbeeld besluiten met een kader voor de beoordeling van zelfstandigheid zoals het Besluit inzake de vaststelling van de zelfstandigheid interimmanagers (Staatscourant 1998,193; laatstelijk gewijzigd bij besluit d.d. 10 maart 1999, Staatscourant 1999, 58), Besluit vaststelling zelfstandigheid interim kraanmachinisten (Staatscourant 2000, 2), Besluit zelfstandigheid zelfstandige zonder personeel afbouwbedrijfstadken (Staatscourant 2000, 75) en besluiten inzake de beoordeling van de verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen zoals het Besluit verzekeringsplicht contactdocenten (Staatscourant 2000, 38) en het Besluit verzekeringsplicht automatiseringsdeskundigen (Staatscourant 2000, 169). Maar ook de convenanten inzake het verstrekken van zelfstandigheidsverklaringen, zoals het convenant inzake de zelfstandigheid van

Zo ook wordt niet genoemd en in de beschouwingen betrokken de reeds in 1977 (!) tot stand gekomen definitielijst inzake wanneer iemand als zelfstandige aan te merken is van de Sociale Verzekeringsraad⁶. Hiernaast wordt dan ook alleen gekeken naar de jurisprudentie op arbeidsrechtelijk terrein, terwijl er ook een baaierd aan sociaal verzekeringsrechtelijke jurisprudentie is op het terrein van de criteria voor en de beoordeling van zelfstandigheid. De NVRA vindt dat enerzijds jammer, omdat slechts met een beperkte blik gekeken wordt naar de historie, maar ziet het ook een als een gemiste kans. Mogelijk dat er veel uit het verleden en uit andere rechtsgebieden valt te leren. Mogelijk ook dat uit de verschillende initiatieven en besluiten lering getrokken zou hebben kunnen worden voor bijvoorbeeld de definitie van zelfstandigheid en de criteria daarvoor, waar nu in dit wetsontwerp een poging gedaan wordt om daar vorm aan te geven en om daar een kader voor te scheppen. Dat kan mogelijk beter (doortimmerd en onderbouwd) door te kijken naar het verleden (al dan niet geslaagd) en daaruit lering te trekken en/of te ontleen.

De NVRA meent dat het altijd aan te raden en te verkiezen is, als een ingrijpende wetgevende verandering, zorgvuldig, van vele kanten belicht en liefst (breed) gedragen tot stand komt. Hierbij zou idealiter de wetgeving van alle kanten goed bezien dienen te worden, zowel qua historische context, inhoudelijk, juridisch en wetstechnisch, maar ook goed belicht voor wat betreft de (mogelijke) juridische, wetstechnische en maatschappelijke effecten ten gevolge van de voorziene aanpassing in wetgeving. Daarbij is het, naar de mening van de NVRA, onontbeerlijk dat de problematiek die het wetsontwerp tracht te adresseren, niet alleen via een juridische weg bezien wordt en tot een oplossing wordt gebracht, maar ook dat andere invalshoeken en de maatschappelijke gevolgen daarvan in beeld gebracht worden. Dit alles is naar de idee van de NVRA wat onderbelicht.

Daarnaast spreekt voor zich dat idealiter alle betrokken en geraakte juridische terreinen meegenomen worden in de afwegingen bij en voor de totstandkoming van wetgeving. Naar de idee van de NVRA is nu veel bezien vanuit een puur arbeidsrechtelijke bril en is (mogelijk) te weinig gekeken naar andere aanpalende (rechts)gebieden (zoals het sociaal verzekeringsrecht en het fiscaal recht), maar dus ook de maatschappelijke context. De bredere scope ontbreekt hier. Misschien logisch gezien het feit dat het hier om een

waarnemers in de paramedische branche en het convenant inzake de ondernemersverklaring audiovisuele branche.

⁶ Sociale Verzekeringsraad (SVr) Circulaire nr. 598 22 maart 1977, overgenomen door het LISV op 2-4-1997 (Stcrt. 1997, 74).

initiatief wetsvoorstel van Kamerleden gaat, maar gegeven de (verwachte) impact die het wetsvoorstel heeft op de arbeidsmarkt maar ook die op sociaal-verzekeringsrechtelijk en fiscaal terrein, verdient dit wetsvoorstel een gedegen voorbereiding, goede onderbouwing, opzet en een duidelijk beeld van de gevolgen ervan op al deze terreinen. Dat zou naar de mening van de NVRA nog wel beter kunnen worden gezien.

Zoals gezegd lijkt dit wetsontwerp geheel uit te gaan van een definitie van een bestaand probleem vanuit het arbeidsrecht en komt dan ook in feite louter met een oplossing via die weg. Andere probleemgebieden en routes voor oplossingen (lijken) niet in beeld gebracht te zijn. Het lijkt er daarbij ook op, dat de aanpalende gevolgen voor andere wet en regelgeving, maar ook de uitvoering op aangrenzende wetsgebieden, onvoldoende in beeld zijn gebracht. In het verdere commentaar van de NVRA wordt daarop ingegaan.

Voor het vaststellen dat er sprake is van een probleem en dus zoeken naar een oplossing horen een (stevige) onderbouwing en dito cijfers over "het probleem" en de effecten van de wetgeving. Hoe groot is het "probleem", om wie gaat het, wie raakt het en hoe en welke effecten worden er verwacht door de nieuwe wetgeving die het wetsontwerp introduceert? Wat voor invloed zal de wetgeving hebben op de arbeidsmarkt in bredere zin? Gegeven al deze vragen en de onduidelijkheden voor beantwoording van deze vragen, past, naar de mening van de NVRA, ook een goed instrumentarium om als gekozen wordt voor de oplossing zoals voorzien in het wetsontwerp, de effecten in beeld te brengen/meten/evalueren. In dit verband past ook een instrumentarium om ongewenste effecten (snel) te signaleren en daarop te acteren en (mogelijk) bij te sturen. Een evaluatie instrument of kader is dan onontbeerlijk. Daar is weinig aandacht voor in dit wetsontwerp, wat door de NVRA als een gemis wordt beschouwd. Het zou in de visie van de NVRA goed zijn om de effecten van de voorgenomen wetgeving na invoering te monitoren en mogelijk ongewenste effecten recht te zetten (zo dat al kan). Daarvoor ontbreekt nu een visie en vooral ook een regeling in dit wetsontwerp.

Analyse MvT

In de memorie van toelichting (MvT) wordt afgetrapt met de suggestie dat er een fiscaal gunstiger positie van zelfstandigen ten opzichte van werknemers zou zijn. Dat wordt onderbouwd met een rapportage van het Centraal Planbureau uit 2020! De NVRA wijst erop, dat er sindsdien nogal wat is gewijzigd in de fiscale positie van de zelfstandigen. Dat komt verderop ook wel in beeld in de MvT, maar de aftrap (en de toon) is dan al gezet. Dat is

naar de idee van de NVRA jammer en ook onnodig. De realiteit is daarbij ook dat zelden voor zelfstandigen de fiscale positie of zelfs maar de verdiensten een belangrijke drijfveer is om te (gaan) werken als zelfstandige. Ook wordt dit wel genoemd in de MvT, maar lijkt meer een terzijde dan een gedragen conclusie of vaststelling. Door dit fiscale aspect zo prominent vooraan te zetten lijkt de MvT de nadruk daarop te leggen en wordt, naar de idee van de NVRA, een verkeerd beeld geschetst enerzijds van de zelfstandigen en anderzijds ook van en voor de noodzaak om te komen tot een regeling zoals deze.

Aangegeven wordt in de MvT, dat het werken als zelfstandige populair is geworden. Los van de vraag of dit een probleem is, dan wel een teken des tijds (en mogelijk vergankelijk), is de vraag waarom dit zo is en bij wie dat zo is. Misschien is het zo, maar misschien valt dit ook wel mee. De bestaande cijfers, zoals ook opgenomen in de MvT, zien op onder meer een vergelijking van de situatie in Nederland ten opzichte van de Europese burenen. Hierbij zit Nederland wat betreft het aantal zelfstandigen (in verhouding ten opzichte van werknemers) sinds eind vorige eeuw in de lift, maar hierbij lijkt de top wel reeds bereikt. Er is in de laatste jaren van een (enorme) stijging geen sprake (meer). Er lijkt sprake te zijn van een zekere gevonden balans.

