

Vergaderjaar 2012–2013

33 623

Wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met het van toepassing verklaren van die wet op nader bepaalde overeenkomsten van opdracht

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 10 januari 2013 en het nader rapport d.d. 30 april 2013, aangeboden aan de Koning door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

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.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 7 december 2012, nr. 12.002945, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

Dit advies, gedateerd 10 januari 2013, nr. W12.12.0491/III, bied ik U hierbij aan.

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. De Afdeling advisering is van oordeel dat in verband daarmee het wetsvoorstel heroverwogen moet worden.

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 arbeids-overeenkomst naar burgerlijk recht.² 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 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).³ 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 Artikel 2, eerste lid, Wml.

³ 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.

1. Inleiding

In de inleiding is de bestaande wetgeving alsmede de aanleiding om tot het onderhavige wetsvoorstel te komen door de Afdeling advisering op een juiste wijze weergegeven.

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 gelijkgesteld⁴, 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.⁵ 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

⁴ 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 gezagselement) voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst en mitsdien voor aanspraak op het wettelijk minimumloon.»

⁵ 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 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.

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.⁶ Voor zover het voorstel beoogt uitvoering te geven aan deze motie⁷, 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 komen, waarbij de arbeidsovereenkomst de dominante contractsvorm wordt.⁸ Achterliggend doel hiervan is dat sociale partners worden ondersteund om in de postmarkt te komen tot sociaal aanvaardbare arbeidsvoorwaarden voor postbezorgers.⁹ 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.¹⁰

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

⁶ Kamerstukken II 2011/12, 29 502, nr. 87.

⁷ Kamerstukken II 2011/12, 29 502, nr. 101.

⁸ Paragraaf I, onder 2, van de nota van toelichting bij het Tijdelijk besluit postbezorgers 2011 (Stb. 2011, 159).

⁹ 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).

¹⁰ Idem.

dat is uitgesloten van de plicht tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst met zijn bezorgers.¹¹

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 opdracht¹² 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

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 2005¹³ 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.

¹¹ Tijdelijk besluit postbezorgers 2011.

¹² 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 opdracht gever, 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.

¹³ Kamerstukken II 2004/05, 29 800, nr. 28.

2. Grondslag en reikwijdte van uitbreiding van werkingssfeer van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Wml)

a. Motivering van het wetsvoorstel

De Afdeling advisering meent dat de uitbreiding van de werkingssfeer van de Wml 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. 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 volgens de Afdeling advisering 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 naar de mening van de Afdeling advisering de vraag is of intensivering van het toezicht niet meer in de rede ligt. In die gevallen is de Wml immers reeds van toepassing.

Het wetsvoorstel waarmee de regering wil bereiken dat een ieder die anders dan uit hoofde van beroep of bedrijf arbeid verricht voor een ander, voor deze arbeid ten minste het wettelijk minimumloon ontvangt, ligt in feite in het verlengde van het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag. Zoals in de oorspronkelijke nota van toelichting bij dit besluit is aangegeven strekt dit besluit ertoe om personen wier arbeidsrelatie op één lijn kan worden gesteld met een dienstbetrekking, aanspraak te geven op het wettelijk minimumloon¹⁴. De regering achtte geen grond aanwezig 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 werd aan de gebruikelijke criteria (met name het gezagselement) voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst en mitsdien aanspraak op het wettelijk minimumloon. De regering is dit principe nog steeds toegedaan. Genoemd besluit is geoperationaliseerd in de criteria dat ieder die anders dan uit hoofde van beroep of bedrijf arbeid verricht voor ten hoogste twee anderen, deze arbeid persoonlijk dient te verrichten en deze arbeid gedurende ten minste 3 maanden en voor gemiddeld tenminste vijf uren per week verricht, recht heeft op beloning conform de Wml. In de praktijk is gebleken dat deze criteria in een aantal gevallen omzeild kunnen worden, zodat, anders dan de regering beoogt, geen aanspraak op het wettelijk minimumloon ontstaat. Dit is onder andere gebleken in de discussies rond de beloning van postbezorgers.

