

Tijdschrift Recht en Arbeid, De herzieningsoperatie zzp'ers die vanuit de WW gestart zijn

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	TRA 2011, 23	Bijgewerkt tot:	01-03-2011
Auteur:	Mr. P.S. Fluit en mr. H.J. van der Schaff ^[1]		

De herzieningsoperatie zzp'ers die vanuit de WW gestart zijn

Samenvatting

Zzp'ers die van mening zijn dat zij gedupeerd zijn door de wijze waarop het UWV toepassing heeft gegeven aan de destijds geldende regeling voor startende zelfstandigen vanuit de WW, dienen zich bij de Commissie Vreeman te melden voor herziening. In de *Handleiding Herbeoordeling ZZP* staat aangegeven welke criteria worden gehanteerd bij de behandeling van de herzieningsverzoeken. In dit artikel worden deze criteria besproken: zijn zij helder en consistent?

1 Inleiding

Op 9 februari 2010 bracht de Nationale ombudsman een vernietigend rapport uit over de wijze waarop het UWV toepassing heeft gegeven aan de tot 1 juli 2006 geldende regeling voor startende zelfstandigen vanuit de WW.^[2] Aanleiding voor het onderzoek was een stroom klachten van zzp'ers, Kamerleden en belangenorganisaties. Deze stroom klachten was een reactie op handhavende acties van het UWV die vanaf 2007 plaatsvonden. Deze geschieden door een vergelijking van UWV-en Belastingdienstbestanden (over de periode 2004 tot medio 2006). Uit de bestandsvergelijking volgde dat 42% van de zelfstandigen die vóór 1 juli 2006 vanuit de WW als zelfstandige begon, uitkeringsfraude zou hebben gepleegd. De handhavende actie hield in dat zelfstandigen, vaak na jaren, werden geconfronteerd met vaak hoge terugvorderingen, boetes en soms ook strafvervolging omdat ze hun werkbriefjes niet goed zouden hebben ingevuld. Het urenaantal dat ze opgaven op de WW-werkbriefjes was lager dan de 1225 uur per jaar die via de zelfstandigenaftrek bij de Belastingdienst was opgegeven. Ruim drieduizend zzp'ers werden door de bestandsvergelijking getroffen. In veel gevallen hadden ze alleen de declarabele uren opgegeven aan het UWV en niet de zogenoemde indirecte uren, voor onder meer acquisitie, studie of administratie. Ook deze uren gelden als gewerkte uren en hadden moeten worden opgegeven aan het UWV. Naar aanleiding van het rapport van de Nationale ombudsman nam de Tweede Kamer op 16 maart 2010 met algemene stemmen de motie-Ulenbelt c.s. aan.^[3] In de motie wordt het kabinet gevraagd om het UWV op te dragen ambtshalve alle dossiers van gedupeerden opnieuw te beoordelen aan de hand van de criteria van het rapport van de Nationale ombudsman. Daarbij zou het UWV te veel ontvangen uitkering slechts terug moeten vorderen indien er van de zijde van de verzekerde bewust en aantoonbaar onjuiste informatie is verstrekt. De toenmalige minister Donner meende dat exacte uitvoering van deze motie wettelijk niet mogelijk was en koos voor een herzieningsoperatie, waarbij gedupeerden zich dienden te melden voor herziening bij een commissie onder leiding van Vreeman.^[4]

De Commissie Vreeman heeft inmiddels drie voortgangsrapportages gepubliceerd. Ook werd op 1 november 2010 de *Handleiding Herbeoordeling ZZP* openbaar gemaakt, waarin is aangegeven welke criteria worden gehanteerd bij behandeling van de herzieningsverzoeken.^[5] In de Kamer ontstond vervolgens discussie over de toelaatbaarheid en objectiviteit van deze criteria.^[6] Ter borging van de objectieve behandeling van de bezwaren tegen afwijzende beslissingen van het UWV, besloot minister Kamp een adviescommissie in te stellen, bestaande uit onafhankelijke juristen, die in individuele gevallen het UWV adviseert over de door het UWV te nemen besluiten op bezwaar.^[7] Deze adviescommissie staat onder leiding van Asscher-Vonk. Mede naar aanleiding van de discussie

in de Kamer over de objectiviteit van de criteria in de *Handleiding Herbeoordeling ZZP*, staat in dit artikel de vraag centraal of de criteria helder en consistent zijn.

