

Advies Wet minimumbeloning zelfstandigen (Wmz) en Wet op de zelfstandigenverklaring (WoZ)

Dit document bevat de alternatieve tekst van het origineel. Dit document is bedoeld voor mensen met een visuele beperking, zoals slechtzienden en blinden.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
drs. W. Koolmees
Postbus 90801
2509 LV Den Haag

Datum: 6 februari 2020

Inhoud van de brief

Geachte heer Koolmees,

Bij brief van 14 november 2020, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de 'Raad') advies uit te brengen inzake de Wet minimumbeloning zelfstandigen (de 'Wmz') en de Wet op de zelfstandigenverklaring (de 'WoZ') (gezamenlijk: de 'Wetsvoorstellen').

DE WETSVOORSTELLEN

De Wetsvoorstellen hebben tot doel om schijnzelfstandigheid aan de onderkant van de arbeidsmarkt te voorkomen en zzp'ers en hun opdrachtgevers meer zekerheid te geven over de kwalificatie van hun arbeidsrelatie.

De Wmz introduceert een minimum uurtarief van € 16,- voor zelfstandigen. Het minimum uurtarief moet ervoor zorgen dat zelfstandigen een bestaansminimum kunnen verdienen indien zij voltijd werken, door te voorkomen dat ze tegen te lage tarieven moeten werken.

De WoZ voorziet in een zelfstandigenverklaring voor zelfstandigen (hierna: 'werkenden') met een uurtarief van € 75,- of meer, die maximaal één jaar voor een opdrachtgever (hierna: 'werkverstrekker') werken. Met een geldige zelfstandigenverklaring krijgen werkenden en hun werkverstrekkers op voorhand de zekerheid dat de arbeidsrelatie voor de loonheffingen en de werknemersverzekeringen door de Belastingdienst en het UWV niet wordt gekwalificeerd als een dienstbetrekking. Ze krijgen daarnaast zoveel mogelijk zekerheid ten aanzien van de arbeidsrechtelijke gevolgen.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.¹

ADVIES

1. Wet minimumbeloning zelfstandigen (Wmz)

1.1 Berekening en opbouw van het minimum uurtarief voor zelfstandigen

De Wmz introduceert een minimumtarief voor zelfstandigen van € 16,- per uur, te vermeerderen met BTW en flexibele (dat wil zeggen: niet-structurele) kosten. Voor de structurele kosten is rekening gehouden met een vast percentage van 15%. Het tarief van € 16,- per uur is gebaseerd op het bestaansminimum. Tevens is rekening gehouden met een aandeel van naar schatting 67% van de werktijd te verrichten declarabel werk. De reden om uit te gaan van het niveau van bestaansminimum (70% bijstandsnorm voor een gezin), en niet van het minimumloon (100% bijstandsnorm gezin) is de verwachting dat dat laatste mogelijk niet zou zijn toegestaan vanwege Europese regelgeving, waaronder het vrij verkeer van diensten en het grondrecht ondernemerschap. Dit geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1.1.1 Bestaansminimum of minimumloon als uitgangspunt voor het minimum uurtarief

De aanname dat het op grond van Europese regelgeving niet zou zijn toegestaan het minimumloon als uitgangspunt te nemen (volgens de berekening van de minister leidend tot een minimumtarief van € 25,- per uur) is nauwelijks onderbouwd. Uitgaan van het minimumloon als uitgangspunt lijkt daarentegen verdedigbaar gelet op diverse uitspraken van het EU HvJ, onder andere Viking (ECLI:EU:C:2007:772, C-438/05) en Laval (ECLI:EU:C:2007:809, C-341/05), waarbij juist het opkomen voor het minimumloon als rechtvaardigingsgrond werd aangemerkt. Dit aspect verdient nadere onderbouwing in de toelichting.

