

Jachthavenweg 121
1081 KM Amsterdam
Postbus 75265
1070 AG Amsterdam

Cara Pronk
Advocaat
pronk@vandoorne.com
t 020 678 95 03
m 06 5579 0516

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Datum 10 november 2023
Inzake Reactie op consultatie 'Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden'

Geachte mevrouw van Gennip,

Met belangstelling hebben wij kennis genomen van het wetsvoorstel 'Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden', bestaande uit het Concept wetsvoorstel (Wetsvoorstel) en de Concept Memorie van Toelichting (MvT). Het Team Arbeid en Pensioen van Van Doorne N.V. maakt graag gebruik van de gelegenheid om te reageren op de inhoud hiervan.

In deze reactie onthouden wij ons in beginsel van het beoordelen van de vraag in hoeverre de voorgestelde wijzigingen wenselijk zijn, aangezien deze beoordeling deels een politieke afweging betreft. Onze evaluatie richt zich derhalve in beginsel op de juridische en technische aspecten van dit Voorontwerp en de uitvoerbaarheid ervan in de praktijk.

Kort samengevat geven wij u het volgende in overweging.

1 Inleiding

Allereerst staan wij positief tegenover de verheldering van de definitie van de arbeidsovereenkomst. Het wetsvoorstel biedt een verduidelijking van het gezagscriterium welke grotendeels wordt ontleend aan bestaande jurisprudentie, hetgeen door ons wordt ondersteund. Wij constateren ook dat het wetsvoorstel in haar huidige vorm vergaande gevolgen zal hebben voor de praktijk en vragen ons af of de wetgeving het doel ervan voorbijschiet. Daarnaast identificeren wij enkele aspecten waar in onze visie verdere verduidelijking gewenst is. In onze reactie op het wetsvoorstel zullen wij ons met name richten op de volgende onderdelen:

- Holistische toetsing vs. nieuw toetsingskader;
- Inbedding in de organisatie (hoofdelement B);
- De toetsing van het 'ondernemerschap' (hoofdelementen C en C+);
- De gevolgen van het wetsvoorstel voor driehoeksrelaties; en
- Het belang van het werken via een persoonlijke houdstervenootschap.

2 Holistische toetsing vs. nieuw toetsingskader

- 2.1 Het wetsvoorstel beoogt onder meer de onduidelijkheid voor werkenden en werkgevers rondom de vraag of zij zonder een arbeidsovereenkomst werk kunnen verrichten, weg te nemen. In plaats van een holistische toetsing wordt een wettelijk toetsingskader aangereikt waardoor meer structuur en houvast wordt geboden om de vraag of er een arbeidsovereenkomst is, te beantwoorden. Dit toetsingskader bestaat uit een drietal hoofdelementen en bijbehorende indicaties die in beginsel limitatief in de wet, respectievelijk in een AMvB worden vastgelegd. Wij begrijpen dat in de AMvB ook een 'ventiel' opgenomen zal worden waarmee enige flexibiliteit in de regels behouden blijft.
- 2.2 Wij zijn voorstander van het bieden van duidelijkheid en structuur en houvast ten aanzien van de invulling van artikel 7:610 BW, maar hebben twijfels bij het doen van afstand van de holistische toets. Het is juist deze toets die maatwerk mogelijk maakt en daarmee ook schijnconstructies tegen gaat. Vandaar dat wat ons betreft meer op de voorgrond zou moeten worden gebracht dat (i) de indicaties op basis van de voorbeelden in het wetsvoorstel getoetst dienen te worden aan alle omstandigheden van het geval, en (ii) het wetsvoorstel de deur naar flexibiliteit open houdt door in de AMvB te voorzien in ruimte om onder uitzonderlijke omstandigheden andere indicaties bij een beoordeling te betrekken dan de limitatieve indicaties zoals opgenomen in de AMvB (ventiel).
- 2.3 Daarnaast volgt uit het wetsvoorstel niet hoe de indicaties worden gewogen ten opzichte van elkaar en wanneer aan de criteria van een hoofdelement is voldaan. Ook wijze van weging tussen de hoofdelementen (A en B vs. C en eventueel C+) is onduidelijk. Het blijft hiermee voor de praktijk zeer lastig om vast te stellen waar het 'zwaartepunt' ligt als niet duidelijk is welke indicaties / hoofdelementen welk gewicht dragen. De voorbeeldcasussen die in het wetsvoorstel zijn opgenomen bieden in dat kader onvoldoende houvast. Dit maakt de beoordeling van het toetsingskader voor de praktijk lastig. Gekeken zou kunnen worden naar het bestaande voorstel voor de EU richtlijn Platformarbeid (COM/2021/762 final) waarin is opgenomen dat indien aan twee of meer van de genoemde indicaties wordt voldaan, sprake is van gezag. Daarbij dient in onze visie echter niet voorbij gegaan te worden aan een 'ventiel functie' zoals hiervoor uitgelegd.

