

Voortaan altijd actieve instemming van de werknemer bij arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

Ondernemingsrecht 2020/43

1. Inleiding

Vanaf 1 januari 2020 dienen werkgevers fysiek dan wel digitaal bewijs te hebben van actieve instemming van de werknemer bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd op straffe van 5% extra loonkosten. Dit volgt uit de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab). De werkgever moet het fysieke of digitale bewijs opnemen in de salarisadministratie. Met het bewijs wordt het bestaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bevestigd. Dit geldt ook voor de werknemers die nu al in dienst zijn. Deze verplichting vloeit voort uit de wens om werkgevers te stimuleren meer vaste contracten aan te bieden. De 'straf' voor het niet hebben van bewijs van actieve instemming van de werknemer is een WW-premie van 7,94% in plaats van 2,94%. Het gebruik van flexibele contracten is daarmee aanzienlijk duurder geworden. Niet-naleving zal tot navorderingen van de Belastingdienst leiden. Hiermee heeft de wetgeving ter ontmoediging van flex tanden gekregen.

In de praktijk leidt het verplicht hebben van bewijs van actieve instemming tot een aantal problemen. In sommige gevallen is dit bewijs niet nodig teneinde een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te doen ontstaan. Denk daarbij aan een indiensttreding van rechtswege als gevolg van overgang van onderneming, fusie of splitsing. Een ander voorbeeld is een wettelijke conversie van een bepaalde tijd-contract in een onbepaalde tijd-contract wegens overschrijding van het toegestaan aantal contracten of de looptijd daarvan (artikel 7:668a BW).

2. Schriftelijkheidsvereiste

Voor de lage WW-premie van 2,94% is op grond van artikel 27 Wfsv het uitgangspunt dat deze alleen kan worden toegepast op werknemers met een *schriftelijke* arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹ In de wetgeschiedenis is het schriftelijkheidsvereiste niet nader toegelicht.² De Belastingdienst heeft echter een handrei-

king opgesteld en daarin wel nadere uitleg gegeven.³ Hieruit blijkt dat een handtekening van de werknemer verplicht is om de lage WW-premie te mogen toepassen. Deze invulling is vervolgens ook opgenomen in het door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) gepubliceerde kennisdocument.⁴ Hoewel de wet en de wetgeschiedenis deze mogelijkheid (en invulling) dus niet noemen, gaan twee voor de praktijk belangrijke documenten aanzienlijk verder. Daarmee bepalen zij vooralsnog de norm. Of deze invulling juist is, valt echter nog te bezien.

In het arbeidsrecht wordt voor de invulling van het schriftelijkheidsvereiste namelijk geen handtekening vereist. Een concurrentiebeding is bijvoorbeeld alleen geldig als het schriftelijk is overeengekomen. Als een tijdelijke arbeidsovereenkomst (zonder bezwaar aan de kant van de werknemer) wordt voortgezet, behoudt een concurrentiebeding in beginsel zijn geldigheid. Het concurrentiebeding geldt dan nog steeds als schriftelijk overeengekomen.⁵ Vanuit het arbeidsrecht is doorgaans voldoende om aan de werknemer eenzijdig schriftelijk te bevestigen dat hij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft.

3. Actieve instemming van de werknemer vereist

De arbeidsrechtelijke benadering van het schriftelijkheidsvereiste is op basis van de handreiking en het kennisdocument echter niet voldoende. De Belastingdienst stelt in de handreiking voorop dat vereist is dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd schriftelijk moet zijn overeengekomen.⁶ Dit mag echter ook een addendum bij de arbeidsovereenkomst zijn. Dit addendum moet volgens de Belastingdienst voldoen aan de volgende voorwaarden:

- werknemer en werkgever hebben een schriftelijk addendum *ondertekend*;
- hieruit blijkt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (die geen oproepovereenkomst is); en
- de werkgever bewaart het addendum bij de loonadministratie.