1.1.2 De bijdrage in de vaste (of forfaitaire) kosten

Los van de vraag wat het uitgangspunt zou moeten zijn voor de berekening van het minimum uurtarief (bestaansminimum of minimumloon), de vertaling daarvan naar een vast te stellen minimum uurtarief moet deugdelijk worden onderbouwd. Daarin schiet de Memorie van Toelichting ('MvT') tekort. Voor de toepassing van 15% als bijdrage in de vaste (of forfaitaire) kosten wordt verwezen naar het rapport 'Karakteristieken en tarieven zzp'ers' van SEO². De conclusie van dat rapport was echter dat het niet mogelijk is om een eenduidig percentage aan vaste kosten vast te stellen: dat percentage varieert al naar gelang de sector en de hoogte van het tarief (tabel 5.2 SEO-rapport, p. 48). Voor de groepen zzp'ers die een lager percentage aan vaste kosten hebben dan 15% wordt aldus een onjuiste rechtvaardigingsgrond voor de ophoging van

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviescollege met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklust van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

² SEO, 'Karakteristieken en tarieven zzp'ers', augustus 2018 (bijlage bij Tweede voortgangsbrief uitwerking maatregelen werken als zelfstandige van minister Koolmees aan de Tweede Kamer, 26 november 2018).

het uurtarief gegeven. Voor de groepen die een hoger percentage aan vaste kosten hebben dan 15%, veruit de meeste, wordt het beoogde bestaansminimum niet bereikt.

1.1.3 Het percentage declarabel werk

Eenzelfde bezwaar geldt ten aanzien van het gestelde percentage declarabel werk van 67%. Dit percentage is gebaseerd op een relatief oud rapport (2011/2012), waarvan de onderzoeksgegevens nog ouder zijn en bovendien deels dateren uit de periode van economische recessie. Het valt daarmee te betwijfelen of deze gegevens (nog) juist zijn, hetgeen klemt, nu dit tot een forse aanpassing van het tarief leidt. Daarbij wordt geen enkel onderscheid gemaakt naar de branche of groep werkenden, terwijl te verwachten is dat per branche of groep werkenden grote verschillen bestaan ten aanzien van het percentage declarabel werk. Zo mag worden aangenomen dat in branches met een tekort aan arbeidskrachten, zoals in de zorg, een hoger percentage dan 67% aan declarabel werk gerealiseerd wordt. Indien dat zo is, wordt daarmee een onjuiste rechtvaardiging voor de berekening van het tarief gegeven. Het HvJ EU heeft zich in een arrest van 4 juli 2019 (ECLI:EU:C:2019:562, C-377/17) kritisch getoond over het vaststellen van minimumtarieven voor zelfstandigen wanneer dat mede echte zelfstandigen/ondernemers betreft.

1.1.4 Uitvoerbaarheid

De regeling met betrekking tot het berekenen van het minimumtarief lijkt ingewikkeld, en kan daardoor tot uitvoeringsproblemen en geschillen leiden. Zo mogen studietijd en studiekosten niet apart in rekening worden gebracht, maar voorbereidingstijd en -kosten wel. Het behoeft weinig toelichting dat het onderscheid tussen die twee categorieën voor bijvoorbeeld een docent arbitrair kan zijn.

Meer in het algemeen geldt dat het voor de praktijk lastig is dat iedere opdrachtnemer zijn opdrachtgever inzicht moet geven in de opbouw van zijn tarief, ook in gevallen waarbij het evident is dat een hoger tarief geldt dan het minimumtarief.

1.2 Reikwijdte van het minimum uurtarief voor zelfstandigen

1.2.1 Jongeren en AOW-ers

Het valt op dat voor jongeren en AOW-ers geen apart tarief wordt gehanteerd, terwijl in ieder geval ten aanzien van AOW-ers de redenering van de Hoge Raad steeds is dat ten aanzien van hen onderscheid mag worden gemaakt (bijvoorbeeld voor het niet hoeven te betalen van een transitievergoeding) omdat de AOW-uitkering in beginsel voldoende wordt geacht om in het levensonderhoud te voorzien (HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651, bevestigd op 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734).

1.2.2 Particuliere opdrachtnemers

De regeling geldt ook voor particuliere opdrachtnemers. Uit het SEO-onderzoek blijkt dat in tal van sectoren de laagstbetaalde 25% (ongeveer 100.000 opdrachtnemers) minder verdient dan € 16,- per uur. Dat betekent ingrijpende gevolgen voor deze groep, en wellicht een groot aantal conflicten.

1.2.3 No cure no pay

Een no cure no pay tarief valt niet onder de regeling. Dat kan ruimte geven voor misbruik, en daarmee ook tot (tal van) procedures leiden. Het is immers makkelijk voor een opdrachtgever dat bij onvoldoende resultaat niet zal worden betaald; dan zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld of dat een no cure no pay situatie betreft.