In vergelijking met andere Europese landen zit Nederland aan de hoge kant qua aantal zelfstandigen in verhouding tot werknemers op en in de arbeidsmarkt. Of dit het vergelijken is van dezelfde feiten en omstandigheden (en dus niet appels met peren door de verschillende wettelijke structuren in de verschillende landen), laten we even buiten beschouwing (dit doet het wetsontwerp ook). Maar om nu te zeggen, dat Nederland hierbij (extreem) uit de pas loopt ten opzichte van andere Europese landen, is zeker niet zo. De NVRA zou hier wat meer context hebben verwacht. Ook een fundamentele visie over het gewenste aantal zelfstandigen in de arbeidsmarkt wordt gemist.

Wordt er gekeken naar cijfers op wereldniveau, dan loopt Nederland zeker niet uit de pas (zie cijfers 2022, 2023 en 2024 WEC op basis van cijfers Eurostat en Worldbank). Nederland scoort daarbij heel gemiddeld qua aantal zelfstandigen gerelateerd aan de omvang van de beroepsbevolking. Ook dat zijn appels en peren, maar op basis van die vergelijking, zou er net zo goed aanleiding kunnen zijn voor geheel andere maatregelen (juist meer ruimte bieden aan werken met zelfstandigen of anders vormgeven van de arbeidsmarkt).

De NVRA is niet pro of contra (zelfstandigen of wetgeving die (meer) kaders geeft), maar pleit wel voor een goed en zuiver beeld en vooral een goede

analyse en een oplossingsrichting gebaseerd op een strategische keuze, gegeven de analyse, vooraleer te komen tot een kaderstelling in een wet(s-ontwerp).

In de MvT wordt gekeken naar de oorzaken van de groei aan zelfstandigen aan de kant van de werkenden, maar in mindere mate naar de oorzaken die (kunnen) liggen aan de kant van de opdrachtgever/werkverstrekker, dan wel de vormgeving van de arbeidsmarkt. Het ontbreken van deze notie is een ernstig gemis. Is er mogelijkserwijs een meer aanjagend effect terug te zien van de vraag van werkverstrekkers naar en dus het aantal zelfstandigen? Zou dat kunnen liggen in bijvoorbeeld de wijze van vormgeving van de bestaande (arbeids-)wetgeving, waardoor er een constante (grote) vraag of behoefte is bij opdrachtgevers/werkverstrekkers? Ligt dit aan de vormgeving van de Nederlandse (arbeids)wetgeving? Hoe verhoudt zich dit tot andere (Europese) landen? Zijn er nog andere factoren die van belang zijn bij de vormgeving en monitoring van de vormgeving van de arbeidsmarkt (zoals bijvoorbeeld kader stellende handhaving, of juist het gebrek daaraan)? De NVRA had graag meer analyse en reflectie op al deze aspecten en vragen gezien. Dan zou mogelijk ook een beter oordeel mogelijk zijn of dit wetsvoorstel wel een proportionele oplossing is bij een gesignaleerd probleem.

Dit wetsontwerp, net als het wetsontwerp VBAR, meent dat er een oplossing dient te komen voor een probleem, dat wordt aangeduid als het bestaan van "schijnzelfstandigen". Wat hier precies mee wordt bedoeld, is ondanks het gestelde in de memorie van toelichting niet geheel duidelijk⁷. Om wie gaat het? Om hoeveel mensen gaat het? Wat is het probleem dat ontstaat door de aanwezigheid van deze "schijnzelfstandigen"? Wat schort aan het handavingskader om deze "schijnzelfstandigen" op te sporen en om hen, dan wel hun opdrachtgevers, "aan te pakken"? De NVRA had gehoopt, dat bij dit wetsontwerp in tegenstelling tot het wetsontwerp VBAR daar wel meer duidelijkheid in zou zijn gebracht vooraleer met een oplossing te komen.

Bij dit wetsontwerp wordt aandacht geschonken aan de effecten die er op de markt ontstaan als er onduidelijkheid bestaat over de wijze van beantwoording van de vraag wanneer er sprake is van (onduidelijkheid) of er sprake is van een dienstbetrekking. Veel opdrachtgevers/werkverstrekkers, maar ook zelfstandigen kiezen dan voor risicomijdende oplossingen door te werken met een bemiddelaar, detacheringsbureau, payrollbedrijf of een uitzendbureau. Ook bestaan nog andere constructies die zich in het

⁷ Dit ondanks dat er wel een definitie terug te vinden is voor wat onder schijnzelfstandigen verstaan kan worden, namelijk in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (4-12-2014; C-413/13).

schimmengebied bevinden van wat (niet) mag en wat wordt gedoogd. De NVRA vraagt zich af of door dit wetsontwerp dit schimmengebied en de risicomijdende maatregelen nu tot het verleden behoren. Hier wordt geen analyse op losgelaten en de MvT is daar helaas stil over. Zeker gegeven de soms ingrijpende (kostprijsverhogende) effecten op de arbeidsmarkt van deze "oplossingen" zou het wel de voorkeur van de NVRA hebben om daar een nader inzicht in te hebben of in elk geval een visie op te hebben in hoeverre dit wetsontwerp daartegen een dam opwerpt. Daar zou Nederland profijt van (kunnen) hebben.

In de MvT wordt aandacht geschonken aan de bescherming van de zelfstandigen op het gebied van de voorziening tegen het verlies aan inkomen ten gevolge van arbeidsongeschiktheid. De ooit bestaande voorzieningen op dit terrein (de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW) en de Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen (WAZ)) zijn destijds ingetrokken zonder te voorzien in een adequaat vangnet. Een analyse waarom er destijds precies besloten is tot een afschaffing ontbreekt. Dat is jammer, want zou misschien ook nader informatie bieden voor het besluit om een te treffen voorziening als voorwaardelijk te beschouwen, zoals in dit wetsontwerp opgenomen. De voorgenomen wetgeving inzake Wet basisverzekering arbeidsongeschiktheid zelfstandigen (BAZ) wordt wel genoemd, maar de status van deze wetgeving is zeer schimmig, dus is het logisch, naar de idee van de NVRA, dat dit wetsontwerp meer zicht zou bieden op dit terrein.

Veel zelfstandigen hebben de verantwoordelijkheid zelf genomen door een regeling te treffen voor wat betreft ziekte en/of arbeidsongeschiktheid, en dit is ook terug te zien in de MvT. Sommigen (de minderheid) niet. De vraag is waarom door hen niet is gekozen daarvoor. Is er sprake van onwil, onbegrip, dan wel desinteresse? Was er geen noodzaak, omdat het gaat om slechts beperkte inkomsten dan wel een beperkte tijd dat de inkomsten worden verworven? Had men een andere buffer? Kan er ook sprake zijn van onmogelijkheid? Ligt dat (de onmogelijkheid) op financieel terrein of ligt dat op ander terrein, zoals het niet kunnen verzekeren (denk aan handicap of leeftijd)? Al deze vragen zijn relevant om een beter beeld te krijgen over de noodzaak van en voor de keuze die er gemaakt wordt in dit wetsontwerp om een 'adequate voorziening' voorwaardelijk te stellen aan de gekozen voorwaarden voor het zijn van zelfstandige. Dit wetsontwerp biedt daarin geen helderheid, wat naar de mening van de NVRA wel verwacht mag worden bij het voorwaardelijk stellen van dit aspect (artikel 2 lid 1 sub d Zelfstandigenwet). Voor een voorwaarde, zo meent de NVRA, dient er ook de

mogelijkheid te bestaan om daaraan te voldoen.

