

Kenmerk	W12.18.0299/III
Datum aanhangig	3 oktober 2018
Datum vastgesteld	21 november 2018
Datum advies	23 november 2018
Vindplaats	Staatscourant 2020, nr. 1195

## Volledige tekst

Bij Kabinetsmissive van 3 oktober 2018, no.2018001752, 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 tot wijziging van het Besluit arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie, houdende regels over de meldingsplicht voor transnationale dienstverrichters en de persoonsgegevens die in verband met transnationale dienstverrichting worden verwerkt, met nota van toelichting.

In het ontwerpbesluit worden enkele bepalingen uit de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (hierna: de wet) nader uitgewerkt. Het ontwerpbesluit wijst onder meer risicosectoren aan waarin een meldingsplicht geldt voor zelfstandigen.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de motivering van het aanwijzen van de risicosectoren en de aard en toepassing van de criteria daarbij. In verband daarmee is aanpassing van de toelichting wenselijk.

## 1. Inleiding

Het ontwerpbesluit betreft een nadere invulling van enkele delegatiebepalingen uit de wet. Met de wet is de Handhavingsrichtlijn (zie noot 1) geïmplementeerd. De Handhavingsrichtlijn is erop gericht de handhaving van de Detacheringsrichtlijn (zie noot 2) te versterken, om misbruik van de rechten van internationaal gedetacheerde werknemers tegen te gaan. De Handhavingsrichtlijn geeft lidstaten in dit kader onder meer de mogelijkheid een meldingsplicht voor dienstverrichters in te stellen. De wet benut deze mogelijkheid door een meldingsplicht te introduceren voor dienstverrichters die een werknemer ter beschikking stellen. Voor zelfstandigen is in de wet een meldingsplicht geïntroduceerd indien zij werken in bij algemene maatregel van bestuur (amvb) aan te wijzen sectoren. (zie noot 3) Doel daarvan is om de handhavende instanties meer inzicht te geven in de aanwezigheid van gedetacheerde werknemers in Nederland. Het reikt te ver om alle zelfstandigen een administratieve plicht op te leggen. Daarom is er voor gekozen om alleen risicosectoren aan te wijzen, waarin een reëel risico bestaat dat arbeidskrachten die feitelijk kwalificeren als werknemers, tewerk worden gesteld onder de mantel van zelfstandigheid, om de in Nederland geldende regels omtrent minimumarbeidsvoorwaarden te ontduiken, aldus de

toelichting. (zie noot 4) Het ontwerpbesluit wijst risicosectoren aan waarin zelfstandigen verplicht worden tot het doen van een melding.

Uit de toelichting blijkt dat bij het aanwijzen van risicosectoren vijf criteria zijn gehanteerd:

- 1) een sector valt in elk geval niet onder de meldingsplicht, indien in deze sector geen zelfstandigen werkzaam zijn, en juist wel naarmate in de sector sprake is van een relatief groot aantal als zelfstandige werkzame personen of indien op korte termijn een grote toename wordt verwacht;
- 2) een sector valt niet onder de meldingsplicht, indien in de desbetreffende sector geen detachering door buitenlandse dienstverrichters plaatsvindt;
- 3) de desbetreffende sector is door de Inspectie SZW erkend als een risicosector (dit wil zeggen dat uit een inspectie-brede risicoanalyse is gebleken dat er een verhoogd risico is op het voorkomen van oneerlijk, dan wel ongezond en onveilig werk);
- 4) de desbetreffende sector is, naast de Inspectie SZW, erkend als een risicosector door vertegenwoordigers van werknemers en werkgevers;
- 5) tot slot is gekeken naar sectoren waarin relatief veel werknemers ten hoogste 130% van het wettelijk minimumloon verdienen.

