



Advies Raad van State inzake het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met arbeidsverhoudingen die als dienstbetrekking in de zin van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag worden beschouwd

Nader Rapport

19 september 2017

Nader rapport inzake het ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met arbeidsverhoudingen die als dienstbetrekking in de zin van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag worden beschouwd

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 11 juli 2017, no. 2017001189, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde ontwerpbesluit rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 23 augustus 2017, nr. No. W12.17.0218/III, bied ik U hierbij aan.

Het ontwerp geeft de Afdeling advisering van de Raad van State geen aanleiding tot het maken van inhoudelijke opmerkingen.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om ter uitvoering van artikel 5, derde lid, van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag te bepalen dat de wederpartij van de overeenkomst als werkgever wordt aangemerkt.

Ik moge U hierbij het gewijzigde ontwerpbesluit en de gewijzigde nota van toelichting doen toekomen en U verzoeken overeenkomstig dit ontwerp te besluiten.

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



Advies Raad van State

No. W12.17.0218/III
's-Gravenhage, 23 augustus 2017

Aan de Koning

Bij Kabinetsmissive van 11 juli 2017, no. 2017001189, 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 ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met arbeidsverhoudingen die als dienstbetrekking in de zin van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag worden beschouwd, met nota van toelichting.

Het ontwerpbesluit geeft de Afdeling advisering van de Raad van State geen aanleiding tot het maken van inhoudelijke opmerkingen. De Afdeling geeft U in overweging dienovereenkomstig te besluiten.

Gelet op artikel 26, zesde lid jo vijfde lid, van de Wet op de Raad van State, is de Afdeling van oordeel dat openbaarmaking van dit advies achterwege kan blijven.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner.*



Tekst zoals toegezonden aan de Raad van State: Ontwerpbesluit van houdende wijziging van het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met arbeidsverhoudingen die als dienstbetrekking in de zin van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag worden beschouwd

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 7 juli 2017, nr. 2017-0000113109;

Gelet op de artikelen 2, derde lid, en 3, tweede lid, van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag;

De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van);

Gezien het nader rapport van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van [niet invullen],

Hebben goedgevonden en verstaan:

ARTIKEL I

Het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag wordt als volgt gewijzigd:

A

Het opschrift van paragraaf 2 komt te luiden:

Paragraaf 2. Gelijkgestelde en uitgezonderde arbeidsverhoudingen

B

Artikel 2 wordt vernummerd tot artikel 1a en komt te luiden:

Artikel 1a

Voor de toepassing van het bij of krachtens de wet bepaalde wordt onder dienstbetrekking als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de wet mede verstaan de arbeidsverhouding van degene die, anders dan krachtens een overeenkomst van opdracht als bedoeld in artikel 400 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, arbeid tegen beloning verricht, tenzij deze arbeid wordt verricht in de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep.

C

Na artikel 1a wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 2

Voor de toepassing van het bij of krachtens de wet bepaalde wordt onder dienstbetrekking als bedoeld in artikel 2, tweede lid, van de wet niet verstaan de arbeidsverhouding van degene die krachtens een overeenkomst tegen beloning kinderen opvangt in het kader van gastouderopvang als bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, van de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen, waarbij de opvang plaatsvindt op het woonadres van de gastouder.

ARTIKEL II

Indien het bij koninklijke boodschap van 1 mei 2013 ingediende 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 (33 623) tot wet is of wordt verheven en die wet in werking treedt, treedt dit besluit op hetzelfde tijdstip in werking.



Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,



NOTA VAN TOELICHTING

Met de wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met het van toepassing verklaren van die wet op nader bepaalde overeenkomsten van opdracht¹ is bereikt dat een ieder die, anders dan uit hoofde van de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep, arbeid verricht op basis van een overeenkomst van opdracht recht krijgt op het wettelijk minimumloon.² Aanleiding voor deze wet was de kwetsbare positie van opdrachtnemers aan de onderkant van de arbeidsmarkt aan wie het recht op het wettelijk minimumloon niet toekwam door de aard van hun contractuele relatie. Met de genoemde wet zijn zij onder de werkingssfeer van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML) gebracht. De overeenkomst van opdracht zoals omschreven in artikel 7:400 BW sluit echter werkzaamheden uit die bestaan uit het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard (overeenkomst van aanneming van werk), het bewaren van zaken, het uitvoeren van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken. In de wet is de mogelijkheid opgenomen om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur andere arbeidsverhoudingen (dan die op basis van een overeenkomst van opdracht) die maatschappelijk gelijkgesteld kunnen worden met een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht zoals hierboven omschreven onder de werkingssfeer van de WML te brengen. Ook is het mogelijk om in verband met bijzondere omstandigheden de arbeidsverhouding van een categorie personen buiten de werkingssfeer van de WML te plaatsen. Met het onderhavige besluit wordt hier invulling aan gegeven.

1. Uitbreiding werkingssfeer

Tijdens de behandeling van de hiervoor genoemde wet in de Eerste Kamer is geconstateerd dat deze wet in haar huidige opzet te beperkt is om voldoende bescherming te bieden aan werkenden aan de onderkant van de arbeidsmarkt. Zoals de Eerste Kamerleden in het schriftelijk overleg hebben aangegeven kunnen werkenden aan de onderkant van de arbeidsmarkt namelijk ook werkzaam zijn op basis van andere overeenkomsten dan de overeenkomst van opdracht tegen beloning, zoals een overeenkomst tot aanneming van werk of een vervoersovereenkomst.³ Hierop is een motie aangenomen die het kabinet verzocht te bewerkstelligen dat alle personen die op basis van een overeenkomst betaald krijgen voor verrichte arbeid en geen (fiscaal) zelfstandigen zijn, onder de reikwijdte van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag worden gebracht.⁴ De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft aangegeven het onderhavige besluit voor te bereiden om zo de motie uit te voeren en ervoor zorg te dragen dat deze groepen werkenden eveneens onder de reikwijdte van de wet vallen op het moment dat deze wet in werking treedt.⁵

Op grond van het huidige Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag valt in beginsel de arbeidsverhouding van degene die krachtens een overeenkomst tegen beloning arbeid verricht onder de reikwijdte van de WML, mits wordt voldaan aan een aantal voorwaarden omtrent bijvoorbeeld duur en aantal uren dat arbeid wordt verricht. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt in het soort overeenkomst waar tegen beloning arbeid wordt verricht. Met de hiervoor genoemde wet is een ieder die anders dan uit hoofde van de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep, arbeid verricht op basis van een overeenkomst van opdracht onder de reikwijdte van de WML gebracht.⁶ In de Eerste Kamer werd echter gewezen op de noodzaak voor bescherming van werkenden in de bouw, de post-, de maaltijd- en de pakketbezorging, en andere sectoren.⁷ In deze sectoren zijn namelijk zowel personen werkzaam op basis van een overeenkomst van opdracht, maar ook op basis van een overeenkomst tot aanneming van werk of tot het vervoeren van goederen over de weg.

Tevens is het gevaar van ontwijking van voornoemde wet voorzienbaar⁸, zeker nu voorheen slechts relevant was dat men krachtens een overeenkomst tegen beloning arbeid verrichtte, ongeacht de aard van de overeenkomst. Na inwerkingtreding van de wet zou wel relevant worden op basis van welke overeenkomst men arbeid tegen beloning verricht. Bij het huidige besluit overwoog de regering in 1996 al dat het belangrijk is om groepen werkenden die krachtens een overeenkomst tegen beloning arbeid verrichten en die feitelijk en maatschappelijk in dezelfde positie verkeren hetzelfde te behande-

¹ Kamerstukken I 2013/14, 33 623, A.

² Naar aanleiding van opmerkingen van de fractie van de VVD is voorgesteld in de Verzamelwet SZW 2018 de definitie van de 'zelfstandige' uitoefening van beroep in de WML gelijk te trekken met de fiscale wetgeving, zie ook Kamerstukken I 2016/17, 33 623, L, p. 5.

