

Antwoorden op de Internet consultatie zelfstandigenwet

<https://www.internetconsultatie.nl/zelfstandigenwet/>

IT Functions

S. Leemburg

Vraag 1 van 4: Wilt u reageren op de Zelfstandigenwet?

De politieke framing van de Wet DBA is gericht op eerlijk werk, rechtsbescherming en modernisering van de arbeidsmarkt. In de uitvoeringspraktijk blijkt echter dat de handhaving primair fiscaal van aard is, met als dominante doelstelling het corrigeren van vermeende premie- en belastingderving en het tegengaan van zogenoemde oneigenlijke concurrentie.

Het wetsvoorstel VBAR voorziet niet in een substantiële verbetering van deze discrepantie tussen beleidsdoel en uitvoeringspraktijk. Daarentegen lijkt het voorliggende wetsvoorstel Zelfstandigenwet wél te streven naar vergroting van rechtszekerheid en transparantie, hetgeen op zichzelf toe te juichen is.

Wel roept de voorgestelde koppeling van pensioenopbouw aan de kwalificatie van zelfstandigheid fundamentele vragen op. Aangezien er voor werknemers geen wettelijke verplichting tot pensioenopbouw bestaat, is het hanteren van pensioenopbouw als beoordelingscriterium voor zelfstandig ondernemerschap juridisch onhoudbaar en maatschappelijk onwenselijk. Dit leidt tot rechtsongelijkheid en ondermijnt het gelijkheidsbeginsel (artikel 1 Grondwet).

Voorts is de suggestie dat zelfstandigen fiscaal bevoordeeld zouden zijn ten opzichte van werknemers in het kader van oudedagsvoorzieningen niet houdbaar. Integendeel:

- a) De afschaffing van de fiscale oudedagsreserve (FOR) per 1 januari 2023 is doorgevoerd zonder het bieden van een evenwichtig alternatief, hetgeen eerder lijkt ingegeven door budgettaire motieven dan door consistent beleid.
- b) Zelfstandige pensioenopbouw via vastgoed of andere vermogensvormen wordt ontmoedigd door fiscale maatregelen zoals het hanteren van onrealistische fictieve rendementen (box 3) en toenemende regulering van vastgoedbezit. Dit bemoeilijkt zelfstandigen in de opbouw van een duurzame oudedagsvoorziening onder eigen regie.

Kortom, het uitgangspunt dat zelfstandigen zelfstandig behoren te zijn, impliceert dat zij ook zelf verantwoordelijk mogen zijn voor hun pensioenopbouw, mits de overheid dat niet actief ontmoedigt. De combinatie van paternalistisch beleid en restrictieve fiscale maatregelen resulteert in een inconsistent stelsel waarin zelfstandigen verantwoordelijk worden gehouden voor voorzieningen die hen feitelijk worden ontnomen.

Indien pensioenopbouw een maatstaf zou moeten zijn, dient dit uitsluitend gerechtvaardigd te worden binnen een coherent wettelijk stelsel waarin álle werkenden – ongeacht arbeidsvorm – op gelijke wijze verplicht worden tot pensioenopbouw. Anders is sprake van rechtsongelijkheid en willekeur in wetstoepassing.

Vraag 2 van 4: Wat is volgens u een goede toetsbare invulling van de vijf criteria uit de zelfstandigentoets?

1. Werken voor eigen rekening en risico

Een ondernemer werkt voor eigen rekening en risico wanneer hij of zij geen aanspraak kan maken op loondoorbetaling bij ziekte, vakantie of inactiviteit, en wanneer eigen vermogenspositie en aansprakelijkheid bepalend zijn voor het voortbestaan van de onderneming. Indien er geen sprake is van doorbetaling bij afwezigheid, en de ondernemer zelfstandig aansprakelijk is voor correctie van fouten, herstelkosten en het afhandelen van geschillen of reclamaties, dan is voldaan aan dit criterium.