Deze criteria worden in samenhang betrokken, zodat uitgesloten is dat een sector op basis van een enkel criterium is of wordt aangewezen, aldus de toelichting. (zie noot 5)

## **2. Aanwijzing risicosectoren**

Bij de mogelijkheden die het Unierecht lidstaten biedt om misbruik bij dienstverlening te bestrijden is vereist dat de in dat kader genomen maatregelen een inbreuk op het vrij verkeer van diensten kunnen rechtvaardigen en ook evenredig zijn aan dat doel. (zie noot 6) De gestelde eisen moeten daarbij geschikt zijn om de nagestreefde doelen te bereiken en niet verder gaan dan wat nodig is om deze doelen te bereiken. Dit dient ook gemotiveerd te worden. (zie noot 7) Iedere aanwijzing van een risicosector vergt dan ook een afzonderlijke motivering ten aanzien van de rechtvaardiging en evenredigheid daarvan, mede met het oog op eventuele procedures waarin de aanwijzing wordt aangevochten. Ditzelfde geldt voor de aanwijzing van de sectoren die zijn uitgezonderd van de vereenvoudigde meldingsplicht. (zie noot 8)

Het valt de Afdeling in dit verband op dat de genoemde criteria voor de aanwijzing van risicosectoren vooral procedureel van aard zijn en in het licht van de hiervoor geschetste doelstellingen onvoldoende houvast bieden om te kunnen motiveren waarom de betreffende risicosectoren zijn aangewezen. De eerste twee criteria zijn naar hun aard uitsluitingsgronden.

Het derde tot en met het vijfde criterium vormen de wezenlijke beoordelingscriteria voor de aanwijzing van risicosectoren. Het derde en vierde criterium bieden echter nauwelijks inhoudelijke duiding van de situatie waarin de Inspectie SZW op grond van een risicoanalyse, (zie noot 9) dan wel de sociale partners, tot erkenning van een risicosector komen. Daardoor is het voor sectoren in het beroeps- en bedrijfsleven niet op voorhand inzichtelijk welke elementen kunnen leiden tot aanwijzing als risicosector.

In de toelichting is voorts vermeld dat de criteria in samenhang worden betrokken, zodat uitgesloten is dat een sector op basis van een enkel criterium is of wordt aangewezen. (zie noot 10)

De Afdeling onderschrijft de gedachte dat een enkele erkenning als risicosector door vertegenwoordigers van de werkgevers en werknemers onvoldoende is, omdat voorkomen

moet worden dat concurrentieverhoudingen een rol zouden kunnen gaan spelen bij het aanwijzen van risicosectoren. Ook de Inspectie SZW moet in dat geval de betreffende sector als zodanig hebben erkend.

Tegen deze achtergrond is het de Afdeling opgevallen dat elders in de toelichting wordt opgemerkt dat de thuiszorg op grond van erkenning door de Inspectie SZW als risicosector is aangemerkt, (zie noot 11) en de transportsector op advies van de sociale partners. (zie noot 12) Slagersbedrijven en poeliers, slagers overig, schildersbedrijf en dakdekkersbedrijf zijn op advies van vertegenwoordigers van werknemers als risicosector aangewezen. (zie noot 13) Dit roept de vraag op in hoeverre de criteria daadwerkelijk in onderlinge samenhang worden toegepast.

De Afdeling adviseert in de toelichting de criteria voor het aanwijzen van risicosectoren te verduidelijken en de aanwijzing van risicosectoren per sector aan de hand van de criteria nader te motiveren.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het ontwerpbesluit en adviseert daarmee rekening te houden voordat een besluit wordt genomen.

De vice-president van de Raad van State

## **Nader rapport (reactie op het advies) van 28 november 2019**

### **1. Motivering risicosectoren**

Volgens gegevens van het CBS telde Nederland in 2018 bijna 1,1 miljoen zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers). Hun aantal is de afgelopen jaren voortdurend gestegen. De OESO (zie noot 14) heeft in 2014 een internationale vergelijking gemaakt van de omvang van de groep zzp'ers van wie de werkcondities erg lijken op die van werknemers en die voldoen aan twee van de volgende condities: i) ze hebben maar één opdrachtgever; ii) ze kunnen zelf geen eigen personeel inhuren, ook niet bij een grote werklast; en iii) ze kunnen niet autonoom beslissen over hun bedrijfsvoering. In de OESO-landen behoort gemiddeld 1,3% van alle werkenden tot deze groep, terwijl in Nederland 1,7% van alle werkenden tot deze groep behoort. De groep zzp'ers van wie de werkcondities erg lijken op die van werknemers is, evenals het totaal aantal zzp'ers, in Nederland groter dan in omringende landen als Duitsland en België en de Scandinavische landen.