3 Inbedding in de organisatie (hoofdelement B)

- 3.1 De organisatorische inbedding zoals opgenomen in het wetsvoorstel zal naar verwachting een grote impact hebben op de praktijk. Ondanks dat het wetsvoorstel geen concrete weging of drempel voor de indicaties bevat, lijkt op basis van de voorbeelden snel aan het inbeddingscriterium te zijn voldaan. De wekelijkse glazenwasser of dagelijkse beveiliging van een advocatenkantoor bijvoorbeeld zal op basis van de indicaties zoals opgesomd onder het B-criterium al snel worden aangemerkt als ingebed in de organisatie. Activiteiten die thans veelal worden ingehuurd via 'contracting' zoals catering of de uitbesteding van IT activiteiten zullen ook al snel worden gezien als activiteiten die zijn ingebed in de organisatie. De indicaties om 'inbedding' te duiden, lijken verder te gaan dan hetgeen bedoeld is op basis van de Nederlandse (HR) jurisprudentie maar ook verder dan de Europese jurisprudentie (zoals in het Yodel arrest). Wij vragen ons dan ook af of het inbeddingscriterium niet teveel op de voorgrond is komen te staan en te breed wordt uitgelegd. Tegelijkertijd is helder dat het inbeddingscriterium thans ook al onderdeel is van de holistische toets van het bestaan van een arbeidsovereenkomst en is de vraag of het nodig is om het inbeddingscriterium op de voorgestelde wijze te verbreden.

Carve-out voor interim werkzaamheden

- 3.2 Zoals volgt uit de voorbeelden zal bij werkzaamheden die normaal gezien door werknemers worden verricht al snel sprake zijn van inbedding (en van het bestaan van een arbeidsovereenkomst) en niet van ondernemerschap. Er lijkt weinig tot geen ruimte te zijn om in deze situatie tot de conclusie te komen dat sprake is van ondernemerschap / een opdrachtovereenkomst. Zeker als het C+ element pas aan de orde komt als de hoofdelementen A en B in evenwicht zijn met C (zie par. 4).
- 3.3 Deze constatering knelt niet alleen in de praktijk maar is ook niet conform de doelstellingen van het wetsvoorstel. Het doel van het wetsvoorstel is immers, naast het bieden van een verduidelijking, om schijnzelfstandigheid tegen te gaan. Een nadere uitleg van wat wordt bedoeld met schijnzelfstandigheid ontbreekt. Kennelijk wordt een opdrachtnemer die zijn business heeft gemaakt van interim klussen aangemerkt als schijnzelfstandige omdat hij werk verricht dat is ingebed. Die gedachte lijkt niet in lijn met het huidige recht en deze wijziging zal onzes inziens een enorme impact hebben op de praktijk waar deze niet bedoeld kan zijn, in onze ogen. We verwijzen bijvoorbeeld naar de bestaande modelovereenkomsten van de belastingdienst waarin specifiek wordt goedgekeurd dat vervanging ingeval van ziekte, verlof e.d. mogelijk is buiten dienstbetrekking (onder meer is dit bevestigd in de modelovereenkomsten praktijk waarneming dierenarts, praktijk waarneming tandprotheticus, tijdelijke inhuur kandidaat-notarissen). Ons voorstel zou dan ook zijn om een uitzondering (carve-out) op te nemen (onder het hoofdelement B) voor situaties waarin een opdrachtnemer voortdurend of overwegend interim klussen verricht.