1.2.4 Zelfstandigen die ander personeel in dienst hebben voor meer dan 8 uur per week

De regeling geldt niet voor zelfstandigen die ander personeel in dienst hebben voor meer dan 8 uur per week, dat wil zeggen in substantiële omvang. Het criterium 'substantiële omvang' is nieuw in dit verband. De ontsnappingsroute van het (op papier) hebben van ander personeel zal wellicht tot procedures leiden.

1.2.5 Vrijwilligers en stagiairs

Vrijwilligers en stagiairs vallen ook buiten de regeling. Ook dat kan wellicht tot procedures leiden, indien van die mogelijkheid gebruik wordt gemaakt om niet onder de regeling te hoeven vallen.

1.2.6 Werkzaamheden voor meer dan één opdrachtgever

Indien voor meer dan één opdrachtgever tegelijk wordt gewerkt, dan is het minimumtarief niet van toepassing. Als voorbeelden worden genoemd gastouders en hondenuitlaters. Deze uitzondering kan tal van vragen oproepen. Hoe moet dat gecontroleerd worden; wie heeft van een dergelijke situatie de bewijslast en wanneer is daaraan voldaan?

1.3 Toezicht op naleving van het minimumtarief

1.3.1 De inrichting van het toezicht op naleving van het minimumtarief

De Inspectie SZW houdt toezicht op de naleving van het minimumtarief. Om te kunnen beoordelen of zij aan hun verplichting voldoen, worden opdrachtgevers door de zelfstandige van de benodigde informatie voorzien. In artikel 14 van de Wmz is bepaald dat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd voor overtredingen van verplichtingen die gelden voor de opdrachtnemer, de opdrachtgever, de particuliere opdrachtgever, de zelfstandige, en de zelfstandige die arbeid verricht voor een particuliere opdrachtgever alsmede voor overtredingen van verplichtingen jegens de toezichthouder. Een boete waarvan is vastgesteld dat die ten onrechte is opgelegd, moet binnen zes weken daarna worden terugbetaald aan de rechthebbende (artikel 18 Wmz).

Ingevolge artikel 19 van de Wmz kan een door de Minister van SZW aangewezen ambtenaar een last onder dwangsom opleggen aan een opdrachtgever in geval van onderbetaling van de zelfstandige. De last onder dwangsom zorgt ervoor, dat de overtreding door de opdrachtgever ongedaan wordt gemaakt en ook dat verdere overtreding, dan wel een herhaling van de onderbetaling, wordt voorkomen.

Nu in de Wmz hierover niets is bepaald, geldt dat tegen bestuursrechtelijke besluiten die de Wmz genereert bezwaar en beroep (bij de rechtbank) openstaat. Hoger beroep kan worden ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

1.3.2 'Onvoldoende nakomen'

Het bepaaldheidsgebod vereist dat een overtreding die met een boete of een last onder dwangsom kan worden gesanctioneerd voldoende duidelijk is omschreven. In artikel 14 van de Wmz staat een aantal maal 'niet of onvoldoende nakomen'. Het gaat hierbij ook om resultaatsverplichtingen zoals het opnemen van een toetsing of verklaring in de administratie, het verstrekken van een schriftelijke verklaring of het giraal betalen van de rekening. In dat licht is de vraag wat bij de resultaatsverplichtingen onder 'onvoldoende nakomen' wordt verstaan.

1.3.3 'Niet of niet tijdig aan de toezichthouder verstrekken'

Verder staat in artikel 14 ook een aantal maal 'niet of niet tijdig aan de toezichthouder verstrekken'. In de onderliggende bepalingen waarin de verplichting is neergelegd is echter niets bepaald over het overleggen van informatie aan de toezichthouder en evenmin over een termijn daarvoor. Als bedoeld is een bestuurlijke boete mogelijk te maken voor het niet naleven van de medewerkingsplicht op grond van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), adviseert de Raad om dit in de MvT te verduidelijken.