De sectoren waarin veel zelfstandigen werkzaam zijn betreffen de landbouw, bosbouw en visserij, industrie, bouwnijverheid, goederenvervoer over land, logies, horeca en reiniging. Dit zijn ook sectoren waar relatief veel EU-arbeidsmigranten in werkzaam zijn. Daarnaast zijn ook veel EU-arbeidsmigranten werkzaam in de persoonlijke diensten.

Op basis van de vijf criteria genoemd in de nota van toelichting: de beschikbare gegevens over de aantallen zzp'ers per sector en hun positie op de arbeidsmarkt, afgezet tegen onderzoeken, de inspectieresultaten over risico's voor de arbeidsvoorwaarden en consultaties van sociale partners, zijn de huidige risicosectoren aangewezen. Juist vanwege het ontbreken van een meldingsplicht voor zelfstandigen in deze sectoren, kan hierover echter niet meer dan een bepaalde mate van cijfermatige onderbouwing worden geboden. Niettemin is naar opvatting van de regering voor deze sectoren voldoende gebleken van een reëel risico op schijnzelfstandigheid, dat een meldplicht voor uitsluitend deze sectoren de beperking van het vrij verkeer van diensten die daarvan uitgaat kan rechtvaardigen, en

evenredig is aan het doeleinde van het tegengaan van schijnzelfstandigheid.

## **2. Aanwijzing risicosectoren**

Naar aanleiding van de nota van toelichting geeft de Afdeling aan dat dit de vraag oproept in hoeverre de criteria daadwerkelijk in onderlinge samenhang worden toegepast. Bij de keuze van de risicosectoren is aangesloten bij de integrale risico-analyse van de Inspectie SZW, die openbaar is, en de sectoren waarop de lopende sectorgerichte programma's van de Inspectie SZW zich richten. De Inspectie SZW focust haar toezicht op sectoren met een grotere kans op ongezond, onveilig en oneerlijk werk.

Een aantal sectoren, die in meerdere onderzoeken zijn aangewezen als sectoren met een verhoogde kans op schijnzelfstandigheid, te weten de bouw inclusief onder meer schildersbedrijf en dakdekkersbedrijf, goederenvervoer over de weg, industrie, waaronder slagersbedrijven, poeliers, slagers overig, en zorg, zijn ook door de sociale partners gedurende de consultaties met sociale partners erkend als risicosectoren. De criteria zijn dus in onderlinge samenhang toegepast, aangezien deze sectoren zowel door sociale partners als de Inspectie SZW als risicosectoren zijn aangeduid.

Om het bedrijfs- en beroepsleven zekerheid te bieden over de sectoren die zijn aangewezen als risicosector is er bewust voor gekozen deze risicosectoren aan te wijzen via een algemene maatregel van bestuur. Hiermee geeft de wetgever namelijk aan dat er sprake is van een zekere mate van bestendigheid en dat ervan mag worden uitgegaan, dat de lijst van risicosectoren voor een zekere periode ongewijzigd zal blijven. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zal, conform artikel 19 WagwEU, binnen twee jaar na inwerkingtreding van artikel 8 WagwEU een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van dit artikel aan de Staten-Generaal toezenden. Bij de evaluatie zullen de gegevens uit het meldloket worden betrokken. Wanneer dit aan de orde is, zal de lijst van risicosectoren met alle betrokken partijen worden besproken.

Voor wat betreft het goederenvervoer over de weg merkt de regering het volgende op. De motivering die in de nota van toelichting bij dit besluit is gebruikt om aan te geven dat de sector goederenvervoer op de weg onder de meldingsplicht is gebracht, is niet enkel bedoeld om aan te duiden dat de transportsector een risicosector is. Bij de totstandkoming van de memorie van toelichting WagwEU werd de transportsector al als een risicosector beschouwd. Echter, vanwege het atypische karakter van de sector en de verwachte totstandkoming van een eigenstandige regeling in Europees verband in het kader van het Mobiliteitspakket, heeft de regering er destijds van afgezien om deze sector onder de meldingsplicht te brengen. De redenering in de nota van toelichting bij dit besluit verheldert dan ook waarom van het voornemen in de memorie van toelichting bij de WagwEU is afgeweken. De nota van toelichting bij dit besluit geeft aan dat op verzoek van sociale partners toch is besloten om dienstverrichters in deze sector onder de meldingsplicht te brengen. Daarbij wordt benadrukt dat met een jaarmelding kan worden volstaan. Aangezien echter uit meerdere bronnen duidelijk naar voren komt dat zelfstandigheid in deze sector betrekkelijk veel voorkomt, en dat relatief veel gebruik wordt gemaakt van constructies om de toepasselijke arbeidsvoorwaarden te ontduiken, ligt het in dat geval ook voor de hand om voor zzp'ers die in deze sector werkzaam zijn een meldingsplicht in te voeren. Dit laatste is op nadrukkelijk verzoek van de sociale partners in deze bedrijfstak gebeurd.

