

Het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
t.a.v. Minister Van Gennip

via: de internetconsultatie over het concept wetsvoorstel
Verbetering beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden

9 november 2023

Algemeen

Deze reactie op het concept wetsvoorstel Verbetering beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden (hierna: het voorstel) is opgesteld vanuit het gezichtspunt van de zelfstandige medische beroepsbeoefenaren die zijn benoemd in de afdelingen 1 en 2 van de Wet BIG. De zelfstandige uitoefening van een beroep wordt in artikel 3.5 van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 aangemerkt als onderneming en de beroepsbeoefenaar als ondernemer, zonder dat er aanvullende eisen met betrekking tot een materiële onderneming worden gesteld. Met dit uitgangspunt voor beroepsbeoefenaren wordt in het voorstel nauwelijks rekening gehouden. Deze reactie gaat daar verder op in.

Beoogd doel

Het concept wetsvoorstel Verbetering beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden en de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) heeft tot doel het introduceren van een duidelijker afwegingskader voor het beoordelen van arbeidsrelaties, door middel van het in de wet opnemen van concrete en relevante criteria. In plaats daarvan is er sprake van een in wezen holistische afweging, op veel onderdelen nauwelijks concreet. Het voorstel doet daarmee geen recht aan het beoogde doel of het beoogde doel is onvoldoende concreet geformuleerd. Het huidige artikel 7:610 BW biedt in wezen voor contractspartijen een duidelijk beoordelingskader voor het beoordelen van de arbeidsrelatie tussen een opdrachtgever en een zelfstandige professional met een geregeld vrij beroep en een wettelijke persoonlijke beroepsaansprakelijkheid. Het voorstel maakt dit afwegingskader in wezen minder duidelijk door gangbare en veelal op wettelijke grondslagen gebaseerde elementen in de verhouding tussen patiënt, zorginstelling en zelfstandige behandelaar op dit moment niet, maar na invoering van het voorstel wel van doorslaggevende betekenis te achten voor het vaststellen van een dwingendrechtelijke arbeidsovereenkomst.

Werkinhoudelijke aansturing, inbedding versus zelfstandige beroepsuitoefening

De in het voorstel beoogde invoering van art. 7:610 lid 2A werkinhoudelijke aansturing of (en) lid 2B inbedding in de organisatie, hoe tegenstrijdig die elementen ook in de MvT worden toegelicht, zou enkel bestaande jurisprudentie moeten zijn. Het is op zijn minst vreemd dat bij de toets van de modelovereenkomsten van opdracht voor beroepsgroepen dezelfde jurisprudentie is betrokken, maar het oordeel van de overheid luidt dat sprake is van het verrichten van arbeid buiten dienstbetrekking. Zonder dat de omstandigheden beschreven in die modelovereenkomsten van opdracht wijzigen en zonder dat jurisprudentie met het oog op het realiseren van een bepaald beoogd doel wordt geïnterpreteerd zou die toets niet tot een andere conclusie moeten leiden. Toch lijkt dat het beoogde doel van het voorstel.

Dat gevoel wordt versterkt door het achteraf, met vermijden van de parlementaire toets, vastleggen van de wegingsfactoren in een AMVB op het moment dat zowel indicaties voor werkinhoudelijke aansturing als indicaties van inbedding in de organisatie aan de orde zijn.

Het is onduidelijk in hoeverre het voor eigen rekening en risico verrichten van arbeid (art. 7:610 lid 2 letter C) hetzelfde is als het dragen van het economisch resultaat, zoals benoemd in de inleiding 1.1 en paragraaf 3.2.2 MvT. Bij de zelfstandige uitoefening van het

medische vrije beroep draagt de behandelaar doorgaans zowel het beroepsaansprakelijkheidsrisico als het economische risico, waaronder het debiteurenrisico, het voor eigen rekening opnieuw behandelen van een patiënt en het bieden van herstel en het dragen van de kosten van de voor de behandeling noodzakelijke infrastructuur, personele ondersteuning en verbruiksmaterialen.

