



Advies Raad van State inzake het ontwerp van een algemene maatregel van bestuur houdende wijziging van het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag inzake een tijdelijke uitzondering van het wettelijk minimumloon voor een bestaande groep zorgverleners met een familierelatie in verband met bijzondere omstandigheden

Nader Rapport

18 december 2017

Nader rapport inzake het ontwerp van een algemene maatregel van bestuur houdende wijziging van het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag inzake een tijdelijke uitzondering van het wettelijk minimumloon voor een bestaande groep zorgverleners met een familierelatie in verband met bijzondere omstandigheden

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 30 november 2017, nr. 2017002090, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde ontwerp van een algemene maatregel van bestuur rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 7 december 2017, nr. W12.17.0384/III, bied ik U hierbij aan.

Het ontwerp geeft de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) aanleiding tot het maken van enkele opmerkingen. De Afdeling constateert dat de toelichting geen duidelijkheid biedt over een tijdelijke oplossing voor de nieuwe groep familie­zorg­ver­leners, noch over een structurele oplossing voor het gesignaleerde probleem. Zolang onduidelijk is welke andere vorm van bekostiging met persoonsgebonden budgetten (pgb's) is voorzien, mist de Afdeling een overtuigende motivering voor het onderscheid tussen bestaande overeenkomsten en nieuwe overeenkomsten die worden gesloten na 1 januari 2018. Daarnaast dringt de Afdeling erop aan om op korte termijn een meer structurele, algemene oplossing voor het probleem, ook als pgb's niet aan de orde zijn, tot stand te brengen. Hieronder wordt in het algemeen ingegaan op de reikwijdte van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Wml), de motivering van het onderscheid tussen bestaande en nieuwe overeenkomsten in het ontwerpbesluit en de financiële consequenties van het besluit.

2. Voornemen wijziging regelgeving

De Afdeling wijst terecht op de sociale bescherming van degenen die op basis van een overeenkomst van opdracht (ovo) werkzaamheden verrichten tegen beloning. Tevens wijst de Afdeling erop dat de thans voorgestelde uitzondering op de Wml beperkt is tot nauwe familieverbanden en niet voor situaties als burenhulp, een heitje voor een karweitje of een vriendendienst. In deze situaties hoeft in het algemeen niet te worden voldaan aan het wettelijk minimumloon. Dit is reeds tijdens de behandeling van het wetsvoorstel om de overeenkomst van opdracht zonder nadere voorwaarden onder de Wml te brengen met de Tweede Kamer gewisseld.¹ In die situaties is er namelijk geen sprake van een juridische afdwingbare verbintenis (ovo) om tegen beloning arbeid te verrichten. Het verplichtende element (en dus ook de mogelijkheid om nakoming af te dwingen) is niet aanwezig bij hulp in familieverband, burenhulp, vriendendiensten en activiteiten in de sfeer van «heitje voor een karweitje», bijvoorbeeld een kind dat de auto wast. De minister van VWS verwijst hier terecht naar.² Dat neemt niet weg dat er in verband met de controleerbaarheid van vergoedingen ten laste van de pgb's voor gekozen is een verplichting op te leggen om een overeenkomst (een overeenkomst van opdracht, een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van vervoer³) tegen beloning af te sluiten. Hierdoor zijn overeenkomsten afgesloten, ook daar waar er eigenlijk sprake zou kunnen zijn van vrijwillige hulp in familieverband. Aangezien een dergelijke systematiek van verplichte overeenkomsten van opdracht of arbeidsovereenkomsten is gekozen, is de Wml onvoorzien van toepassing, ook in situaties die zich daar niet voor lenen, omdat het daarbij eigenlijk gaat om vrijwillige hulp in familieverband.

¹ Kamerstukken II, 2013/14, 33 623, nr. 9, p. 2.

² Kamerstukken II, 2017/18, 25 657, nr. 294, p. 2.

³ Artikel 2, derde lid, Uitvoeringsregeling Wmo 2015.



De thans voorgestelde uitzondering is inderdaad beperkt tot nauwe familieverbanden. Enerzijds zijn daar de meeste relaties te verwachten waarin hulp wordt geboden uit sociale en morele overwegingen. Anderzijds wijst de Afdeling er terecht op dat deze groep nauwkeurig te omschrijven valt. Hierdoor geeft het ook duidelijkheid aan de SVB, verstrekkers, pgb-houders en zorgverleners, welke groep zorgverleners wel en welke groep zorgverleners niet onder de gemaakte uitzondering valt.