³ Kamerstukken I 2016/17, 33 623, M, p. 3.

⁴ Kamerstukken I 2016/17, 33 623, N.

⁵ Kamerstukken I 2016/17, 33 623, O.

⁶ Naar aanleiding van opmerkingen van de fractie van de VVD is beloofd in de Verzamelwet SZW 2018 de definitie van de 'zelfstandige' uitoefening van beroep in de WML gelijk te trekken met de fiscale wetgeving, zie ook Kamerstukken I 2016/17, 33 623, L, p. 5.

⁷ Handelingen I 2016/17, 21 maart 2017, 21-8-2.

⁸ Kamerstukken I 2016/17, 33 623, O.



len, zodat zij gelijkelijk aanspraak maken op het wettelijk minimumloon.⁹ Voorkomen moet worden dat na inwerkingtreding van de wet wordt gepoogd de wet te ontwijken door opdrachtnemers in te zetten op basis van andere overeenkomsten, niet zijnde de overeenkomst van opdracht, terwijl de feitelijke positie van de werkende niet wijzigt. De Eerste Kamer heeft ook erop gewezen dat de bescherming op minimumloon zich niet dient te beperken tot opdrachtnemers die arbeid verrichten tegen beloning op basis van een overeenkomst van opdracht, maar dat beloning op minimumloon dient te worden veiliggesteld voor een ieder – behoudens zelfstandigen in de uitoefening van beroep of bedrijf – die op basis van een overeenkomst arbeid verricht tegen betaling. Dit besluit dient daartoe.

Met dit besluit vallen ook arbeidskrachten die arbeid verrichten op basis van een andere overeenkomst tegen beloning, niet zijnde de overeenkomst van opdracht, onder het bereik van de WML. Dit betreft bijvoorbeeld een vervoersovereenkomst en een overeenkomst tot aanneming van werk mits niet wordt gewerkt in de zelfstandige uitoefening van beroep of bedrijf. Deze werkenden kunnen maatschappelijk gelijkgesteld worden aan werknemers en aan opdrachtnemers die op basis van een overeenkomst van opdracht tegen beloning arbeid verrichten. Bij aanneming van werk bijvoorbeeld wordt veelal gedacht aan personen die werkzaam zijn in de bouw, zoals bouwvakkers, maar in de jurisprudentie is aangenomen dat bijvoorbeeld het schillen van uien ook onder het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard kan vallen.¹⁰ Ook kan men denken aan de personen die door de Eerste Kamerleden werden aangehaald, zoals bezorgers die op basis van een vervoersovereenkomst werkzaam zijn.¹¹ Personen die werken uit hoofde van de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep vallen niet onder de reikwijdte van de WML (zie paragraaf 2).

Om te bekijken hoeveel personen nu recht krijgen op het WML waarbij eerder dit niet het geval was, is er bij het CBS uitvraag gedaan. Deze uitvraag leert dat in 2015 431.700 personen werkzaam waren als 'overige zelfstandige'. Dit zijn personen die voor eigen rekening of risico arbeid verrichten, maar niet in een eigen bedrijf of praktijk, niet als directeur-groootaandeelhouder en niet als meewerkend gezinslid. Tot deze categorie behoren onder meer personen met resultaat uit overige werkzaamheden, zoals freelancers. Het gaat zowel om mensen die hun voornaamste inkomen hebben als overige zelfstandige, als personen die dit als neveninkomen hebben.