2 Juridisch kader

Als de startend zelfstandige de indirecte uren niet opgeeft, leidt dit tot herziening, terugvordering, boeteoplegging en/of strafvervolgning. In het onderstaande zal ik het juridisch kader schetsen voor herziening, terugvordering en boeteoplegging. Ik laat de strafvervolgning buiten beschouwing.

2.1 Herziening en intrekking

In art. 22a WW is herziening en intrekking geformuleerd als een wettelijke verplichting voor het UWV.^[8] Van herziening mag ingevolge de tekst van art. 22a WW alleen worden afgezien als er een dringende reden aanwezig is.

Van een dringende reden is alleen sprake wanneer onverkorte herziening tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden.^[9] Het moet dan gaan om incidentele gevallen waarbij iets bijzonders en uitzonderlijks aan de hand is. Uit de jurisprudentie volgt dat dringende reden in dit verband zeer restrictief wordt uitgelegd.^[10] Dit betekent dat ook als door fouten van het UWV te veel uitkering is verstrekt, herziening en dus terugvordering een verplichting is voor het UWV.

Van groot belang is echter dat het UWV sinds 2000 een buitenwettelijk begunstigend beleid voert op grond van de Regeling schorsing, opschorting, herziening en intrekking uitkeringen. Als de uitkering ten onrechte is toegekend, doch deze fout voor betrokkene niet redelijkerwijs duidelijk kon zijn, wordt over de periode tot het moment dat de fout redelijkerwijs duidelijk werd, de uitkering niet herzien. De Centrale Raad van Beroep aanvaardt de aanwezigheid en toepassing van dit beleid als een gegeven, met dien verstande 'dat wordt getoetst of een zodanig beleid op consistente wijze is toegepast'.^[11] Uit de jurisprudentie volgt dat het begrip 'redelijkerwijs duidelijk' sterk is geobjectiveerd. Het komt erop neer dat de burger het recht behoort te kennen en dus ook dient te weten dat niet alleen directe, maar ook indirecte uren moeten worden opgegeven aan het UWV.

Verwezen kan worden naar onder andere een uitspraak van 18 maart 2010.^[12] Verzekerde gaf vanuit huis en op locatie cursussen stoppen met roken. Zij gaf alleen gegeven uren op, niet de uren die zij besteedde aan voorbereiding, administratie en reizen. Naar het oordeel van de Raad had het betrokkene redelijkerwijs duidelijk moeten zijn dat ook de uren die zij niet kon declareren van invloed konden zijn op haar recht op uitkering en dat zij alle uren op de werkbriefjes moest opgeven. 'Voorzover een en ander niet duidelijk is geweest, moet dat voor haar rekening komen.'

Kortom, ook al is sprake van een buitenwettelijk begunstigend beleid, het levert de startende zelfstandige die geconfronteerd wordt met herziening van zijn uitkeringsrecht in de praktijk weinig op.

2.2 Terugvordering

Als vaststaat dat het UWV bevoegd is om de uitkering met terugwerkende kracht te herzien en in te trekken, is sprake van onverschuldigde betaling. Het UWV is dan conform art. 36 WW verplicht terug te vorderen, tenzij sprake is van een dringende reden. Het begrip 'dringende reden' wordt hier op dezelfde wijze ingevuld als bij herziening.

