

POSITIONPAPER VNO-NCW / MKB-NEDERLAND

Betreft: Inbreng VNO-NCW en MKB-Nederland ten behoeve van de bijeenkomst “Werken als zelfstandige” op 24 januari 2018

Vooraf

1. *Zelfstandigen zonder personeel vormen een diverse groep*: detaillisten met een eigen winkelpand, agrariërs met een grote hoeveelheid grond, loodgieters in de bouw, interim-managers, schrijvers of ICT-ers. Daarbij zijn zzp-ers op verschillende wijzen in de markt actief, zo werken zij op projectbasis of voor een bepaalde tijd voor een opdrachtgever; werken ze alleen of juist binnen bredere collectieven; acquireren ze zelfstandig of met behulp van een intermediair etc. Gemeenschappelijk is dat zij als zelfstandig ondernemer producten verkopen of diensten leveren aan consumenten en aan ondernemingen tegen betaling op factuurbasis. Zelfstandigen zijn zelf verantwoordelijk voor het resultaat van hun onderneming en zelf bepalen op welke wijze zij inkomensrisico's afdekken. Voor zes op de tien vormt het ondernemersinkomen het hoofdkomen; voor vier op de tien is dat een andere inkomstenbron, vooral loon. Ook de vermogenspositie is zeer verschillend.
2. *Zzp'ers zijn belangrijk voor de Nederlandse economie en arbeidsmarkt*. Ondernemingen realiseren door inzet van zelfstandigen aanpassingsvermogen. Opdrachtgevers kunnen hun productieprocessen optimaal inregelen doordat kennis en vaardigheden via zzp'ers kunnen worden ingeschakeld. De waarde van zzp'er zit ook in de expertise die zij toevoegen binnen organisaties vanwege specialistische vakkennis. Voor de zzp'ers zelf geldt dat de overgrote meerderheid uit eigen positieve motivatie kiest voor het ondernemerschap. De focus op resultaat voor de klant levert opdrachtgevers toegevoegde waarde. Zij dragen aantoonbaar bij aan een hogere arbeidsparticipatie: er worden meer uren gewerkt doordat er zzp'ers actief zijn.
3. De boodschap die uit bovenstaande voortvloeit is dan ook
 - dat bij het beleid ten aanzien van zzp heel helder moet zijn welk probleem precies met welke maatregel wordt aangepakt. In elk geval is het wenselijk dat opdrachtnemers en opdrachtgevers vooraf duidelijkheid en zekerheid krijgen die niet achteraf weer ter discussie kan worden gesteld. De huidige onzekerheid over de status van een arbeidsrelatie met een zzp'er heeft negatieve gevolgen op opdrachtgevers, opdrachtnemers en de daarmee de economie en de arbeidsmarkt.
 - maatregelen zullen bovendien recht moeten doen aan de diversiteit en het ondernemerschap van de groep zzp'ers. Iedere generieke maatregel, die geen rekening houdt met die grote diversiteit, brengt het risico mee van schade aan het ondernemerschap en de positie van andere groepen zzp-ers of zelfs andere groepen werkende niet-zzp-ers en voor ondernemingen.

4. Wij zien het volgende positieve **toekomstperspectief**:
 - a. De arbeidsmarkt van de toekomst biedt goede werkzekerheid; daarbij vormt scholing en inzetbaarheid van de werkende de basis; de juridische vormgeving van de arbeidsrelatie is voor die werkzekerheid niet het cruciale punt.
 - b. De uitnodiging van het kabinet om als sociale partners en veldpartijen te verkennen of de zelfstandige via een ondernemersovereenkomst een eigen plek met een eigen rechtspositie kan krijgen in het Burgerlijk Wetboek zien wij als een wenkend perspectief en als de meest kansrijke route om tot een model te komen dat voldoet aan de eisen van ondernemerschap en arbeidsmarkt van vandaag en de toekomst. Met een ondernemersverklaring kan een toets op ondernemerschap geïntroduceerd worden, waarin niet de fout wordt gemaakt om de gehele diverse populatie door precies dezelfde mal te halen. Dan is het resultaat namelijk dat deze mal voor de ene groep veel te ruim en voor de andere groep veel te eng is. Ook de specifieke knelpunten die het kabinet benoemt aan de onderkant van de arbeidsmarkt –waar prijsconcurrentie mogelijk een grotere rol speelt– zullen hiermee weggenomen kunnen worden.
 - c. De maatregelen die voordien nodig zijn, zouden al in die richting moeten gaan en een dergelijk model moeten faciliteren, niet bemoeilijken.
 - d. De maatregelen moeten op eenvoudige wijze rechtszekerheid bieden en de partijbedoeling bij het afsluiten van de overeenkomst moet leidend zijn, ook in de handhaving door de belastingdienst.
 - e. Om te zorgen dat de bedoeling van partijen door gezonde economische overwegingen wordt bepaald, moet tegelijk met deze maatregelen de onevenredige last van het werkgeverschap worden verlicht.