3. Onderscheid bestaande en nieuwe contracten

a. Afwijking van het wettelijk kader

De Afdeling wijst er terecht op dat in lagere regelgeving (anders dan het onderhavige besluit) niet kan worden afgeweken van de Wml. Derhalve is het de Afdeling niet duidelijk wat de betekenis is van de opmerkingen in de toelichting van het besluit dat een nieuwe mogelijkheid voor bekostiging van pgb's zal worden gecreëerd voor nieuwe familie­zorg­ver­leners die niet vallen onder de uitzondering. De Afdeling stelt terecht dat, indien de (familie)zorg­ver­leners een opdrachtrelatie tegen beloning uit het pgb aangaan om zorg te verlenen, de Wml onverkort van toepassing wordt.

Om in de nieuwe situaties op korte termijn te voorkomen dat vrijwillige zorg en ondersteuning die vanuit sociale en morele overwegingen wordt verricht onbedoeld als een arbeidsrelatie wordt ingericht en aldus uit het pgb wordt bekostigd, zal de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport bezien of het mogelijk is in de uitvoeringsregelgeving van de Wmo 2015, Wlz en Jeugdwet voorlopig te bepalen dat (als alternatief voor zorg in natura) uit het pgb ook kleine vrijwilligersvergoedingen worden betaald voor mantelzorgers.⁴ Dergelijke vergoedingen worden dan niet verstrekt vanuit een juridische verbintenis om tegen beloning arbeid te verrichten (opdrachtrelatie overeenkomstig 7:400 e.v. BW), maar als vrijwilligersvergoeding voor werkzaamheden die zij verrichten die gebruikelijk onbetaald wordt verricht.

Zoals het kabinet al eerder heeft opgemerkt valt vrijwilligerswerk ook na de wetwijziging buiten de werkingssfeer van de Wml.⁵ De Wml sluit dus niet uit dat men voor dergelijke vrijwillige werkzaamheden een vergoeding ontvangt die zo laag is, dat deze niet in verhouding staat tot de omvang en het tijdsbeslag van het werk of een vergoeding die dient als tegemoetkoming voor gemaakte kosten.⁶ Deze mogelijkheid wordt op korte termijn uitgewerkt in de uitvoeringsregelingen en hierover zal snel verdere duidelijkheid worden verschaft. Dat laat onverlet dat indien de zorgverlening wél als een opdrachtrelatie wordt aangegaan na 1 januari 2018, onverkort het Wml van toepassing is.

b. Gerechvaardigd onderscheid

De Afdeling geeft aan dat, zolang onduidelijk is welke andere vorm van bekostiging met pgb's is voorzien, zij 'vooralsnog onvoldoende redenen [ziet] op grond waarvan het gemaakte onderscheid wordt gerechtvaardigd'. Het kabinet heeft er vertrouwen in dat, gegeven de bovenstaande verduidelijking van de tijdelijke oplossing, de rechtvaardiging van dit onderscheid beter over het voetlicht komt. Tevens wil het kabinet benadrukken dat er geen sprake is van ongelijke behandeling voor gelijke gevallen. De bestaande overeenkomsten zijn afgesloten onder de wetgeving die gold voor 1 januari 2018, waarbij in de meeste gevallen geen verplichting tot betaling minimumloon gold,⁷ terwijl overeenkomsten voor de toekomst, na 1 januari 2018, wel moeten voldoen aan de dan geldende wetgeving. Dit noopt ertoe dat bestaande pgb-houders met hun familie­zorg­ver­leners hun huidige contractuele situatie en moeten wijzigen, terwijl in de nieuwe gevallen bij maken van de afspraken rekening kan worden gehouden dat op overeenkomsten zoals de zogenoemde 'OVO-familie' de Wml van toepassing is. Hierbij refereert het kabinet tevens naar de tijdelijke oplossing die gepresenteerd is in paragraaf 3a. Bovendien zullen de voor 1 januari 2018 gesloten overeenkomsten die in het overgangsjaar 2018 worden herzien, op dat moment wél moeten voldoen aan de verplichtingen uit de WML.

c. Bestaande ovo door een nieuwe vervangen

De Afdeling stelt terecht dat pgb-houder en familie­zorg­ver­lener de mogelijkheid houden om een nieuwe overeenkomst te sluiten, die alsdan aan het wettelijk minimumloon zou moeten voldoen. Dit

⁴ In de Wet op de loonbelasting 1964, artikel 2, zesde lid, wordt een limiet gesteld van € 150 per maand en € 1.500 per jaar aan de vergoedingen en verstrekkingen die men ontvangt.

⁵ Kamerstukken II, 2012–2013, 33 623, nr. 3, p. 3.