2.3 Boete of strafrechtelijke vervolging

Als niet gekozen wordt voor strafrechtelijke vervolging, kan het UWV een bestuursrechtelijke boete opleggen van in beginsel 10% van het terug te vorderen bedrag (art. 27a WW).^[13] Of het opleggen van een bestuurlijke boete gerechtvaardigd is, hangt af van de vraag of betrokkene van het niet voldoen aan de inlichtingenplicht subjectief een verwijt kan worden gemaakt. Als elke vorm van verwijtbaarheid ontbreekt, moet worden afgezien van het opleggen van een boete. In een uitspraak van 11 maart 2009 formuleerde de Raad deze norm voor het eerst.^[14] Het ging in die zaak om iemand die de reizen niet had vermeld. De boete

was onterecht en de Raad wijst onder andere op de omstandigheid dat alleen uit de jurisprudentie en niet uit de wet volgt welke reizen meetellen. De Raad merkt hierbij op dat in zijn algemeenheid 'het onderscheid tussen productieve uren en declarabele uren niet altijd evident is'. Voor een gemiddelde burger is deze jurisprudentie van de Raad moeilijk te volgen. Bij de herziening toont de Raad geen begrip voor gebrek aan kennis bij betrokkene, bij de boete is dat begrip er wel.

3 Toetsingscriteria herbeoordelingsoperatie

De *Handleiding Herbeoordeling ZZP* geeft een overzicht van de toetsingscriteria die het UWV hanteert bij beoordeling van de herzieningsverzoeken.

3.1 Toetsingscriteria bij afwijzing

Het verzoek om herziening wordt afgewezen:

- 1 als betrokkene helemaal geen melding heeft gemaakt van werkzaamheden; en
- 2 als hij niet meer gezegd heeft dan dat hij erover denkt zelfstandige te worden.

De vraag rijst waarom het UWV onderscheid maakt tussen de situatie waarin wel en geen uren zijn opgegeven. Dit is mijns inziens niet – zonder meer – in alle gevallen gerechtvaardigd. Sommige starters zijn nooit aan betaalde opdrachten toegekomen, andere hebben een lange startperiode nodig waarin geen inkomsten waren. Als het UWV op de hoogte was of kon zijn van het startend ondernemerschap, valt niet in te zien waarom het enkele feit dat helemaal geen uren zijn opgegeven, moet leiden tot afwijzing van het verzoek. Een verzekerde die wel uren heeft opgegeven en – niet bewijsbaar – juist is geïnformeerd over de urenopgave, wordt wel beschermd door dit beleid. Waarom zou de eerste categorie dan geen bescherming verdienen? Het beleid is op dit punt niet consistent.

Een andere afwijzingsgrond is dat blijkt dat de klant 'goede informatie heeft gehad, maar desondanks overduidelijk onjuiste informatie aan het UWV verstrekt'.

Dit criterium is begrijpelijk. De vraag is echter nog wel wat het UWV verstaat onder 'goede' informatie over directe en indirecte uren. De gegeven informatie over urenopgave kan op zich wel juist zijn, maar was de informatie ook duidelijk en volledig? Uit het rapport van de Nationale ombudsman blijkt dat de informatievoorziening gebrekkig was.

Ten slotte volgt afwijzing als wel indirecte uren zijn opgegeven, maar te weinig.

Dit uitgangspunt is – in zijn algemeenheid – onjuist. Het is mogelijk dat betrokkene op basis van de gebrekkige informatievoorziening van het UWV wist dat uren besteed aan studie en administratie meetellen, maar reizen bijvoorbeeld niet heeft opgegeven. Soms tellen reizen immers mee, maar soms niet. Er is dan ook een preciezer criterium vereist.

3.2 Toetsingscriteria bij toewijzing

De *Handleiding Herbeoordeling ZZP* maakt onderscheid tussen twee situaties: onjuiste informatieverstrekking door het UWV en gewekt vertrouwen.

Onjuiste informatieverstrekking

- 1 Onjuiste informatieverstrekking kan blijken uit het dossier. Uit een gespreksverslag kan bijvoorbeeld volgen dat een medewerker van het UWV een onjuiste definitie heeft gegeven van indirecte uren. Ook kan uit het verslag blijken dat onjuiste adviezen zijn gegeven over spreiding of niet opgeven van indirecte uren.
- 2 Als het dossier het niet aangeeft, dan wordt de betrokken medewerker gehoord. Verklaart deze medewerker 'dat hij niet kan uitsluiten dat hij onjuiste voorlichting heeft gegeven', dan volgt toewijzing.
- 3 Hetzelfde gebeurt als bekend is dat de betrokken medewerker al eerder onjuiste adviezen gaf of als de medewerker niet meer te traceren is.