5. Voor de **beoordeling** van nieuwe maatregelen gelden voor ons de volgende vertrekpunten:
 - a. Dat ondernemerschap de meest wezenlijke en vitale functie is in onze economie en dat dat dus moet worden gestimuleerd en beschermd.
 - b. Dat zorgvuldig moet worden afgewogen of de positie van zzp-ers consequent wordt afgemeten aan die van werknemers of aan die van andere (zelfstandige) ondernemers.
 - c. Dat er rechtszekerheid moet bestaan vooraf over de aard van de gesloten overeenkomsten en dat die zekerheid op een eenvoudige wijze verkregen moet kunnen worden en die zekerheid niet achteraf weer ter discussie kan komen;
 - d. Dat iedere maatregel eenvoudig uitvoerbaar moet zijn zonder grote administratieve lastenstijging.
 - e. Dat iedere maatregel een daadwerkelijke en proportionele oplossing moet bieden voor een duidelijk geformuleerd substantieel probleem, zonder bijkomende schade te doen.
 - f. Dat het eindpunt moet zijn een systeem met ondernemersovereenkomst in het BW op basis van partijbedoeling en dat die ook leidend is voor de fiscale handhaving, zodat de belastingdienst niet meer arbeidsrechtelijke toetsen gaat uitvoeren, zoals de burgerlijke rechter dat hoort te doen.

6. Dit leidt tot de volgende **concrete opmerkingen**, die hierna meer uitgebreid worden beargumenteerd onder de kop “Toelichting en achtergronden”:
- a. De voorstellen van het regeerakkoord die in deze kick-off bijeenkomst op de agenda staan, vatten wij op als voorstellen voor de fiscale handhaving ter vervanging van de DBA. Het gaat dus niet om de gevolgen voor de materiële rechtspositie van werkenden en bedrijven en de toepasselijkheid van belangrijke wetgeving zoals cao-recht, de regels voor de arbeidsovereenkomst in het BW, de Arbeidstijdenwet etc.
 - b. Tariefgrenzen: het werken met tariefgrenzen op de wijze die het kabinet voorstelt is geen wenselijke oplossing, zeker niet in combinatie met de voorgestelde aanvullende onduidelijke criteria als “reguliere arbeid” of de duur van de overeenkomst. Deze wijze van beoordelen sluit niet aan op de realiteit van ondernemerschap en de wijze waarop contracten worden gesloten en ook niet op de realiteit bij opdrachtgevers.
 - c. Reguliere arbeid/duur overeenkomst: dit zijn criteria die niet hanteerbaar zijn, omdat ze te vaag en in de tijd zeer veranderlijk zijn (reguliere arbeid) of omdat ze niet aansluiten bij de contracten, zoals die meestal worden gesloten door zelfstandigen in al hun diversiteit en bovendien erg willekeurig zijn (duur overeenkomst);
 - d. Webmodule: De idee van een webmodule is niet in zijn algemeenheid te beoordelen: alles valt of staat met de wijze waarop die wordt uitgewerkt. De ervaringen met het concept van een webmodule onder de DBA zijn niet hoopgevend.
 - e. Opt out: het is niet zonder meer duidelijk hoe de opt-out is gedacht in het regeerakkoord. Maar het verdient aanbeveling om te experimenteren met dit model voor een bepaalde periode voor een afgebakend segment, bijvoorbeeld voor contracten waarvoor eenvoudig is vast te stellen dat ze een uurtarief hebben van bijvoorbeeld € 75. (Ten behoeve van een experiment kan die groep worden afgebakend; voor een algemeen geldend definitief systeem zijn tariefgrenzen niet goed werkbaar zoals onder a gesteld).
 - f. Fasegewijze afbouw handhavingsmoratorium: de eerdergenoemde experimenten met een vorm van ondernemersverklaring voor de fiscale handhaving kunnen eenvoudig worden ingevoegd in de fasering van de afbouw van het handhavingsmoratorium.
 - g. Sectorale uitzonderingen: wij vinden dat bekeken moet worden of gezien de aard van de activiteiten in bepaalde sectoren ruimte bestaat voor incidentele sectorspecifieke oplossingen.