2. Een deugdelijke administratie voeren

Het voeren van een deugdelijke administratie kan worden aangetoond door het regelmatig en correct indienen van btw-aangiften, het bijhouden van inkomsten- en uitgavenadministratie conform artikel 52 AWR, en het kunnen overleggen van een boekhouding die inzicht geeft in de financiële positie van de onderneming. Dit kan eventueel via een ingeschakelde boekhouder of accountant worden gedaan. De beschikbaarheid van bijvoorbeeld een kolommenbalans, resultatenrekening en balans over een of meerdere jaren is voldoende bewijs.

3. Economisch zelfstandig gedrag vertonen

Een ondernemer die actief is in het economisch verkeer toont dit aan door onder andere het voeren van eigen reclame- of acquisitieactiviteiten, het onderhouden van zakelijke netwerken, het investeren in bedrijfsmiddelen, en het onderhouden van een eigen (online) profiel in professionele context (zoals een website, social media, of brancheplatform). In combinatie met het bedienen van meerdere opdrachtgevers over een langere termijn vormt dit een robuust en toetsbaar geheel.

4. Een voorziening treffen tegen arbeidsongeschiktheid

Zelfstandigen behoren vrij te zijn in de wijze waarop zij voorzien in arbeidsongeschiktheid. Acceptabele en toetsbare vormen zijn o.a.: deelname aan een schenkring of broodfonds, het beschikken over een adequate AOV, of het aantoonbaar aanwezig zijn van toereikend eigen vermogen (bijvoorbeeld in de vorm van spaargeld, belegd vermogen of vastgoed met beperkte of geen hypotheekschuld). De effectiviteit van de voorziening dient beoordeeld te worden op realistische dekking van ten minste 12 tot 24 maanden inkomensverlies.

5. Proportionele pensioenvoorziening

Het treffen van een oudedagsvoorziening mag niet als verplichtend criterium fungeren zolang werknemers wettelijk niet verplicht worden tot pensioenopbouw. Niettemin zijn de volgende elementen voldoende indicatief voor het zelfstandig treffen van pensioenvoorzieningen:

- a) bestaande pensioenrechten uit eerdere dienstverbanden;
- b) een fiscale oudedagsreserve (FOR) met toereikende vermogensdekking;
- c) periodieke stortingen in een lijfrenteregeling of beleggingsproduct;
- d) aantoonbaar vermogen (spaargeld, beleggingen, vastgoed);
- e) hypotheekvrije of deels afgeloste woning als vermogensreserve.

De optelsom van deze elementen toont voldoende zelfstandige zorg voor de ouderdag en dient als toetsbare invulling van dit criterium.

Naast de vijf voorgestelde criteria dient er oog te zijn voor de feitelijke autonomie in de uitvoering van werkzaamheden, de invulling van het ondernemingsrisico, en de intentie tot zelfstandig ondernemerschap op langere termijn.

Bewuste keuze voor beperkt opdrachtgeverschap

Het kan voorkomen dat een ondernemer tijdelijk of gedurende langere tijd slechts één of enkele opdrachtgevers bedient. Dit mag echter geen reden zijn om per definitie het zelfstandig ondernemerschap te betwisten, mits:

- f) deze situatie het gevolg is van een bewuste ondernemerskeuze;
- g) er geen sprake is van werkgeversgezag, instructiebevoegdheid, gezagsverhouding of integratie in de organisatie van de opdrachtgever;
- h) de opdrachtnemer in beginsel vrijheid heeft om opdrachten te weigeren, zelf de uitvoering bepaalt, en het ondernemersrisico draagt.

Deze situatie komt met name voor bij:

- i) specialistische opdrachten met lange looptijd (bijv. in IT, consultancy of bouw);
- j) situaties waarin een zelfstandige tijdelijk een contractuele exclusiviteit afsprekt;
- k) zelfstandigen die bewust hun werkzaamheden beperken (bijv. richting pensioen of wegens zorgtaken).