Het gegeven dat het aantal gevallen waarin deze onwenselijke situatie zich voordoet moeilijk is te kwantificeren, hangt samen met de aard van deze problematiek. Of er een grond is voor het bepalen dat arbeid niet persoonlijk behoeft te worden verricht of dat dit alleen wordt bepaald om aanspraak op het wettelijk minimumloon te voorkomen, hangt immers af van de feitelijke situatie. Maar dat deze situatie zich voordoet is een gegeven. De regering wil met het wetsvoorstel het geven van aanspraak op het Wml voor personen wier arbeidsrelatie feitelijk gelijkgesteld kan worden met een arbeidsovereenkomst, beter faciliteren. Daartoe komen

¹⁴ Stb. 1996, 481

voornoemde eenvoudig te ontwijken criteria te vervallen. Zoals in de memorie van toelichting is vermeld gaat de regering uit van circa 50.000 opdrachtnemers die na aanvaarding van het wetsvoorstel onder de werkingssfeer van de Wml komen te vallen en hierbinnen bevindt zich de afhankelijke en daardoor kwetsbare groep waarop het beleid zich richt. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om postbezorgers en bezorgers van kranten en huis-aan-huisbladen alsmede om personen die werkzaam zijn in bijvoorbeeld de maatschappelijke dienstverlening of de horeca. Het maatschappelijke effect bestaat eruit dat deze opdrachtnemers nu allen conform de Wml moeten worden beloond en daarmee verzekerd kunnen zijn van een redelijke waardering voor hun arbeidsprestatie.

Ten aanzien van de suggestie van de Afdeling advisering dat intensivering van het toezicht meer in de rede ligt dan het onderhavige wetsvoorstel is een nadere toelichting op zijn plaats. Er kunnen situaties voorkomen waarin formeel met een opdrachtovereenkomst wordt gewerkt, waar feitelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst (bijvoorbeeld door het bestaan van een gezagsrelatie). In die gevallen is, zoals de Afdeling advisering terecht opmerkt, handhaving op haar plaats. Bij brief van 17 september 2012 heeft de Staatssecretaris van Financiën maatregelen aangekondigd om schijnzelfstandigheid te bestrijden, in het bijzonder in relatie tot misbruik van de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR).¹⁵

Het onderhavige wetsvoorstel ziet op een andere situatie, waar er formeel geen sprake hoeft te zijn van een gezagsrelatie (en handhaving dus niet het aangewezen instrument is), maar toch sprake is van een afhankelijke positie van de opdrachtnemer. In die gevallen acht de regering het ook aangewezen om betaling conform de Wml te garanderen.

De Afdeling advisering wijst erop dat de Tweede Kamer in de motie Hamer de regering heeft verzocht om wetgeving voor te bereiden om postbezorgers recht te geven op ten minste het wettelijke minimumloon voor het gemiddeld aantal per week gewerkte uren, doch tenminste twaalf uur per week.¹⁶ De Raad is van mening dat het onderhavige wetsvoorstel bezwaarlijk kan worden gemotiveerd met de intentie uitvoering te geven aan het in de motie neergelegde verzoek, omdat het wetsvoorstel niet verder strekt dan het waarborgen van het wettelijk minimumloon voor het aantal gewerkte uren en niet voor tenminste twaalf uren per week of het gemiddeld aantal gewerkte uren.

In voornoemde motie heeft de Tweede Kamer de regering verzocht om wetgeving voor te bereiden om postbezorgers recht te geven op ten minste het wettelijk minimumloon voor het aantal gemiddeld per week gewerkte uren, doch ten minste twaalf uur per week. De Tweede Kamer heeft daarbij overwogen dat postbezorgers zonder arbeidscontract qua arbeidsrelatie en maatschappelijke positie overeenkomsten vertonen met werknemers. Deze overweging wordt door de regering gedeeld en is ook een van de redenen voor het wetsvoorstel geweest. Vanwege de overeenkomsten tussen hun arbeidsrelatie en hun maatschappelijke positie krijgen postbezorgers die werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht net als postbezorgers met een arbeidsovereenkomst aanspraak op het wettelijk minimumloon. Juist vanwege deze overeenkomsten in arbeidsrelatie en maatschappelijke positie valt niet in te zien waarom postbezorgers die werken op basis van een overeenkomst van opdracht voor ten minste twaalf uur per week loon zouden moeten ontvangen en postbezorgers – en andere werkenden – met een arbeidsovereenkomst alleen voor de gewerkte uren beloond zouden kunnen

¹⁵ Kamerstukken II 2011/12, 31 311, nr. 91

¹⁶ Kamerstukken II 2011/12, 29 502, nr. 87

worden. Dit is in een brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de voorzitter van de Tweede kamer ook zo aangegeven¹⁷. Vervolgens is dit aan de orde geweest in een Algemeen Overleg d.d. 27 juni 2012, doch dit heeft niet tot andere gezichtspunten geleid.¹⁸

De Afdeling advisering wijst er 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. Wat het Unierecht betreft zijn de zogenaamde dienstenrichtlijn en de jurisprudentie van het HvJEU met betrekking tot het vrij verrichten van diensten (artikel 56 VWEU) relevant.