⁶ Kamerstukken II, 2012–2013, 33 623, nr. 6, p. 5

⁷ Op dit moment geldt het wettelijk minimumloon en vakantiebijslag reeds in die situaties waarin een budgethouder en een zorgverlener/ondersteuner een arbeidsovereenkomst zijn aangegaan, of een overeenkomst van opdracht tegen beloning zijn aangegaan, indien aan de zorgverlener langer dan 3 maanden voor meer dan 5 uur in de week persoonlijk arbeid verricht en de zorgverlener geen zelfstandige ondernemer is.



hoeft evenwel niet het geval te zijn, nu de Afdeling terecht stelt dat het in veel gevallen lijkt te gaan om situaties waarin sociale en morele overwegingen prevaleren en het hier tevens gaat om nauwe familierelaties. Dat laat onverlet dat, indien de opdrachtrelatie prevaleert, en zowel pgb-houder als zorgverlener behoefte hebben aan de totstandkoming van een nieuwe overeenkomst, zij zich tot de verstrekker kunnen wenden. In het kader van de Wmo 2015 en de Jeugdwet zal dan door de gemeente (opnieuw) gekeken moeten worden naar de zorgbehoefte, eventuele algemene voorzieningen, de mogelijkheden van onbetaalde ondersteuning uit het sociale netwerk en de zorg die met een pgb ingekocht kan worden. De gemeente kan dan een pgb toekennen met een uurtarief en aantal uren in te kopen zorg en een nieuwe overeenkomst tussen de pgb-houder en de zorgverlener goedkeuren waarna de SVB tot betaling kan overgaan. Die heroverweging zal dan vermoedelijk verder gaan dan enkel het ophogen van het uurtarief voor een bestaande overeenkomst, waar de Afdeling aan lijkt te refereren. Daarom is besloten de bestaande familie­zorgverlener­en de mogelijkheid te laten houden bestaande overeenkomsten te respecteren, in afwachting van de structurele oplossing die momenteel door het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport in voorbereiding is. De mogelijkheid dat bestaande overeenkomsten in het nieuwe jaar heroverwogen worden, houdt tevens de verwachting in dat de thans geïdentificeerde groep met overeenkomsten die met het onderhavige besluit gerespecteerd worden, in 2018 geleidelijk aan kleiner zal worden. De nota van toelichting is hierop aangepast.

d. Financiële consequenties

De Afdeling wijst erop dat de toelichting niet ingaat op de financiële consequenties van de toepasselijkheid van de Wml per 1 januari 2018. Nu dit besluit echter ziet op een uitzondering van de Wml voor een kleine groep bestaande familie­zorgverlener­en en niet op het van toepassing zijn (of worden) van de Wml, zijn er aan dit besluit geen financiële consequenties verbonden.

4. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om te verduidelijken dat de SVB in geval van een Zvw-pgb niet de overeenkomsten goedkeurt, omdat er geen sprake is van een trekkingsrecht. In dat geval geldt de uitzondering voor de overeenkomsten met familie-leden waarvan de SVB in het kader van zijn ondersteuningstaak voor 1 januari 2018 kennis heeft genomen.

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,
W. Koolmees.*



Advies Raad van State

No. W12.17.0384/III
's-Gravenhage, 7 december 2017

Aan de Koning

Bij Kabinetsmissive van 30 november 2017, no.2017002090, 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 inzake een tijdelijke uitzondering van het wettelijk minimumloon voor een bestaande groep zorgverleners met een familierelatie in verband met bijzondere omstandigheden, met nota van toelichting.

Het ontwerpbesluit strekt ertoe een tijdelijke uitzondering te creëren op de toepasselijkheid van het wettelijk minimumloon (wml) in het geval van overeenkomsten van opdracht (ovo) voor zorgverlening in de familiesfeer en de beloning voor die zorg wordt bekostigd met een persoonsgebonden budget (pgb).

De Afdeling advisering van de Raad van State onderkent het belang om, als in nauwe familieverbanden zorg wordt verleend en de beloning voor die zorg wordt bekostigd met een pgb, een uitzondering te maken op de toepassing van de Wet minimumloon en minimum vakantiebijslag (Wml), zoals die per 1 januari 2018 zal gelden.

De Afdeling merkt op dat de toelichting geen duidelijkheid biedt over een tijdelijke oplossing in de vorm van 'een andere wijze van bekostiging van pgb's' noch over een structurele oplossing voor het gesignaleerde probleem. Zolang onduidelijk is welke andere vorm van bekostiging met pgb's is voorzien, mist de Afdeling een overtuigende motivering voor het onderscheid dat in het ontwerpbesluit wordt gemaakt tussen ovo's in nauwe familierelaties met bekostiging vanuit een pgb die zijn aangegaan vóór 1 januari 2018 en ovo's die na die datum worden aangegaan. De uitzondering voor bestaande overeenkomsten zou zich dan ook moeten uitstrekken tot in 2018 tot stand te brengen overeenkomsten. De Afdeling mist daarnaast een passage waarin op de financiële consequenties van de toepasselijkheid van de Wml wordt ingegaan.

Daarnaast dringt de Afdeling erop aan om op korte termijn een meer structurele, algemene oplossing voor het probleem, ook als pgb's niet aan de orde zijn, tot stand te brengen.

De Afdeling is van oordeel dat deze opmerkingen over het ontwerpbesluit van dien aard zijn dat zij adviseert het besluit niet vast te stellen dan nadat daarmee rekening is gehouden.