1 Tevens geldt dat het geen oproepovereenkomst mag zijn. Die kan namelijk ook voor onbepaalde tijd zijn, maar wordt ook beschouwd als onwenselijke flex. Hierna zal ik alleen over de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd schrijven en vanwege de leesbaarheid deze nuancering niet steeds herhalen.

2 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 148.

3 De handreiking voorwaarden lage WW-premie van de Belastingdienst is te raadplegen via:

<https://fsa.pleio.nl/?returnto=https%3A%2F%2Ffsa.pleio.nl%2Fnews%2Fview%2F59671515%2Fhandreiking-voorwaarden-lage-ww-premie>.

4 Het Kennisdocument Premiedifferentiatie WW is te raadplegen via: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/arbeidsovereenkomsten-en-cao/documenten/publicaties/2019/09/09/kennisdocument-premiedifferentiatie-ww>.

5 Zie ook Vegter in: *T&C BW*, commentaar op art. 7:653 BW en Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2011, *JAR* 2011/206 (*De Ronde/VBH*).

6 De handreiking voorwaarden lage WW-premie van de Belastingdienst is te raadplegen via: <https://fsa.pleio.nl/?returnto=https%3A%2F%2Ffsa.pleio.nl%2Fnews%2Fview%2F59671515%2Fhandreiking-voorwaarden-lage-ww-premie>.

Ook het addendum moet volgens de Belastingdienst dus worden ondertekend. Dat kan via een 'natte' of digitale handtekening (die voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:15a BW). Deze invulling heeft in de praktijk al geleid tot een hoop (omslachtige) administratieve werkzaamheden.

Het ministerie heeft in de laatste versie van het kennisdocument vermeld dat in aanvulling hierop ook instemming via e-mail of in een HR-systeem⁷ is toegestaan.⁸ Dit is een welkome versoepeling. Maar bij het gebruiken van een HR-systeem is het overigens noodzakelijk dat de Belastingdienst de instemming van de werknemer moet kunnen controleren. Gebruik van de negatieve optie om die instemming te construeren (als de werknemer niet reageert wordt deze geacht te hebben ingestemd) lijkt daarbij niet voldoende.

Ik merk hierbij nog op dat de voorwaarden die in de handreiking van de Belastingdienst zijn opgenomen, strenger lijken dan de voorwaarden in de laatste versie van het kennisdocument van het ministerie. Hoewel de status en de verhouding van beide documenten op dit moment onduidelijk is, is het wat mij betreft aannemelijk dat het ministerie en de Belastingdienst de documenten in samenspraak hebben opgesteld. Dit omdat de minister in een brief van 9 december 2020 aan de Tweede Kamer heeft laten weten dat de Belastingdienst met de handreiking de voorwaarden actief onder de aandacht van werkgevers heeft gebracht. De minister stelt in de brief vervolgens ook dat de coulanceperiode (dit bespreek ik verderop) in samenspraak met de Belastingdienst is ingesteld.⁹ De Belastingdienst zal dus ook de (latere) aanvulling uit het kennisdocument in acht nemen.

4. Problemen bij het vragen van instemming

De verplichte instemming van de werknemer levert een aantal mogelijke problemen op.

4.1 Wat als een werknemer zijn instemming weigert?

Veel werkgevers bevestigden tot voor kort eenzijdig dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voortaan zal de werknemer dus ook van zijn kant

moeten bevestigen hiermee akkoord te zijn. Wat nu als een werknemer weigert deze bevestiging te geven? Het vermoedelijke antwoord van de Belastingdienst is eenvoudig. De werkgever heeft in dat geval niet voldaan aan de vereisten voor de lage WW-premie. Dit lijkt onredelijk. De werknemer is in dit geval ervoor verantwoordelijk dat de werkgever een hogere premie betaalt. Dit probleem lijkt beperkt te zijn nu de meeste werknemers waarschijnlijk akkoord gaan met een bevestiging van hun huidige rechten en plichten. Het kan echter problemen opleveren als een werknemer een motief heeft om niet akkoord te gaan. Ik denk hierbij aan de werknemer die enkel akkoord wenst te gaan onder bepaalde voorwaarden. Denk aan een werknemer die van zijn concurrentiebeding af wil of de werknemer die aan het onderhandelen is met zijn werkgever over een loonsverhoging. Deze laatste groep springt nog meer in het oog indien het gaat om collectieve onderhandelingen.