Ook voor wat betreft de oudedagsvoorziening wordt deze als voorwaarde gesteld aan de toetsing op het zijn van zelfstandige. Daarbij wordt aangegeven, dat veel werknemers een aanvullende regeling (naast de eerste pijler; AOW) ook hebben. Wat dit precies inhoudt (veel werknemers) is onduidelijk. Het is in elk geval feitelijk zo, dat niet alle werknemers dit wel hebben. De vraag is dan ook in hoeverre er sprake is van een ongelijk speelveld tussen zelfstandige en werknemer als het gaat om sparen voor en afdracht van premies ten behoeve van een pensioenvoorziening. In elk geval blijft dat gissen nu bij dit wetsontwerp daarover geen (cijfermatige) duidelijkheid wordt geboden. Vreemde uitkomst zou kunnen zijn van dit wetsontwerp en deze voorwaarde, dat straks alle zelfstandigen tot iets (voorwaardelijk) verplicht worden, terwijl werknemers, deze verplichting niet hebben. De NVRA meent dat er dan geen sprake is van een meer gelijk speelveld tussen zelfstandigen en werknemers, maar juist het creëren van een ongelijk speelveld.

Net als bij het niet voorzien in een voorziening voor arbeidsongeschiktheid, kunnen alle vragen, die daar gesteld worden over de redenen waarom door zelfstandigen niet hierin wordt voorzien (als dat zo is), ook gesteld worden in dit geval. De NVRA meent dat er sprake is van een gemiste kans om deze vragen niet ook te stellen en te onderzoeken.

Ook noemt het wetsontwerp niet, dat de wetgever in de laatste jaren (en wel heel recent per 1-1-2023) juist de mogelijkheden van en voor zelfstandigen om fiscaal (makkelijk) te sparen voor de oude dag (Fiscale Oudedags Regeling⁸) heeft afgeschaft. Dan is het bijzonder, althans zo meent de NVRA, dat nu dit juist voorwaardelijk wordt gesteld in dit wetsontwerp (artikel 2 lid 1 sub e). Daarnaast ook, dat dit niet tegelijkertijd (weer) fiscaal omarmd en gefaciliteerd wordt. Zou het, gegeven de beoogde voorwaardelijke verplichting, niet ook logisch zijn om de mogelijkheden tot sparen voor een voorziening bij pensioneren te faciliteren, zo vraagt de NVRA zich af?

Voor beide aspecten (regeling voor ziekte/arbeidsongeschiktheid en de oudedagsvoorzieningen) is daarbij de vraag of voor een startende zelfstandige of voor iemand die slechts beperkt inkomen op deze manier verwerft dit aspecten zijn waar in eerste instantie aan wordt gedacht om te regelen. Los van de noodzaak om dit te (kunnen) regelen is de vraag of het enkele feit dat

⁸ Tot en met 2022 mocht jaarlijks op basis van een regeling in de Wet IB een deel van de winst worden gereserveerd voor de oudedagsvoorziening.

deze aspecten niet geregeld zijn, voldoende zwaarwegend is om niet als zelfstandige te kunnen of mogen werken (zie opmerkingen van de NVRA verderop inzake een beroepsverbod). Naar de idee van de NVRA is zo dit de strekking zou zijn van dit wetsontwerp deze voorwaarden een fundamentele blokkade voor mensen om als zelfstandigen te kunnen gaan werken die naar het oordeel van de NVRA te ver gaat en indruist tegen grondrechten.

Het voorstel van wet

Hieronder treft u commentaar van de NVRA aan, naar aanleiding van de vormgeving van het wetsontwerp. Voor een deel is dat tekstueel, maar anderzijds treft u ook wetstechnische opmerkingen en vragen aan.

Aanhef

Bijzonder is de opname van een tekst in de aanhef van het voorstel van wet. Daar wordt aangegeven dat in overweging genomen wordt, dat het wenselijk is dat de compensatieregeling bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid beperkt zou dienen te worden tot kleine werkgevers. In het wetsontwerp wordt daar verder niet op teruggekomen, noch regelt het wetsontwerp daarvoor iets. In het definitieve wetsontwerp zal deze kanttekening, naar de idee van de NVRA, dan ook logischerwijs geen plek hebben. Bijzonder is het wel, dat dit hier staat, zonder enige inhoudelijke betekenis, maar blijkbaar alleen politieke. De NVRA geeft verder inhoudelijk geen oordeel over deze overweging.

Begrippen

Onder artikel 1 begrippen valt op dat voor enkele begrippen er vervolgens daarachter geen omschrijving van wat dit begrip inhoudt, nader staat ingevuld. Dat zal, naar de idee van de NVRA, een omissie zijn, die ongetwijfeld rechtgezet zal worden in een meer definitieve versie, als die er komt.

Bij de definitie van werkende valt op, dat ook degene die (nog) niet werkt ook als zodanig wordt aangemerkt (...gaat verrichten...). Stel dat men uiteindelijk niet werkt, maar slechts een overeenkomst aangaat daartoe (en bijvoorbeeld voorafgaand aan de dag dat gewerkt zou moeten gaan worden daartoe niet in staat is, vanwege eigen omstandigheden of omstandigheden gelegen bij de werkverstrekker of door situaties liggende buiten ieders macht) is men dan toch een werkende? Wat zijn de implicaties daarvan, als dat zo is? De NVRA kan dit niet geheel overzien en vraagt zich af of dit ook daadwerkelijk beoogd wordt.

Bij de definitie van werkverstrekker valt op, dat alleen als er sprake is van een

overeenkomst ter zake van de werkzaamheden, dat dan er sprake is van een werkverstrekker. Hier meent de NVRA, dat wordt voorbijgegaan aan de bestaande werkelijkheid op de arbeidsmarkt, waarbij er vaak tussen degene(n) die werkt en degene waar(en voor wie) de werkzaamheden worden verricht nog een andere partij(en) kan/kunnen zitten waar de werkende een overeenkomst mee heeft. Dan is het vaak zo dat met degene ten behoeve van wie de werkzaamheden feitelijk wordt uitgeoefend er geen contractuele relatie is. Dat is of kan echter arbeidsrechtelijk wel aan de orde zijn. Gegeven de feitelijke relatie tussen degene ten behoeve van wie wordt gewerkt en de werkende, kan het heel goed zo zijn dat degene ten behoeve van wie wordt gewerkt als werkverstrekker, in de zin van het wetsontwerp, aangemerkt wordt zonder dat de werkzaamheden gebeuren op basis van een directe (contractuele) relatie. Doorkruist dit wetsontwerp staand beleid en jurisprudentie uit de huidige arbeidsrecht praktijk, met betrekking tot wie er arbeidsrechtelijk als werkgever aangeduid kan worden en dat dit op basis van de feiten plaats vindt? Dit is de NVRA niet duidelijk uit dit wetsontwerp.

Zelfstandigentoets

In artikel 2 zelfstandigentoets wordt in lid 1 het begrip zelfstandig ondernemerschap gehanteerd. In dit kader ontbreekt een duidelijke context en uitleg wat hier wordt bedoeld met dit begrip. Lezen wij het wetsontwerp en de MvT goed, dan lijkt aangesloten te worden bij de fiscale IB definitie ter zake (Winst Uit Onderneming). Of dit dan ook zo is voor de fiscale OB definitie is niet duidelijk. Deze onduidelijkheid geldt ook voor bijvoorbeeld de directeur grootaandeelhouder (valt deze eronder?) en de resultaatgenieter (resultaat uit overige werkzaamheden; valt deze er niet onder?). Verder is ook minder duidelijk uit het wetsontwerp of niet ook meer aangesloten wordt bij het bestaande zelfstandigenbegrip uit de sociaal verzekeringsrechtelijke regelgeving⁹. Daar is/was zelfstandigheid een uitzondering op het aanmerken van een arbeidsrelatie als gelijkgesteld aan een arbeidsrelatie die aan te merken is als een arbeidsovereenkomst in de zin van het arbeidsrecht. Met andere woorden, gegeven voorgaande kanttekening meent de NVRA, dat een iets scherpere afbakening van wat precies het beoogde rechtsgevolg is van de zelfstandigentoets, en wat het zelfstandigenbegrip omvat (of juist niet), wel op zijn plaats.

