

Inbreng met betrekking tot het concept voorstel voor een wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden

Samenvatting

Met deze inbreng reageren wij op het conceptwetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden. Hieronder eerst een korte samenvatting en vervolgens onze visie meer uitgewerkt in detail.

Wat aan dit wetsvoorstel voorafging

In het SER-advies ‘*Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*’ van juni 2021 hebben wij in overeenstemming met vakbonden en Kroonleden een beleid voorgesteld voor het werken met zelfstandigen (zzp-ers). Dat is onderdeel geworden van een breed pakket maatregelen voor de arbeidsmarkt. Naast dat arbeidsmarktpakket zijn door de SER unanieme adviezen gegeven over investeren in brede welvaart en verdienvermogen en over het budgettair beleid. Dit brede pakket had en heeft onze volle instemming.

De voorstellen in het SER-advies

Het SER-advies stelt rondom het zelfstandig ondernemerschap voor om:

- 1) de financiële prikkels die zelfstandig werken op opdrachtbasis aantrekkelijker maken dan arbeidsovereenkomsten te beperken (fiscale behandeling, gelijkwaardige sociale zekerheid).
- 2) de meest acute problemen op te lossen door versterking van de positie van werkenden, met name aan de basis van de arbeidsmarkt. Zo gaan we schijnconstructies en andere ongewenste situaties tegen. Dit is het *rechtsvermoeden*, zoals in het conceptwetsvoorstel is opgenomen.
- 3) bij tarieven boven het maximumdagloon in principe niets te veranderen. Disputen over de aard van de arbeidsrelatie worden tussen contractpartijen civielrechtelijk beslecht. De verdere ontwikkeling van een webmodule kan bijdragen aan het verkrijgen van duidelijkheid vooraf over de aard van de arbeidsrelatie. Publiekrechtelijke handhaving dient zich te richten op gevallen aan de basis van de arbeidsmarkt en bij vermoedens van kwaadwillendheid.

Kern was dus om de werkende zonder onderhandelingsmacht beter te beschermen. Voor de werkenden met onderhandelingsmacht zou niets veranderen; zij het dat de financiële prikkels zouden verminderen.

Dit SER-advies beslechtte op pragmatische wijze de voortdurende discussie over de publiekrechtelijke handhaving waarbij de privaatrechtelijke verhouding bepaald zou moeten worden. De ervaring van de afgelopen jaren leert dat steeds complexere en gedetailleerdere wetgeving steeds verder afstaat van de praktijk van ondernemingen en werkenden en daardoor tot veel discussie leidt over de (effecten van) de uitwerking.

Onze reactie op hoofdlijnen

Het conceptwetsvoorstel bestaat uit twee hoofdonderdelen: 1) invoering van een *rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst* bij een tarief onder € 32,24 en 2) een “*verduidelijking van werken in dienst van*”. Het eerste onderdeel is in lijn met het

SER-advies. VNO-NCW en MKB-Nederland steunen dat, omdat wij denken dat hiermee de meeste misstanden en schijnconstructies eenvoudig zijn aan te pakken. Bovendien geeft het groepen boven dit soort tarieven met meer onderhandelingsmacht ook een houvast.

Wij hebben grote bezwaren tegen en zorgen over het tweede onderdeel “*het verduidelijken van werk in dienst van*”. Dit onderdeel is niet in lijn met het SER advies. Daarnaast verwachten wij als gevolg hiervan meer onduidelijkheid. Onze inhoudelijke bezwaren kort samengevat:

- het voorstel gaat veel verder dan een simpele verduidelijking. Het verandert feitelijk de privaatrechtelijke kwalificatie van de arbeidsrelatie en geeft gedetailleerde sturing aan de wegging door rechters van verschillende nieuwe indicaties. Juist in het privaatrecht moet er de ruimte blijven voor de praktijk.
- het gaat ervan uit dat er bijna per definitie één juiste contractvorm is en de wil/bedoeling van partijen er niet toe doet. Tenminste zouden, bij invoering van een systeem langs deze lijn de elementen “werken voor eigen rekening en risico” en “ondernemerschap” niet via een volgtijdelijke beslisboom in beeld moeten zijn maar vanaf het eerste moment en niet als afzonderlijke elementen (dus integraal).
- het toevoegen van “inbedding in de organisatie” en de invulling daarvan bij AMvB kent de grootse bezwaren. Uiteindelijk gaat het om de gezagsverhouding en inbedding is niet een element dat daar per definitie een indicatie voor is. Vanaf het moment dat deze indicatie in de discussie is gebracht hebben wij daartegen bezwaar gemaakt vanuit het perspectief van zowel opdrachtgevers als zelfstandigen. Het is immers bijna onvermijdelijk dat iemand die werkt in het bedrijf/voor het bedrijf van een ander zich iets gelegen moet laten liggen aan de organisatie van die ander. Door deze uitwerking ontstaat ons inziens grote onzekerheid bij zowel opdrachtgevers als bij veel zelfstandigen. Dit kan niet de bedoeling zijn want juist aan deze onzekerheid wilden we met elkaar een einde maken.
- Het wetsvoorstel kent geen overgangsrecht. De verwachting is dat dit zal leiden tot grote en ongewenste gevolgen voor de praktijk.