Van deze groep overige zelfstandigen hebben bijna 31 duizend personen een jaarinkomen als overige zelfstandige dat hoger is dan het wettelijk minimumloon per jaar voor 2015 (€18.057,60). Voor deze groep is de wijziging van het onderhavige besluit dus in ieder geval niet relevant. Op grond van het huidige besluit heeft een overige zelfstandige recht op het wettelijk minimumloon indien er persoonlijke arbeid wordt verricht voor langer dan 3 maanden, voor gemiddeld ten minste 5 uur per week, voor niet meer dan twee opdrachtgevers. Op basis van de gegevens van het CBS hebben ongeveer 120 duizend personen een jaarinkomen als overige zelfstandige dat onder het minimumloon ligt, uitgaande van een arbeidsverhouding van ten minste 3 maanden en gemiddeld 5 uur in de week (€579,92 op basis van het WML per 1 juli 2015). Voor deze groep zou het dus relevant zou kunnen zijn of zij onder de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag komen te vallen. Dit is een bovengrens, omdat niet bekend is hoeveel uren deze personen arbeid verrichten voor dat inkomen. Personen die bijvoorbeeld maar 3 uur in de week werken voor €500,- per maand worden ook meegerekend, terwijl het besluit voor hen niet relevant is omdat zij al ruimschoots meer verdienen dan het wettelijk minimumloon per uur.

Ongeveer 281 duizend personen hebben een jaarinkomen als overige zelfstandige dat ligt tussen het wettelijk minimumloon per jaar en het minimumloon, uitgaande van een arbeidsverhouding van 3 maanden en 5 uur per week.¹² Deze groep valt mogelijk al onder de huidige reikwijdte van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Een gedeelte van deze groep personen verricht namelijk waarschijnlijk nu al op basis van een overeenkomst meer dan 3 maanden persoonlijk arbeid voor meer dan 5 uur in de week. In dat geval hebben ze op grond van het huidige Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag al recht op het wettelijk minimumloon en wordt dit niet gewijzigd met het voorliggende Besluit.

Onbekend is hoeveel personen in deze groep (overige zelfstandigen) werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht of op basis van een andere overeenkomst waarbij arbeid wordt verricht tegen beloning. Bij een enquête ten behoeve van onderzoek naar het gebruik van de overeenkomst van opdracht¹³ bleek dat van de geënquêteerde bedrijven eenderde aangaf overeenkomsten af te sluiten anders dan arbeids-, uitzend-, of detacheringsovereenkomsten. Van deze groep sloot de helft

⁹ Staatsblad 1996, 481.

¹⁰ Vgl. HR 7 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA3014.

¹¹ Kamerstukken I 2016/17, 33 623, M, p. 3.

¹² Dit betekent een jaarinkomen als overige zelfstandige tussen €579,92 en €18.057,60.

¹³ Research voor Beleid (2011), *Eindrapport: Gebruik van de overeenkomst van opdracht*, Zoetermeer.



van de bedrijven overeenkomsten van opdracht af. De andere bedrijven sloten andersoortige overeenkomsten af. Hieronder valt aanneming van werk, maar ook overeenkomsten waar niet tegen beloning arbeid werd verricht, zoals vrijwilligersovereenkomsten.¹⁴ Indien we deze enquête extrapoleren naar bovenstaande CBS-gegevens, zou naar verwachting ongeveer de helft van de overige zelfstandigen werkzaam zijn op basis van een andere overeenkomst dan de overeenkomst van opdracht. Helaas is het onderzoek niet representatief voor de gehele populatie 'overige zelfstandigen', maar betrof dit een uitvraag in negen (sub)sectoren. Bovenstaande cijfers zijn derhalve een maximale bovengrens, omdat deze groep naar verwachting voor een (groot) gedeelte zal bestaan uit personen die werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht.

2. Uitzondering zelfstandige uitoefening van beroep of bedrijf

De reikwijdte van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag strekt zich niet uit tot personen die krachtens overeenkomst arbeid verrichten uit hoofde van de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep. Om te bepalen of er sprake is van uitoefening van een bedrijf of de zelfstandige uitoefening van een beroep, zijn enkele criteria van belang. Daarbij wordt aangesloten bij de criteria die de Belastingdienst bij de beoordeling van zelfstandig ondernemerschap hanteert. Van een zelfstandige uitoefening is sprake als de werkzaamheden voor eigen rekening worden verricht en de persoon hierbij ondernemersrisico loopt. Hierbij kan gekeken worden of de opdrachtnemer winst maakt of het oogmerk heeft winst te behalen die redelijkerwijs ook te verwachten is, meer dan één opdrachtgever heeft, aantoonbaar aan acquisitie doet en zich naar buiten toe als zelfstandig ondernemer presenteert.¹⁵ Ook is van belang of de opdrachtnemer debiteurenrisico loopt, investeringen heeft gedaan in bedrijfsmiddelen¹⁶, voldoende zelfstandig is ten opzichte van de opdrachtgevers en streeft naar continuïteit van de verschillende opdrachten.¹⁷ Ook de omstandigheid dat door de opdrachtnemer jaarstukken worden opgemaakt voor de Belastingdienst kan een aanwijzing zijn.¹⁸ Deze criteria zijn niet limitatief, ook andere criteria kunnen wijzen op zelfstandig ondernemerschap. De Inspectie SZW zal in haar toezicht verschillende relevante elementen, die ook door de Belastingdienst worden gehanteerd bij de fiscale beoordeling, in hun samenhang beoordelen.