4 De toetsing van het ondernemerschap (hoofdelementen C en C+)

- 4.1 De contra-indicatie ondernemerschap vormt de tegenhanger van de A en B elementen in het wetsvoorstel. Naar onze mening doen de structuur van het toetsingskader en de in het wetsvoorstel benoemde indicaties echter geen recht aan het ondernemerschap en het belang ervan in de toets of sprake is van een arbeidsovereenkomst. We staan hier nader bij stil.
- 4.2 Zoals hiervoor aan de orde is geweest, zal al snel sprake zijn van de hoofdelementen A en/of B. De voorbeelden opgenomen in het wetsvoorstel duiden hier ook op. Van de tegenhanger, het C element lijkt op basis van de omschreven indicaties veel minder snel sprake te zijn. Dat is onwenselijk en niet in lijn met de gedachte achter het wetsvoorstel: om echte zelfstandigen de ruimte te geven. Een 'evenwichtige toets' is nodig om de door het wetsvoorstel gewenste echte zelfstandigheid daadwerkelijk te laten voortbestaan. Onze dringende oproep is dan ook om de indicaties onder het hoofdelement C anders in te richten, danwel gehoor te geven aan onze eerdere oproep om minder gewicht toe te kennen aan het B element.
- 4.3 Een mogelijke oplossing zou zijn om A en B te wegen tegenover C en C+. In dat geval zouden – conform de fiscale praktijk onder de VAR en zoals bestendigd en voortgezet met de modelovereenkomsten – de indicaties die buiten de desbetreffende arbeidsrelatie liggen en zoals omschreven onder C+ direct afgewogen dienen te worden tegen A en B. Dit leidt in onze visie tot een meer evenwichtige toets. Daarnaast zou eraan gedacht kunnen worden om C en C+ het startpunt te maken van de toetsing. Bepaalde indicaties die zien op C+ zijn op voorhand ook duidelijk kenbaar zijn voor opdrachtgever. Denk aan btw-nummer, kvk-inschrijving, meerdere opdrachtgevers e.d.

4.4 Wij merken nog op dat de indicaties binnen het C element zich voornamelijk richten op ondernemerschap in traditionelere vormen van werken, daar waar in Nederland overwegend sprake is van een kenniseconomie en daarom op veel modernere wijze wordt gewerkt. Zo vormt een belangrijke indicatie voor het werken voor eigen rekening en risico het gebruik van eigen materialen, gereedschap en hulpmiddelen. Echter is het heel gebruikelijk dat zelfstandigen op locaties werken waar deze middelen door de opdrachtgever worden verstrekt. Dit geldt bijvoorbeeld voor specialisten in de zorg, die verplicht zijn om de ziekenhuismaterialen te gebruiken vanwege strikte veiligheidseisen. Daarnaast ontvangen veel kantoorwerkers van hun opdrachtgever een laptop van de zaak vanwege de ingebouwde systeembeveiliging om datalekken te voorkomen. Wat deze zelfstandigen veelal inbrengen, is hun (specialistische) kennis, knowhow en ervaring. Dit vormt nu slecht één van de indicaties voor het bestaan van werken voor eigen rekening en risico. Bij gebreke aan een wegingsfactor van de indicaties, wordt op deze manier snel geconcludeerd dat geen sprake is van het C criterium.

Kader voor duur van de opdracht

4.5 De laatstgenoemde indicatie in de MvT voor werken voor eigen rekening en risico, betreft de beperkte duur van de opdracht en/of het beperkte aantal uren dat de betrokkene per week werkt.

4.6 In de MvT wordt vermeld dat het kabinet geen specifieke duur of wekelijkse arbeidsuren aanreikt om de betreffende indicatie te preciseren. De beperktheid van deze duur en omvang is afhankelijk van de concrete context en wordt mede bepaald door de aard van de werkzaamheden, de branche waarin ze plaatsvinden en de heersende gebruiken daarin. Wij zien het als een gemiste kans dat het kabinet geen richtlijnen verschaft met betrekking tot de duur of het aantal arbeidsuren per week.

4.7 Om meer duidelijkheid te bieden, stellen wij voor om een concrete richtlijn te introduceren om te bepalen wanneer er sprake is van een korte duur of beperkte omvang. Wij bepleiten een vuistregel van één jaar, waarbij in de regel na dit tijdsbestek niet langer gesproken kan worden van een korte duur. Na een jaar groeit namelijk ook de waarschijnlijkheid dat een werkende steeds meer verweven raakt met de organisatie door langdurige samenwerking met collega's. Belangrijk is wel, om een soort 'exit-mogelijkheid' in te bouwen. Hoewel het uitgangspunt voor korte duur dan één jaar is, kunnen zich altijd omstandigheden voordoen die in bepaalde sectoren een andere benadering vereisen. Op deze manier wordt de mogelijkheid tot afwijking behouden en wordt tegelijkertijd een meer concrete richtlijn voor toetsing geboden.

