

> Retouradres Postbus 16228 2500 BE Den Haag

Aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Mevrouw ir. C.E.G. van Gennip MBA
Postbus 90801
2509 LV DEN HAAG

ATR, Adviescollege
toetsing regeldruk
Rijnstraat 50
2515 XP Den Haag

Postbus 16228
2500 BE Den Haag

Onze referentie MvH/RvZ/MK/bs/ATR2735/2023-U094

Uw referentie

T 070 310 86 66
E info@atr-regeldruk.nl
www.atr-regeldruk.nl

Datum 8 november 2023
Betreft Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden

Geachte mevrouw Van Gennip,

Op 9 oktober 2023 is aan het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR) voor advies voorgelegd het *Wetsvoorstel verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden*. Het verzoek is om uiterlijk 10 november 2023 te adviseren. De internetconsultatie heeft dezelfde einddatum.

Context en aanleiding

Het wetsvoorstel is onderdeel van een breder pakket aan maatregelen. Dat is er specifiek op gericht om een betere balans te treffen rondom het werken met zelfstandigen en als zelfstandige op de arbeidsmarkt. Naast de met dit wetsvoorstel beoogde verduidelijking en de introductie van het rechtsvermoeden kent het pakket twee andere lijnen waarop parallel stappen worden gezet. Ten eerste is dat het in evenwicht brengen van het speelveld voor werknemers en zelfstandigen, met name in fiscaal opzicht en op het vlak van sociale zekerheid. De tweede lijn is het versterken en verbeteren van de handhaving op schijnzelfstandigheid. Van schijnzelfstandigheid is volgens het kabinet sprake als werk wordt verricht door werkenden die dat als zelfstandige menen te (kunnen) doen, terwijl in juridische zin sprake is van werknemerschap op basis van een arbeidsovereenkomst. Voor de introductie van het rechtsvermoeden geldt dat het ook is bedoeld om de groep werkenden met een minder goede onderhandelingspositie te ondersteunen bij het claimen van hun rechten op een arbeidsovereenkomst. Het voorgenomen wetsvoorstel vloeit is gebaseerd op een aantal adviezen, waaronder dat van de Commissie Regulering van Werk (Commissie Borstlap) en het SER Middellange termijn-advies (SER-MLT).¹

De problematiek waarvoor dit wetsvoorstel een oplossing zoekt, is volgens de toelichting bij het voorstel tweeledig: het tegengaan (verminderen) van schijnzelfstandigheid én het tegengaan van de onduidelijkheid voor zelfstandigen en werkgevers over de wijze waarop zonder een arbeidsovereenkomst werk kan worden verricht. Het wetsvoorstel wil de huidige casuïstische benadering (de holistische toetsing) vervangen door een wettelijk toetsingskader dat alle betrokkenen meer houvast biedt.

¹ Commissie Regulering van Werk (2020) *In welk land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk*, Kamerstukken II 2019/20, 29544, nr. 960, en Sociaal-Economische Raad (2021) *Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving*.

Schijnzelfstandigheid is volgens de toelichting om een aantal redenen ongewenst: 1) vanwege de kwetsbaarheid van werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt; 2) het is niet goed voor de solidariteit binnen het sociale stelsel; 3) het is een oneerlijke vorm van concurrentie; 4) het heeft gevolgen voor de werkdruk, de mate van innovatie en de continuïteit binnen het bedrijf en de organisatie; en 5) het is onderdeel van een bredere ontwikkeling waarbij arbeidsrelaties in toenemende mate flexibel zijn georganiseerd, een ontwikkeling die het kabinet ongewenst acht en waarvoor ook de OESO waarschuwt.