Aangezien de sector goederenvervoer over de weg op verzoek van sociale partners onder de meldplicht is gebracht, is voorts in artikel 3, eerste lid, onderdeel c, van dit besluit de Inspectie Leefomgeving en Transport opgenomen als partij aan wie de Minister van Sociale

Zaken en Werkgelegenheid gegevens kan verstrekken, voor zover die gegevens noodzakelijk zijn voor het toezicht op de naleving van de Arbeidsomstandighedenwet en de Arbeidstijdenwet in de wegtransportsectoren.

Daarnaast is van de gelegenheid gebruik gemaakt om de aanduiding van de Belastingdienst in artikel 3, eerste lid, onderdeel a, aan te passen. Nu worden alle afzonderlijke bestuursorganen van de Belastingdienst aangeduid in plaats van de rechtspersoon als zodanig.

Aan de vereisten van een jaarmelding in artikel 9 is toegevoegd dat indien de dienstverrichter of zelfstandige al een rechtmatige jaarmelding heeft gedaan, deze het volgend jaar nogmaals een jaarmelding kan doen, mits aan de overige vereisten van een jaarmelding is voldaan.

De sectoren bouwnijverheid en arbeidsbemiddeling, uitzendbureaus en personeelsbeheer zijn uitgezonderd van de jaarmelding. In deze sectoren zijn een groot deel van de gedetacheerde werknemers en zelfstandigen werkzaam. Doorgaans worden zij veelvuldig vanuit België en Duitsland gedetacheerd naar Nederland. Dit zijn ook sectoren waarvan, volgens de integrale risicoanalyse en omgevingsanalyse van de Inspectie SZW, blijkt dat dit sectoren zijn waarin het aandeel buitenlandse arbeidsmigranten stijgt en waarin vormen van ongezond, onveilig en oneerlijk werk een wezenlijk risico vormen. In de bouwnijverheidssector is gedurende de laatste paar jaar het aandeel van buitenlandse arbeidskrachten sterk gegroeid. In 2017 werkten volgens het CBS 10.850 buitenlandse werknemers en 15.030 buitenlandse zzp'ers in deze sector (zie noot 15). Naast risico's op ongezond en onveilig werk, spelen er in de sector ook risico's op oneerlijk werk, zoals bijvoorbeeld onderbetaling. De uitzendsector bemiddelt veel buitenlandse arbeidskrachten. Volgens onderzoek van SEO waren in 2016 in Nederland 49% van alle arbeidsmigranten uit Midden- en Oost-Europa actief als uitzendkracht (zie noot 16). Met name in de laaggeschoolde en laagbetaalde arbeid verricht door flexmigranten is er volgens de Inspectie SZW een risico op ongezond, onveilig en oneerlijk werk. In de branche werken ook veel kleine bedrijven met een groot verloop. Vanwege het grote aandeel van buitenlandse migranten in deze sectoren en de risico's op oneerlijk, ongezond en onveilig werk, zijn deze sectoren uitgesloten van de mogelijkheid tot een jaarmelding en dienen dus buitenlandse dienstverrichters in deze sectoren een reguliere melding te doen als zij werknemers detacheren naar Nederland. Hierdoor hebben de handhavende instanties zicht op welke dienstverrichters in deze sectoren werkzaam zijn in Nederland en bij welke dienstontvangers. Daarom is er voor gekozen deze sectoren uit te sluiten van de jaarmelding