In eerste instantie moet de vraag worden beantwoord of de uitbreiding van de verplichting om het minimumloon te betalen aan bepaalde personen die activiteiten uitvoeren in het kader van een overeenkomst van opdracht een belemmering vormt van het vrij verrichten van diensten. Deze vraag moet positief worden beantwoord.

Het is vaste rechtspraak dat artikel 56 VWEU de opheffing verlangt van elke beperking die de werkzaamheden van de dienstverrichter in een andere lidstaat verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt¹⁹. Een nationale regeling op een gebied dat op het niveau van de Unie niet is geharmoniseerd, die zonder onderscheid geldt voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de betrokken lidstaat werkzaam is, kan ondanks het feit dat zij tot een beperking van het vrij verrichten van diensten leidt, gerechtvaardigd zijn voor zover zij beantwoordt aan een dwingende reden van algemeen belang en dat belang niet reeds wordt gewaarborgd door de regels die voor de dienstverrichter gelden in de lidstaat waar deze is gevestigd en zij geschikt is om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en niet verder gaat dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is²⁰. Het wetsvoorstel vindt een rechtvaardigingsgrond in een dwingende reden van algemeen belang namelijk de voorkoming van misbruik, met name schijnzelfstandigheid en de voorkoming van oneerlijke concurrentie en sociale dumping alsmede de bescherming van de werkenden, daaronder begrepen zelfstandige dienstverrichters. Dit belang wordt niet gewaarborgd door de regels die voor de dienstverrichter gelden in de lidstaat waar deze is gevestigd. Het gaat immers om het zoveel mogelijk gelijk behandelen van personen wier arbeidsrelatie feitelijk gelijkgesteld kan worden met een arbeidsovereenkomst, met personen die een arbeidsovereenkomst hebben.

Vervolgens dient te worden onderzocht of de betrokken bepalingen evenredig zijn, met dien verstande dat een maatregel die de vrijheid van dienstverrichting beperkt, slechts evenredig is wanneer hij geschikt is om de verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen te waarborgen en niet verder gaat dan voor de bereiking van deze doelstellingen noodzakelijk is²¹. De regering wil de positie van opdrachtnemers die sterk afhankelijk zijn van slechts een opdrachtgever en een laag inkomen hebben versterken door oneigenlijk gebruik van de overeenkomst van opdracht aan te pakken. Dit wordt verwezenlijkt doordat de opdrachtnemer die de opdracht anders dan uit hoofde van beroep of bedrijf arbeid verricht een recht krijgt op een vergoeding voor zijn prestaties op het niveau van het minimumloon. Het voorstel is geschikt voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel -het voorkomt immers misbruik van de

¹⁷ Kamerstukken II 2011/12, 29 502, nr. 101

¹⁸ Kamerstukken II 2011/12, 29 502, nr. 101

¹⁹ arresten van 23 november 1999, *Arblade e.a.*, C-369/96 en 376/96, *Jurispr. Blz.* I-8453, punt 33, en 21 juli 2011, *Commissie Portugal*, C-518/09, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

²⁰ arrest *Arblade e.a.*, hierboven aangehaald, punten 34 en 35; arresten van 19 januari 2006, *Commissie/Duistland*, C-244/04, *Jurispr. Blz.* I-885, punt 31, en 1 oktober 2009, *Commissie/België*, C-219/08, *Jurispr. Blz.* I-9213, punt 14

²¹ arrest van 15 juni 2006, *Commissie/Frankrijk*, C-255/04, *Jurispr. Blz.* I-5251, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

overeenkomst van opdracht teneinde via een (te) lage beloning voor de opdrachtnemer oneerlijk te concurreren met opdrachtgevers die wel ten minste het minimumloon betalen – en gaat niet verder dan voor de bereiking van die doelstelling noodzakelijk is. Alleen via deze maatregel kan worden bereikt dat groepen werkenden die feitelijk en maatschappelijk in dezelfde positie verkeren niet onderling verschillend worden behandeld waardoor sprake is van oneerlijke concurrentie en sociale dumping.