Daarbij vraagt de NVRA zich af of het beoogde rechtsgevolg ook niet op een andere, minder ingrijpende, manier bereikt kan of zou kunnen worden. Zou

⁹ Zie Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd, 24 december 1986, Stb. 1986, 655, het zogenoemde Rariteitenbesluit. Inwerkingtreding 1 januari 1987.

bijvoorbeeld aansluiting voor wat betreft het zelfstandigenbegrip en de daarbij te hanteren definitie niet plaats kunnen vinden via een ministerieel besluit ingevolge artikel 8 lid 2 van het hiervoor reeds genoemde Rariteitenbesluit. Dat zou laagdrempeliger qua vormgeving en ook qua aanpassing (nu, maar ook in de toekomst bij een noodzakelijke wijziging) kunnen zijn. Wel moet dan gekeken worden naar harmonisatie ten opzichte van het fiscale recht en de toetsing vanuit beide rechtsgebieden in samenhang met het arbeidsrecht.

De in artikel 2 lid 1 onder a t/m e genoemde criteria voor beoordeling of er sprake is van een zelfstandig ondernemerschap zijn op zichzelf niet opzienbarend of vreemd, gegeven de historie voor wat betreft de beoordeling van de vraag of er sprake is van een zelfstandige. Wel kan gezegd worden dat zij wat beperkt in aantal en omvang zijn. Als er gekeken wordt naar de criteria die genoemd worden vanuit de historische context zoals in besluiten en jurisprudentie, waaronder de meest recente vanuit het arbeidsrecht (Deliveroo¹⁰ en daarop voortbordurende uitspraken van lagere rechters), dan valt eens te meer op hoe summier de criteria in dit wetsontwerp zijn. Het voert wat ver om al de aspecten die genoemd worden in de verschillende historische bronnen, regelingen en besluiten en de oude en nieuwe jurisprudentie te leggen naast de door het wetsontwerp aangegeven aspecten, maar wel kan gesteld worden, zo meent de NVRA, dat er slechts een relatief beperkt aantal aspecten genoemd worden in het wetsontwerp onder de zelfstandigentoets. Misschien wel een te beperkt aantal aspecten. De vraag is dan ook of gegeven de beperkte omvang en genoemde aspecten, deze toets dan tot een robuuste en bestendige beoordeling leidt van wie als zelfstandige is aan te merken. Mogelijk dat nadere uitwerking via beslissingen door de commissie die de zelfstandigentoets doet, daarbij behulpzaam kan zijn, maar door in de wetgeving zo weinig en ook, naar de mening van de NVRA, weinig onderscheidende elementen ter toetsing op te nemen, is de vraag wat de waarde is of kan zijn van deze toets.

Ter toelichting worden hierbij de onderdelen van de toets zoals neergelegd in artikel 2 lid 1 sub a, b en c genomen. Deze aspecten kunnen op zijn zachtst gezegd als zodanig basaal aangeduid worden, dat indien men daar niet aan voldoet, men niet bij een begin van twijfel zou uitkomen of de persoon in kwestie wel gezien zou kunnen worden als zelfstandige. Daarbij zouden de onderdelen a en c mogelijk ook nog eens als vrijwel dezelfde aangemerkt kunnen worden. Naar de idee van de NVRA is het een gemiste kans als de

¹⁰ ECLI:NL:HR:2023:443.

toets zo summier is, dat deze niet als robuust en ook onderscheidend aangemerkt zou kunnen worden. Als er twijfels zijn over wat andere relevante aspecten zijn voor de beoordeling of er sprake is van zelfstandigheid, had men ook te rade kunnen gaan bij, de reeds hiervoor genoemde, historische besluiten en bronnen en de overvloedige jurisprudentie.

Door zo summier de toets vorm te geven in dit wetsontwerp (alhoewel in de MvT wel aanvullende aspecten worden genoemd) is tevens de vraag of de beoogde commissie veel manoeuvreerruimte heeft om aan het wettelijk kader iets fundamenteel toe te voegen of daaraan af te doen. Dat is naar de mening van de NVRA niet ondervangen in de regeling zoals neergelegd in artikel 3 van het wetsontwerp ter zake de opzet, vorm en taakinvulling van de commissie. De NVRA zou menen, dat het de voorkeur heeft dat er ofwel meer aspecten opgenomen worden in de wet, dan wel dat in de wet voldoende ruimte geboden wordt om in afwijking en in aanvulling op de aspecten genoemd in de wet door de commissie te komen tot aanvullende eisen.

Eerder heeft de NVRA reeds opmerkingen gemaakt inzake de voorziening ten behoeve van arbeidsongeschiktheid en de (on)mogelijkheid om deze te treffen. Los van deze vraag over de (on)mogelijkheid, is in het kader van de vormgeving van de tekst in het wetsontwerp, artikel 2 lid 1 sub d, meteen de vraag wat 'adequaat' is. Is dit een visie die getoetst moet worden aan de hand van de visie/mening van de indieners van het wetsontwerp en/of net zo belangrijk de in het leven te roepen commissie? Of is meer relevant de visie van de zelfstandige over wat adequaat is, dan wel wat maatschappelijk als zodanig wordt gezien? Onduidelijk is verder door deze formulering of het oordeel of er sprake is een 'adequate' voorziening voor eenieder niet anders kan uitpakken (afhankelijk van de individuele omstandigheden van de persoon van de zelfstandige). Mogelijk dat dit ook beoogd wordt door de indieners van het wetsontwerp, maar het maakt het wel voorwerp voor (eeuwige) discussie. De NVRA vraagt zich af of dit ook wenselijk is.

Ten aanzien van artikel 2 lid 1 sub e, geldt dezelfde vraag als hiervoor, namelijk wat dient verstaan te worden onder 'proportioneel'. Wat is dat naar de mening van de indieners van het wetsontwerp, en net zo belangrijk, hoe zou de commissie die zich dient te buigen over de vraag of er sprake is van zelfstandig ondernemerschap, ernaar moeten kijken? Ook hier weer is de vraag of de zelfstandige niet zelf mag bepalen wat proportioneel is? Wat als er sprake is van spaargeld of vergaard bezit, dan wel pensioenvoorzieningen uit andere hoofde (een eerdere dienstbetrekking)? Hoe hiermee om te gaan? Ook hier lijkt dit aanleiding en voorwerp voor (eeuwige) discussie. De NVRA vraagt

zich af of dit ook wenselijk is.

In artikel 2 lid 2 wordt aangegeven dat de werkende onderbouwt jegens de werkverstrekker dat er sprake is van zelfstandig ondernemerschap. Is er hier sprake van een wettelijke plicht die opgelegd wordt? Wat is de consequentie van deze plicht en/of het zich niet richten naar deze plicht? Dient de werkende om een en ander te onderbouwen een besluit van de commissie te vragen of kan hij het ook op andere manier doen? Is er sprake van een verplichting om de onderbouwing te vragen door de werkverstrekker? Dient de onderbouwing geadministreerd en bewaard te worden door de werkverstrekker en/of werkende? Mag de werkverstrekker uitgaan van een juiste onderbouwing door de werkende of gelooft men de werkende op zijn blauwe ogen? Kortom deze bepaling roept meer vragen op dan zij beantwoordt.

De initiatiefnemers willen regeldruk voorkomen en zien veel in verklaringen door derden af te geven¹¹. De NVRA vraagt zich af of deze vorm van zelfregulering niet een vorm van (zelf)bedrog is, die ook nog eens commercieel gebruikt en misschien wel misbruikt kan worden. De idee dat deze derdenverklaringen een verlichting van de handhaving met zich mee zou kunnen brengen wordt niet onderbouwd. Terwijl een VAR destijds werd afgeschaft, wordt er nu een VAR licht beoogd in te voeren, zonder enige waarde en ook nog eens af te geven door allerlei marktpartijen, die mogelijk belang bij de afgifte hebben. Wat hier de toegevoegde waarde van is, ontgaat de NVRA en ook in hoeverre dit leidt tot verlichting voor de handhaving.