Een overmatige nadruk op het aantal opdrachtgevers zonder oog voor de aard van de relatie leidt tot onwenselijke bureaucratisering en ontmoedigt duurzaam ondernemerschap. Dit zou indruisen tegen het doel van rechtszekerheid dat het wetsvoorstel Zelfstandigenwet beoogt te dienen.

Vraag 3 van 4: Wat is volgens u een goede toetsbare invulling van de vier criteria uit de werkrelatietoets?

De vier criteria van de werkrelatietoets zijn helder, mits hun invulling aansluit bij de feitelijke praktijk van zelfstandig ondernemerschap en geen onrealistische eisen stelt die het zelfstandig opereren binnen complexe of gereguleerde omgevingen belemmert.

1. Vrijheid van organisatie van werk

De zelfstandige dient in beginsel zelf te kunnen bepalen hoe het werk wordt uitgevoerd, en met welke middelen.

Toetsbaar is dit aan de hand van:

- a) het ontbreken van instructies op taakniveau;
- b) het zelf inrichten van werkprocessen;
- c) contractuele bepalingen over zelfstandige uitvoering.

Uitzonderingen op het gebruik van eigen middelen zijn legitiem wanneer functionele integratie vereist is, bijvoorbeeld in ICT-omgevingen waar beveiligingsprotocollen het werken op eigen apparatuur uitsluiten. Dit mag niet als beperking van zelfstandigheid worden uitgelegd, zolang de uitvoering van het werk inhoudelijk vrij blijft.

Ook het voldoen aan objectieve kwaliteitsstandaarden, certificeringseisen of normeringskaders betekent niet dat sprake is van gezagsverhouding, maar is een normaal onderdeel van zakelijke dienstverlening. Eveneens geldt: het volgen van technische werkinstructies om tot het gewenste resultaat te komen betekent geen verlies van autonomie, zolang het resultaat leidend is, niet de werkwijze.

2. Vrijheid van organisatie van werktijd

De zelfstandige dient vrijheid te hebben in het bepalen van werktijden, behoudens zakelijke randvoorwaarden zoals bereikbaarheid of samenwerking met anderen.

Toetsbaar is dit aan de hand van:

- a) het ontbreken van eenzijdig opgelegde roosters of verplicht gestelde werkuren;
- b) het feit dat aanwezigheid slechts logisch voortvloeit uit operationele omstandigheden (bijv. openingstijden of teamafstemming).

c) Het afstemmen van werktijden binnen kantoortijden of projectplanning betekent geen gezagsverhouding. Zolang de zelfstandige zijn werktijden zelf kan indelen binnen functionele kaders, is aan dit criterium voldaan.

3. Geen sprake van hiërarchische controle

De afwezigheid van een gezagsverhouding is toetsbaar aan de hand van:

- a) het ontbreken van beoordelings- of functioneringsgesprekken;
- b) geen verplichtingen tot het volgen van interne bedrijfsprocedures buiten de opdracht; met uitzondering van situaties waarin deelname aan instructies of trainingen vereist is in het kader van wettelijke verplichtingen op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu (HSE), zoals bedoeld in de Arbowet. Dergelijke instructies vormen geen aanwijzing voor een gezagsverhouding, maar dienen ter naleving van objectieve veiligheidsnormen die voor alle aanwezigen op de werkplek gelden.
- c) de zelfstandige bepaalt zelf de werkmethode, zie ook punt 1.

Het houden van voortgangsgesprekken, het rapporteren over opleveringen of het overleggen met opdrachtgevers zijn normale zakelijke contactvormen. Deze impliceert geen ondergeschiktheid, maar samenwerking tussen opdrachtgever en opdrachtnemer.

Het bijwonen van bijeenkomsten, trainingen of overleggen op vrijwillige basis, of als onderdeel van het resultaatgerichte werkproces, mag evenmin als hiërarchische aansturing worden gekwalificeerd.

4. Intentie om niet op basis van arbeidsovereenkomst te werken

De wederzijdse bedoeling om niet in loondienst te werken dient leidend te zijn, en mag niet lichtvaardig worden genegeerd bij toetsing.