b. Verhouding voorstel tot tijdelijk besluit postbezorgers 2011

Aan het advies van de Afdeling is tegemoet gekomen door in de memorie van toelichting te motiveren waarom het Tijdelijk besluit postbezorgers 2011 gedurende de overgangsfase waarin de postmarkt zich bevindt nodig blijft als aanvulling op de structurele bescherming die onderhavig wetsvoorstel biedt. Daartoe wordt aangegeven dat de onderhavige uitbreiding van het bereik van de Wml een ander doel heeft dan het Tijdelijk besluit postbezorgers 2011. Dit wetsvoorstel beoogt het zeker stellen van een sociaal aanvaardbare beloning als de arbeidsrelatie van de opdrachtnemer sterk overeenkomt met die van een werknemer in dienstbetrekking voor alle sectoren. Het Tijdelijk besluit is gericht op het ondersteunen van een ontwikkeling in de postmarkt naar een markt met stabiele arbeidsrelaties waarin de arbeidsovereenkomst de heersende contractvorm is. Het Tijdelijk besluit postbezorgers 2011 behoudt aldus in die overgangsfase aanvullend nut voor de postmarkt naast onderhavig wetsvoorstel.

c. Toepasselijkheid Wml op «kleine» werkzaamheden

De Afdeling advisering merkt op dat in de toelichting bij het wetsvoorstel niet wordt ingegaan op het feit dat de Wml ook op kleine werkzaamheden van toepassing wordt en dat evenmin wordt ingegaan op de vraag of het argument van oneigenlijk gebruik van de overeenkomst van opdracht ook geldt met betrekking tot die kleine werkzaamheden. Met het wetsvoorstel wordt de Wml ook van toepassing op zogenaamde kleine werkzaamheden. Hoewel dit niet expliciet in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel was beschreven, volgt dit wel uit het feit dat de criteria betreffende duur van de arbeidsverhouding en de duur van de arbeid zijn geschrapt. Het moet dan wel gaan om overeenkomsten van opdracht die tegen beloning worden verricht. Vrijwilligerswerk blijft buiten de werkingssfeer van de wet. In het in de memorie van toelichting genoemde onderzoek «Gebruik van de overeenkomst van opdracht» zijn ook kleine werkzaamheden meegenomen. Circa 15 procent van de opdrachtnemers werkt maximaal 8 uur per week op basis van een overeenkomst van opdracht. Ook deze toch aanzienlijke categorie opdrachtnemers moet naar de mening van de regering aanspraak op het wettelijk minimumloon kunnen maken en verzekerd zijn van een redelijke tegenprestatie voor de door hen verrichte arbeid. Dit is nu ook in de memorie van toelichting aangegeven.

Artikel 3, tweede lid, van de Wml, geeft na wijziging van de wet de mogelijkheid om in verband met de bijzondere aard van de arbeidsverhouding dan wel in verband met bijzondere omstandigheden, de arbeidsverhoudingen van een bepaalde categorie personen buiten de werkingssfeer van de Wml te plaatsen.

De Afdeling advisering constateert dat de Wml niet aangeeft hoe het wettelijk minimumloon per uur moet worden berekend.

Uit artikel 12, eerste lid, van de Wml, volgt dat de werknemer aanspraak kan maken op het volledige minimumloon bij de voor hem geldende normale arbeidsduur. Artikel 12, tweede lid, van de Wml geeft aan dat onder normale arbeidsduur wordt verstaan de arbeidsduur die in overeenkomstige arbeidsverhoudingen in de regel geacht wordt een volledige dienstbetrekking te vormen. In de praktijk is de normale arbeidsduur doorgaans vermeld in de van toepassing zijnde cao. Het minimumloon per uur is gelijk aan het wettelijk minimumloon gedeeld door de normale arbeidsduur.

d. Onbedoelde neveneffecten

De Afdeling advisering merkt op reeds in het verleden gewezen te hebben op de onbedoelde effecten van de Wml op de arbeidsmarktpositie van groepen aan de onderkant van de arbeidsmarkt. Het wettelijk minimumloon kan volgens de Afdeling advisering een blokkade vormen voor mensen met een te geringe arbeidsproductiviteit en daardoor negatief uitwerken op de werkgelegenheid. De Afdeling advisering werpt in dat licht de vraag op in hoeverre de verbreding van het toepassingsbereik van de Wml die blokkade zou kunnen versterken.

Wat betreft het effect van het wettelijk minimumloon op de werkgelegenheid laat de empirische literatuur een gemengd beeld zien. Een synthese op basis van de beschikbare empirische studies is dat een verhoging van het wettelijk minimumloon geen grote werkgelegenheidseffecten tot gevolg heeft, maar dat een hoog wettelijk minimumloon slecht is voor de werkgelegenheid. Het CPB concludeert dat de gevolgen van de Wml voor de Nederlandse werkgelegenheid beperkt lijken, maar dat tegelijk niet kan worden uitgesloten dat een verdere verhoging ten koste zou gaan van de werkgelegenheid.²² Het ligt in de rede te veronderstellen dat voor zover het wetsvoorstel leidt tot verhoging van de lonen van opdrachtnemers tot het wettelijk minimumloonniveau de effecten daarvan vergelijkbaar zijn.