Het probleem van het vragen van instemming kan zich ook voordoen bij werknemers van wie de werkgever geen instemming wenst te vragen. Ik denk hierbij bijvoorbeeld aan werknemers waarmee een werkgever onderhandelt over een beëindiging. Moet van deze werknemers dan een aparte bevestiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd worden gevraagd? Hiervoor geldt naar mijn mening dat de ondertekende vaststellingsovereenkomst waarin is opgenomen dat de werknemer al vóór 1 januari 2020 werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voldoende is. De getekende overeenkomst dient vervolgens in de salarisadministratie te worden opgenomen.

4.2 Is een extra bevestiging na een overname van onderneming nodig?

Na een overgang van rechtswege staan de arbeidsovereenkomsten op naam van de 'vorige' werkgever. Denk hierbij aan overgang van onderneming (artikel 7:662 BW e.v.), fusie of splitsing. Het is onduidelijk of deze arbeidsovereenkomst na een dergelijke overgang nog voldoet aan de door de Belastingdienst en het ministerie gestelde voorwaarden. De werkgever is ook verplicht om op de loonstrook te vermelden of er een schriftelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is overeengekomen met de werknemer. De handreiking van het ministerie spreekt daarbij over een "*door beide partijen ondertekende schriftelijke arbeidsovereenkomst*". Het is de vraag of de nieuwe regels zo strikt uitgelegd moeten worden dat de nieuwe onderneming in dit geval een bevestiging van de werknemer nodig heeft dat tussen hen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaat. Op grond van artikel 7:663 BW gaan in ieder geval alle rechten en plichten over op de nieuwe werkgever. Het is daardoor verdedigbaar dat daarmee ook het recht om een beroep te mogen doen op de lage WW-premie op basis van de door de

⁷ Een HR-systeem is bijvoorbeeld een digitaal personeelsdossier. Dit kan daarnaast ook een bepaald planningsprogramma of tijdregistratiesysteem zijn. Of een HR-systeem dat een werkgever gebruikt geschikt is voor het vragen van de instemming is naar mijn mening afhankelijk van de mogelijkheid voor de Belastingdienst om de instemming te controleren.

⁸ Ten tijde van het schrijven van deze actualiteit is de laatste versie van het kennisdocument gepubliceerd op 21 januari 2020. Op het kennisdocument staat als datum nog 16 december 2019. Het Kennisdocument Premiedifferentiatie WW is te raadplegen via: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/arbeidsovereenkomst-en-cao/documenten/publicaties/2019/09/09/kennisdocument-premiedifferentiatie-ww>.

⁹ Kamerstukken II 2019/20, 35074, nr. 73.

werknemers reeds ondertekende arbeidsovereenkomst mee overgaat. Overigens is ook hier voorzienbaar dat werknemers niet altijd zullen meewerken. In het kader van een overname plegen nog weleens arbeidsvoorwaarden te worden gewijzigd en dat gaat niet altijd met volledige schriftelijke instemming vooraf. In feite krijgt de overgenomen werknemer hierdoor meer macht in handen om een ongewenste harmonisatie tegen te gaan.

Een onderneming zal bij het due diligence-proces in verband met een overname op grond van de nieuwe regels ook onderzoek doen naar de salarisadministratie. Dit onderzoek dient in ieder geval toe te zien op de volgende onderdelen:

- i. heeft de werkgever bewijs van actieve instemming van de werknemer met de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd?
- ii. wordt gebruikgemaakt van oproepovereenkomsten?¹⁰ Hierbij gaat het ook om het gebruik van een oproepovereenkomst waarbij de werknemer geen zekerheid heeft over het aantal te werken uren en het loon; en
- iii. vermeldt de werkgever op de loonstrook of er een schriftelijke arbeidsovereenkomst (of schriftelijk addendum bij de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst) is overeengekomen?