1. Inleiding

Op 1 januari 2018 treedt een wijziging in werking van de Wml. Het recht op wml en minimum vakantiebijslag gaat dan gelden voor alle personen die tegen beloning arbeid verrichten op basis van een overeenkomst van opdracht.¹ Reden van deze wetswijziging is het tegengaan van oneerlijke concurrentie en schijnconstructies. De Wml is nu al van toepassing, indien langer dan drie maanden voor meer dan 5 uur per week persoonlijke arbeid wordt verricht.

Op grond van de huidige zorgwetten² is in de regeling voor persoonsgebonden budgetten de verplichting opgenomen om voor zorgverlening, ook als deze in familieverband plaatsvindt, een arbeidsovereenkomst, een overeenkomst van opdracht (ovo) of een overeenkomst van vervoer te hebben. Controle op de te verstrekken vergoedingen heeft tot deze voorwaarde geleid.

De inwerkingtreding per 1 januari 2018 van de gewijzigde Wml heeft het onvoorziene gevolg dat voor de zorgverlening in familieverband steeds het wml gaat gelden. De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) is van mening dat zorg en ondersteuning die vanuit sociale en morele overwegingen wordt verricht niet aanstonds dient te worden aangemerkt als een arbeidsrelatie.³ Het gaat, zo stelt de minister, hierbij om hulp in familieverband, maar het kan ook gaan om zogenaamde burenhulp, een 'heitje voor karweitje' en ook vriendendiensten.

De Minister van VWS heeft aangekondigd voornemens te zijn de regelgeving aan te passen om te voorkomen dat vrijwillige zorg en ondersteuning die vanuit sociale en morele overwegingen wordt verricht (bijvoorbeeld in een familierelatie) als een arbeidsrelatie moet worden beschouwd. Die regelgeving vereist nog nadere doordinking. Deze regelgeving zal ook niet op korte termijn zijn

¹ Tenzij zij dit doen in zelfstandige uitoefening van beroep of bedrijf.

² Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015), Wet langdurige zorg (Wlz), Jeugdwet en Zorgverzekeringswet (Zvw).

³ Kamerstukken II 2017/18, 25 657, nr. 294, blz. 2.



gerealiseerd. Voor de korte termijn zal in de uitvoeringsregelgeving van de Wmo 2015, Wlz en Jeugdwet 'een nieuwe mogelijkheid [worden opgenomen] om dit soort situaties te bekostigen met een pgb'.⁴ Bij het aangaan van nieuwe verbintenissen en bij de vaststelling van tarieven na 1 januari 2018 zal, zo vermeldt de nota van toelichting, rekening gehouden moeten worden met de Wml zoals die per 1 januari 2018 geldt. Voor bestaande overeenkomsten biedt dit evenwel geen oplossing, aldus de toelichting. Daartoe dient de onderhavige tijdelijke algemene maatregel van bestuur. Deze bevat een uitzondering op de Wml voor nauwe familierelaties. Het gaat om echtgenoten, partners, ouders, kinderen, (schoon)broers en (schoon)zusters.

2. Voornemen wijziging regelgeving

De Afdeling onderkent het belang om te voorkomen dat zorg en ondersteuning die structureel uit sociale en morele overwegingen wordt verricht, in formele zin van aanvang af wordt aangemerkt als een arbeidsrelatie met als gevolg onder meer dat de Wml van toepassing wordt. Met het vastleggen van deze vorm van zorgverlening in een ovo is het belang van een effectieve controle op de rechtmatigheid van bestedingen bij pgb's en de budgettaire beheersbaarheid van het pgb-stelsel gediend. Er is echter ook begrip voor de gerealiseerde aanpassing van de Wml om daarmee oneerlijke concurrentie en schijnconstructies te voorkomen. Sociale bescherming van degenen die op basis van een ovo werkzaamheden verrichten speelt daarbij een belangrijke rol.

Het is de kunst tussen de Scylla en Charibdis van deze uitgangspunten heen te varen. Over de reikwijdte van het onderhavige besluit en van de toekomstige regelgeving voor na dit tijdelijke besluit maakt de Afdeling onder a een opmerking. Onder b maakt de Afdeling een opmerking over de gelegde koppeling met bekostiging vanuit een pgb.