De criteria om als zelfstandige aangemerkt te worden, worden in de MvT aangeduid als voorwaarden om als zelfstandige te mogen werken (3.1 MvT). Hier lijkt de vormgeving van en de formulering van het wetsontwerp erop te duiden, dat als iemand niet zou voldoen aan (één van) de criteria, dat men de werkzaamheden niet zou mogen verrichten! Dat kan toch niet/nooit de bedoeling zijn?! De idee dat dit wetsontwerp het onmogelijk maakt om als zelfstandige werkzaamheden te kunnen en mogen verrichten als niet wordt voldaan aan de criteria, kan toch niet aan de orde zijn? Is dit wat daadwerkelijk beoogd wordt door de indieners? Een beroepsverbod voor degenen die niet voldoen aan (één van) de criteria? De NVRA kan niet goed duiden of deze consequentie ook daadwerkelijk beoogd wordt door de indieners, maar indien wel, dan meent de NVRA, dat dit in strijd komt met de grondrechten (artikel 19 Grondwet) van eenieder om een beroep uit te oefenen en te kunnen en mogen werken. De vrijheid van ondernemerschap is

¹¹ In de praktijk worden nu reeds verklaringen afgegeven, gebaseerd op dit wetsontwerp, waarbij aangeduid wordt, dat iemand voldoet aan de criteria van het wetsontwerp en dus een zelfstandige is.

een Europees grondrecht (artikel 16 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) en wordt naar de idee van de NVRA hiermee ook geschonden.

Commissie

Via artikel 3 van het wetsontwerp wordt een commissie ingesteld, die kort gezegd gevraagd kan worden om een uitspraak te doen over een arbeidsrelatie.

Allereerst meent de NVRA, dat een instelling van een commissie gezien kan worden als een uitbreiding van het ambtelijk apparaat, dat zich bezighoudt met regulering van de arbeidsmarkt. Dit terwijl er reeds, naar de idee van de NVRA, voldoende ambtelijke instellingen zijn die zich daarmee bezig houden (of zouden moeten houden). De NVRA is geen voorstander van (zo maar) uitbreiding van het ambtelijk apparaat, tenzij er een duidelijke noodzaak hiertoe is.. Het wetsontwerp maakt niet duidelijk wat deze noodzaak is. Daarom meent de NVRA dat op voorhand er ook geen aanleiding zou moeten zijn om daartoe te besluiten.

In tweede instantie vraagt de NVRA zich af of de noodzaak voor een dergelijke commissie ook aanwezig is, gegeven de insteek van de initiatiefnemers om zoveel mogelijk van de toetsing (op de criteria inzake zelfstandigheid) neer te leggen in/bij de markt. Is dit een kiem voor een competentiestrijd tussen commissie en marktpartijen? Als de insteek is om de markt een en ander te laten regelen, waarom dan een ambtelijke instantie erbij? De NVRA meent dat hier meer terughoudendheid op zijn plaats is ten aanzien van een uitdijend ambtelijk apparaat.

Er is sprake van een kwalificatie van de overeenkomst door de commissie, althans zo is terug te lezen in artikel 3 lid 1 en lid 2 van het wetsontwerp. Dit bevreemdt, omdat de toets criteria genoemd in artikel 2 van het wetsontwerp zien op de hoedanigheid van de zelfstandige, en niet op de aard van de overeenkomst (en dus de kwalificatie ervan). Wordt hier nu beoogt dat de commissie kijkt naar de overeenkomst en de (feitelijke vormgeving van de) arbeidsrelatie en de duiding ervan of wordt er louter gekeken naar de (wijze waarop) de zelfstandige zich gedraagt in het maatschappelijk verkeer? Dat maakt de zelfstandigentoets en de toets van de commissie onduidelijk, naar de mening van de NVRA. Tegelijkertijd staat dit (toetsen op de kwalificatie van de overeenkomst) haaks op de idee dat de markt zich uitspreekt over de hoedanigheid van de zelfstandige, waar de insteek niet is om te kijken naar de arbeidsrelatie en naar de overeenkomst, maar alleen naar (het voldoen aan) de criteria van artikel 2. Althans zo leest de NVRA de MvT. Kortom hier dient nog meer helderheid geboden te worden over de taak en toets die door de

commissie wordt beoogd te regelen via dit wetsontwerp.

Mogelijk is bedoeld dat de commissie, in lijn met het bepaalde in artikel 4 onder A van het wetsontwerp, toetst op de in artikel 7:610 lid 2 ingevoegde bepaling, inzake het afwezig zijn van een dienstbetrekking. Dit vanwege het feit dat er staat dat de commissie een kwalificatie van de (arbeids-)overeenkomst geeft. Als dat zo is (toets mede aan 7:610 lid 2), dan volgt dit niet logischerwijs uit de vormgeving van het wetsontwerp. Dit zou dan nader geregeld dienen te worden. Voorts meent de NVRA, dat -als dit zo is- dit haaks staat op de systematiek van de wet, waarbij de toetsing inzake het arbeidsrecht voorbehouden is aan de rechter en niet aan een commissie zoals nu in het leven wordt geroepen. Als uitdrukkelijk beoogd wordt om de wettelijke structuur in deze te doorbreken, dan leest de NVRA dit niet of in elk geval onvoldoende terug in het wetsontwerp. Overigens juicht de NVRA dit ook niet toe.

In artikel 3 lid 2 wordt aangegeven, dat de uitspraak van de commissie rechtskracht heeft ten aanzien van de kwalificatie van een arbeidsrelatie. Hierbij verwijst de NVRA naar haar visie zoals weergegeven in de vorige alinea, ten aanzien van de doorbreking van de wettelijke structuur en wijze van (rechterlijke) toetsing. Uitgaande van louter een toets op basis van de criteria ter zake de zelfstandigentoets, zou het doorbreken van de systematiek ter zake de toets op een kwalificatie van een arbeidsrelatie (in de jurisprudentie holistische toets genoemd) ook bevreemden. De NVRA meent dan ook, dat deze methodiek en (dus) onderdeel van het wetsontwerp niet te handhaven is in de huidige vorm en opzet.

In artikel 3 lid 2 wordt aangegeven dat de uitspraak van de commissie rechtskracht heeft tenzij een der partijen (werkende en/of werkverstrekker) een oordeel van de rechter vraagt of heeft gevraagd. Hierbij is, zeker als er zo'n verstrekkende rechtskracht wordt beoogd door een uitspraak van de commissie, het bevreemdend dat er geen duidelijke toets (en beroep)-methode van en tegen de uitspraak van de commissie is. Als er sprake is van een ambtelijke organisatie dan zou een bezwaar en beroepsmogelijkheid (ingevolge de Algemene Wet Bestuursrecht) voor de hand liggen. Als de commissie gezien kan worden als een semi- rechterlijke instantie, dan is de vraag waar deze een plek vindt in het rechtssysteem van Nederland. De NVRA meent dat de plek en onderdeel in het rechtsbestel van deze commissie niet voldoende is uitgewerkt en dus nadere beschouwing behoeft. Hierbij hoort ook een visie op de mogelijkheid tot rechtsbescherming tegen een uitspraak van de commissie.

De NVRA meent in elk geval ook, dat de systematiek dat alleen door middel van een voorlegging aan de rechter om te komen tot een oordeel over een arbeidsrelatie (met andere woorden dat een vordering ter zake de aanwezigheid van een dienstbetrekking dient te worden ingediend, omdat een verklaring voor recht dat er geen sprake is van een dienstbetrekking niet een gangbare rechtsingang biedt in het huidige recht) een zeer moeizaam is aan te merken als een acceptabele vorm van rechtsbescherming tegen een (onwelgevallig) besluit van de commissie. De NVRA meent dan ook dat het wetsontwerp op dit punt onvoldoende is uitgewerkt en dringt aan op heroverweging.