1.3.4 Bevoegdheid bestuursrechter tot oplegging van een hogere boete

Artikel 17, negende lid, van de Wmz creëert de bevoegdheid voor de bestuursrechter om in afwijking van artikel 8:69 van de Awb een hogere boete op te leggen dan door de Minister is opgelegd. Is hiermee bedoeld om af te wijken van wat wel de buitengrens van de omvang van het geding wordt genoemd, dat wil zeggen het besluit, of ook van wat wel de binnengrens van de omvang van het geding wordt genoemd, dat wil zeggen de beroepsgronden? De bestuursrechter geeft over de hoogte van de boete in beginsel slechts een oordeel als de beroepsgronden daartoe aanleiding geven. De Raad adviseert daarom om nader toe te lichten of de bestuursrechter in het kader van artikel 17, negende lid, van de Wmz ambtshalve onderzoek moet doen naar de boetheogte, hoe indringend dat onderzoek dan moet zijn en of het ook de bedoeling is dat er ambtshalve lagere boetes kunnen worden opgelegd.

1.3.5 Betaling wettelijke rente bij terugbetaling van een bestuurlijke boete

De Raad merkt op dat in artikel 18 van de Wmz niet is voorzien in de betaling van de wettelijke rente bij terugbetaling van een bestuurlijke boete. Voor de terugbetaling van een dwangsom is dat wel expliciet geregeld in artikel 20 van de Wmz. In bijvoorbeeld de artikelen 18h en 18o van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag is dit ook op vergelijkbare wijze gedaan. De Raad adviseert om in de MvT nader toe te lichten waarom de betaling van wettelijke rente bij terugbetaling van een bestuurlijke boete niet expliciet in de Wmz is geregeld.

2. Wet op de zelfstandigenverklaring (WoZ)

2.1 Zelfstandigenverklaring biedt geen garantie tegen discussie over de kwalificatie achteraf

De zelfstandigenverklaring geeft de opdrachtgever fiscale en civielrechtelijke zekerheid dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst/dienstbetrekking. De voorgestelde zelfstandigenverklaring biedt echter alleen garantie voor fiscale en civielrechtelijke zekerheid zolang opdrachtnemer (of opdrachtgever) achteraf niet van gedachten verandert over de kwalificatie. Het verleden heeft laten zien dat menige procedure aanhangig wordt gemaakt door een opdrachtnemer die aanvankelijk een opdrachtovereenkomst heeft getekend, maar zich nadien op het standpunt stelt dat het een arbeidsovereenkomst is (zie bijv. Groen/Schoevers, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495). Dergelijke procedures over de kwalificatie van de overeenkomst kunnen zich ook na invoering van de WoZ blijven voordoen.

2.2. Eisen aan de zelfstandigenverklaring en opbouw en berekening van het uurtarief

De zelfstandigenverklaring moet vóór aanvang van de werkzaamheden zijn opgesteld (artikel 2, lid 1, sub c, WoZ); uiterlijk de vijftiende dag moet een uitwerking van kosten en uren zijn opgesteld (artikel 2, lid 2, sub c, WoZ). Dat zijn stringente eisen, en de

vraag is of daaraan in de praktijk zal worden voldaan, en als dat niet zo is, welke consequenties daaraan verbonden moeten worden.

Net als bij de Wmz geldt ook bij de WoZ dat de opbouw en berekening van het uurtarief (hoe moet het uurtarief worden vastgesteld; wat geldt als vaste kosten en wat als flexibele kosten?) ingewikkeld is.

2.3 Rechtsbescherming onduidelijk bij kwalificatie arbeidsrelatie achteraf

Niet duidelijk is hoe de rechtsbescherming is geregeld bij kwalificatie van de arbeidsrelatie achteraf. In de MvT (p. 46) wordt onder meer vermeld dat als niet aan alle voorwaarden voor een geldige zelfstandigenverklaring wordt voldaan (zie artikel 2 van de WoZ), de werkverstrekker en de werkende zullen moeten beoordelen of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst en/of een (fictieve) dienstbetrekking: 'Hoewel het in eerste instantie aan partijen zelf is om de kwalificatie van de arbeidsrelatie te toetsen, kan in het kader van de wetgeving waarop zij toezicht houden deze toets ook plaatsvinden door de Belastingdienst en het UWV. Als partijen een verschillende mening toegedaan zijn omtrent de kwalificatie van de arbeidsrelatie, kunnen zij 'de rechter' verzoeken hierover een oordeel te vormen.'

Met deze tekst uit de MvT lijkt bedoeld te zijn dat wanneer de werkverstrekker en de werkende van mening verschillen over de kwalificatie van de arbeidsrelatie, zij de civiele rechter kunnen verzoeken een oordeel te vormen. Bij een verschil van mening tussen de Belastingdienst en de werkverstrekker over de kwalificatie van de arbeidsrelatie lijkt de belastingrechter (beroep bij de belastingrechtbank, hoger beroep bij de belastinghoven) de aangewezen rechter om een oordeel te vormen. Heel helder is dit echter niet.