Inhoud

Het wetsvoorstel bevat twee aanpassingen in het Burgerlijk Wetboek:

- 1) Het definieert wanneer sprake is van het verrichten van arbeid 'in dienst' van een werkgever. Daarvan is sprake indien: a. de arbeid wordt verricht onder werkinhoudelijke aansturing door de werkgever, of b. de arbeid of de werknemer organisatorisch is ingebed in de organisatie van de werkgever, en c. de werknemer de arbeid niet voor eigen rekening en risico verricht. De huidige wet volstaat met de vermelding dat de arbeid 'in dienst' moet worden verricht, maar vult dat begrip niet in. In de invulling van dit begrip voorziet de rechtspraak.
- 2) Het voorstel introduceert een rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Wanneer tegen een beloning van ten hoogste € 32,24 per uur arbeid voor een ander wordt verricht, wordt vermoed dat deze arbeid wordt verricht krachtens arbeidsovereenkomst. Het rechtsvermoeden is niet van toepassing als arbeid voor een natuurlijk persoon wordt verricht.

Toetsingskader

ATR beoordeelt de regeldrukgevolgen aan de hand van het volgende toetsingskader:

1. Nut en noodzaak: is er een taak voor de overheid en is regelgeving het meest aangewezen instrument?
2. Zijn er minder belastende alternatieven mogelijk?
3. Is gekozen voor een uitvoeringswijze die werkbaar is voor de doelgroepen die de wetgeving moeten naleven?
4. Zijn de gevolgen voor de regeldruk volledig en juist in beeld gebracht?

1 Nut en noodzaak

Probleemanalyse

Het blijkt in de praktijk moeilijk om eenduidig vast te stellen wat de aard van een arbeidsrelatie is. Niet duidelijk is wanneer deze relatie juridisch zou moeten worden gekwalificeerd als werken met een arbeidsovereenkomst of werken als zelfstandige. Een juiste kwalificatie van de relatie is onder meer van belang voor de loonheffing, de rechtsbescherming van de werkende en een mogelijk beroep op uitkeringen. De oorzaak van dit probleem is gelegen in de huidige criteria in wet en rechtspraak die relevant zijn voor de beoordeling van de arbeidsrelatie. Door het open karakter ervan bieden deze criteria te weinig houvast. De criteria bieden partijen weinig rechtszekerheid, doordat de uitkomsten van de beoordeling (ook in de rechtspraak) sterk casuïstisch bepaald zijn. Eén van de criteria voor het 'in dienst' werken is het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Het wetsvoorstel heeft als doel om werkgevers en werkenden bij de beoordeling van deze norm meer houvast en duidelijkheid te bieden (en daarmee dus ook meer rechtszekerheid). Het college onderkent dat de beoordeling van het karakter van arbeidsrelaties in individuele situaties voor problemen kan zorgen. In zoverre kan de noodzaak van een

verduidelijking van het huidige criterium 'in dienst' worden onderschreven. Het merkt daarbij op dat het nut (de effectiviteit) van de maatregel afhangt van de mate waarin de verduidelijking het knelpunt wegneemt (zie hiervoor onder 1.3).

De verduidelijking van de arbeidsrelatie ziet op de relatie tussen de individuele werkgevende en de werkende. De toelichting schetst daarnaast een probleem op collectief niveau, te weten de schijnzelfstandigheid. Het kabinet definieert schijnzelfstandigheid als het verrichten van werk door werkenden die dat als zelfstandige menen te (kunnen) doen, terwijl in juridische zin sprake is van werknemerschap op basis van een arbeidsovereenkomst. Wat het kabinet met name zorgen baart, is de omvang van dit probleem. Volgens een ruwe schatting van het kabinet zou het gaan om circa 200.000 schijnzelfstandigen. De toelichting noemt vijf redenen waarom schijnzelfstandigheid ongewenst is.²

Het college onderkent dat meer duidelijkheid over de aard van een arbeidsrelatie op individueel niveau een bijdrage kan leveren aan het verminderen van de schijnzelfstandigheid. Het merkt daarbij echter op dat de toelichting bij het voorstel slechts een zeer ruwe schatting bevat van de omvang van het probleem van schijnzelfstandigheid. Gelet op de verwachte gevolgen voor de regeldruk die het voorliggende voorstel met zich meebrengt (zie onder toetsvraag 4), volstaat het niet om de noodzaak van het voorstel te onderbouwen met slechts een zeer ruwe schatting van de aard en de omvang van het probleem. Een nauwkeuriger inschatting van het probleem op collectief niveau is nodig om de proportionaliteit van de regeldrukgevolgen van de maatregel te kunnen beoordelen.