Hieronder geven wij een nadere toelichting.

RECHTSVERMOEDEN

Het voorstel voor een rechtsvermoeden is onderdeel van het advies van de SER en is in dit voorstel uitgewerkt conform de bedoeling van de SER.

De kerngedachte van het SER-advies en ook van dit voorstel is dat de belangrijkste kwetsbaarheden en risico's van het werken als zelfstandige aanwezig zijn bij mensen met een laag inkomen, die onvoldoende buffers en zekerheden zelf kunnen opbouwen. Als er op basis van de feitelijke omstandigheden mogelijk een arbeidsovereenkomst is en niet een overeenkomst van opdracht (zelfstandigheid) dan helpt het rechtsvermoeden de grootste groep kwetsbare werkenden in de arbeidsmarkt om de zekerheden en bescherming van de arbeidsovereenkomst makkelijker te claimen.

Het SER-advies ging uit van een tarief gebaseerd op max dagloon. Het kabinet heeft gekozen voor een relatie met het Wettelijk Minimumloon. Dat leidt tot een tariefgrens die in dezelfde bandbreedte ligt als de SER voorstelde en dat heeft de instemming van de sociale partners.

Samen met de andere maatregelen uit het pakket voor zelfstandig werken, zoals meer fiscale gelijkstelling en een arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zzp-ers is dit een belangrijke bijdrage aan het verbeteren van de positie van de groep waar het vooral om gaat.

VERDUIDELIJKING KWALIFICATIE ARBEIDSRELATIE

In het SER-advies wordt in vervolg op het voorstel voor een rechtsvermoeden het volgende opgemerkt: “Boven max dagloon verandert er in principe niets. Disputen over de aard van de arbeidsrelatie worden civielrechtelijk beslecht. De verdere ontwikkeling van een webmodule kan bijdragen aan het verkrijgen van duidelijkheid vooraf over de aard van de arbeidsrelatie.” Ook dit heeft onze instemming.

Het kabinet wil een verdergaande stap nemen op dit punt dan de SER voorstelde: het stelt een verandering in het Burgerlijk Wetboek voor met een toetsingskader voor de elementen van gezag die nog weer verdere uitwerking moeten krijgen bij AMvB. In de Kamerbrief d.d. 5 juli 2022 over het arbeidsmarktbeleid is consequent sprake van een verduidelijking van de regels. In de brief d.d. 3 april 2023 over de voortgang van de uitwerking van het arbeidsmarktpakket is sprake van het “verder inkleuren van de open norm werken in dienst van”. Wat nu wordt voorgesteld, is een wijziging van het Burgerlijk Wetboek door het benoemen van vier categorieën criteria die nu niet in het BW staan, een wijze waarop deze volgordegetoetst zouden moeten worden en die bij AMvB ieder voor zich nog weer nader uitgewerkt moeten gaan worden. Waarbij de Memorie van Toelichting alvast een voorschot neemt op de wijze van invulling.

Verdergaand dan verduidelijking

Wij menen dat de introductie van een dergelijk systeem verder gaat dan een simpele “verduidelijking” en daarnaast niet bijdraagt aan een verduidelijking. Er worden elementen in de wet vastgelegd die daar nu niet in staan en dat is op zichzelf al een belangrijke wijziging van het huidige systeem. Daarbij gaat het ook om elementen die weliswaar in de jurisprudentie een rol spelen maar in dit voorstel een prominente rol krijgen en per definitie zwaar gewicht krijgen.

De Memorie van Toelichting zegt ook dat de normen “open” blijven. Dat roept de vraag op welke bijdrage dit alles dan gaat leveren aan verduidelijking van de kwalificatie.

Daarnaast worden elementen getoetst volgens een soort beslisboom. Dat is in het kader van verduidelijking op zichzelf denkbaar, als de elementen in de beslisboom onomstreden zijn en er een beeld is van de weging van de verschillende indicaties aan het eind. Dat ontbreekt volledig, waarmee de uitkomst van dit toetsingssysteem nog steeds een soort “black box” blijft.