3. Europees recht

Door middel van dit besluit vallen arbeidsverhoudingen van degenen die werkzaam zijn krachtens een overeenkomst tegen beloning, anders dan een arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht en die niet zijn te beschouwen als ondernemers, onder de reikwijdte van de WML. Voor zover het hier zou kunnen gaan om opdrachtnemers die grensoverschrijdend arbeid in Nederland verrichten dient het besluit te worden gezien in het licht van het vrij verkeer van diensten. Voor zover er een belemmering zou zijn van het vrij verkeer van diensten dient er een dwingende reden van algemeen belang te zijn die deze regeling rechtvaardigt. Deze regeling moet geschikt zijn om het doel te bereiken en niet verder gaan dan noodzakelijk. Op transnationale activiteiten die buiten de detacheringsrichtlijn vallen en waarop Nederlands recht van toepassing is, is naar het oordeel van de regering de WML van toepassing aangezien er sprake is van een gerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer van diensten. Hoewel het uitbreiden van de reikwijdte van de WML in dit besluit naar andere werkenden tegen beloning gezien kan worden als een belemmering van het vrij verkeer van diensten (in de zin van artikel 56 VWEU), is deze regeling gerechtvaardigd omdat het misbruik en sociale dumping voorkomt en de bescherming van werkenden in een afhankelijke positie beoogt. Zoals in het nader rapport van het voornoemde wetsvoorstel al is gemeld betreft het hier het zoveel mogelijk gelijk behandelen van personen wier arbeidsverhouding feitelijk gelijkgesteld kan worden met een arbeidsovereenkomst.¹⁹

Het is niet uitgesloten dat een persoon die naar nationaal recht werkzaam is als dienstverlener op basis van een overeenkomst (zoals de overeenkomst van aanneming van werk), als werknemer kan worden aangemerkt in de zin van het Unierecht, indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is. Dit is het geval, indien de aannemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden onder leiding van de opdrachtgever handelt voor wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema en de plaats en de inhoud van het werk te kiezen, hij niet deelt in de economische risico's van die opdrachtgever en hij tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van die opdrachtgever, waarmee hij een economische eenheid vormt. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft geoordeeld dat de lidstaten van de Europese Unie dienstverleners wier situatie vergelijkbaar is met werknemers dezelfde bescherming dienen te bieden als werknemers, zoals met betrekking tot de bescherming van het

¹⁴ Idem, p. 23.

¹⁵ Staatscourant 2016, 34013, p. 4.

¹⁶ HR 16 september 1992, nr. 27830, BNB 1992/370.

¹⁷ Hoge Raad 21 april 1993, nr. 28257, BNB 1993/187.

¹⁸ Kamerstukken I 2016/17, 33 623, M, p. 10.

¹⁹ Kamerstukken II 2012/13, 33 623, nr. 4, p. 8.



wettelijk minimumloon en de wettelijke minimumvakantiebijslag.²⁰

Het voorstel strekt ertoe te voorkomen dat via een (te) lage beloning voor de opdrachtnemer opdrachtgevers oneerlijk concurreren met opdrachtgevers die wel ten minste het minimumloon betalen. Ook wordt voorkomen dat men na inwerkingtreding van de wet uitwijkt naar andere overeenkomsten dan de overeenkomst van opdracht, terwijl de feitelijke maatschappelijke positie van de arbeidskracht dezelfde is als die van de werknemer of de opdrachtnemer die hetzelfde werk verricht. Deze maatregel gaat niet verder dan voor het bereiken 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. Een wijziging van het besluit is hiervoor noodzakelijk.