Deze drie criteria houden in dat het UWV aannemelijk moet maken dat geen onjuiste informatie is verstrekt. Is dit niet meer te bewijzen – bijvoorbeeld omdat de medewerker is vertrokken – dan draagt het UWV het bewijsrisico. In het licht van het rapport van de Nationale ombudsman is een dergelijk

beleid te billijken. Het rapport maakt immers duidelijk dat aan de informatievoorziening door het UWV het nodige schortte.

Geen onjuiste informatie. Gewekt vertrouwen

- 1 Heeft de klant geen onjuiste informatie ontvangen, dan beoordeelt het UWV of de informatie die de klant heeft ontvangen 'zodanig is dat hij daaraan in redelijkheid het vertrouwen kon ontlenen dat hij indirecte uren niet behoefde op te geven'. Eerst wordt aan de hand van het dossier bezien welke informatie de klant heeft ontvangen. Brieven, gespreksverslagen, folders en werkbriefjes worden bestudeerd. Als uit het dossier volgt dat de klant over de verplichting om indirecte uren op te geven is geïnformeerd, volgt afwijzing van het verzoek. Juist omdat de periode waarin informatie is verstrekt in het verleden ligt, is het goed dat eerst naar het dossier wordt gekeken. Het criterium is echter onnauwkeurig daar waar – kennelijk – elke informatie over onderscheid tussen indirecte en directe uren voldoende is om aan te nemen dat de klant goed is geïnformeerd. De informatie is pas deugdelijk, zoals opgemerkt, als het UWV heeft toegelicht welke werkzaamheden vallen onder indirecte uren.
- 2 Blijkt uit het dossier niet dat de klant is geïnformeerd, maar wel dat de klant met een casemanager heeft gesproken, dan wordt deze casemanager getraceerd en gehoord. Als deze verklaart dat hij 'met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de klant heeft ingelicht over de plicht om ook indirecte uren op te geven', wordt het verzoek afgewezen. Is de casemanager niet meer te traceren, dan wordt het verzoek toegewezen.
- 3 Blijkt uit het dossier niet dat de klant is geïnformeerd en ook niet dat hij met een casemanager heeft gesproken, dan volgt toewijzing. Achtergrond van dit criterium is dat het UWV 'door het in stand laten van een onjuiste praktijk bij de klant het vertrouwen heeft gewekt dat indirecte uren niet hoefden te worden opgegeven'.

Uit deze toewijzingscriteria volgt dat het UWV de bewijslast accepteert ter zake van correcte informatieverstrekking: het dient aannemelijk te maken dat het de klant heeft geïnformeerd over de plicht om ook indirecte uren op te geven. De reden voor deze bewijslastverdeling wordt ook gegeven: 'gewekt vertrouwen door onjuiste praktijk bij het UWV'.

Als het UWV deze bewijslast op zich neemt, draagt het ook het bewijsrisico.^[15] Dit volgt ook uit het criterium dat toewijzing volgt als een UWV-medewerker niet meer is te traceren (tenzij het dossier duidelijk maakt dat betrokkene adequaat is geïnformeerd). Het beleid is echter niet consistent, waar afwijzing volgt als een UWV-medewerker wel te traceren is en verklaart de klant te hebben geïnformeerd over indirecte uren. Als het dossier geen aanknopingspunten biedt voor adequate informatieverschaffing, waarom zou dan het woord van de UWV-medewerker zwaarder moeten wegen dan het woord van de klant die stelt onjuist te zijn geïnformeerd? Consequente toepassing van beleid ten aanzien van het bewijsrisico zou moeten inhouden dat toewijzing van het verzoek ook volgt als het woord van de medewerker tegenover dat van de klant staat.

