

No.W12.12.0491/III

's-Gravenhage, 10 januari 2013

Bij Kabinetsmissive van 7 december 2012, no.12.002945, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met het van toepassing verklaren van die wet op nader bepaalde overeenkomsten van opdracht, met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt ertoe te bepalen dat het wettelijk minimumloon dat geldt voor een werknemer die op grond van een arbeidsovereenkomst arbeid verricht, ook gaat gelden voor personen die werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht, tenzij zij dit doen in zelfstandige uitoefening van beroep of bedrijf.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel een aantal opmerkingen met betrekking tot de grondslag en reikwijdte van de uitbreiding van de werkingssfeer, de gevolgen voor andere arbeidsrechtelijke regelingen en het schrappen van de toepasselijke criteria. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het voorstel nader dient te worden overwogen.

1. Inleiding

Op grond van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (hierna: Wml) heeft een werknemer recht op het minimumloon en de minimumvakantiebijslag voor arbeid die hij in dienstbetrekking verricht. Onder dienstbetrekking wordt verstaan een dienstbetrekking krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht.¹ Ingevolge artikel 3, eerste lid, Wml kan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur het begrip dienstbetrekking worden uitgebreid tot de arbeidsverhouding van degene die tegen beloning persoonlijk arbeid verricht, die niet een voor hem bijkomstige werkzaamheid is, en wiens arbeidsverhouding niet reeds als dienstbetrekking wordt beschouwd, doch hiermee maatschappelijk gelijk kan worden gesteld. In het Besluit van 2 september 1996, houdende aanwijzing van een aantal arbeidsverhoudingen die als dienstbetrekking als bedoeld in artikel 2 van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag worden beschouwd (Stb. 1996, 481) (hierna: het besluit) is hieraan invulling gegeven. Om aanspraak te maken op het minimumloon op grond van dit besluit moet aan een aantal criteria worden voldaan. De arbeid moet, zoals ook in de wet is bepaald, persoonlijk worden verricht. Arbeid van bijkomstige aard wordt uitgezonderd door een ondergrens te stellen aan de duur van de arbeidsverhouding (ten minste drie maanden, waarbij de periode gedurende welke geen arbeid wordt verricht minder dan 31 dagen bedraagt) en de duur van de arbeid (gemiddeld ten minste vijf uren per week).

Blijkens de memorie van toelichting is de regering van oordeel dat deze voorwaarden voor gelijkstelling aan een dienstbetrekking thans te veel ruimte laten

¹ Artikel 2, eerste lid, Wml.

om uitbetaling van het wettelijk minimumloon en de wettelijke minimumvakantiebijslag te ontwijken door oneigenlijk gebruik van een overeenkomst van opdracht. Van oneigenlijk gebruik is volgens de toelichting sprake als de overeenkomst van opdracht is opgesteld met het kennelijk doel te vermijden dat de opdrachtnemer aanspraak kan doen gelden op het wettelijk minimumloon en de wettelijke minimumvakantiebijslag, bijvoorbeeld door de opdrachtnemer formeel niet te verplichten de arbeid persoonlijk te verrichten terwijl dat in de praktijk wel het geval is. Om dit tegen te gaan wordt de reikwijdte van de Wml in het onderhavig voorstel uitgebreid tot, kort gezegd, alle overeenkomsten van opdracht tenzij deze zijn aangegaan in de uitoefening van beroep of bedrijf (als daadwerkelijk ondernemer).² De achtergrond van het voorstel is blijkens de toelichting de discussie over de arbeidsvoorwaarden in de postsector, waar, met name door nieuwe toetreders, veelal is gewerkt met overeenkomsten van opdracht in plaats van met arbeidsovereenkomsten voor postbezorgers.

2. Grondslag en reikwijdte van uitbreiding werkingsfeer Wml

De Afdeling merkt met betrekking tot het voorstel het volgende op.

a. Motivering van het voorstel

Met het voorstel wordt het startpunt voor toepasselijkheid van de Wml, een dienstbetrekking krachtens arbeidsovereenkomst of een overeenkomst die daarmee op grond van strikte criteria kan worden gelijkgesteld³, verlaten. Het beoogde toepassingsbereik van de Wml wordt daarmee veel breder. De toelichting gaat niet in op de principiële aspecten van de voorgestelde verbreding en de mogelijke maatschappelijke gevolgen daarvan. De toelichting vermeldt over de reden voor gelijkstelling van opdrachtnemers buiten beroep en bedrijf slechts dat voor de huidige regeling een belangrijk element was “de opvatting dat de arbeidsrelatie van deze groep maatschappelijk en feitelijk gelijkgesteld kon worden met een dienstbetrekking.”