1.1 Het college adviseert in de toelichting een nauwkeuriger schatting van de omvang van het probleem van de schijnzelfstandigheid op te nemen.

Doel

Het voorstel bevat een duidelijke beschrijving van het doel van de maatregelen: het verminderen van onduidelijkheid onder zelfstandigen en werkgegenden over de wijze waarop zonder een arbeidsovereenkomst (als zelfstandige) werk kan worden verricht (het individuele niveau) en in het verlengde daarvan het tegengaan van schijnzelfstandigheid (het collectief niveau). Het college merkt daarbij op dat het voorstel niet duidelijk maakt in welke mate het de schijnzelfstandigheid wil verminderen. Daardoor is het niet goed mogelijk om te monitoren en te evalueren of het beoogde doel in voldoende mate wordt gerealiseerd. Het ontbreken van een doel of norm belemmert ook een afgewogen beoordeling van de proportionaliteit van de regeldruk. Het college acht het opnemen van een concrete norm alleszins mogelijk, bijvoorbeeld door aan te geven met welk percentage of aantal de schijnzelfstandigheid moet worden verminderd. Het voorstel wint daarmee ook aan consistentie, gelet op het feit dat het *wetsvoorstel Meer zekerheid voor flexwerkers* wel in een dergelijke norm voorziet.³

² Deze redenen zijn: 1) vanwege de kwetsbaarheid van werkenden aan de basis van de arbeidsmarkt; 2) het is niet goed voor de solidariteit binnen het sociale stelsel; 3) het is een oneerlijke vorm van concurrentie; 4) het heeft gevolgen voor de werkdruk, de mate van innovatie en de continuïteit binnen het bedrijf en de organisatie; en tenslotte 5) het is onderdeel van een bredere ontwikkeling waarbij arbeidsrelaties in toenemende mate flexibel zijn georganiseerd, een ontwikkeling die het kabinet ongewenst acht en waarvoor inmiddels ook de OESO heeft gewaarschuwd.

³ Het aandeel flexibele arbeidskrachten moet procentueel onder de 30% komen te liggen.

1.2 Het college adviseert het wetsvoorstel te voorzien van een concrete en toetsbare norm met betrekking tot het verminderen van (de omvang van) het probleem van de schijnzelfstandigheid.

Middel

Het wetsvoorstel wijzigt één bepaling van het Burgerlijk Wetboek en voegt er één nieuwe bepaling aan toe. Het geeft een inhoudelijke invulling van het begrip 'in dienst' als voorwaarde voor het aannemen van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Het introduceert ook een rechtsvermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Beide middelen zijn helder beschreven en geven geen aanleiding tot opmerkingen.

Doelbereik

Het wetsvoorstel moet werkgevers en werknemers meer duidelijkheid en daarmee rechtszekerheid geven als zij in individuele situaties arbeidsrelaties moeten beoordelen. Het wegnemen van dit knelpunt op microniveau kan vervolgens bijdragen aan het verminderen van het door het kabinet op collectief niveau gepercipieerde probleem van de schijnzelfstandigheid. Het college verwacht echter dat de voorgestelde wetwijziging niet tot meer duidelijkheid en houvast voor individuele werkgevers en werknemers gaat leiden. Het heeft daarvoor de volgende redenen:

- De voorwaarde 'in dienst' is een open norm. Het open karakter heeft volgens het kabinet in de afgelopen decennia tot een casuïstische jurisprudentie aanleiding gegeven. Die biedt volgens het kabinet aan betrokkenen bij de beoordeling van arbeidsrelaties te weinig houvast. Op zich zijn deze constatering correct en terecht. Zij zijn echter niet opmerkelijk, omdat casuïstiek en onduidelijkheid nu eenmaal inherent zijn aan het werken met open normen. Als het doel is om casuïstiek terug te dringen om daarmee de duidelijkheid voor betrokkenen te vergroten, dan ligt het werken met gesloten normen voor de hand. Het kabinet doet dat in dit wetsvoorstel door te werken met een uurtarief bij de introductie van het rechtsvermoeden.⁴ Het kabinet doet dat echter niet bij de invulling van de voorwaarde 'in dienst'. Hier hanteert het drie open normen.⁵ Daardoor is het onvermijdelijk dat zich in de praktijk weer een casuïstische (weinig houvast biedende) jurisprudentie vormt, met als gevolg dat de beoogde duidelijkheid en rechtszekerheid voor werkgevers en werkende niet zullen toenemen.
- De drie gekozen open normen van het wetsvoorstel zijn niet nieuw. Zij zijn ontleend aan de huidige rechtspraak. Het zijn de drie belangrijkste rode draden in de invulling die de rechter op dit moment aan het begrip 'in dienst' geeft. De toelichting vermeldt daarom ook dat het wetsvoorstel deze invulling uit de rechtspraak 'structureert en comprimeert'. Het is volgens de toelichting geenszins de bedoeling om deze invulling inhoudelijk te wijzigen. Evenmin is het de bedoeling om in de toekomst bij het kwalificeren van de arbeidsrelatie niet meer van de feiten en omstandigheden van het geval uit te gaan. Doordat de te hanteren normen met het wetsvoorstel niet inhoudelijk wijzigen, zullen de duidelijkheid en rechtszekerheid voor werkgevers en werkende niet toenemen. Ook voor de rechtspraak verandert er niets. Het wetsvoorstel zal de rechtspraak naar verwachting geen aanleiding geven om tot een minder casuïstische invulling van de wet over te gaan.

⁴ Dit tarief is vastgesteld op € 32,24 per uur.

⁵ Werkinhoudelijke instructies, organisatorische inbedding en voor eigen rekening en risico werken.

- De weergave van de uitkomsten van MKB-toets in de concept-memorie van toelichting⁶ en de in het kader van de internetconsultatie reeds ingezonden reacties onderschrijven de onduidelijkheid van de huidige criteria. Zij geven er geen blijk van dat met de 'nieuwe' normen de duidelijkheid zal toenemen.

1.3 Het college adviseert nader te onderbouwen dat het invullen van de voorwaarde "in dienst" met behulp van drie *open* normen het beoogde effect van meer duidelijkheid en rechtszekerheid gaat hebben.

2 Minder belastende alternatieven

De toelichting beschrijft allereerst de mogelijke alternatieven voor de keuze voor een wetswijziging als oplossing van het probleem. Het noemt het volstaan met maatregelen gericht op een gelijk spelveld tussen werknemers en zelfstandigen, een stringente en meer consequente handhaving van de huidige criteria, zelfregulering via afspraken in CAO-verband (zoals in de zorg wordt voorgenomen), (een beter) gebruik van webmodules en het voeren van publiekscampagnes. Volgens de toelichting moet om verschillende redenen niet de voorkeur naar deze alternatieven uitgaan. De belangrijkste reden is dat deze alternatieven de onduidelijkheid van de huidige criteria laten voortbestaan, terwijl die onduidelijkheid juist (mede) oorzaak van de huidige problemen is.

De toelichting gaat ook in op alternatieven voor de voorgenomen inhoudelijke invulling van het criterium 'in dienst'. Het noemt onder meer als alternatieven het gebruik van (meer) gesloten normen of het toekennen van een groter gewicht aan de op schrift gestelde afspraken. Ook deze alternatieven zijn volgens de toelichting niet gewenst. Zo zou het gebruik van (meer) gesloten normen de wetgeving te star en rigide maken. Daardoor zou de wet onvoldoende met maatschappelijke ontwikkelingen kunnen meebewegen. Ook het (meer) aansluiten bij de partij-afspraken is niet gewenst, omdat dat de mogelijkheid biedt om – gelegitimeerd – af te wijken van de feitelijke situatie (met een risico voor de houdbaarheid van het sociale stelsel).