Tenslotte

Voor ons is de zzp-discussie eerst en vooral een discussie over de arbeidsmarkt en over de belangrijke betekenis van ondernemerschap voor onze economie. Daarin spelen veel onderling samenhangende onderwerpen een rol. Zo menen wij dat in samenhang met deze maatregelen die zijn gericht op het reguleren van het gebruik van opdrachtovereenkomsten (hoe ook gedefinieerd) een beleid gericht op verlichting van de last van het werkgeverschap een onmisbare schakel is.

Nadere toelichting

De belangrijkste voorafgaande vraag bij de maatregelen van het regeerakkoord is op welk (ervaren) probleem een maatregel zich richt, wat de omvang van dat probleem is, op welke wijze de betreffende maatregel daarvoor een adequate oplossing biedt en dat door de maatregel geen nieuwe problemen ontstaan elders. Dat is niet alleen van belang voor het doorzetten van die maatregelen maar ook wezenlijk voor de wijze waarop ze worden uitgewerkt. Het regeerakkoord richt zich blijkens de tekst vooral op het voorkomen van “schijnzelfstandigheid” aan de “onderkant van de arbeidsmarkt”. Daarbij is echter niet duidelijk wat precies wordt bedoeld met “schijnzelfstandigheid” en ook niet precies omschreven wat “de onderkant van de arbeidsmarkt” in dit verband betekent.

Vooraf merken wij op dat we de voorstellen van het regeerakkoord die in deze kick-off bijeenkomst op de agenda staan, opvatten als voorstellen voor de fiscale handhaving ter vervanging van de DBA. Bij het uitwerken en implementeren van maatregelen is van belang scherp onderscheid te maken tussen de domeinen arbeidsrecht en fiscaalrechtelijke handhaving. Handhavingsbeleid door een publieke instantie als de Belastingdienst heeft betrekking op de controle op de naleving van wetgeving. Het laatste gaat over de DBA en de vervanging van de DBA. De vraag wanneer er arbeidsrechtelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst is een andere: een vraag van materieel recht met belangrijke rechtsgevolgen. Die rechtsgevolgen hebben betrekking op de materiële rechtspositie van werkenden en bedrijven en de toepasselijkheid van belangrijke wetgeving zoals cao-recht, de regels voor de arbeidsovereenkomst in het BW, de Arbeidstijdenwet etc. Het moet volstrekt duidelijk zijn voor welk domein de maatregelen bedoeld zijn.

Tariefgrenzen algemeen

Bij het werken met tariefgrenzen moet eerst duidelijk zijn waarom de hoogte van een tarief een onderscheidend criterium zou moeten/kunnen zijn voor het regime van handhaving. Daarvoor is dan ook een duidelijke probleemstelling nodig: welk probleem wordt opgelost met het hanteren tariefgrenzen en specifiek van een ondergrens waaronder altijd sprake zou zijn van een arbeidsovereenkomst (NB: in het kader van de fiscale handhaving, het zou dus beter zijn hier niet te zeggen dat er dan een arbeidsovereenkomst is, maar dat er loonbelasting- en premieplicht is) en twee andere grenzen waarbij weer andere regimes gelden. Ook rijst de vraag of de concreet voorgestelde bedragen effectief zijn om de doelstellingen te bereiken.