- a. De Afdeling merkt op dat de thans voorgestelde uitzondering op de Wml beperkt is tot nauwe familieverbanden. Die beperking heeft het voordeel dat zij nauwkeurig te omschrijven valt. In het tijdelijke ontwerpbesluit is echter geen uitzondering opgenomen voor andere relaties waarin sociale en morele overwegingen om hulp prevaleren boven de opdrachtrelatie. In de eerder genoemde brief van 24 november 2017 noemt de Minister van VWS daarnaast ook situaties als burenhulp, een 'heitje voor karweitje' en ook een vriendendienst.⁵ Verder kan in nauwe familierelaties, maar ook in de andere genoemde verbanden onder omstandigheden de opdrachtrelatie boven andere overwegingen prevaleren. Dan zou een uitzondering op de betaling van het minimumloon minder voor de hand liggen.
De Afdeling adviseert in de toelichting dragend te motiveren waarom andere situaties zoals hierboven omschreven, niet zijn meegenomen en nader te motiveren hoe de reikwijdte van een meer structurele uitzondering zal worden bepaald. Enig zicht op de gewenste eindsituatie is daarvoor relevant.
- b. Voorts is onduidelijk of deze uitzondering slechts met het oog op de pgb-systematiek of meer algemeen als uitzondering op de Wml moet worden geformuleerd. Het onvoorziene gevolg dat thans in het licht van het pgb-stelsel manifest is geworden, kan zich ook voordoen als er geen bekostiging via een pgb plaatsvindt. Het komt de Afdeling in dit licht voor dat een structurele, algemene oplossing dringend gewenst is. Het is nodig in de toelichting in te gaan op de aard en omvang van een structurele uitzondering. De Afdeling adviseert daartoe.

3. Onderscheid bestaande en nieuwe contracten

De toelichting bij het ontwerpbesluit stelt dat in de uitvoeringsregelgeving van de Wmo 2015, Wlz en Jeugdwet een nieuwe mogelijkheid zal worden opgenomen om de soort situaties waarop het ontwerpbesluit ziet, te bekostigen met een pgb. De toelichting stelt ook dat bij het aangaan van nieuwe verbintenissen het wml onverkort zal gelden.

De Afdeling merkt het volgende op.

a. Afwijking van het wettelijk kader

Naar het oordeel van de Afdeling kan in lagere regelgeving (anders dan op de grondslag van de Wml) niet worden afgeweken van de Wml, zoals die per 1 januari 2018 geldt. Dit betekent dat de opmerking in de toelichting dat per die datum het wml onverkort zal gelden voor nieuwe contracten juist is, maar dat het de Afdeling niet duidelijk is wat de betekenis is van de opmerking dat een nieuwe mogelijkheid voor bekostiging van pgb's zal worden gecreëerd voor de thans uitgezonderde familierelaties. Indien die worden vormgegeven als een ovo, zal ook in die situaties de Wml gelden, terwijl voorts aan de eis

⁴ Toelichting, derde alinea.

⁵ Zie de in noot 3 genoemde brief, blz. 2.



in de zorgwetgeving moet worden voldaan dat de hoogte van een pgb toereikend moet zijn.⁶ Het is nodig dat over de aard en omvang van de nieuwe mogelijkheid van bekostiging van pgb's op korte termijn duidelijkheid ontstaat. De Afdeling adviseert die te verschaffen.

b. Gerechtvaardigd onderscheid

Het ontwerpbesluit regelt slechts een uitzondering voor bestaande situaties waarin bekostiging via een pgb plaatsvindt in familierelaties. In na 1 januari 2018 aan te gane verbintenissen geldt de Wml onverkort. Zolang onduidelijk is welke 'andere vorm van bekostiging met pgb's' is voorzien voor nieuwe situaties vergelijkbaar met die welke in dit ontwerpbesluit worden uitgezonderd van de toepassing van de Wml, rijst de vraag hoe het onderscheid tussen bestaande en nieuwe gevallen van bekostiging met pgb's in nauwe familierelaties wordt gerechtvaardigd.

Daartoe merkt de Afdeling op dat de overwegingen om voor de pgb-bekostiging een uitzondering te formuleren voor familierelaties op de toepasselijkheid van de Wml evenzeer gelden in de na 1 januari 2018 aan te gane verbintenissen die een ovo in een familierelatie zijn.

Dat bestaande overeenkomsten zouden moeten worden aangepast om te voldoen aan de eisen die voortvloeien uit de Wml wat betreft de beloning om rechtmatige betaling uit het pgb te kunnen voortzetten, zoals de nota van toelichting opmerkt⁷ is naar het oordeel van de Afdeling evenmin een reden om een onderscheid te maken tussen bestaande en nieuwe verbintenissen. In beide gevallen zal aan het dwingende recht van de Wml moeten worden voldaan.