Daarbij komt, dat de vraag is wat de rechtskracht is van de uitspraak van de commissie. Dit zeker gezien het bepaalde in artikel 3 lid 3 van het wetsontwerp, waardoor de uitvoerende instanties daaraan gebonden zijn. De vraag is waar zij dan aan gebonden zijn? Is de uitspraak van de commissie te zien als een eindoordeel ter zake de kwalificatie van een arbeidsrelatie tussen een werkende en werkverstrekker en zouden de instanties daar dan niet tot een ander oordeel kunnen komen, juist omdat in feite slechts aan de hand van een zeer summiere toets (die van artikel 2 van het wetsontwerp) tot een oordeel gekomen wordt, terwijl de uitvoerende instanties (als het goed is) toetsen aan het geheel der dingen (holistisch)? Als het oordeel tevens ziet op het bepaalde in artikel 4 wetsontwerp, dan ziet de NVRA dat onvoldoende terug in het wetsontwerp en daarnaast meent de NVRA, dat het gehele arbeidsrecht daardoor ter zijde wordt geschoven en de uitvoerende instanties met lege handen komen te staan voor een (goede) inhoudelijk toets of er sprake is van een dienstbetrekking ja, dan te nee, op basis van de huidige sociaal verzekeringsrechtelijke en fiscale wetgeving.

Wijziging boek 7 Wijziging 610 BW

De uitbreiding via artikel 4 sub A van het wetsontwerp van artikel 7:610, met een nieuw lid 2, bevat kort gezegd twee elementen. Ten eerste een uitzondering op het aanmerken van een arbeidsrelatie als een dienstbetrekking vanwege het feit dat de relatie is aangegaan met een zelfstandige (a) en ten tweede criteria (b t/m e) ter zake de vormgeving van de arbeidsrelatie.

Ten aanzien van het eerste lijkt het wetsontwerp ervoor te kiezen, dat het zijn van zelfstandige (ondernemer) automatisch tot de aanname leidt, dat de arbeidsverhouding (contractuele relatie) tussen de werkende en de

werkverstrekker nader bezien dient te worden en mogelijk niet aan te merken is als een arbeidsovereenkomst in de zin van het arbeidsrecht bij voldoen aan de andere criteria. Dit is, naar het oordeel van de NVRA, een breuk met de huidige bestendige praktijk. Dat hoeft niet problematisch te zijn, als dan vervolgens deze breuk ook bestendig en robuust wordt vormgegeven in aanpalende wet- en regelgeving en daarbij ook aansluiting wordt gevonden met deze wet- en regelgeving voor wat betreft de definitie van zelfstandige (zie hiervoor de opmerkingen bij artikel 2 van het wetsontwerp).

Deze geheel andere benadering lijkt een breuk op te leveren met oude jurisprudentie, maar ook die van de laatste tijd. Op zichzelf is het zijn van een zelfstandige niet een diskwalificatie voor de aanwezigheid van een dienstbetrekking op basis van het arbeidsrecht. Immers het huidige arbeidsrecht, maar in feite ook het fiscale en sociaal verzekeringsrecht kent niet een harde scheidslijn tussen het zijn van werknemer en het zijn van ondernemer/zelfstandige. Het is heel goed mogelijk om als werknemer te werken, ook al is men daarnaast of tegelijkertijd een ondernemer of zelfstandige. Sterker het is zelfs goed mogelijk, om als werknemer te werken en om dan de inkomsten uit die werkzaamheden die men geniet als werknemer te trekken (absorptie¹²) binnen de onderneming die men (daarnaast) drijft. Een breuk met de bestendige wetssystematiek dient weloverwogen tot stand gebracht te worden naar de mening van de NVRA. De vraag is of dat met dit wetsontwerp ook zo is en of ook voorzien is in aanpassing van de aanpalende wet- en regelgeving. Het wetsontwerp geeft daarin geen duidelijkheid.

Het arbeidsrecht kijkt (zie de overvloedige jurisprudentie op dit terrein) naar de aard van de arbeidsrelatie tussen werkverstrekker en de werkende om deze in het licht van alle omstandigheden van die situatie (aangeduid als holistisch in de jurisprudentie) te kunnen duiden. Dan kan het dus heel goed zo zijn, dat iemand die overigens als ondernemer werkzaam is, in een bepaalde (arbeids-)relatie als een werknemer werkt (of als zodanig aangeduid kan worden). Er is geen sprake van een waterkering in het arbeidsrecht tussen het zijn van ondernemer of zelfstandige en het zijn van werknemer. Elke arbeidsrelatie tussen een werkverstrekker en werkende dient in het huidige arbeidsrecht op zijn eigen merites bezien te worden. Aan de hand van die merites dient naar de mening van de NVRA beoordeeld te worden of de

¹² Absorptie is toegestaan wanneer aan twee voorwaarden is voldaan. De werkzaamheden in dienstbetrekking staan in nauw verband met die in de onderneming en nemen in het geheel van de ondernemingsactiviteiten een ondergeschikte plaats in.

relatie als een arbeidsovereenkomst aangeduid dient te worden.

De vraag is of dit wetsvoorstel beoogt om deze huidige systematiek naast zich neer te leggen, of dat dit wetsvoorstel, niet geheel overziend de strekking die het (lijkt) te hebben, dit wel beoogt, maar mogelijk niet bereikt met deze opzet. Hoe dan ook meent de NVRA, dat duidelijk moet zijn, dat het kunnen werken in dienstbetrekking ook aan de orde kan zijn als men wel een zelfstandig ondernemer is en ook als aan de andere criteria wordt voldaan genoemd onder ten tweede in dit stuk. Als dat niet zo is of zou zijn, zou dit een inperking van de beroepsvrijheid en de keuzevrijheid van een ondernemer met zich meebrengen, die op voorhand niet nodig is naar het oordeel van de NVRA en indruist tegen grondrechten (zie elders).

De ten tweede opgevoerde aspecten (artikel 7:610 lid 2 sub b t/m e) zijn evenzo goed criteria die terug te vinden zouden kunnen zijn onder de toets van artikel 2 van het wetsontwerp. De vraag is waarom dit niet zo is. De verschillende aspecten die genoemd worden zouden aangemerkt kunnen worden als aspecten die af te leiden zijn uit de jurisprudentie. Toch valt op dat lang niet alle aspecten uit de relevante jurisprudentie hier terug te vinden zijn. Vraag is waarom gekozen voor deze en waarom in deze vorm. Op zichzelf kan er geen bezwaar zijn tegen de opsomming van deze aspecten en de NVRA heeft dan ook geen overwegende bezwaren daartegen. Of daarmee een afdoende afbakening ontstaat en deze ook in lijn is met de (ondertussen overvloedige) aspecten uit jurisprudentie is te betwijfelen. De vraag is of verenging van (het aantal) aspecten bijdraagt aan een goed oordeel. Die vraag valt op voorhand door de NVRA niet te beantwoorden.