De argumentatie voor de hoogte van het wettelijk minimumloon kan echter niet alleen worden opgezet vanuit de werkgelegenheidseffecten. Ook de maatschappelijk gewenste inkomensverdeling speelt een rol bij het vaststellen van de hoogte van het wettelijk minimumloon. De keuze voor de hoogte van het wettelijk minimumloon speelt zich dus af op het snijvlak van economische doelmatigheid en de maatschappelijke preferenties rond de inkomensverdeling.

In dit kader acht de regering het ongewenst dat de maatschappelijk afgesproken ondergrens voor de beloning van arbeid, zoals uitgekristalliseerd in de hoogte van het wettelijk minimumloon, ontweken wordt door een constructie rond de overeenkomst van opdracht. Dit staat in de visie van de regering los van de vraag naar de optimale hoogte van het wettelijk minimumloon en de effecten van de hoogte ervan op de werkgelegenheid en op de inkomensverdeling.

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

²² CPB, 21 december 2012. Het Wettelijk minimumjeugdloon en de arbeidsmarkt voor jongeren, p8.

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.

3. Niet toepasselijk verklaren van aanpalende regelingen

De Afdeling advisering signaleert dat alleen de werkingssfeer van de Wml wordt uitgebreid tot een nader omschreven groep opdrachtnemers en dat niet gemotiveerd wordt waarom niet ook de werkingssfeer van aanpalende regelingen, zoals de ontslagbescherming in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en de wettelijke werknemersverzekeringen in de sociale zekerheid, op dezelfde wijze wordt uitgebreid.

In de visie van de regering moet dit wetsvoorstel worden gezien als één van de elementen in de aanpak van ongewenste constructies op de arbeidsmarkt. In het actieplan ter bestrijding van schijnconstructies worden verschillende maatregelen op dit gebied aangekondigd. Eén daarvan is het nader bezien van het «grijze gebied» tussen werknemerschap en zelfstandig ondernemerschap. In dat kader worden de mogelijkheden onderzocht om personen die werken op basis van een opdracht-overeenkomst, maar geen zelfstandig ondernemer zijn, onder voorwaarden onder de werkingssfeer van de arbeidsovereenkomst te brengen.

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 van het criterium uitoefening van beroep of bedrijf. De criteria die wel worden geschrapt 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.

4. Schrappen van de (meeste) criteria

De Afdeling advisering wijst erop dat het schrappen van het criterium «niet zijnde een bijkomstige werkzaamheid» niet is gemotiveerd.

Zoals in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is vermeld, bieden de huidige uitzonderingsgronden (persoonlijkheidsvereiste en geen arbeid van bijkomstige aard) te veel ruimte om uitbetaling van tenminste het wettelijk minimumloon en de wettelijke minimumvakantiebijslag te ontwijken. Net zoals ten aanzien van de persoonlijkheidsvereiste geldt ten aanzien van het criterium «niet zijnde een bijkomstige werkzaamheid» dat dit criterium eenvoudig oneigenlijk kan worden aangewend om iemand buiten de werkingssfeer van de Wml om arbeid te laten verrichten, terwijl de arbeidsverhouding feitelijk gelijkgesteld kan worden met een dienstbetrekking. Dit kan bijvoorbeeld door iemand een overeenkomst van opdracht aan te bieden die minder dan drie maanden beslaat of die minder dan vijf uur per week bedraagt. Zou dit criterium blijven bestaan, dan zou het doel van de wetswijziging onvoldoende gerealiseerd worden. De memorie van toelichting is op dit punt aangevuld.

5.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de mogelijkheid die de huidige Wml al biedt om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels te stellen ingevolge welke de arbeidsverhouding van degene, die tegen beloning arbeid verricht en wiens arbeidsverhouding niet reeds als dienstbetrekking wordt beschouwd, doch daarmee maatschappelijk gezien gelijk kan worden gesteld, eveneens onder het begrip dienstbetrekking te brengen. Deze mogelijkheid blijft behouden nu de situatie zich kan voordoen dat nieuwe ontwikkelingen op de arbeidsmarkt het wenselijk maken om in de toekomst nog andere categorieën arbeidsverhoudingen onder de werkingssfeer van de Wml te brengen. Wel is daarbij de mogelijkheid om krachtens algemene maatregel van bestuur nog nadere regels te stellen niet meer opgenomen. Door het weer opnemen van deze bepaling zijn enkele verwijzingen in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting aangepast.

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,
J.P.H. Donner*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
L.F. Asscher