Zolang onduidelijk is welke andere vorm van bekostiging met pgb's is voorzien ziet de Afdeling, mede in het licht van de toepasselijke internationale gelijkheidsnormen en artikel 1 van de Grondwet, voorsnag onvoldoende redenen op grond waarvan het gemaakte onderscheid wordt gerechtvaardigd.

c. Bestaande ovo door een nieuwe vervangen

Uit de toelichting⁸ blijkt dat voor partijen die onder de uitzondering vallen, de mogelijkheid bestaat om de ovo te beëindigen en een nieuwe ovo te sluiten. Ervan uitgaande dat er in zo'n geval geen goede redenen zijn voor een herindicatie van de inhoudelijke zorgbehoefte, betekent dit dat het uit te keren pgb-budget in overeenstemming met het wml zal moeten worden verhoogd.⁹ Niet duidelijk is wat partijen ervan zal weerhouden om deze weg te bewandelen en aldus een hoger budget te ontvangen. Om de voorgestelde uitzondering betekenis te laten hebben, is het volgens de Afdeling nodig dat deze zich ook uitstrekt over de in 2018 tot stand te brengen ovo's, tenzij de andere vorm van bekostiging met een pgb die kennelijk is voorzien, het aangaan van een ovo of andere arbeidsrelatie uitsluit.¹⁰

d. Financiële consequenties

De toelichting gaat niet in op de gevolgen die de toepasselijkheid van de Wml per 1 januari 2018 heeft voor vaststelling van de te verstrekken budgetten en de normstellingen ten aanzien van de tarieven. De Afdeling gaat ervan uit dat de (maximum)tarieven waarmee bij de verstrekking van pgb's rekening wordt gehouden zullen worden afgestemd op de nieuwe situatie.¹¹ Voor de bestaande overeenkomsten die doorlopen in 2018 zullen, in overeenstemming met de volgens die ovo's overeengekomen vergoedingen, de bestaande budgetten worden verstrekt, maar dat geldt niet voor te wijzigen of nieuwe overeenkomsten.

e. Conclusie

De Afdeling concludeert dat, zolang onduidelijk is welke andere vorm van bekostiging met pgb's is voorzien, geen overtuigende motivering is gegeven voor het onderscheid dat in het ontwerpbesluit wordt gemaakt tussen ovo's met pgb-bekostiging in nauwe familierelaties die zijn aangegaan vóór 1 januari 2018 en dergelijke ovo's die na die datum worden aangegaan. De uitzondering voor bestaande overeenkomsten zou zich dan ook tevens moeten uitstrekken naar in 2018 tot stand te

⁶ Onder andere artikel 2.1.3, tweede lid, onder b, van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 en artikel 3.3.3, zesde lid, van de Wet langdurige zorg.

⁷ Toelichting, vijfde alinea.

⁸ Toelichting, laatste alinea.

⁹ Dit mede gelet op het vereiste dat de hoogte van een persoonsgebonden budget toereikend moet zijn (zie onder andere artikel 2.1.3, tweede lid, onder b, van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 en artikel 3.3.3, zesde lid, van de Wet langdurige zorg).

¹⁰ Daarmee zou ook, zoals in punt 1 aan de orde is geweest, meer recht worden gedaan aan de in de toelichting aan het ontwerpbesluit ten grondslag gelegde motivering.

¹¹ Dat zal veelal een verhoging van de maximaal te verstrekken bedragen betekenen nu minimaal het wml zal moeten worden betaald.



brengen overeenkomsten. De Afdeling mist ook een passage waarin op de financiële consequenties van de toepasselijkheid van de Wml wordt ingegaan.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging in dezen geen besluit te nemen dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*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 inzake een tijdelijke uitzondering van het wettelijk minimumloon voor een bestaande groep zorgverleners met een familierelatie in verband met bijzondere omstandigheden;

Op de voordracht van van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 28 november 2017, nr. 2017-0000190494;

Gelet op artikel 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 van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van [niet invullen],

Hebben goedgevonden en verstaan:

ARTIKEL I

In paragraaf 2 van het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 2aa

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:

- a. krachtens een overeenkomst van opdracht tegen beloning maatschappelijke ondersteuning als bedoeld in artikel 1.1.1 van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015, jeugdhulp als bedoeld in artikel 1.1 van de Jeugdwet, zorg als bedoeld in artikel 1.1.1 van de Wet langdurige zorg of een prestatie als bedoeld in artikel 11 van de Zorgverzekeringswet verleent, indien zijn beloning door de opdrachtgever bekostigd wordt met een persoonsgebonden budget, onderscheidenlijk een Zvw-pgb als bedoeld in die wetten;
- b. een bloed- of aanverwant in de eerste of tweede graad, de echtgenoot, geregistreerd partner of een andere levensgezel is van degene met wie die overeenkomst is gesloten;
- c. deze overeenkomst is goedgekeurd door de Sociale Verzekeringsbank voor 1 januari 2018; en
- d. met zijn opdrachtgever een tarief is overeengekomen voor de verleende zorg dat zo nodig omgerekend lager dan € 10,93 per gewerkt uur ligt.

ARTIKEL II

Artikel 2aa van het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag vervalt met ingang van 1 januari 2019.

ARTIKEL III

Dit besluit treedt in werking met ingang van 1 januari 2018.