Zelfstandigen, die niet afhankelijk zijn van één of enkele opdrachtgevers, financiële en commerciële ondernemersrisico's dragen en hierdoor zelfstandig hun marktpositie bepalen zijn werkzaam uit hoofde van de uitoefening van een bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van een beroep vallen dus niet onder de reikwijdte van de WML.

4. Beperking werkingsfeer (gastouders)

Via dit besluit worden gastouders die werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht uitgesloten van de WML, in verband met de bijzondere aard van de arbeidsverhouding.

Gastouders die werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht ontvangen gemiddeld € 5,60 per uur per kind. Dit is iets meer dan de maximum uurprijs waarvoor kinderopvangtoeslag, te weten € 5,52 per uur, kan worden verkregen. Gastouders vangen gemiddeld twee kinderen op en gemiddeld genomen verdienen gastouders dan ook het wettelijk minimumloon. Gastouders die één kind opvangen, verdienen minder dan het wettelijk minimumloon, maar het is gerechtvaardigd om ook deze gastouders uit te zonderen vanwege de omstandigheid dat de gastouder een deel van de opvangtijd naar eigen inzicht kan benutten.²¹ Immers, de opvang vindt plaats in de eigen woning van de gastouder zodat de gastouder een deel van de opvangtijd kan besteden aan eigen (huishoudelijke) taken. Dit maakt de arbeidsverhouding van gastouders ook uniek ten opzichte van de arbeidsverhouding van andere beroepsgroepen. Gelet hierop moeten gastouders die werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht dan ook uitgezonderd worden van de WML.

Indien er geen uitzondering wordt gemaakt heeft dit grote gevolgen voor gastouderopvang. Immers, gastouders sluiten een overeenkomst van opdracht af per ouderpaar, terwijl zij kinderen van meerdere ouderparen gelijktijdig opvangen.

Het maakt voor hun inkomsten verschil of zij twee kinderen van eenzelfde ouderpaar opvangen of twee kinderen van twee ouderparen. In het eerste geval sluit de gastouder één overeenkomst van opdracht af met het ouderpaar voor de opvang van hun twee kinderen. Dit ouderpaar is dan ten minste eenmaal het wettelijk minimumloon verschuldigd. Heeft de gastouder echter twee kinderen in de opvang die elk van een ander ouderpaar zijn, dan sluit de gastouder twee overeenkomsten van opdracht af en is er recht op twee maal het wettelijk minimumloon. Terwijl de gastouder in beide situaties evenveel arbeid verricht, zou er een groot verschil in verdiensten zijn.

Daarnaast is bij de gastouderopvang de nodige flexibiliteit vereist ten aanzien van de uren van opvang. Als een ouderpaar twee kinderen bij een gastouder onderbrengt, wil dat niet zeggen dat beide kinderen dezelfde uren aanwezig zijn, bijvoorbeeld als gevolg van verschillende schooltijden of ziekte van een van de kinderen. In de huidige praktijk wordt per kind per uur betaald en maakt het niet uit of de kinderen al dan niet gelijktijdig bij de gastouder zijn.²² Na de wijziging van de wet (waardoor personen werkzaam op basis van een overeenkomst van opdracht onder de reikwijdte van de WML komen te vallen) zouden de ouders voor ieder uur van opvang het wettelijk minimumloon dienen te betalen (en maakt het niet uit of dan één kind of beide kinderen bij de gastouder zijn).