Ten tweede heeft het begrip tarief in het algemeen niet dezelfde bouwstenen in alle gevallen. Tarief kan niet zonder meer worden gelijkgesteld met inkomen. Een tarief is opgebouwd uit een kostprijs vermeerderd met het inkomen dat de ondernemer wil halen uit het tarief.

De kostprijs bestaat uit alle kosten die de zzp'er/ondernemer moet maken om zijn inkomen te verwerven. Hierin zitten normaliter de salaris-, huisvesting-, reis- en verblijfskosten, marketing-, offerte-, ontwikkelings- en opleidingskosten etc. Boven de kosten en het inkomen kan de kostprijs bestaan uit een marge die de ondernemer wil aanhouden en moet in de opbouw van het tarief ook rekening worden gehouden met de bezettingsgraad ofwel het aantal declarabele uren.

Ten derde is tarief niet alleen wat de zzp'er ontvangt, maar ook zijn prijs op de markt. Die prijs moet worden afgestemd op de marktomstandigheden. Tarief is daarom volatiel,

afhankelijk van de marktomstandigheden en de positie die de zzp'er in een markt wil verwerven of wil behouden. Zo zal een gevestigde zzp'er met een goede naam in een markt wellicht een hoger tarief hanteren dan een zzp'er die zich nog een positie moet verwerven. Ook kan een zzp'er soms, om een bepaalde klant aan zich te binden wellicht eens zijn prijs extreem laag stellen om een positie te verwerven bij een klant of in een markt.

Laag tarief; altijd arbeidsovereenkomst

In de eerste plaats zal, als deze maatregel al wordt doorgezet, moeten worden verzekerd dat dit niet fraudegevoelig is en dat adequate handhaving mogelijk is zonder buitensporige administratieve lasten.

Het tariefcriterium wordt iets minder absoluut gemaakt door het te combineren met twee andere alternatieve criteria: ofwel een overeenkomst moet ook een langere duur hebben, ofwel zij moet inhouden het verrichten van "reguliere bedrijfsactiviteiten".

Wij menen dat inderdaad, als een tariefcriterium al zou worden opgenomen, een systeem waarin dit zeker niet het absolute, allesbepalende criterium is, de voorkeur verdient boven een systeem waarin dat wel het geval is. Echter, het moet dan wel duidelijk zijn dat de aanvullende criteria in de praktijk goed hanteerbaar zijn. Over de in het regeerakkoord gekozen oplossing merken wij het volgende op.

Wat het *duurcriterium* betreft, wijzen wij opnieuw op de grote diversiteit in het zzp-veld, waardoor een algemene eensluidende duurbepaling tot heel verschillende effecten kan leiden in verschillende sectoren/types van activiteiten. Dit zal moeten worden getoetst. Ook zijn niet alle contracten voor een bepaalde kalenderperiode afgesproken, maar vaak voor een project waarvan op voorhand niet vast staat hoe lang het zal duren. Ook kunnen in een opdrachtovereenkomst, anders dan in een arbeidsovereenkomst ook ontbindende voorwaarden zijn afgesproken die invloed hebben op de duur zonder dat dat vooraf vast staat. Vallen dat soort contracten hier dan buiten?

Verder moet duidelijk worden hoe ketens van meerdere aaneengesloten contracten worden beoordeeld.

Het criterium "reguliere bedrijfsactiviteiten" biedt onvoldoende houvast voor de praktijk om te worden gehanteerd. Als hier al een werkbare nadere invulling van kan worden gegeven moet worden bedacht dat wat regulier is, sterk onderhevig kan zijn aan verandering: de dynamiek in bedrijven is groot, marktomstandigheden en snelle technologische ontwikkelingen leiden voortdurend tot aanpassing van businessmodellen en activiteiten van bedrijven. Ook voortdurende wijziging van de structuur van bedrijven kan leiden tot steeds wijzigende activiteiten van dochterbedrijven etc. In ieder geval kan dit criterium niet worden ingevuld door vast te stellen dat bepaalde werkzaamheden ook worden verricht door mensen in dienst van de werkgever. Het is aan de onderneming/opdrachtgever om te bepalen welke in welke mix van vaste werknemers/flexibele werknemers en zzp'ers hij activiteiten wil laten uitvoeren. Verder werkt dit, om maar een enkel voorbeeld te noemen, vreemd uit op individuele ondernemers die tijdelijk voor een bepaalde opdracht een of twee andere zzp'ers in onderaanneming inhuurt voor dezelfde soort werkzaamheden bij dezelfde opdrachtgever. Verrichten die andere twee reguliere werkzaamheden, omdat ze hetzelfde doen als wat de core-business is van de hoofdaannemer?