Wanneer de werkende het economisch resultaat toekomt, zowel de winst als het verlies, dan is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst, volgens de MvT. Dan is het vreemd dat het voor eigen rekening en risico verrichten van de arbeid toch zwaarwegender moet zijn dan de indicaties van werkinhoudelijke aansturing en/of organisatorische inbedding. Beter is het om als uitgangspunt te nemen dat wanneer de werkzaamheden (de behandeling) voor eigen rekening en risico door de zelfstandige beroepsbeoefenaar worden uitgevoerd, er dan geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst met de organisatie die voor de uitvoering van die behandeling de faciliteiten tegen een vergoeding beschikbaar stelt.

Op basis van een lange historie van het buiten dienstbetrekking samenwerken door medische beroepsbeoefenaren, mag de betekenis en het kennelijk ontbreken van het element (werkgevers)gezag of 'in dienst van' als bedoeld in art. 7:610 lid 1 BW voldoende zijn vastgesteld. Het criterium 'werkinhoudelijke aansturing' als bedoeld in art. 7:610 lid 2 letter a BW is een 'structurend element voor toetsing aan de norm werken in dienst van, gebaseerd op jurisprudentie' stelt de MvT. Het wekt verbazing dat beoordelingen sinds invoering van de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties aan dezelfde criteria en jurisprudentie niet leiden tot het vaststellen van de aanwezigheid van werkgeversgezag, maar nu, zonder dat er sprake is van nieuwe regelgeving of jurisprudentie, er wel sprake zou zijn van 'werken in dienst van'.

In paragraaf 3.3.4 MvT worden in het schema bij werkinhoudelijke aansturing twee omstandigheden benoemd waaruit afgeleid moet kunnen worden of van aansturing sprake is. De als eerste genoemde bevoegdheid om aanwijzingen en instructies te geven over HOE de arbeid moet worden verricht, die door de werkende opgevolgd moeten worden, is klassiek werkgeversgezag. Daarvoor hoeft de wet niet te worden gewijzigd.

De als tweede genoemde aanwijzing 'heeft de mogelijkheid om de werkzaamheden te controleren en is bevoegd om op basis daarvan in te grijpen' is in de zorg niet alleen een al lang bestaande situatie op grond van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg, die in de afgelopen jaren niet is aangemerkt als een aanwijzing voor werkgeversgezag, het is ook een forse ingreep in de beroepsverantwoordelijkheid van zelfstandige medische beroepsbeoefenaren. Enkel de hier genoemde mogelijkheid, ook door of vanwege een niet-medische werkgevend, maakt inbreuk op de beroepsverantwoordelijkheid van de behandelaar en verstoort de duidelijkheid over de beroepsaansprakelijkheid, de verantwoordelijkheid bij klachten en geschillen en de gerechtigdheid tot het economisch resultaat.

Laat nu de verantwoordelijkheid bij de zelfstandige professional die de behandelingen uitvoert, laat toetsen aan algemene uitgangspunten onderdeel blijven van de Wkkgz, maar maak de theoretische mogelijkheid om in te grijpen in de uitvoering van de medische behandeling geen onderdeel van het arbeidsrecht.

De nadere toelichting in paragraaf 3.3.4 onderdeel A1 MvT is vooral een doelredenering, maar vind geen grondslag in bestaande wetgeving of jurisprudentie.

Vanaf paragraaf 3.3.4, schema letter B MvT wordt de indicator 'werkzaamheden worden verricht binnen het organisatorisch kader van de werkgevend' summier nader toegelicht. Zonder nadere toelichting of argumentatie wordt naast het begrip 'organisatorisch kader' ook het medegebruik van machines, apparatuur, personele ondersteuning en dergelijke, mits beschikbaar gesteld door de werkgevend, als een indicatie voor of bewijs van

organisatorische inbedding geïntroduceerd. Het is vreemd dat het organisatorisch kader, omschreven als het geheel van de binnen de organisatie (van de werkgevende, toevoeging auteur) geldende kaders, regels en (gedrags)normen bij dit hoofdelement als indicator voor inbedding wordt aangemerkt, terwijl ze in de eerste alinea op pagina 40 MvT juist niet zonder meer als indicator voor werkinhoudelijke aansturing kunnen worden aangemerkt. Blijkbaar wordt hiermee geprobeerd om iets wat eerst niet lukt op de ene manier, dan geforceerd onder een andere noemer alsnog mee te laten wegen.