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

Bij de hervorming van de langdurige zorg en ondersteuning per 1 januari 2015 is aangesloten bij de daarvoor reeds ontstane uitvoeringspraktijk met betrekking tot vergoedingen voor informele ondersteuning of zorg uit het persoonsgebonden budget (pgb). Hiervoor is gekozen omdat de ontstane uitvoeringspraktijk leidde tot pragmatische en doelmatige oplossingen, afgestemd op de kenmerken van de situatie waarin zorg of ondersteuning geboden was. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om hulp in familieverband, zoals het oppassen van grootouders op kinderen om een ouder of mantelzorger te ontlasten. In situaties als deze wordt vaak een vergoeding per periode toegekend. In de huidige regelgeving in de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015), Jeugdwet, Wet langdurige zorg (Wlz) en Zorgverzekeringswet (Zvw) is hierbij de verplichting opgenomen om voor deze zorg een formele arbeidsovereenkomst, overeenkomst van opdracht (ovo) of overeenkomst van vervoer op te stellen. Dit was nodig, om controle en uitbetaling uit het pgb door de SVB mogelijk te maken.

Deze formalisering heeft echter het destijds onvoorziene effect dat dergelijke relaties als arbeidsrelatie worden aangemerkt, waardoor de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Wml) van toepassing is.¹ Op grond van de huidige Wml geldt het recht op wettelijk minimumloon en vakantiebijslag reeds in de situaties waarin een budgethouder een zorgverlener of ondersteuner tegen beloning arbeid laat verrichten, deze geen zelfstandige ondernemer is en voldoet aan een aantal criteria.² Op 1 januari 2018 treedt een wijziging van de Wml in werking die de verplichting tot het betalen van het wettelijk minimumloon uitbreidt naar alle vormen van arbeid tegen beloning niet zijnde vanuit beroep of bedrijf.³ Dit raakt voor wat betreft de zogenoemde 'ovo familie',⁴ de bestaande uitvoeringspraktijk van pgb's voor informele ondersteuning, hulp en zorg door familieleden die op grond van de Wmo 2015, Jeugdwet, Zvw en Wlz gangbaar zijn. Er is bij deze groep familieleden geen sprake van een privaatrechtelijke dienstbetrekking (arbeidsovereenkomst), indien het een arbeidsrelatie is die wordt beheerst door de familieverhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer.⁵ Er is in dat geval dus sprake van een overeenkomst van opdracht (ovo) om zorg te verlenen (gezien de hiervoor genoemde verplichtingen om een ovo af te sluiten in de zorgwetten). Aangezien het daarmee in het kader van de Wml gaat om een juridische verbintenis om tegen beloning arbeid te verrichten en dus om een arbeidsrelatie, valt deze groep per 1 januari 2018 geheel onder het wettelijk minimumloon, ongeacht het aantal gewerkte uren.

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport heeft het voornemen bekendgemaakt om regelgeving aan te passen om te voorkomen dat vrijwillige zorg en ondersteuning die vanuit sociale en morele overwegingen wordt verricht (bijvoorbeeld in een familierelatie) onbedoeld als een arbeidsrelatie wordt ingericht.⁶ Voor de korte termijn zal dit gerealiseerd worden door in de uitvoeringsregelgeving van de Wmo 2015, Wlz en Jeugdwet een nieuwe mogelijkheid op te nemen om dit soort situaties te bekostigen met een pgb. Dit betreft echter geen oplossing voor bestaande overeenkomsten van opdracht. Een structurele oplossing voor de langere termijn zal verder moeten worden doordacht, mogelijk leiden tot wetswijziging en is derhalve niet op korte termijn gerealiseerd.

Het is van groot belang dat in de tussentijd voorkomen wordt dat het hierboven gesignaleerde effect tot onzekerheid leidt voor bestaande budgethouders en hun ondersteuners met een familierelatie, terwijl tegelijkertijd deze structurele wijziging in de pgb-systematiek wordt vormgegeven. Daarom wordt een uitzondering voor de toepassing van de Wml geregeld, om bestaande overeenkomsten voor deze specifieke groep te eerbiedigen. Van belang is dat deze uitzondering in tijd beperkt blijft. Daarom wordt voorgesteld een tijdelijke uitzondering van een jaar te maken, in verband met de hiervoor genoemde bijzondere omstandigheden. Deze uitzondering geldt uitsluitend voor bestaande overeenkomsten van opdracht. Colleges van burgemeester en wethouders, zorgverzekeraars, budgethouders en zorgaanbieders zullen bij het aangaan van nieuwe verbintenissen en bij de vaststelling van tarieven na 1 januari 2018 rekening houden met de Wml zoals die vanaf dat moment geldt.

Op basis van artikel 3, tweede lid, Wml kan in verband met de bijzondere aard van de arbeidsverhouding of bijzondere omstandigheden worden bepaald dat de arbeidsverhouding van een bepaalde categorie niet onder dienstbetrekking wordt verstaan. Aangezien bij de formalisering van informele zorg, ondersteuning of hulp door familieleden is onvoorzien dat dit als arbeidsrelatie in de zin van de Wml wordt aangemerkt, wordt thans gebruik gemaakt van deze grondslag om een kleine groep

¹ Dit is een dienstbetrekking voor de Wml.