De toelichting laat echter één minder belastend alternatief onbesproken. Dat alternatief is het afzien van het onderdeel van het wetsvoorstel waarin de wettelijke invulling van het begrip 'in dienst' is opgenomen, omdat daarmee (onnodige extra) regeldruk kan worden voorkomen.

2.1 Het college adviseert om als minder belastend alternatief af te zien van het onderdeel in het wetsvoorstel waarmee een wettelijke invulling aan het begrip 'in dienst' is gegeven.

3 Werkbaarheid en merkbaarheid

De regelgeving rondom het kwalificeren van het werken in dienstbetrekking of als zelfstandige is, zoals onder 1 vermeld, complex en weinig overzichtelijk. Dat komt niet alleen door het gebruik in de wetgeving van open normen. Ook het gekozen uitgangspunt van de wet is daar debet aan. Bij toepassing van de wet (bij het kwalificeren van de arbeidsrelatie) zijn de feiten en omstandigheden van het geval doorslaggevend. Daarbij komt dat belangen, voorkeuren en wensen van de betrokken werkgevers en werknemers c.q. zelfstandigen zeer divers zijn en niet per definitie overeenkomen met de wettelijke mogelijkheden. MKB-toets en reacties op de internetconsultatie leveren een bevestiging van de bestaande onduidelijkheid en complexiteit op, zo ook van de diversiteit aan

⁶ Zie paragraaf 5.7 van de concept-MvT

wensen, voorkeuren en belangen onder betrokkenen. Om al deze redenen is zonder hulp en ondersteuning de wetgeving niet in alle denkbare situaties als werkbaar (bedrijven) of doenbaar (burgers) aan te merken. Het wetsvoorstel beoogt ter vereenvoudiging de huidige wetgeving en rechtspraak te structureren en comprimeren. Daarmee neemt het niet weg dat de uiteindelijk te hanteren normen qua aard en inhoud niet wezenlijk veranderen. Als gevolg daarvan blijven deze normen, zoals ook al onder 1.3 aangegeven, complex en onduidelijk. Zij zijn daarmee ook niet in alle denkbare situaties voor bedrijven en burgers werkbaar en doenbaar.

Het kabinet is op dit punt een andere mening toegedaan. De toelichting vermeldt dat de regelgeving met de voorgenomen wijzigingen aan duidelijkheid onder betrokkenen wint. Gezien de inhoud van de reacties in de internetconsultatie en de weergave van de uitkomsten van de gehouden MKB-toets is dit oordeel niet op één van beide te baseren. Het is daarom van groot belang dat het kabinet alsnog in gesprekken met individuele werkgevers/zelfstandigen/werknemers en met behulp van het houden van een praktijkproef, nagaat of met de nieuwe wettelijke criteria de beoordeling daadwerkelijk aan duidelijkheid wint. Opvolging van deze aanbeveling is ook om een andere reden gewenst. Dit wetsvoorstel is na een aantal eerdere wetsvoorstellen, waaronder de Wet Deregulering beoordeling arbeidsrelatie (DBA, het werken met modelovereenkomsten) en die inzake de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR), en ook de inzet van een webmodule, de zoveelste poging om het probleem van de onduidelijkheid weg te nemen. Tot nu toe zijn de pogingen weinig succesvol gebleken. Hoog tijd, nu opnieuw een wetswijziging wordt overwogen, om zeker van de zaak te zijn.

3.1 Het college adviseert de werkbaarheid en doenbaarheid van het voorstel nader te onderbouwen en daarbij de bevindingen te gebruiken uit nog te voeren gesprekken met individuele werkgevers en werknemers c.q. zelfstandigen en uit een praktijkproef.