Tegen het gestelde aspect onder e heeft de NVRA wel uitgesproken bezwaren. Onder e wordt de bedoeling van partijen als aspect genoemd. De NVRA meent dat de partijbedoeling zodanig lastig is te onderzoeken, te bewijzen en te duiden, dat dit aspect, naar de mening van de NVRA, niet als een goed beoordelingsinstrument gezien kan worden. De opname van dit aspect lijkt ook haaks te staan op de ontwikkeling in en de bestendige jurisprudentie op dit terrein. Uit de ontwikkeling in de jurisprudentie blijkt, dat de bedoeling van partijen steeds meer als ondergeschikt is aan te merken, ten opzichte van de feitelijke vormgeving van een arbeidsrelatie door partijen. Dit aspect lijkt een poging te doen om terug in de tijd te reizen en jurisprudentie ongedaan te maken. De NVRA vraagt zich af of daar nu enige noodzaak voor is en of deze wetgeving daar ook de plek voor is. Het zou zo maar kunnen dat deze aanpassing meer vragen oproept dan problemen oplost. Los hiervan is de NVRA er meer een voorstander van om "wezen voor schijn" in het recht als

uitgangspunt te hanteren. Naar de idee van de NVRA, moet niet de situatie gaan bestaan, dat partijen stellen iets bedoeld te hebben, maar in feite op een geheel andere manier te hebben gewerkt en dat de bedoeling van partijen voorgaat ten opzichte van de feiten. Hierbij wordt te veel de idee gehanteerd dat partijen altijd een goed beeld hebben over dat wat zij beogen en of dat ook daadwerkelijk (juridisch) goed wordt vormgegeven en daarnaast in de praktijk ook wordt nageleefd. Dit los nog van de vraag of de bedoelingen van beide partijen altijd in lijn met elkaar zijn. Ook in andere rechtsgebieden dan het arbeidsrecht staat “wezen voor schijn” ook fier overeen in de jurisprudentie. Er zijn, naar de mening van de NVRA, geen argumenten om nu met dit wetsontwerp de ontwikkeling van de jurisprudentie in het arbeidsrecht zo maar over boord te zetten. Als die er zijn, dan worden ze in elk geval onvoldoende bij dit wetsontwerp in beeld gebracht.

Nieuw artikel 610 ab

Het wetsontwerp introduceert een mogelijkheid voor een rechtsvermoeden. De inhoud van het rechtsvermoeden dient nader vorm gegeven te worden via een Algemene maatregel van bestuur. De idee is dat met behulp van dit rechtsvermoeden (of zelfs rechtsvermoedens) er situaties aangeduid kunnen worden, waar er vermoed wordt dat de arbeid verricht wordt in een arbeidsovereenkomst.

De indieners van dit wetsontwerp hebben daarbij mede op het oog het via het wetsontwerp VBAR aangeduide rechtsvermoeden inzake een te hanteren minimumtarief. Onder dat tarief verrichten van arbeid voor een ander, levert op een vermoeden dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. De argumentatie om te komen met een rechtsvermoeden, namelijk ter bescherming van specifieke kwetsbare werkenden is niet nader onderbouwd in het wetsontwerp VBAR en ook hier is niets daarover terug te vinden. Over wie hebben we het? Hoeveel personen raakt dit? Waarom zouden deze personen geholpen worden door dit rechtsvermoeden? In hoeverre worden zij beter beschermd? Bij het wetsontwerp VBAR wordt niets aangegeven over een eerdere poging op dit terrein, (wel met een andere systematiek, namelijk een minimum uurtarief voor zelfstandigen¹³. Dit wetsvoorstel is uiteindelijk niet doorgezet, waarvoor natuurlijk goede argumenten waren), die mogelijk interessant is voor lering en beoordeling van het wetsvoorstel VBAR en dit wetsvoorstel¹⁴. De groep van werkenden die door dit wetsvoorstel wordt

¹³ Concept Wet minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring van 28-10-2019.

¹⁴ Zie de voortgangsbrief 'werken als zelfstandige' d.d. 15-06-2020, van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Kamer.

getroffen is beduidend groter, dan de groep in het niet aangenomen wetsvoorstel uit 2019, om het simpele feit dat het eerder om een ongeveer tweemaal zo laag uurloon ging¹⁵. De NVRA meent dan ook dat het goed zou zijn als zou worden aangegeven, waarom nu een rechtsvermoeden inzake een minimum tarief wel draagvlak zou hebben en het hiervoor genoemde wetsvoorstel niet.

Het huidige arbeidsrecht kent reeds een rechtsvermoeden in de vorm van artikel 7:610a BW¹⁶. Gegeven het al langjarig bestaan van deze systematiek en meer specifiek dit rechtsvermoeden zou het goed zijn als de wetgever inzicht zou geven in het "succes" van dit rechtsvermoeden. Dit zeker in het licht van de aangegeven redenen om met het nieuwe rechtsvermoeden te komen. Heeft dit rechtsvermoeden bijgedragen aan een betere bescherming van de werkenden die daardoor geraakt zijn? Heeft dit rechtsvermoeden geleid tot relevante inzichten over de mogelijkheden tot en succes om te komen tot afdwingen van een arbeidsovereenkomst met behulp van deze systematiek? Het antwoord kan gevonden worden in de aantallen en de succesvolle procedures in het licht van dit rechtsvermoeden. De NVRA meent dat het de kwaliteit van de wetgeving zou kunnen helpen om inzicht te bieden en te krijgen bij de keuze om een nieuw rechtsvermoeden in te voeren in het licht van de ervaring(en) met het al bestaande rechtsvermoeden. Een summier beeld dat de NVRA zelf heeft ter zake dit succes is, dat er weinig tot geen (succesvol) gebruik gemaakt wordt van het rechtsvermoeden van artikel 7: 610a, terwijl van het rechtsvermoeden van 7:610b meer en ook succesvol gebruik gemaakt wordt. Kort gezegd afdwingen van een arbeidsovereenkomst (via 610a) is niet succesvol, omvang van een arbeidsovereenkomst (via 610b) bewijzen is meer succesvol. Waarom een nieuw rechtsvermoeden ten aanzien van afdwingen van een arbeidsovereenkomst nu wel succesvol(ler) zou zijn, blijkt niet uit het wetsontwerp. De NVRA waagt dan ook te betwijfelen of dit zo is of zal zijn.

Bij het wetsontwerp VBAR wordt aangegeven dat het rechtsvermoeden niet zal leiden tot een betere handhaving door de uitvoerende instantie van de wetgever. Het rechtsvermoeden is slechts een extra instrument voor werkenden om in een relatie met een werkverstrekker "af te dwingen" dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. De vraag is of het verder uitbouwen van de systematiek van rechtsvermoedens via dit wetsontwerp aan een beter

¹⁵ Toen € 16,- per uur.

¹⁶ Gedurende drie opeenvolgende maanden wekelijks voor ten minste 20 uur werken levert een vermoeden van een arbeidsovereenkomst op.

functionerende arbeidsmarkt bijdraagt, want deze nieuwe rechtsvermoeden(s) dienen ook weer door de werkenden ingezet te worden en zullen niet leiden tot handhaving.

Bij het wetsontwerp VBAR werd aangegeven dat er sprake zou zijn van een groot preventief effect van het rechtsvermoeden. De opsomming van redenen die in het wetsontwerp VBAR in de MvT voorbij laat komen, kan met dezelfde redenering ook als argument voor juist geen of slechts een beperkt effect worden gebruikt. In dit wetsontwerp wordt er nauwelijks enige aandacht geschonken aan de effecten van de invoering van rechtsvermoedens. Mogelijk omdat de inhoud ervan nog niet duidelijk is, maar mogelijk ook omdat dit niet wordt overzien, maar in elk geval niet nader is onderzocht. De vraag die de NVRA zich dan ook stelt is of er hier sprake is van wensdenken over de effectiviteit van rechtsvermoedens in weerwil van de indrukken die er zouden kunnen bestaan op basis van de eerdere ervaringen met al bestaande rechtsvermoedens, zoals door de NVRA hiervoor ook aangeduid?