5. Coullance periode

Dat een werkgever voor de lage WW-premie nu 'plotse-ling' een bewijs van instemming van de werknemer nodig heeft, brengt dus een aantal problemen met zich. De minister heeft dit onderkend en heeft daarom in eerste instantie besloten dat in het eerste kwartaal van 2020 niet gehandhaafd wordt op deze verplichting.¹¹

De minister heeft op 17 maart 2020 laten weten dat deze coullanceperiode is verlengd tot 1 juli 2020. De verlenging is een van de noodmaatregelen als gevolg van de corona-crisis¹²

Uiterlijk vóór 1 juli 2020 dient het bewijs van actieve instemming in de loonadministratie aanwezig te zijn en moet daaruit blijken dat de werknemer reeds op uiterlijk 31 december 2019 voor onbepaalde tijd in dienst was. Als niet vóór 1 juli 2020 aan deze voorwaarden is voldaan maar de arbeidsovereenkomst voortduurt na 30 juni 2020, is met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2020 alsnog de hoge WW-premie verschuldigd. Praktisch gezien verdient het aanbeveling om de salarisadministratie te controleren en indien nodig aan een werknemer te vragen om akkoord te gaan met de bevestiging dat hij al vóór 1 januari 2020 een

arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had. De meest praktische manier lijkt het sturen van een e-mail met de vraag of werknemers met één enkel antwoord willen reageren op de e-mail. Deze e-mail kan vervolgens in de loonadministratie worden opgeslagen. Dit dient voor het einde van het tweede kwartaal van 2020 te zijn gebeurd.

6. Conclusie

Het is voor werkgevers van belang om de eigen loonadministratie te controleren op een bevestiging van de werknemer dat tussen hen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaat. Gecontroleerd moet worden of de werkgever beschikt over bewijs van actieve instemming van de werknemer. Indien dit niet het geval is, dient door beide partijen een addendum ondertekend te worden. Het is volgens het Ministerie van SZW ook toegestaan om de instemming te vragen door middel van een e-mail of in een HR-systeem. In de praktijk kunnen zich problemen voordoen bij de werknemer die weigert om zijn instemming te verlenen of indien een over te nemen onderneming de administratie niet op orde heeft.

Mr. T.O. Boot¹²

Wft uit koers (8): De Wft en de haperende relatie met de Awb

Ondernemingsrecht 2020/44

1. Inleiding

Voor het bestuursrecht vormt de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een systeemwet, die een algemene basis geeft aan de bijzondere delen van het bestuursrecht. Daarmee heeft ook de Wft met dat basissysteem te maken.¹ Zodra de AFM en DNB besluiten in de zin van de Awb nemen, is de Awb naast de Wft in de basis leidend, zowel materieel- als formeelrechtelijk. De Awb en de Wft zijn partners in een bestuursrechtelijk huwelijk: een huwelijk van een algemene wet en een bijzondere wet. Wil een dergelijke verbintenis slagen, dan is vereist dat de partners zich welbewust zijn van elkaar en elkaar aanvullen. Soms lukt dat niet zo goed en vertoont de relatie scheurtjes. Het hapert dan af en toe. Soms is de hapering niet meer dan een 'schoonheidsfoutje' dat geen 'pijn' doet maar wel twijfel kan oproepen over de standvastigheid

¹⁰ Hieronder vallen ook 'min/max-contracten' en 'nul-urencontracten'

¹¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35074, nr. 73.

¹² De kamerbrief is te raadplegen via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/03/17/kamerbrief-over-noodpakket-banen-en-economie>.

¹² Thomas Boot is advocaat in Amsterdam.

¹ In het wetsvoorstel Wft werd in 2013 toegelicht waarom, evenals in de naar de Wft overgehevelde toezichtwetten, is gekozen voor een bestuursrechtelijke handhaving via de Awb: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 18.