4 Berekening regeldrukgevolgen

Invulling criterium 'in dienst'

Allereerst treden er met de wijziging éénmalige kennisnemingskosten op. Die bedragen naar schatting € 16,2 miljoen voor bedrijven en € 6,4 miljoen voor burgers. De structurele regeldruk zal als gevolg van de verduidelijking van de criteria voor werkgevers per saldo met € 9,6 miljoen afnemen. Voor werkenden zou die echter met € 0,3 miljoen toenemen, omdat in een aantal gevallen door hen extra informatie moet worden geleverd. Als aangenomen zou moeten worden dat de criteria van het wetsvoorstel voor meer duidelijkheid zorgen is deze raming te volgen. Echter, zoals onder 1.2 toegelicht, is er gerede twijfel of de nieuwe criteria wel voor verduidelijking gaan zorgen. Het is aanmerkelijk dat de omvang van de regeldruk bij toepassing van nieuwe criteria ongewijzigd blijft. De raming is in die zin dus een overschatting van de (positieve) gevolgen voor de regeldruk.

4.1 Het college adviseert de raming (naar beneden) bij te stellen, mocht uit de uitkomsten van gesprekken met individuele betrokkenen en de praktijkproef blijken dat de duidelijkheid van de wettelijke criteria niet toeneemt.

Rechtsvermoeden

De toelichting berekent de éénmalige kennisnemingskosten voor bedrijven op € 1,4 miljoen en voor burgers éénmalig € 2,1 miljoen. Omdat de bewijslast bij introductie van het rechtsvermoeden met name op de werkgevende komt te rusten, daalt de regeldruk voor burgers structureel met € 3,4 miljoen. Omdat de regeldruk van de burger naar de werkgevende verschuift treedt er voor bedrijven een structurele toename van de regeldruk met € 7,9 miljoen op. Per saldo is er dus een toename van de structurele regeldruk met € 4,5 miljoen. Beschrijving en berekening van de regeldrukgevolgen als gevolg van de introductie van het rechtsvermoeden geven geen aanleiding tot opmerkingen.

Dictum

Het college onderkent dat werkgegenden en werkenden problemen ervaren bij het beoordelen van individuele arbeidsrelaties. Het merkt op dat het voorliggende voorstel naar verwachting niet voor meer duidelijkheid en rechtszekerheid gaat zorgen, omdat zij (1) wederom een open karakter hebben en (2) nu al in de praktijk toepassing vinden. De uitkomsten van de MKB-toets en de reacties van zelfstandigen/werknemers en werkgegenden geven ook weinig aanleiding om er op te vertrouwen dat het wetsvoorstel tot meer duidelijkheid en rechtszekerheid op het individuele niveau leidt. Daarmee rijst ook de vraag of het voorstel zal bijdragen tot een vermindering van de schijnzelfstandigheid. Het college merkt daarbij ook op dat het voorstel niet duidelijk is over de mate waarin het die schijnzelfstandigheid wil verminderen, omdat het in deze geen concrete doelstelling bevat. Hierdoor is niet duidelijk of de regeldrukgevolgen van het voorstel proportioneel zijn. De totale éénmalige regeldrukgevolgen van het voorstel bedragen € 26,1 miljoen en de structurele regeldrukgevolgen zijn € 4,8 miljoen.

Gezien het voorgaande is het dictum:

Het wetsvoorstel niet indienen.

Het college benadrukt dat dit dictum geen uitspraak is over de wenselijkheid van maatregelen om schijnzelfstandigheid op de arbeidsmarkt te verminderen. Het brengt tot uitdrukking dat de onderbouwing van de voorgestelde maatregelen onvoldoende is voor een goed afgewogen besluitvorming.

Het college vertrouwt erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd. Het verneemt graag van u op welke wijze u met onze adviespunten rekening houdt. Verder verzoekt het u om een eventuele wijziging van het voorstel voor te leggen aan het college, opdat wij kunnen beoordelen of een aanvullende zienswijze noodzakelijk is.

Hoogachtend,

w.g.

M.A. van Hees
Voorzitter

R.W. van Zijp
Secretaris