De Afdeling meent dat de uitbreiding van de werkingsfeer een nadere motivering behoeft. Hoewel de Afdeling oneigenlijk gebruik van overeenkomsten van opdracht niet uitsluit, blijkt uit de toelichting niet in hoeverre hiervan metterdaad op grote schaal sprake is. Ook het onderzoek van Research voor Beleid waar in de memorie van toelichting naar wordt verwezen, biedt hiervoor slechts beperkt aanwijzingen.⁴

² Bij de beoordeling of sprake is van een uitoefening van beroep of bedrijf zal worden aangesloten bij het ondernemersbegrip in de fiscaliteit. De Inspectie SZW zal hierbij uitgaan van de Verklaring arbeidsrelatie (VAR-verklaring winst uit onderneming). Degene aan wie de VAR-verklaring is afgegeven wordt in fiscale zin als ondernemer behandeld.

³ Bij de formulering van de genoemde criteria is blijkens de nota van toelichting bij het besluit [...] ‘zoveel mogelijk aangesloten bij de eisen die aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst worden gesteld.’ De achtergrond voor de gelijkstelling aan een arbeidsovereenkomst is blijkens die toelichting dat er geen grond is ‘om groepen werknemers die feitelijk en maatschappelijk in dezelfde positie verkeren onderling verschillend te behandelen alleen vanwege de omstandigheid dat in een aantal gevallen niet voldaan wordt aan de gebruikelijke criteria (met name het gezagsmoment) voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst en mitsdien voor aanspraak op het wettelijk minimumloon.’

⁴ In een brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid worden de relevante conclusies van het onderzoek als volgt samengevat: ‘Dit laat onverlet dat een deel van de opdrachtnemers op sommige momenten in een afhankelijke positie kan verkeren ten opzichte van de opdrachtgever en zich genoodzaakt kan voelen de opdracht te verrichten tegen relatief ongunstige voorwaarden. Het onderzoek geeft aanwijzingen dat hiervan inderdaad bij een beperkte groep sprake kan zijn. Het gaat daarbij om combinaties van een laag inkomen, een

De memorie van toelichting merkt slechts op “dat zich binnen de groep opdrachtnemers [personen werkzaam op basis van een overeenkomst van opdracht] mensen bevinden met een kwetsbare positie, bijvoorbeeld omdat zij sterk afhankelijk zijn van slechts één opdrachtgever en een laag inkomen hebben.” In hoeverre die kwetsbare positie leidt tot onaanvaardbare arbeidsverhoudingen blijkt niet uit de toelichting. Daar komt bij dat, indien op significante schaal oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van een overeenkomst van opdracht doordat formeel arbeid wordt verricht op basis van een dergelijke overeenkomst maar feitelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst (bijvoorbeeld door het bestaan van een gezagsrelatie), het de vraag is of intensivering van het toezicht niet meer in de rede ligt. In die gevallen is de huidige Wml immers reeds van toepassing.

In de motie-Hamer heeft de Tweede Kamer de regering verzocht om wetgeving voor te bereiden om postbezorgers recht te geven op tenminste het wettelijke minimumloon voor het aantal gemiddeld per week gewerkte uren, doch tenminste twaalf uur per week.⁵ Voor zover het voorstel beoogt uitvoering te geven aan deze motie⁶, kan worden opgemerkt dat door het geen gevolg geven aan het tweede deel van dit verzoek de doelstelling van de motie om postbezorgers een bestendige minimum inkomenszekerheid van een zekere omvang te bieden niet meer kan worden bereikt. Het wel gewaarborgde minimumloon geldt bovendien niet voor een gemiddeld aantal per week gewerkte uren, doch slechts voor het aantal daadwerkelijk per week gewerkte uren. Als gevolg daarvan kan het voorstel bezwaarlijk worden gemotiveerd met de intentie uitvoering te geven aan het in de motie neergelegde verzoek.