Ook de wijze waarop het systeem wetstechnisch wordt ingericht, met wettelijke criteria die bij AMvB worden ingevuld, draagt niet bij aan de hanteerbaarheid en kenbaarheid voor de

partijen in de markt. Daarbij speelt een centrale rol dat de inhoud van met name het element “inbedding” in de Memorie van Toelichting alvast wordt ingevuld met een aantal nadere indicaties die inhoudelijk op hun beurt ook weer onduidelijk zijn en geen juridische categorie vormen, zoals het begrip “het verrichten van kernactiviteiten van de onderneming”, en “werk dat structureel aanwezig is in de organisatie”. Op de inhoud van deze criteria komen wij hieronder terug.

Ook al zouden deze elementen uitgekristalliseerd zijn in de jurisprudentie (waarvan wij niet overtuigd zijn), dan nog bieden zij geen verduidelijking. Zij zijn ook aan verandering onderhevig en zorgen niet voor een objectieve en steeds vooraf kenbare invulling.

Eindconclusie is wat ons betreft dat dit voorstel in ieder geval niet de gewenste verduidelijking gaat opleveren, en waarschijnlijk juist tot nog meer verwarring in de markt gaat leiden. Dit zal dus ook niet leiden tot versterking van de handhaving en het is niet in overeenstemming met de bedoeling van het SER MLT.

Inbedding in de organisatie

Vanaf het moment dat deze indicatie in de discussie is gebracht, hebben wij daartegen bezwaar gemaakt. Uiteindelijk gaat het om de gezagsverhouding. Het is bijna onvermijdelijk dat iemand die werkt in het bedrijf/voor het bedrijf van een ander zich iets gelegen moet laten liggen aan de organisatie van die ander. Hoe ver dat gaat, is mede van het soort werk afhankelijk c.q. van de sector waarin dat werk plaatsvindt. Zo zal de situatie van sterk gereguleerd en geprotocolleerd werk anders beoordeeld moeten worden dan werk waarin dat niet het geval is. Een grens tussen wel of niet ingebed wordt daardoor een vage. Die grens tussen wel of geen gezag ligt wat ons betreft (dat ligt al besloten in het woord “gezag”) vooral in de instructiebevoegdheid, zoals we die al kennen en die in de praktijk al de nodige discussie mee kan brengen.

Nu inbedding ingevuld gaat worden met de volgende indicaties:

- Werk verrichten binnen het organisatorisch kader van de organisatie;
- Het verrichten van kernactiviteiten van de onderneming;
- Werk verrichten dat structureel aanwezig is in de organisatie;
- Zij aan zij werken met iemand met een dienstverband,

hebben wij grote vraagtekens bij de stelling dat het hier (slechts) om verduidelijkingen gaat en niet om materiële wijzigingen. Als dit toch enkel als verduidelijking is bedoeld, mist dit zijn doel. Dit geldt nog temeer, omdat de weging van de indicaties niet helder is.

Kernactiviteiten

Wezenlijk bezwaar hebben wij tegen het element “verrichten van kernactiviteiten van de onderneming”. En wel om de volgende redenen:

- “Kernactiviteiten” is geen juridische categorie en hoort dat ook niet te worden. Wat kernactiviteiten zijn is aan de ondernemer om te bepalen. Dat geldt in beginsel ook voor de manier waarop deze de uitvoering van die activiteiten juridisch wil vormgeven. In dit verband rijst ook de vraag of we het hier hebben over “directe” of “indirecte” kernactiviteiten. Dat wil zeggen: de kern van wat de onderneming doet of ook alle

activiteiten die daaraan ondersteunend zijn. Ook kunnen ondernemingen spin-off activiteiten hebben van andere activiteiten. De werkelijkheid van een modern bedrijf kan zich niet op deze manier juridisch laten inkaderen.

- Bovendien zijn in deze tijd businessmodellen voortdurend in beweging, is sprake van brancheervaging, en is er sprake van stormachtige technologische ontwikkelingen die een ander licht werpen op wat op een bepaald moment kernactiviteiten zijn.
- Het is onwenselijk en ook niet praktisch of verduidelijkend om dit element in de wet op te nemen. Voor zo ver de rechtspraak dit element wel meeneemt, vinden wij het zeker ongewenst om dit in wetgeving te bevestigen.

Voor zo ver dit dus al een punt zou zijn dat is uitgekristalliseerd in de jurisprudentie (hetgeen wij betwisten) dan is dit een ongewenst element om voor alle situaties vast te leggen in het BW.