Dat het UWV het bewijsrisico accepteert als het dossier geen uitsluitel geeft, is te rechtvaardigen, omdat uit het rapport van de Nationale ombudsman volgt dat het UWV – volgens interne instructie – een rechten-en plichtengesprek diende te houden. Een vast onderdeel van het gesprek was navraag doen of zelfstandigenaftrek was geclaimd en zo ja, informatie verstrekken over een correcte urenopgave. Dit alles diende de casemanager vast te leggen in een gespreksverslag. Heeft het UWV dit niet gedaan, dan is dit voor zijn risico. Nog afgezien van dit punt lijkt er iets niet te kloppen met de verklaringen van de UWV-medewerkers. Uit het rapport van de Nationale ombudsman blijkt dat 28% van de casemanagers onjuiste informatie heeft verstrekt over opgave van indirecte uren. Dit gegeven strookt niet met tussenrapportages waaruit volgt dat slechts in 6,7% van de gevallen de casemanager erkent foutieve informatie te hebben verstrekt.

3.3 Overige criteria

Boete

Als het verzoek tot herziening van het herzienings-en terugvorderingsbesluit wordt toegewezen, heeft dit uiteraard ook gevolgen voor de boetebeslissing. Als het besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijft, dient het UWV met het oog op de boetebeslissing naar subjectieve verwijtbaarheid te kijken. Het ontbreken van subjectief verwijt wordt aangenomen als voldaan is aan de volgende criteria:

- de klant heeft wel directe maar geen indirecte uren opgegeven. Als er helemaal geen uren zijn opgegeven, is 'er altijd sprake van verwijtbaarheid';
- de klant heeft steeds aangegeven dat hij niet wist dat hij indirecte uren moest opgeven;
- uit de dossiergegevens blijkt niet dat de klant uitdrukkelijk is geweest op de plicht om indirecte uren op te geven; dit kan blijken uit brief, folder of gespreksnotitie;
- in het dossier is overigens niets te vinden dat erop wijst dat de klant wist van zijn plicht om indirecte uren op te geven.

Reisuren

Reisuren woon-werk dienen niet te worden meegenomen in het aantal gewerkte uren als het reizen naar een vaste werkplek betreft van waaruit de verzekerde zijn bedrijf uitoefent. Dit volgde al uit de uitspraak van de CRvB van 7 januari 2010.^[16] Hieruit volgt dat niet alleen van belang is dat het UWV de klant heeft uitgelegd dat indirecte uren gelden als gewerkte uren, maar ook welke uren als indirecte uren meetellen.

Evidente fouten

Duidelijke fouten in het nadeel van de klant worden hersteld; als een fout in zijn voordeel is, wordt deze niet hersteld.

Freelancers

Als voorbeeld van een evidente fout wordt genoemd dat 'bij klanten met vrijlating meeruren wisselend worden gekort'. Wat hiermee precies bedoeld wordt, is mij niet duidelijk. Een 'nota bene' bij dit onderdeel luidt dat conform beleid freelancers *wisselend* en zelfstandigen *blijvend* worden gekort. Zou dus sprake zijn van een blijvende korting bij een freelancer, dan zou dit worden hersteld, zo begrijp ik.

Het UWV doelt kennelijk op een voor freelancers gunstige toepassing van art. 20 lid 1

onderdeel a WW en art. 8 lid 2 WW.^[17] Freelancers die op enig moment veel uren als zelfstandige werken, verliezen niet blijvend het WW-recht over die uren. Voor andere zelfstandigen geldt dat wel, tenzij zij binnen de termijn van art. 8 lid 2 WW de onderneming geheel staken. Uit diverse dossiers blijkt dat lokale UWV-kantoren een eigen invulling geven aan het begrip 'freelancer' en de urenkorting. Dit freelancersbeleid is echter niet gepubliceerd en onduidelijk is wat de inhoud en rechtvaardiging van dit beleid is. Waarin onderscheidt de freelancer zich van een andere zelfstandige? Het wordt nog onduidelijker als dit afgezet wordt tegen een brief van het UWV als reactie op een brief van FNV-zelfstandigen:^[18]

'er bestaat en bestond geen freelanceregeling waarvan men naar believen gebruik kan maken; freelancers vormen geen aparte categorie (...). De begrippen 'freelancer' en 'zelfstandige zonder personeel' worden door elkaar gebruikt en verschillen niet wezenlijk van elkaar.'