In artikel 10 worden bepaalde groepen gedetacheerde werknemers en dienstverrichters in bepaalde sectoren uitgezonderd van de meldingsplicht. Er diende een aanvullende regeling te worden getroffen voor dienstverrichters op wie de meldplicht rust, omdat zij een aantal niet-vrijgestelde werknemers detacheren, maar die tegelijkertijd ook enkele werknemers detacheren waarvoor de meldplicht niet geldt. Het nieuwe tweede lid van artikel 10 bepaalt dat de dienstverrichter, die niet uitsluitend werknemers van de in het eerste lid genoemde categorieën detachereert naar Nederland, maar ook werknemers die wel onder de meldingsplicht vallen, nog wel een melding dient te verrichten. In dat geval hoeft de dienstverrichter geen opgave te doen van de identiteit van de vrijgestelde gedetacheerde werknemers die vallen onder de categorieën genoemd in artikel 10, eerste lid, en van de bijdrage voor toepasselijke socialezekerheidsregelingen voor die werknemers.

Tot slot is artikel 11 aangepast. Vreemdelingen, die nu worden gedetacheerd vanuit een andere EU-lidstaat waar zij legaal werken en verblijven, dienen conform artikel 1e BuWav reeds nu, voorafgaand aan de invoering van de WagwEU-meldplicht, gemeld te worden bij

het UWV. Vanaf het moment van de invoering van de meldplicht WagwEU moet deze categorie worden gemeld via het meldloket WagwEU. Het tweede lid bepaalt, dat bovengenoemde gedetacheerde vreemdelingen in alle gevallen gemeld moeten worden. De uitzondering van de meldplicht voor bepaalde categorieën van werknemers van artikel 10 geldt dus niet voor de groep gedetacheerde werknemers voor wie nu al, op grond van artikel 1e BuWav, een melding moet worden gedaan bij het UWV. Dit gaat om werknemers met een nationaliteit van buiten de EU, de Europese Economische Ruimte (EER) of Zwitserland, die legaal verblijven en werken voor een werkgever gevestigd in de EU, EER of Zwitserland en door deze werkgever naar Nederland worden gedetacheerd. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de nota van toelichting op bovenstaande punten aangepast.

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

## Voetnoten

- (1) Richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt ("de IMI-verordening").
- (2) Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten.
- (3) Nota van Toelichting, algemeen deel, inleiding.
- (4) Nota van Toelichting, algemeen deel, paragraaf 5.
- (5) Nota van Toelichting, algemeen deel, paragraaf 5.
- (6) Artikel 9, eerste lid, onder a, Richtlijn 2014/67/EU.
- (7) Zie bijvoorbeeld HvJ EU 19 december 2012, C-577/10, Commissie/België, punt 55. Zie ook het advies van de Afdeling advisering W12.15.0372/III, Kamerstukken II 2015/16, 34408, nr. 4.
- (8) Voor dienstverrichters die een werknemer ter beschikking stellen is dit het voorgestelde artikel 9, onder a, sub 5. Voor zelfstandigen is dit het voorgestelde artikel 9, onder b, sub 5.
- (9) Zie ter vergelijking de toelichting (Verslag aan de Koning) bij het Belgisch Koninklijk besluit, die op dit onderwerp in dit kader spreekt bijvoorbeeld van een "geobjectiveerd" risico door de sociale inlichtingen- en opsporingsdienst. Zie het (Belgisch) Koninklijk besluit tot bepaling van de procedure voor vaststelling van de risicosectoren bedoeld in artikel 137, 6o van de programmawet van 27 december 2006, wat het raadplegen van de sociale partners betreft.
- (10) Nota van Toelichting, algemeen deel, paragraaf 5.
- (11) Nota van toelichting, algemeen deel, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, paragraaf b.
- (12) Nota van toelichting, algemeen deel, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, paragraaf g.
- (13) Nota van toelichting, algemeen deel, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, paragraaf g.
- (14) OESO (2014b) Employment Outlook 2014, Parijs, OESO.
- (15) Economisch Instituut voor de Bouw, Buitenlandse arbeidskrachten in de bouw, 2019.
- (16) SEO, De economische waarde van arbeidsmigranten uit Midden- en Oost-Europa voor Nederland, 2018.

Gehele tekst ontwepregeling met toelichting