De omschrijving 'door de werkgevende beschikbaar gestelde voorzieningen' is onduidelijk. Wat is de grondslag voor deze ter beschikking stelling? Is sprake van een vorm van samenwerking en van kosten voor gemene rekening, waarbij de partij die over de apparatuur en ruimte beschikt is aan te merken als penvoerder? Terwijl voor het overige alle partijen hun eigen economisch resultaat dragen? Dat de zelfstandige professional voorzieningen van een instelling inzet, of kleding van deze organisatie draagt, hangt vaak samen met wetgeving rond veiligheid, de kernenergiewet bij het gebruik van röntgen, infectiepreventie verplichtingen of simpelweg met de omvang en het gewicht van de benodigde apparatuur. Een samenwerkingsovereenkomst is de meest basale vorm van samenwerking die het Nederlandse recht kent. Wordt dit rechtsfiguur nu onmogelijk gemaakt op grond van een nauwelijks onderbouwde toelichting in een MvT bij dit wetsvoorstel?

De tweede indicator voor inbedding, bedoeld in art. 7:610 lid 2 letter b BW is dat de werkzaamheden van de werkende behoren tot de kernactiviteit van de organisatie van de werkgevende. In de MvT wordt op pagina 42 toegelicht hoe het begrip kernactiviteit wordt opgevat: de voornaamste bestaansreden van de onderneming. In de summiere toelichting wordt als uitgangspunt gehanteerd dat bij de uitvoering van werkzaamheden (daarmee dus behandelingen bij patiënten) die kenmerkend zijn voor de bedrijfsvoering van de 'opdrachtgever' (?) het lastig voorstelbaar is dat de opdrachtgever geen economisch risico draagt.

Deze aanname is op zijn minst vreemd, nu in de Nederlandse economie in overwegende mate sprake is van uitvoeringsketens, waarbij essentiële activiteiten in opdracht worden uitgevoerd door zelfstandige professionals, die hun (medische) beroep of ambacht uitoefenen en diezelfde werkzaamheden als kernactiviteit van hun zelfstandige onderneming beschouwen. De wetgever eist van zelfstandige medische beroepsbeoefenaren naast een registratie in het BIG-register ook een inschrijving in het Handelsregister en een melding in het Landelijk Register Zorgaanbieders, enkel om deze zelfstandige beroepsbeoefenaren vervolgens als werknemer aan te merken bij het uitoefenen van werkzaamheden die tot de kernactiviteit van hun onderneming behoren, enkel omdat de behandelovereenkomst met de patiënt mogelijk middellijk tot stand komt via een zorginstelling die dezelfde kernactiviteit uitoefent?

In dat geval zouden bijvoorbeeld alle medisch specialisten werknemer moeten zijn van het ziekenhuis, nu het ziekenhuis de component 'cure' contracteert met de zorgverzekeraars. Niet alleen wordt de medisch specialistische zorg daarmee een kernactiviteit van het ziekenhuis, het ziekenhuis moet blijkbaar ook ingrijpen in het zorgproces wanneer dat nodig is. Dit gevolg is niet in het belang van Nederland en dat geldt ook voor vergelijkbare situaties in andere zorgsectoren.

De derde indicator voor inbedding, bedoeld in art. 7:610 lid 2 letter b BW is dat de werkzaamheden een structureel karakter hebben binnen de organisatie. Volgens de MvT zijn werkzaamheden structureel wanneer sprake is van een 'regelmatig patroon', hoewel niet noodzakelijk sprake hoeft te zijn van een kernactiviteit. De MvT geeft aanvullend aan

dat vooral sprake is van een structureel karakter wanneer de werkzaamheden normaliter door werknemers worden verricht.