Het werken met rechtsvermoedens in het arbeidsrecht brengt met zich mee, dat de werkende dient te stellen en te claimen. Bij het wetsontwerp VBAR werd al aangeduid, dat de werkende, dit claimen (als dit al gebeurt) dan wel met hulp zal (dienen te) doen. Los van de vraag of de werkende zicht heeft op rechtsvermoedens en de consequenties ervan is de vervolgvraag of de werkende zal overgaan tot het claimen. Denk daarbij aan alle moeite en kosten die gemaakt moeten worden en die een behoorlijke drempel zullen opwerpen voor de werkende. Ook andere afwegingen zoals dat de relatie met de werkverstrekker (voorgoed) kapotgemaakt wordt en het afdwingen van een arbeidsovereenkomst niet direct een goede start zal zijn voor een gelukkige en langdurige arbeidsrelatie, wegen mee. Daarnaast zal ook de reputatie van de werkende op de arbeidsmarkt onder een claim kunnen lijden. Kortom de weg van rechtsvermoedens is, naar de idee van de NVRA, gebaseerd op wensdenken. Immers het mogelijk hebben van een recht is iets anders dan het claimen van dat recht. De wet geeft een mogelijkheid om op basis van een rechtsvermoeden iets te kunnen doen, dat houdt niet in, dat het ook wordt gedaan. Het doen (en dus het doen-vermogen van de werkenden) is daarbij geen gegeven of wordt daardoor niet per se verhoogd.

Wat voor een bescherming biedt een rechtsvermoeden werkenden feitelijk? De NVRA is bevreesd, dat er door een systematiek van rechtsvermoedens sprake is van het creëren van een vijandbeeld tussen werkverstrekker en werkende. Bijvoorbeeld op het moment dat er een uurloon lager dan het genoemde bedrag in het wetsontwerp VBAR wordt verdiend en er geen

arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, dan zal de werkende met een scheef oog kijken naar het rechtsvermoeden (of althans zal de werkende daarop gewezen kunnen worden door degenen die zicht hebben op dat rechtsvermoeden). Dat legt mogelijk een druk op dit soort relaties, waarvan het de vraag is of dit bijdraagt aan een betere en soepeler functionerende arbeidsmarkt. Dient een werkende met een lager uurloon zich te allen tijde te voorzien van juridische bijstand om zijn recht af te dwingen? Wat zijn de (maatschappelijke) kosten voor de werkende om dit af te dwingen? Vragen waar naar de idee van de NVRA ook gekeken had moeten worden bij dit wetsontwerp.

Het werken met een rechtsvermoeden bestaat al langer buiten het arbeidsrecht. Hiervoor werd reeds geduid op een besluit die ook werkt met een rechtsvermoeden en wel het Rariteitenbesluit¹⁷ Anders dan de systematiek die het wetsontwerp toont door het rechtsvermoeden in het arbeidsrecht in te bedden, is het rariteitenbesluit een systeem dat geheel in de invloedssfeer van de overheid en diens handhavers ligt. Dat op zichzelf (in de invloedssfeer van de overheid en de handhavers) is naar de mening van de NVRA een voordeel ten opzichte van het inbedden van het rechtsvermoeden in het arbeidsrecht. Immers, ondanks dat er ook een richtinggevende kracht uitgaat van deze vorm van rechtsvermoeden is de sterkte met name, dat er gehandhaafd kan worden op dit rechtsvermoeden en het niet wordt overgelaten aan de werkende om de handhaving (afdwingen) voor zijn rekening te nemen. Dat de overheid door aanpassing in 2002 met de toevoeging van artikel 1 lid 5 aan het Rariteitenbesluit¹⁸ afbreuk gedaan heeft aan de handhaafbaarheid van dat besluit, laat onverlet dat de rechtsvermoedens genoemd in het besluit zeer goed zouden passen bij de voornemens ter zake het vormen en opstellen van rechtsvermoedens in het wetsontwerp.

Kijken we naar een van de rechtsvermoedens uit het Rariteitenbesluit, namelijk die van artikel 5 lid 1¹⁹, dan zou hierbij heel goed aansluiting gevonden kunnen worden als gekozen wordt (of zou moeten worden) voor een systeem van rechtsvermoedens. Ook de formulering van een

¹⁷ Besluit aanwijzing gevallen waarin arbeidsverhouding als dienstbetrekking wordt beschouwd, 24 december 1986, Stb. 1986, 655, het zogenoemde Rariteitenbesluit. Inwerkingtreding 1 januari 1987.

¹⁸ Dit artikel is niet van toepassing met betrekking tot de arbeidsverhouding van degene die werkzaam is op basis van een voor aanvang van de betaling van de beloning gesloten schriftelijke overeenkomst waaruit blijkt dat het de bedoeling is van beide partijen dat dit artikel niet van toepassing is.

¹⁹ Als dienstbetrekking wordt beschouwd de arbeidsverhouding van de persoon die, anders dan bedoeld in de artikelen 1, 3, 4 en 4a, persoonlijk arbeid verricht op doorgaans ten minste twee dagen per week.

inkomensondergrens, zie artikel 1 lid 2 Rariteitenbesluit ²⁰ is daarbij een goed voorbeeld of is zelfs als harmonisatie instrument te gebruiken.

De NVRA meent dan ook, dat het werken met een rechtsvermoeden op zichzelf niet als problematisch te ervaren is, maar de wijze waarop dit nu in dit wetsontwerp, maar ook in het wetsontwerp VBAR is vormgegeven acht zij wel problematisch. Deze vormgeving is niet als doelmatig aan te merken en leidt naar het oordeel van de NVRA tot onnodige juridisering. Dit terwijl er al een systematiek klaar ligt, die hooguit afgestoft dient te worden. Hierbij zou het goed zijn als de handhaving op dit aspect nu serieus opgepakt wordt. De arbeidsmarkt verdient naar de idee van de NVRA een stevig fundament en die dient geschraagd te worden door een goede en logische systematiek, met een daadkrachtige handhaving en geen oplossing die neergelegd wordt bij de zwakkere partij in het recht voor afdwingen en handhaven.

De handhaving in Nederland is tot nu toe een onderbelicht onderwerp. Naar de idee van de NVRA heeft de beperkte handhaving rond de VAR mede geleid tot het intrekken ervan. Op dit moment vinden er in de arbeidsmarkt bewegingen plaats waarbij op dezelfde manier als bij de VAR gebruik gemaakt wordt van gestandaardiseerde en geautomatiseerde aanvraag- en afgifte processen, die leiden tot het ontgaan (of ontwijken) van mogelijk aanwezige arbeidsovereenkomsten (loonheffing), dan wel situaties waarbij er sprake is van genieten van winst (winst uit onderneming). Via een aanvraag (en automatische verstrekking) ontstaat een pseudo werkgeverschap en pseudo werknemerschap (via opting-in)²¹. Hierdoor worden risico's ten aanzien van het aanwezig zijn van een arbeidsverhouding die aan te merken is als een dienstbetrekking ontgaan en wordt ook de mogelijke verplichting tot afdracht van premies werknemersverzekeringen (en dus ook het verzekerd zijn als werknemer tegen arbeidsongeschiktheid en werkloosheid) ontgaan. De NVRA pleit ervoor om de handhaving ter hand te nemen, ter voorkoming van weer een noodzaak om een regeling in te trekken, dan wel het aanjagen van het weglekken van premiegelden door een gebrek aan handhaving.

²⁰ De arbeidsverhouding, bedoeld in het eerste lid, wordt slechts als dienstbetrekking beschouwd indien:

a. zij is aangegaan voor een aaneengesloten periode van ten minste dertig dagen;
b. het bruto-inkomen uit deze arbeidsverhouding per maand doorgaans ten minste 40% van het minimumloon, bedoeld in artikel 8, eerste lid, onderdeel a, van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Stb. 1968, 657) zal bedragen;
c. voor de persoon jonger dan 23 jaar, wiens bruto-inkomen uitsluitend in verband met zijn leeftijd op een lager bedrag dan als bedoeld in onderdeel b is vastgesteld, het bruto-inkomen uit deze arbeidsverhouding doorgaans ten minste 40% van het voor zijn leeftijd geldende minimumloon, bedoeld in artikel 7, derde lid, en artikel 8, derde lid, van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag zal bedragen.

²¹ Ingevolge artikel 4 aanhef en lid f van de Wet op de Loonbelasting is er een besluit opgesteld, het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 waar de opting-in regeling nader in is uitgewerkt.

Deze reactie mag openbaar worden gemaakt.

Namens het bestuur van de NVRA.



Mevrouw mr. W. van den Herik, secretaris.