Uit de toelichting blijkt naar het oordeel van de Afdeling aldus onvoldoende in hoeverre er daadwerkelijk een probleem is, en zo ja, in hoeverre het onderhavige voorstel aan een oplossing daarvan zal bijdragen. De Afdeling wijst er daarbij op dat voor zover het voorstel betrekking heeft op grensoverschrijdende dienstverlening ook op grond van Unierecht voldaan moet zijn aan eisen van noodzaak en proportionaliteit.

b. Verhouding voorstel tot Tijdelijk besluit postbezorgers 2011

In het Tijdelijk besluit postbezorgers 2011 wordt voorgeschreven dat een postvervoerbedrijf met ten minste 80% van de postbezorgers die voor hem postvervoer verrichten een arbeidsovereenkomst dient te hebben. Doel van dit voorschrift is te bevorderen dat in de postmarkt arbeidsvoorwaarden tot stand

grote afhankelijkheid van het inkomen uit de overeenkomst van opdracht, een beperkt aantal opdrachtgevers en een slechte onderhandelingspositie. In hoeveel gevallen er daarbij in de praktijk sprake is van een afhankelijkheidsrelatie, kan op basis van dit onderzoek niet worden gezegd; er zou specifiek naar de aard van elke individuele opdrachtovereenkomst moeten worden gekeken. Ook biedt het onderzoek indicaties dat de grens tussen een opdrachtovereenkomst en een arbeidsovereenkomst soms erg dun is: zo geeft 63% van de opdrachtnemers aan dat zij zich niet mogen laten vervangen en zegt 56% dat zij verplicht zijn aanwijzingen van de opdrachtgever op te volgen. Nog eens 38% zegt dat bij niet goed uitgevoerde werkzaamheden het risico bij de opdrachtgever ligt. Deze elementen kunnen erop duiden dat er in de praktijk feitelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst. Op basis van dit onderzoek kan niet worden geconcludeerd dat hiervan in alle afzonderlijke gevallen sprake is; dit zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld op grond van alle feiten en omstandigheden.’ Kamerstukken II 2011/12, 29 502, nr. 76.

⁵ Kamerstukken II 2011/12, 29 502, nr. 87.

⁶ Kamerstukken II 2011/12, 29 502, nr. 101.

komen, waarbij de arbeidsovereenkomst de dominante contractsvorm wordt.⁷ Achterliggend doel hiervan is dat sociale partners worden ondersteund om in de postmarkt te komen tot sociaal aanvaardbare arbeidsvoorwaarden voor postbezorgers.⁸ De regering is er daarbij steeds vanuit gegaan dat deze overheidsinterventie slechts tijdelijk van aard is, omdat het uitgangspunt is dat sociale partners primair verantwoordelijk zijn voor de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden.⁹

In de toelichting bij het voorstel wordt niet ingegaan op het Tijdelijk besluit postbezorgers 2011, terwijl zowel het voorstel als dat besluit (mede) zien op de beloning van postbezorgers. Waar de regering er bij het opstellen van het Tijdelijk besluit postbezorgers 2011 vanuit ging dat de overheidsinterventie slechts tijdelijk zou zijn, dienen door het voorstel alle postbezorgers het wettelijk minimumloon te ontvangen. Dit is geen tijdelijke maar een structurele maatregel die bovendien ook de postbezorgers raakt die werkzaamheden verrichten voor een postvervoerbedrijf dat is uitgesloten van de plicht tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst met zijn bezorgers.¹⁰

c. Toepasselijkheid Wml op 'kleine' werkzaamheden.

Met het voorstel wordt de Wml niet alleen van toepassing op postbezorgers die op grond van een overeenkomst van opdracht arbeid verrichten. Gelet op de definitie van overeenkomst van opdracht¹¹ zal de Wml ook van toepassing worden op andersoortige werkzaamheden die niet op basis van een arbeidsovereenkomst worden verricht. Hierbij kan worden gedacht aan het verrichten van kleine onderhoudswerkzaamheden in huis, lichte tuinwerkzaamheden, of het oppassen op kinderen.

In de toelichting wordt niet ingegaan op het feit dat de Wml ook op deze kleine werkzaamheden van toepassing wordt. Evenmin wordt ingegaan op de vraag of het argument van het oneigenlijk gebruik van de overeenkomst van opdracht, dat de aanleiding voor het voorstel vormt, ook geldt met betrekking tot die kleine werkzaamheden.

In dit verband wordt ook het probleem gewichtiger dat de Wml niet aangeeft hoe het minimumloon per uur moet worden berekend. In de toelichting dient te worden aangegeven op basis van welke uitgangspunten, in het bijzonder ten aanzien van de omvang van een voltijdswerkweek en de berekening van de deeltijdfactor, het minimumloon per uur dient te worden berekend. Dit is temeer van belang ingeval de werkgever niet aan een cao is gebonden.

d. Onbedoelde neveneffecten

⁷ Paragraaf I, onder 2, van de nota van toelichting bij het Tijdelijk besluit postbezorgers 2011 (Stb. 2011, 159).