² Zo moest er langer dan 3 maanden voor meer dan 5 uur in de week persoonlijk arbeid worden verricht. Artikel 2 van het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag.

³ Stb. 2017, 290.

⁴ Overeenkomst van opdracht die is gesloten met een partner of 1^e- of 2^e-graads familie.

⁵ Zie bijvoorbeeld Centrale Raad van Beroep 05 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1305.

⁶ PM Kamerbrief.



zorgverleners in de familiale sfeer tijdelijk uit te zonderen van de Wml. Hiermee wordt voorkomen dat de betalingen aan deze zorgverleners na de rechtmatigheidstoets door de SVB worden stopgezet in verband met strijd met het wettelijk minimumloon. De uitzondering betreft de huidige groep zorgverleners die uit het pgb betaald worden, een nauwe familierelatie hebben met de budgethouder en die een tarief hebben in de bestaande overeenkomst die niet voldoet aan de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Gekozen is voor een tarief van € 10,93 per uur. Bij dergelijke zorgverlening is namelijk veelal gekozen voor een all-inbeloning, dat wil zeggen dat de minimumvakantiebijslag in het uurtarief is verdisconteerd. Bij een uurbeloning van € 10,93 voldoet de overeenkomst ten aanzien van afgesproken beloning aan het wettelijk minimumloon inclusief minimumvakantiebijslag, uitgaande van een normale arbeidsduur van 36 uur per week. Bij de overige overeenkomsten, die een tarief hebben dat wel aan het wettelijk minimumloon voldoet, dient de daadwerkelijke uitvoering, bijvoorbeeld het aantal uren dat voor de overeenkomst tegen het afgesproken tarief wordt gewerkt, in overeenstemming te zijn met de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Deze uitzondering voorkomt dat overeenkomsten vóór 1 januari 2018 moeten worden aangepast om rechtmatige betaling uit het pgb te kunnen voortzetten, terwijl op korte termijn een structurele oplossing wordt geïmplementeerd. De kleine uitgezonderde groep betreft naar verwachting 6.400 budgethouders met een bestaande 'ovo familie'. Deze tijdelijke uitzondering heeft geen effect op de administratieve lasten.

Nieuwe overeenkomsten van opdracht om zorg te verlenen die na 31 december 2017 worden afgesloten, zullen aan de wettelijke eisen, waaronder het betalen van het wettelijk minimumloon moeten voldoen. Dit geldt ook voor overeenkomsten met familieleden (c.q. een bloed- of aanverwante in de eerste of tweede graad, de echtgenoot, geregistreerd partner of een andere levensgezel). De verstrekkers zullen hier bij de vaststelling van tarieven bij de toekenning van budgetten rekening mee houden. SVB zal de nieuwe overeenkomsten hierop toetsen.⁷ Van belang is dat in de (model)overeenkomsten van opdracht die onder de Wml vallen dan een bepaling is of wordt opgenomen over de periodieke opeisbaarheid van de minimumvakantiebijslag.

De SVB geeft aan dat dit uitvoerbaar is en de Inspectie SZW heeft het Besluit getoetst op handhaafbaarheid. Op verzoek van de SVB en de Inspectie SZW zijn in de toelichting enkele verduidelijkingen opgenomen. SVB krijgt de instructie hoe om te gaan met bestaande budgethouders die onder de uitzondering vallen, indien deze contact opnemen met SVB met het verzoek om het uurloon te verhogen naar het wettelijk minimumloon. Indien budgethouders het verzoek doen om de overeenkomst te wijzigen, dient de SVB de wijziging van de overeenkomst af te handelen. De budgethouder wordt, indien nodig, geadviseerd om in contact te treden met de verstrekker om middels een keukentafelgesprek helderheid te krijgen of hier sprake is van een arbeidsrelatie of informele zorg in sociale context. Op basis daarvan wordt dan de OVO en mogelijk het uurloon aangepast. Deze actie zal door de betrokken ketenpartijen in samenwerking met de SVB worden uitgevoerd. Deze werkwijze zal vigeren tot 1 januari 2019. Op die datum is naar verwachting een definitieve werkwijze gerealiseerd voor informele zorg of ondersteuning (in de familiale sfeer). Dit brengt met zich mee dat er voor 1 oktober 2018 duidelijkheid moet bestaan over de (structurele) situatie per 1 januari 2019. Dit tijdelijke besluit verandert niets aan de fiscale behandeling van de pgb-uitkeringen.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,

⁷ De SVB heeft deze bevoegdheid op grond van artikel 2, derde lid, Uitvoeringsregeling Wmo 2015, artikel 8, tweede lid, Regeling Jeugdwet, artikel 5.23, eerste lid, Regeling langdurige zorg.