Het UWV zal dus duidelijkheid moeten verschaffen, temeer omdat de vraag rijst of het systeem van blijvende urenkorting op grond van art. 8 lid 2 WW wel houdbaar is. Als voor een groep niet blijvend gekort wordt, mag het UWV dan dit beleid ten aanzien van andere zelfstandigen niet voeren? Het gelijkheidsbeginsel en het uitgangspunt dat begunstigend beleid op consistente wijze moet worden toegepast, maken het UWV-beleid problematisch.^[19]

4 Conclusie

In de eerste plaats valt op dat de criteria die het UWV hanteert bij behandeling van de herzieningsverzoeken ruimhartiger zijn dan het bestaande juridisch kader. Voor een ruimhartig begunstigend beleid bestaat ook wel een rechtvaardigingsgrond, te weten de inadequate informatievoorziening van het UWV. Het rapport van de Nationale ombudsman heeft dit aangetoond. In de tweede plaats moet worden geconstateerd dat het beleid dat het UWV voert op basis van de *Handleiding Herbeoordeling ZZP* niet in alle opzichten consistent is. Daar waar geen uren zijn opgegeven, mag toewijzing van het herzieningsverzoek niet per definitie worden uitgesloten als blijkt dat een verzekerde inadequaat is geïnformeerd. Bovendien is onduidelijk wat precies wordt bedoeld met 'goede informatie'. Voorts zou als het dossier niet het bewijs levert dat adequate informatievoorziening heeft plaatsgevonden, een verklaring van een UWV-medewerker niet doorslaggevend mogen zijn. Dit strookt niet met de acceptatie van het bewijsrisico. Ten slotte dient het UWV duidelijkheid te verschaffen over het beleid ter zake van de freelancer.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Mr. P.S. Fluit is advocaat te Utrecht en vaste medewerker van dit tijdschrift. Mr. H.J. van der Schaft, FNV Zelfstandigen.
- [2] Nationale ombudsman, *ZZP'ers met een valse start. Onderzoek naar handhaving door UWV in het project samenloop zelfstandigenaftrek en WW-uitkering* (rapportnr. 2010/0025), februari 2010.
- [3] *Kamerstukken II 2009/10*, 31 311, nr. 47.
- [4] *Kamerstukken II 2009/10*, 31 311, nr. 51.
- [5] *Kamerstukken II 2010/11*, 32 500 XV, nr. 5.
- [6] *Handelingen II 2010/11*, 24, p. 4-10.
- [7] *Kamerstukken II 2010/11*, 31 311, nr. 62.
- [8] Deze wettelijke plicht is in de wet opgenomen met de invoering van de Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering Sociale Zekerheid per 1 augustus 1996.
- [9] *Kamerstukken II 1994/95*, 23 909, nr. 3, p. 68.
- [10] CRvB 23 augustus 2006, *RSV 2006/361*.
- [11] CRvB 16 juli 2010, *LJN BN2197*, *USZ 2010/252*.
- [12] CRvB 18 maart 2010, *LJN BL8318*, *USZ 2010/117* m.nt. red. Over deze uitspraak B.J.M. de Leest, 'Zzp'ers met een valse start', *TRA 2010/62*.
- [13] Uit de aanwijzingen volgt dat het UWV – destijds – boven een bedrag van € 6000 de zaak kon voorleggen aan het OM.
- [14] CRvB 11 maart 2009, *LJN BH7780*, *USZ 2009/114*.
- [15] Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikking*, Deventer: Kluwer 2005, p. 22-25.
- [16] CRvB 7 januari 2010, *LJN BK9623*, *USZ 2010/74*.
- [17] In de uitspraak CRvB 11 maart 2009, *LJN BH7780*, *USZ 2009/114* verwijst de Raad ook naar dit beleid.
- [18] Brief van 20 september 2007, nr. SBK/75222.
- [19] CRvB 16 juli 2010, *LJN BN2197*, *USZ 2010/252* m.nt. red. en CRvB 12 november 2010, *LJN BO4031*, *USZ 2010/388*.