⁸ Paragraaf I, onder 1, van de nota van toelichting bij het Besluit van 25 januari 2012 tot wijziging van het Tijdelijk besluit postbezorgers 2011 (Stb. 2012, 21).

⁹ Idem.

¹⁰ Zie artikel 3 Tijdelijk besluit postbezorgers 2011.

¹¹ Artikel 400, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek: 1. De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdracht nemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.

Het voorstel verbreedt het toepassingsbereik van de Wml en strekt er blijkens de toelichting toe om mensen in een kwetsbare positie te beschermen. Ziet de Afdeling het goed, dan bevindt die groep zich veelal aan de onderkant van de arbeidsmarkt.

De Raad heeft reeds in het verleden gewezen op de (onbedoelde) effecten van de Wml op de arbeidsmarktpositie van groepen aan de onderkant van de arbeidsmarkt. De Raad merkte in zijn advies over de Miljoenennota 2005¹² op dat het wettelijke minimumloon een (inkomens)bodem in de arbeidsmarkt legt, maar ook een blokkade vormt. Werkzaamheden met een productiviteit die te gering is om te corresponderen met de kosten van het wettelijke minimumloon, komen daardoor niet beschikbaar in het officiële circuit. De Afdeling werpt in dat licht de vraag op in hoeverre de verbreding van het toepassingsbereik van de Wml die blokkade zou kunnen versterken. Immers, ook in het kader van een overeenkomst van opdracht wordt met het voorstel een bodem gelegd in de arbeidskosten die niet per definitie zal corresponderen met de arbeidsproductiviteit. Zulks zou kunnen leiden tot verlies van werkgelegenheid en een beroep op de bijstand van diegenen die thans dit werk verrichten.

Gelet op de hiervoor gemaakt opmerkingen in hun samenhang bezien, adviseert de Afdeling het voorstel te heroverwegen.

Onverminderd het bovenstaande merkt de Afdeling het volgende op.

3. Niet toepasselijk verklaren van aanpalende regelingen

In het onderhavige voorstel wordt voor de omschrijving van de groep opdrachtnemers die binnen het kader van de Wml dezelfde bescherming krijgen als werknemers afgezien van het voorheen geldende systeem van precieze omschrijving van de uitzondering. Daarbij wordt niet aangegeven waarom de gewenste uitbreiding uitsluitend voor het minimumloon zou gelden. Soortgelijke bepalingen gelden immers ook ten aanzien van de ontslagbescherming in het Buitengewoon besluit arbeidsverhoudingen 1945 en ten aanzien van de wettelijke werknemersverzekeringen in de sociale zekerheid. Ook bij deze regelingen is de werkingssfeer, die zich in beginsel slechts uitstrekt tot werknemers, uitgebreid tot nauwkeurig omschreven groepen opdrachtnemers. In de toelichting ontbreekt een motivering waarom de onderhavige uitbreiding van de werkingssfeer, indien daartoe zou worden overgegaan, alleen gerechtvaardigd zou zijn voor het minimumloon en wordt niet ingegaan op de vraag of dit al dan niet consequenties dient te krijgen voor andere vormen van bescherming.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

4. Schrappen van de (meeste) criteria

In het voorstel worden nagenoeg alle thans geldende criteria voor uitbreiding van de werkingssfeer tot overeenkomsten van opdracht geschrapt, met uitzondering

¹² Kamerstukken II 2004/05, 29 800, nr. 28.

van het criterium uitoefening van beroep of bedrijf. De criteria die wel worden geschrappt betreffen:

- (1) het persoonlijk verrichten van de arbeid,
- (2) voor ten hoogste 2 anderen, en
- (3) niet zijnde een bijkomstige werkzaamheid.

Dit laatste is in het huidige besluit geconcretiseerd naar de duur van de arbeidsverhouding (ten minste drie maanden) en frequentie van de arbeid (gemiddeld ten minste vijf uur per week).

De memorie van toelichting motiveert wel de afschaffing van de twee eerste criteria, maar niet die van het derde criterium. Zoals hierboven onder 2c ook al aangeduid, wordt niet duidelijk waarom incidenteel verrichte arbeid tegen beloning van bijkomstige aard, bijvoorbeeld door een zeer beperkt aantal wekelijkse arbeidsuren of een zeer kortdurende arbeidsverhouding, met het minimumloon zou dienen te worden vergoed, te meer daar dit geen misbruik hoeft mee te brengen.

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen en zo nodig het ontwerpbesluit aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,