Een alternatief dat in dit kader gezien is, is om gastouders uit te zonderen, die twee kinderen of meer gelijktijdig opvangen, en die bij de opvang van deze kinderen per uur gemiddeld het wettelijk minimumloon ontvangen. Nadeel van dit alternatief is echter dat opvang van één kind in dit geval aanmerkelijk duurder wordt, waardoor gastouders die één kind willen of kunnen opvangen waarschijnlijk hun inkomsten verliezen. In dat geval worden zowel de gastouders als de vraagouders en

²⁰ HvJ EU 12 januari 2015, C-413/13, FNV Kiem/Staat der Nederlanden, r.o. 36.

²¹ Kamerstukken II 2012/13, 33 623, nr. 6, p. 2.

²² De maximumuurprijzen waarvoor kinderopvangtoeslag kan worden ontvangen zijn vastgesteld in artikel 4 van het Besluit kinderopvangtoeslag.



kinderen gedupeerd. Ander nadeel van deze optie is dat er bij gastouders die twee kinderen opvangen een probleem kan ontstaan als een van de kinderen afvalt en de plek van dat kind niet aansluitend wordt opgevuld. Dit heeft onwenselijke gevolgen voor de vraagouder van het kind dat wel naar de opvang blijft gaan en dwingt die vraagouder in de haast onmogelijke positie erop toe te zien dat de gastouder genoeg kinderen opvangt.

Gastouders die werkzaam zijn op basis van de regeling dienstverlening aan huis vallen reeds als werknemer onder de WML en worden niet uitgesloten. De hiervoor beschreven problematiek raakt de gastouders die werkzaam zijn op basis van deze regeling niet. In dat geval is er namelijk sprake van één werkgever, de vraagouder. Ook wordt in het huis van de vraagouder opgevangen en kan de gastouder niet een deel van de opvangtijd besteden aan eigen (huishoudelijke) taken. Tot slot speelt in deze situatie niet het nadeel dat er een kind kan afvallen bij ziekte en die plek niet aansluitend wordt opgevuld, zoals hierboven is beschreven.

5. Handhavingstoets

De Inspectie heeft de handhaafbaarheid van het ontwerpbesluit beoordeeld. De Inspectie acht het ontwerpbesluit handhaafbaar, waarbij gevolg is gegeven aan het verzoek enkele onderdelen in de toelichting te verduidelijken. Zo is aan de aanbeveling gevolg gegeven door enkele voorbeelden te geven van arbeidsverhoudingen die onder de reikwijdte van het Besluit kunnen vallen. Tevens is verduidelijkt dat de criteria in paragraaf 2 om te bepalen of er sprake is van in de uitoefening van bedrijf of de zelfstandige uitoefening van beroep niet limitatief zijn. Er kunnen ook andere criteria zijn op basis waarvan de Inspectie in haar toezicht oordeelt dat er sprake is van werkzaamheden in de uitoefening van een bedrijf of de zelfstandige uitoefening van een beroep. Dit zijn de criteria die ook worden gebruikt ter beoordeling of er in fiscale zin sprake is van de uitoefening van een bedrijf of zelfstandige uitoefening van een beroep. Als laatste heeft de Inspectie aangegeven dat dit ontwerpbesluit mogelijk gevolgen heeft voor de capaciteit van de Inspectie. Eventuele extra gerealiseerde werklust die uit dit besluit voortvloeit zal binnen de bestaande inspectiecapaciteit worden opgevangen.

6. Regeldruk

Onderhavig besluit leidt ertoe dat degene die arbeid voor zich laat verrichten tegen beloning administratieve bescheiden moet kunnen overleggen om de naleving van de WML te kunnen toetsen. Deze verplichting beperkt zich uiteraard tot de situaties waarin de WML van toepassing is. Dit laatste is niet het geval als men de arbeid uit hoofde van zelfstandige uitoefening van een beroep of in de uitoefening van een bedrijf verricht.

De WML schrijft niet voor op welke wijze deze urenregistratie dient te worden bijgehouden. Hierdoor kunnen betrokkenen afspreken de tijd bij te houden op de voor hen meest eenvoudige en lastenluwe wijze. Tevens is het aannemelijk dat de gewerkte uren nu al worden bijgehouden, omdat dit van belang is voor de eigen administratie van degene voor wie de arbeid wordt verricht. Hoeveel de extra kosten in regeldruk bedragen is echter niet te kwantificeren.