Ten slotte zij opgemerkt dat onduidelijk is voor welke concrete vraagstukken deze beide aanvullende criteria precies een oplossing beogen te bieden.

Hoog tarief: opt out

Het hoge tarief levert in combinatie met een korte duur van de overeenkomst een opt-out mogelijkheid op.

Niet duidelijk is aan wie die opt-out wordt geboden. Is dit een opt-out die eenzijdig toekomt aan de zzp'er of besluiten opdrachtgever en opdrachtnemer gezamenlijk tot het gebruik van die opt-out?

Of is hier niet letterlijk een opt-out bedoeld maar zal de belastingdienst ambtshalve besluiten dat er geen sprake is van loonbelastingplicht en premieplicht voor de werknemersverzekeringen als aan de criteria is voldaan?

Wij hebben sympathie voor de mogelijkheid in vrijheid te kiezen voor regimes. Voor de aanvullende criteria betreffende de duur van de overeenkomst en de aard van de activiteiten geldt grotendeels wat daarover hiervoor al is opgemerkt. Wij geven in overweging om, vooruitlopend op eventuele invoering van het gehele, uiteindelijke pakket aan zzp-maatregelen, eerst een proef te doen met de opt-out voor de bovenkant van de markt. Deze kan waardevolle informatie opleveren voor de werking van het geheel, de uitvoerbaarheid en de effecten.

Bovenminimaal tarief: ondernemersverklaring/webmodule

Zoals geformuleerd in het regeerakkoord lijkt bij deze “middengroep” het tarief de doorslaggevende factor en worden hier geen aanvullende eisen gesteld aan de duur van de overeenkomst of de aard van de activiteiten.

De ondernemersverklaring wordt verkregen op basis van het invullen van een webmodule en geeft zekerheid aan opdrachtgever en opdrachtnemer indien deze naar waarheid is ingevuld.

Allesbepalend voor de werkbaarheid hiervan is de exacte vormgeving/inhoud van de webmodule en de vraag hoe groot de kans is dat achteraf wordt bepaald dat de realiteit anders is dan de invuloefening. Met andere woorden: de vragen/antwoorden moeten volstrekt helder kunnen zijn en tegelijk zeer eenvoudig in te vullen en te controleren door alle betrokken partijen.

Wat verduidelijking van het begrip gezagsverhouding betreft: wij menen dat de uitgebreide en zeer genuanceerde gedetailleerde uitwerking hiervan in literatuur en jurisprudentie altijd aanleiding zal kunnen geven tot beoordelingsverschillen. De beoordeling daarvan zou in ieder geval niet meer mogen liggen bij een uitvoeringsinstantie als de Belastingdienst. Het zijn beide contractpartijen die inhoud geven aan hun contractrelatie en de verhouding daarbinnen, en de beoordeling daarvan moet in eerste instantie aan die partijen zijn en bij meningsverschillen tussen partijen, aan de rechter. Conclusie hiervan is wat ons betreft dat het criterium gezagsverhouding geen rol meer zou mogen spelen in de fiscaalrechtelijke handhaving.

Gefaseerde afbouw handhavingsmoratorium

Wij zijn het er mee eens dat de praktijk alle ruimte moet krijgen om geleidelijk te wennen aan een nieuw systeem. Het is cruciaal dat geen nieuwe, onomkeerbare onrust en onduidelijkheid ontstaan die negatieve gevolgen hebben voor de markt en daarmee voor de hele economie.

Wij kunnen ons, zoals opgemerkt bij het onderdeel “ondernemersverklaring”, ook voorstellen dat onderdelen, zoals een opt-out mogelijkheid, in de vorm van een proef eerst worden uitgetoetst.