Toetsbaar is dit aan de hand van:

- a) expliciete schriftelijke vastlegging in de overeenkomst van opdracht;
- b) bewijs van het hanteren van zakelijke tarieven, facturering, btw-verrekening;
- c) het ontbreken van secundaire arbeidsvoorwaarden, zoals loondoorbetaling, pensioenafdracht, of vakantiegeld.

Voorstellen om een objectieve, onherroepbare drempel te hanteren, zoals een opt-out bij een uurtarief van €75 excl. btw, zijn juridisch verdedigbaar en bieden partijen vooraf duidelijkheid. Vanaf een dergelijk tarief is er doorgaans sprake van een professioneel zelfstandig opererende partij die zelf voorziet in risicoafdekking, pensioenopbouw en arbeidsongeschiktheid.

Zonder een duidelijke en bindende opt-out voor hoge tarieven, ontstaat blijvende rechtsonzekerheid voor zowel opdrachtnemers als opdrachtgevers, wat het ondernemingsklimaat schaadt.

Vraag 4 van 4 *Acht u het noodzakelijk en/of wenselijk om een extra wetsartikel op te nemen voor het geval een zelfstandig werkende niet (volledig) voldoet aan de criteria in het nieuw voorgestelde lid 2 van BW 7:610?*

Zo ja, hoe zou de vormgeving van een dergelijk derde lid er volgens u dan uit moeten zien?

Zo nee, moet in een dergelijke situatie dan holistisch gekeken worden naar de criteria uit het tweede lid of biedt het huidige wettelijk kader voldoende houvast voor een dergelijke situatie?

Nee, het opnemen van een aanvullend (derde) lid in artikel 7:610 BW is niet noodzakelijk, noch wenselijk.

De praktijk van zelfstandig ondernemerschap is per definitie divers, dynamisch en contextafhankelijk. Een strikte, cumulatieve toepassing van het tweede lid van artikel 7:610 BW zou voorbijgaan aan de realiteit van veel zelfstandige werkenden, die soms tijdelijk niet aan één of meerdere criteria voldoen, zonder dat daarmee een arbeidsovereenkomst kan of mag worden aangenomen.

In plaats van een aanvullend wetslid zou gekozen moeten worden voor een holistische benadering waarbij de omstandigheden van het geval in hun onderlinge samenhang worden beoordeeld, conform de jurisprudentiële lijn die is ontwikkeld door de Hoge Raad (o.a. HR 6 november 2020, X/Gemeente Amsterdam). De beoordeling moet niet mechanisch, maar inhoudelijk evenwichtig plaatsvinden, met ruimte voor maatwerk.

Het huidige wetsvoorstel bevat daartoe reeds voldoende aanknopingspunten, mits in de toepassing wordt gewaakt voor:

- a) een mechanische invulling van de toetsingscriteria;
- b) het uitschakelen van de partijbedoeling bij hoogtariefopdrachten en zelfstandigen die aantoonbaar hun onderneming naar eigen inzicht uitoefenen;
- c) een overmatige juridische fixatie op de formele vorm boven de feitelijke autonomie.

Een derde lid zou juridisch juist een versmalling kunnen betekenen, door uitzonderingssituaties alsnog normatief in te kapselen en daarmee de beoordelingsvrijheid van de rechter of toezichthouder te beperken. Dat is in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, de contractsvrijheid van partijen en het streven naar een evenwichtig sociaal-economisch arbeidsklimaat.

Bovendien biedt het huidige open stelsel van het burgerlijk recht – in combinatie met vaste jurisprudentie – reeds voldoende ruimte om in grensgevallen tot een redelijke kwalificatie van de arbeidsrelatie te komen. Daarvoor is geen aanvullend lid nodig, maar wel terughoudendheid in het dogmatisch toepassen van criteria die niet in alle sectoren of contexten op gelijke wijze relevant of doorslaggevend zijn.