Werk dat structureel aanwezig is in de organisatie

Het is van belang dat ook werk dat structureel in de organisatie aanwezig kan worden gedaan door werkenden voor wie het een businessmodel is om als zelfstandige bedrijven te helpen met het uitvoeren van werk dat “structureel aanwezig” is, maar waar zich bijzondere situaties voordoen zoals tijdelijke noodzaak tot vervanging of aanvulling van de bestaande bezetting. Een bepaalde mate van wendbaarheid en het opvangen van onverwachte situaties is onmisbaar en de ondernemer moet in beginsel vrij zijn de juridische vormgeving van zijn activiteiten te kiezen. Conform het SER MLT-advies moeten ongewenste incentives voor die keuze wel worden vermeden (fiscaal, arbeidsongeschiktheidsverzekering) en belangrijke stappen zitten ook in dit pakket. Dit zou niet via de juridische kwalificatie moeten worden opgelost.

Zij aan zij werken met iemand in dienstverband.

Ook hiervoor geldt dat ongewenst effecten moeten worden bestreden met het anders richten van incentives en niet via de juridische kwalificatie. Dat het feit dat er iemand anders werkzaam is op basis van een dienstverband consequenties zou kunnen hebben voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie van een ander die een andere keus heeft gemaakt vinden wij moeilijk te verdedigen.

Onze eindconclusie ten aanzien van het begrip inbedding is dat dit een onduidelijk en inhoudelijk ongewenst onderdeel is in het kader van deze verduidelijkingsoperatie.

Werken voor eigen rekening en risico en ondernemerschap

De C en C+-indicaties zijn van belang om tunnelvisie te voorkomen. Vanuit het perspectief dat de arbeidsovereenkomst de default zou moeten zijn leidt het ontbreken van contra-indicaties tot een dergelijke tunnelvisie. De elementen die kunnen wijzen op een arbeidsovereenkomst zijn (wellicht onbedoeld) leidend en wat daar tegen kan spreken, wordt niet direct in de afweging betrokken.

Zoals gezegd, vinden wij het voorgestelde systeem verder gaan dat het SER-advies en hebben we daar alleen al om die reden bezwaar tegen. Zou een systeem langs deze lijn toch worden

ingevoerd dan vinden wij dat de contra-indicaties integraal in vanaf het eerste moment moeten worden meegenomen in de afweging. Concreet leidt dat ertoe dat de elementen “werken voor eigen rekening en risico” en Ondernemerschap in dat geval niet afzonderlijk worden opgenomen, vanaf het eerste moment in beeld zijn en niet via een volgtijdelijke beslisboom en niet verder hoeven te worden geconcretiseerd.

OVERGANGSRECHT

Het wetsvoorstel kent geen overgangsrecht, zoals de MvT expliciet vermeldt. Wat ons betreft, is dit een zeer onverstandige keuze. De kans is aanzienlijk dat dit zal leiden tot grote en ongewenste gevolgen voor de praktijk. Als er op basis van dit voorstel herkwalificatie plaatsvindt naar aanleiding van nadere overwegingen van werkenden of van de Belastingdienst, dan kan dit leiden tot grote claims die terugwerken. Hier hebben wij drie bezwaren tegen:

1. Het is in confesso dat de kwalificatie bijzonder complex is. Vandaar ook het fiscale handhavingsmoratorium dat jarenlang heeft gegolden. Dat bracht rechtsonzekerheid met zich mee. Het is niet aanvaardbaar dat wanneer deze nieuwe wetgeving leidt tot nieuwe inzichten over de status van de arbeidsrelatie, claims zich uitstrekken over een periode waarin rechtsonzekerheid bestond (zoals breed wordt erkend).
2. Wij hebben hiervóór duidelijk gemaakt dat deze verduidelijkingsoperatie in onze ogen niet zomaar een formalisering van de status quo is maar wel degelijk inhoudelijke aanpassing van wetgeving en van de materiële inhoud van regelgeving. Die kan in bepaalde situaties leiden tot een ander oordeel over de kwalificatie dan voorheen. Dit betekent dat partijen niet gehouden kunnen worden om een kwalificatie op basis van deze wetgeving ook toe te passen over het verleden.
3. Wij vrezen dat zonder een regeling van de terugwerkende kracht herkwalificatie grote en ongewenste gevolgen zal hebben, bijvoorbeeld op het gebied van de toepassing van cao's of in het kader van achterstallige premies en ook ten aanzien van pensioenregelingen. Dit kan er ook toe leiden dat partijen uit vrees voor die consequenties hun contracten niet nader onder de loep nemen, waardoor de eventuele schijnzelfstandigheid helemaal niet wordt opgeheven in die situaties. Onzekerheid vanaf de start leidt in de langere termijn niet tot meer zekerheid.