Uit de toelichting in de MvT zou je moeten concluderen dat werkzaamheden verricht voor eigen rekening en risico, niet als structureel moeten worden aangemerkt wanneer het gaat om kernactiviteiten van zowel de zelfstandige professional als de werkgevende, als er sprake is van werk dat gebruikelijk door een (mede) eigenaar van de werkgevende wordt uitgevoerd en die eigenaar wordt waargenomen bij afwezigheid of wordt ingezet bij piekbelasting, ook wanneer die inzet langdurig is.

Het uitvoeren van werkzaamheden die voor zowel de onderneming van de werkgevende als voor de onderneming van de werkende aan te merken zijn als structureel, vormt geen aanwijzing voor inbedding in de organisatie en voor een arbeidsovereenkomst.

De vierde indicator voor inbedding, zoals bedoeld in art. 7:610 lid 2 letter B betreft het zogenoemde 'zij-aan-zij werken', omschreven als: werkzaamheden worden zij-aan-zij verricht met werknemers die soortgelijke werkzaamheden verrichten. In de MvT wordt op pagina 43 een zeer summiere toelichting gegeven op deze in wezen zeer complexe indicator. Soortgelijke werkzaamheden worden omschreven als werkzaamheden die vergelijkbaar zijn met werkzaamheden die door werknemers worden verricht. Dat veronderstelt dat er werknemers in de organisatie zijn met een vergelijkbare of gelijke opleiding en ervaring, die niet of nauwelijks te onderscheiden zijn van zelfstandig werkende professionals, voor wie diezelfde werkzaamheden tot de kernactiviteit van de eigen onderneming behoren. Soortgelijk is een aanduiding voor een minder nauwkeurige beoordeling van de werkzaamheden, zodat het werk van de interne controller en het werk van de (externe) accountant al snel als 'soortgelijk' kunnen worden aangemerkt. Zij-aan-zij veronderstelt een min of meer gelijkwaardige positie in een team of ploeg. In plaats daarvan zullen zelfstandige medische professionals de behandeling bij de patiënt uitvoeren voor eigen rekening en risico en daarbij worden ondersteund door werknemers van de zorginstelling die de zelfstandige professional inzet om aan de verplichtingen van de zorginstelling te kunnen voldoen. Er is daarmee geen sprake van zij-aan-zij, maar van voldoen aan de verplichtingen die de werkgevende contractueel heeft aanvaard.

Werkinhoudelijke aansturing en inbedding in de organisatie onvoldoende uitgewerkt

Op grond van de combinatie van de analyse van de beoordelingscriteria werkinhoudelijke aansturing en inbedding in de organisatie kan niet anders worden geconcludeerd dat het wetsvoorstel onvoldoende is om de beoogde duidelijkheid over de aard van de arbeidsrelatie te kunnen geven. Helaas is in de MvT sprake van het uitgangspunt dat bij het uitvoeren van werkzaamheden die onderdeel zijn van de normale activiteiten van een zakelijke opdrachtgever per definitie sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst, ongeacht de vraag of de partij die de werkzaamheden uitvoert zelf een onderneming of zelfstandig beroep uitoefent die dezelfde werkzaamheden als normale activiteit heeft. Deze vooronderstelling maakt de impact van het voorstel veel groter dan eigenlijk wordt beoogd en raakt ook bestaande en zeer goed functionerende samenwerkingsverbanden.

Contra-indicatie ondernemerschap in de uitvoering van de opdracht

Artikel 7:610 lid 2 letter C BW heeft de volgende strekking: van arbeid verricht in dienst van een werkgever als bedoeld in het eerste lid is sprake indien er sprake is van werkinhoudelijke aansturing of/ en organisatorische inbedding EN de werknemer de arbeid niet voor eigen rekening en risico verricht.