Ter verduidelijking van de rechtsbescherming adviseert de Raad om in een aparte rechtsbeschermingsparagraaf in de MvT nader toe te lichten bij welke rechter kan worden verzocht om deze nadere kwalificatie en hoe deze kwalificatie zich verhoudt tot de eventuele toetsing door de Belastingdienst en het UWV (en in beroep door de bestuursrechter).

In dit verband wordt ook gewezen op paragraaf 3.7 van de MvT (p. 48), dat gaat over de bewijslast met betrekking tot het voldoen aan de voorwaarden voor een zelfstandigenverklaring. Ook hieruit volgt dat de geldigheid van de zelfstandigenverklaring onderwerp kan zijn van verschillende procedures en dat die geldigheid afhankelijk is van het voldoen aan de bewijslast van degene die stelt dat al dan niet aan de desbetreffende voorwaarden is voldaan.

2.4 Onderscheid tussen het Nederlandse en het Europese werknemersbegrip

Een ander belangrijk bezwaar van de WoZ is dat een onderscheid wordt gemaakt tussen het Nederlandse werknemersbegrip en het Europese werknemersbegrip. Indien aan de in de wet gestelde eisen is voldaan, kunnen partijen opteren voor een fiscale en civielrechtelijke opt-out. Indien gekozen wordt voor een opdrachtovereenkomst, dan kwalificeert de overeenkomst naar Nederlands recht ook als opdrachtovereenkomst, maar is het goed mogelijk dat volgens EU-recht toch sprake is van een arbeidsovereenkomst. Die mogelijkheid wordt zo reëel geacht dat daar in artikel 3 van de WoZ een gedetailleerde voorziening voor is getroffen, namelijk dat dan tal van arbeidsrechtelijke bepalingen toch van toepassing zijn. Daarmee wordt dus een bewust



onderscheid gecreëerd tussen het Nederlandse en het Europese werknemersbegrip. Dat is onwenselijk. Los daarvan is de vraag of wel alle genoemde bepalingen een Europese achtergrond hebben en of het dus nodig is dat die van toepassing blijven. Zo is niet duidelijk wat de Europese achtergrond is van het van toepassing moeten blijven van het concurrentiebeding (artikel 7:653 BW), van de opzegtermijnen (artikel 7:672 BW) en van sancties bij het op onjuiste gronden beëindigen van de overeenkomst (artikelen 7:681 en 682 BW).



WERKLAST

De Wmz en de WoZ hebben gevolgen voor de werklast van de gerechten. Naar verwachting zijn deze werklastgevolgen echter niet substantieel.

CONCLUSIE

De Raad voor de rechtspraak onderkent het belang van deze Wetsvoorstellen. De Wetsvoorstellen stuiten in hun huidige vorm echter op een aantal substantiële bezwaren. De Raad voor de rechtspraak vraagt u daarom om de Wetsvoorstellen op de in dit advies genoemde onderdelen te verduidelijken en aan te passen.

TOT SLOT

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het Wetsvoorstel, stelt de Raad er prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het Staatsblad. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

drs. P. Arnoldus

Lid Raad voor de rechtspraak



BIJLAGE: WETSTECHNISCH EN REDACTIONEEL COMMENTAAR

De Wmz

Artikel 15, derde lid, Wmz

Weliswaar blijkt uit de artikelsgewijze toelichting bij artikel 15, derde lid, van de Wmz dat dit een cumulatiebepaling betreft, maar dit artikel is zodanig geformuleerd dat onduidelijk is wat de strekking hiervan is. In dit kader merkt de Raad nog op dat overtredingen niet bij of krachtens de wet zijn 'gesteld' en bovendien niet 'gelden' maar 'bestaan'.

Artikel 18 en 20 Wmz

De Raad vraagt zich af of de in de artikelen 18 en 20 opgenomen betalingstermijn nodig is in het licht van de in artikel 4:87 van de Awb reeds opgenomen betalingstermijn van zes weken.

Overig

In de stukken zijn verwijzingen naar (leden van) wetsartikelen aangetroffen die niet juist zijn. Op verzoek kan hiervan nog een lijst worden gemaakt om aan het Ministerie door te sturen.