4.8 Een alternatieve mogelijkheid is om sectorspecifieke criteria vast te stellen. In het nog niet definitieve 'Fiscaal Kader ZZP Zorg' wordt voor zover bij ons bekend een duidelijke richtlijn gegeven met betrekking tot de arbeidsduur en arbeidsomvang voor de zorgsector.

4.9 Tot slot: een van de elementen die bij het C+ criterium getoetst wordt, is of de werkende een btw-ondernemer is. Op grond van artikel 10 Btw-richtlijn (Richtlijn 2006/112/EG) geldt dat loontrekkenden worden geacht niet zelfstandig op te treden en als zodanig geen btw-ondernemer te kunnen zijn. Dit betekent dat een arbeidsrelatie in de weg staat aan btw-ondernemerschap voor de in het kader van die arbeidsrelatie verrichte werkzaamheden. Als gevolg hiervan lijkt het toetsen aan het btw-ondernemerschap weinig zinvol omdat daarmee de vraag naar de arbeidsrelatie mede bepaald wordt door het btw-ondernemerschap, terwijl het btw-ondernemerschap mede bepaald wordt door het bestaan van een arbeidsrelatie. Bovendien geldt dat de btw een aangiftebelasting is als gevolg waarvan de afweging óf sprake is van btw-ondernemerschap in eerste instantie bij de persoon zelf ligt. Ook dat roept de vraag op hoe bruikbaar het btw-ondernemerschap als criterium is. Verduidelijking op dit vlak is daarom gewenst.

5 De gevolgen van het wetsvoorstel voor driehoeksrelaties

Het wetsvoorstel noemt op een aantal plaatsen de uitzenders en de bemiddelingsbureaus. Het is evident dat het wetsvoorstel niet toeziet op de kwalificatie van uitzending, bemiddeling of driehoeksrelaties. Het wetsvoorstel ziet wel toe op de relatie werkende/werkgevende (twee partijenrelatie). Op enkele plaatsen in het wetsvoorstel (p. 47 en p. 61) lijkt echter de suggestie gewekt te worden dat een ZZP bemiddelaar wordt ge-herkwalificeerd als een uitzendbureau indien een bemiddelde ZZP'er werknemer (van de inlener) blijkt te zijn. Dat kan uiteraard niet de bedoeling van de wet zijn. Een bemiddelaar kan immers (naast of in plaats van ZZP-ers) ook werknemers bemiddelen. Dat betekent niet dat zomaar sprake is van een uitzendconstructie, ook niet als de ZZP bemiddelaar enkele bijkomende diensten aan de inlener verricht, zoals een factureringdienst. Dit dient in het wetsvoorstel opgehelderd te worden om onnodige onduidelijkheid voor de praktijk hierover te voorkomen.

6 Het belang van het werken via een persoonlijk houdstervenootschap

Tot slot de situatie waarin de ZZP'er contracteert met tussenkomst van zijn eigen persoonlijke houdstervenootschap en werkzaamheden vanuit deze entiteit verricht. Het wetsvoorstel gaat onvoldoende in op de invloed die een dergelijke constructie heeft op de beoordeling van de arbeidsrelatie en het ondernemerschap. Graag zouden wij een verduidelijking hiervan willen zien in de MvT waarbij wat ons betreft het uitgangspunt zou moeten zijn dat werken via een persoonlijke houdstervenootschap in beginsel ertoe leidt dat er geen sprake kan zijn van een dienstverband tussen de opdrachtgever en de natuurlijke persoon die wordt uitgeleend, aangezien deze natuurlijke persoon al een arbeidsovereenkomst heeft met zijn eigen persoonlijke houdstervenootschap. In wezen wijkt deze situatie niet af van die waarbij een opdrachtgever arbeid inhuurt via een uitzend- en of payrollbureau. Dit sluit aan bij de fiscale rechtspraak, waarin diverse malen bevestigd is dat in deze situatie geen dienstbetrekking aanwezig is en dat de civielrechtelijke structuur leidend is.¹

Wij hopen hiermee een bijdrage te hebben geleverd aan de rechtsvorming en zien uit naar de definitieve versie van het wetsvoorstel waarin onze opmerkingen en vragen zijn verwerkt.

Hoogachtend,



Van Doorne N.V.
Cara Pronk/ Victor Gielen/Mattias Niens

¹ ECLI:NL:GHDHA:2019:98; ECLI:NL:GHARL:2021:7822; ECLI:NL:GHARL:2019:3539.