Daarmee is er GEEN sprake van een dwingendrechtelijke arbeidsovereenkomst wanneer de arbeid voor eigen rekening en risico wordt verricht. Ook niet wanneer er sprake zou zijn van indicaties voor de aanwezigheid van werkinhoudelijke aansturing of organisatorische inbedding. Het in de MvT benoemde Yodel-arrest en de daaruit volgende

beoordelingscriteria lijken nauwelijks terug te komen in het beoordelingskader van de arbeidsrelatie. De vrijheid om zelf te beslissen en beschikken, in de specifieke context van het contract, wordt immers niet meer gewogen wanneer de hoofdindicatoren werkinhoudelijke aansturen of/en organisatorische inbedding in enige mate aanwezig zijn, maar op basis van de buiten het zicht van de parlementaire controle vast te stellen criteria toch, of per definitie, zwaarder gewogen dan de beoordelingscriteria volgens het Yodel-arrest. Het Yodel-arrest geeft juist aan dat werknemerschap NIET voor de hand ligt wanneer de handelingsvrijheid benoemd in de beoordelingscriteria in dit arrest aan de orde is en daarbij het belang van de werkgevende niet leidend is.

Het voorstel en de MvT wekt de indruk dat de uitoefening van het zelfstandige geregelde beroep en onderneming eigenlijk geen rol speelt in de beoordeling van de arbeidsrelatie op basis van art. 7:610 leden 1 en 2 BW en dat is in strijd met overige wetgeving en jurisprudentie. Blijkbaar is vanuit de leidende vooronderstelling bij het voorstel alleen sprake van het voor eigen rekening en risico werken wanneer het element 'loon' als bedoeld in art. 7:610 lid 1 ontbreekt. En dan nog alleen omdat dan het belang van de wetgever bij de inhouding van loonheffingen ontbreekt.

Met name in de zorg is het dus afhankelijk van de zorgsoort en de contractuele afspraken met derden of de uitvoerende zelfstandige medische beroepsbeoefenaar rechtstreeks aan de patiënt of diens verzekeraar kan declareren of dat enkel aan de instelling die de zorg bij de zorgverzekeraar heeft ingekocht kan worden gedeclareerd. Enkel die omstandigheid is uiteindelijk bepalend of de werkzaamheden van de zelfstandige medische beroepsbeoefenaar geacht worden te zijn verricht voor eigen rekening en risico, buiten dienstbetrekking of als verricht vanuit een dwingendrechtelijke arbeidsovereenkomst. Praktisch betekent dit dat je bij zorgsoorten die een prestatiebekostiging kennen de samenwerking tussen instelling en medisch professional zo kunt inregelen dat er geen sprake is van 'loon'. Maar dat niet kunt wanneer het gaat om vergelijkbare zorg die geen prestatiebekostiging kent.

Het onderdeel rechtsvermoeden in het voorstel valt buiten de context van deze reactie.

Conclusie

Het wetsvoorstel Verduidelijking beoordeling arbeidsrelatie en rechtsvermoeden lijkt vooral ingegeven door de wens van de overheid om terug te keren naar opvattingen over de arbeidsrelaties zoals die aan het einde van de vorige eeuw golden. Waarschijnlijk gedreven door de noodzaak om grip te houden op collectieve uitgaven en het behouden van een brede basis voor collectieve werknemersverzekeringen.

Het wetsvoorstel schiet tekort en leunt op dwangmaatregelen en het zodanig vergroten van de financiële risico's voor opdrachtgevers dat zij niet anders kunnen dan de regels volgen. De modern werkenden zullen zelf hun afweging maken. Het stoppen met werken in de kwetsbare sectoren zoals zorg en onderwijs bijvoorbeeld, of, eenmaal gedwongen in loondienst, middels het stakingsmiddel een sterke verbetering van de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden afdwingen.

Het verstandigste is het om het wetsvoorstel terug te trekken. Of tenminste het beoordelingskader zodanig aan te passen dat bij overlap van de kernactiviteiten van opdrachtgever en opdrachtnemer, het zelfstandig en voor eigen rekening en risico uitvoeren van de werkzaamheden te allen tijde zwaarder weegt dan een mogelijke arbeidsovereenkomst.

Harry Korver

Adviseur zelfstandige medische beroepsbeoefenaren