Artikelsgewijze toelichting

Artikel 1, onderdelen A en B

In het huidige artikel 2 van het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag (hierna: het besluit) is een regeling opgenomen voor arbeidsverhoudingen die met een dienstbetrekking worden gelijkgesteld. Deze gelijkstelling geldt indien wordt voldaan aan de voorwaarden, genoemd in dit artikel. Artikel 2 wordt vernummerd tot artikel 1a. In verband met de eerder genoemde wijziging van de WML is in het nieuwe artikel 1a tot uitdrukking gebracht dat de gelijkstelling betrekking heeft op arbeid tegen beloning anders dan krachtens overeenkomst van opdracht. Hierbij zijn, conform de motie de huidige voorwaarden komen te vervallen dat de arbeid persoonlijk wordt verricht, voor ten minste 5 uur in de week, en voor ten minste 3 maanden. Deze criteria worden (net als bij de regeling van de overeenkomst van opdracht het geval was), conform de wens van de Eerste Kamer geschrapt, waardoor in principe alle werkenden die niet werkzaam zijn in de zelfstandige uitoefening van een beroep of bedrijf recht krijgen op het wettelijk minimumloon.

Dit kunnen werkzaamheden betreffen die uitdrukkelijk zijn uitgezonderd van de overeenkomst van opdracht (ovo), genoemd in artikel 7:400 BW, en andere werkzaamheden die niet op basis van een overeenkomst van opdracht worden verricht. De ovo, als omschreven in artikel 7:400 BW, is een overeenkomst waarbij de ene partij de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om 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 uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken. In het geval arbeid tegen beloning wordt verricht uit hoofde van een andere overeenkomst dan een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht, is artikel 1a van toepassing. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om werkzaamheden die worden verricht uit hoofde van een overeenkomst tot aanneming van werk. Ook overeenkomsten op grond waarvan arbeid wordt verricht die bestaat uit het vervoeren van goederen, zoals pakketbezorging, vallen onder de reikwijdte van het besluit. Bij een overeenkomst van vervoer gaat het om de diverse benoemde overeenkomsten van vervoer als bedoeld in Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek. Hierbij kan het gaan om het vervoer van goederen of personen. De overeenkomst van goederenvervoer is de overeenkomst, waarbij de ene partij (de vervoerder) zich tegenover de andere partij (de afzender verbindt zaken te vervoeren (artikel 8:20 BW). De overeenkomst van personenvervoer is de overeenkomst, waarbij de ene partij (de vervoerder) zich tegenover de andere partij verbindt een of meer personen (reizigers) te vervoeren (artikel 8:80 BW). Dit zijn de algemene definities van vervoer in Boek 8 van het BW. In Boek 8 zijn ook nog verdere specifieke definities opgenomen over diverse soorten van vervoer; ook indien vervoer plaatsvindt op basis van deze specifieke vervoersovereenkomsten, is sprake van een overeenkomst tegen beloning waarop dit artikel betrekking heeft. In alle gevallen geldt de uitzondering dat het niet moet gaan om werkzaamheden die in zelfstandige uitoefening van een beroep of in de uitoefening van een bedrijf worden uitgevoerd.

Artikel I, onderdeel C

In het nieuwe artikel 2 is de uitzondering geformuleerd voor gastouders die werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht. Hierbij is verduidelijkt dat deze uitzondering alleen gastouders betreft waarbij de opvang plaatsvindt op het woonadres van de gastouder en dus niet op het woonadres van een van de ouders van de kinderen voor wie de gastouder opvang biedt. Gastouders die kinderen opvangen op het adres van de zogenoemde 'vraagouder' worden beschouwd als werknemer en vallen nu al onder de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Voor deze groep is een uitzondering dus niet noodzakelijk.

Artikel II

De 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 treedt in werking met ingang van de eerste dag van de zesde kalendermaand na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin zij wordt geplaatst. In artikel II van het onderhavige besluit is geregeld dat dit besluit op hetzelfde tijdstip in werking treedt als de wet.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,