

Vergaderjaar 2014–2015

34 108

Wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten ter verbetering van de naleving en handhaving van arbeidsrechtelijke wetgeving in verband met de aanpak van schijnconstructies door werkgevers (Wet aanpak schijnconstructies)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 16 oktober 2014 en het nader rapport d.d. 11 december 2014, aangeboden aan de Koning door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 15 juli 2014, no. 2014001396, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de aanpak van schijnconstructies door werkgevers (Wet aanpak schijnconstructies), met memorie van toelichting.

Het voorstel bevat een reeks maatregelen die erop gericht zijn verschillende actoren meer mogelijkheden tot handelen te geven. Zo krijgt de werknemer die in een keten van opdrachtgevers, opdrachtnemers en aannemers werkt, de mogelijkheid om achterstallig loon zo nodig te vorderen bij andere opdrachtgevers binnen die keten. Verder gaat de Inspectie SZW meer toezichtgegevens openbaar maken en krijgt de Inspectie meer mogelijkheden om te controleren of het minimumloon daadwerkelijk wordt betaald. Het voorstel is een uitwerking van het sociaal akkoord dat op 11 april 2013 met sociale partners is gesloten.² De regering heeft de Afdeling in het bijzonder gevraagd in te gaan op de ketenaansprakelijkheid en met name op de verhouding tussen het opdrachtgeverschap en de aansprakelijkheid voor het verschuldigde loon van werknemers in de keten. Deze onderwerpen komen in dit advies aan de orde.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

² Kamerstukken II 2012/13, 33 566, nr. 15.

Als laatste adviseur van de regering adviseert de Afdeling advisering van de Raad van State pas over een wetsvoorstel, nadat alle overige door de regering in te winnen adviezen zijn uitgebracht.³ De Afdeling heeft met het uitbrengen van dit advies gewacht totdat de adviezen van de Raad voor de Rechtspraak en de Raad voor rechtsbijstand, en de reactie van de regering op die adviezen, waren ontvangen. Deze adviezen en de reactie heeft de Afdeling bij haar advisering betrokken.

De Afdeling stelt kritische vragen bij de invoering van ketenaansprakelijkheid voor loonvorderingen. De toelichting biedt geen inzicht in aard en omvang van het probleem dat met de maatregel moet worden tegengegaan en de effectiviteit van de voorgestelde oplossing. Er wordt niet ingegaan op de positie van arbeidsmigranten, terwijl uit onderzoek naar voren komt dat het probleem van onderbetaling in hoofdzaak bij deze groep werknemers voorkomt en het voor arbeidsmigranten moeilijk blijkt te zijn voor hun rechten op te komen. De gekozen oplossing is complex, kostbaar en tijdrovend, hetgeen ten koste gaat van de effectiviteit. Alternatieve mogelijkheden, zoals aansluiting bij het fiscale systeem van storting op aparte g-rekeningen, bankgaranties of hoofdelijke aansprakelijkheid, komen niet ter sprake.

De Afdeling heeft op grond van het vorenstaande ernstige twijfels bij de effectiviteit van de regeling. De voorgestelde regeling zal de werknemer naar verwachting weinig soelaas bieden. Daarom adviseert de Afdeling van die oplossing af te zien en nader te onderzoeken of alternatieve oplossingen wel effectief kunnen zijn.

Daarnaast maakt de Afdeling opmerkingen over, onder meer, de verplichting om toezichtgegevens openbaar te maken, het minimumloon voor AOW-ers en de verplichting van de werkgever op grond van de Wet arbeid vreemdelingen om de identiteit van werknemers vast te stellen.

Inhoud van het advies

- A. Ketenaansprakelijkheid
- 1. Noodzaak en effectiviteit
 - a. Inhoud en redengeving van het voorstel
 - b. Aard en omvang van het probleem
 - (i). Omvang van de onderbetaling
 - (ii). Arbeidsmigranten
 - (iii). Effectiviteit van handhaving door de werknemer
 - (iv). Uitzendbranche
 - (v). Tussenconclusie
 - c. Complexiteit van de oplossing
 - d. Effectiviteit
 - e. Samenhang met andere regelingen
 - (i). Uitkering van het UWV bij tekortschietende werkgever
 - (ii). Fiscale en socialezekerheidsregeling
 - f. Alternatieven
 - (i). Zekerheidstelling
 - (ii). Hoofdelijke aansprakelijkheid
 - g. Conclusie
- 2. Europees internationaal privaatrecht
- B. Openbaarmaking van sanctiebesluiten en toezichtgegevens
- 3. Algemene regeling actieve openbaarmaking
- 4. Gebonden karakter besluit tot openbaarmaking
 - a. Openbaarmaking van sanctiebesluiten
 - b. Gebonden beschikking sluit toetsing aan artikel 8 EVRM niet uit
- 5. Wel of geen besluit

³ Aanwijzing 262 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

6. *Openbaarmaking onderzoeksgegevens waarbij geen overtreding is geconstateerd*
 7. *Openbaarmaking reactie betrokkene*
 - C. *Overige onderwerpen*
 8. *Minimumloon en AOW-leeftijd*
 9. *Verstrekking van toezichtsgegevens voor naleving van cao's*
 10. *Identiteitsvaststelling van (buitenlandse) werknemers*
 - a. *Reikwijdte van de verplichting*
 - b. *Samenhang met fiscale verplichtingen*
 11. *Girale betaling van het minimumloon*
 - a. *Verplichting om giraal te betalen*
 - b. *Uitzondering voor huishoudelijk werk*
 - c. *Handhaving*
 12. *Citeertitel van het voorstel*
- Redactionele bijlage*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 15 juli 2014, nr. 2014001396, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 16 oktober 2014, nr. W12.14.0261/III, bied ik U hierbij mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie aan.

Het advies van de Afdeling is ontvangen nadat de adviezen van de Raad voor de rechtspraak en de Raad voor Rechtsbijstand aan de Afdeling zijn voorgelegd.

A. Ketenaansprakelijkheid

1. Noodzaak en effectiviteit

a. Inhoud en redengeving van het voorstel

Op dit moment kan de werknemer zijn recht op loon alleen doen gelden ten opzichte van de werkgever, die immers zijn contractspartner is. Alleen de vreemdeling en de werknemer in de uitzendbranche hebben meer mogelijkheden:

- op grond van de Wet arbeid vreemdelingen kan een vreemdeling steeds de naast hogere werkgever aanspreken als een loonvordering op de naast lagere werkgever niet is geslaagd;⁴*
- in de uitzendbranche kunnen werknemers,⁵ althans wanneer een uitzendbureau niet gecertificeerd is, de opdrachtgever naast de*

⁴ Artikel 23 van de Wet arbeid vreemdelingen geeft (illegaal tewerkgestelde) vreemdelingen recht op «beloning of salaris en alle andere vergoedingen in contanten of in natura, die de werknemer al dan niet rechtstreeks met betrekking tot zijn tewerkstelling ontvangt van zijn werkgever en die gelijkwaardig zijn aan wat vergelijkbare, in een legale arbeidsverhouding tewerkgestelde, werknemers zouden hebben ontvangen». De Wet arbeid vreemdelingen ontleent deze omschrijving aan artikel 2, onderdeel j, van Richtlijn 2009/52/EG van het Europees parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (PbEU 2009 L 168). De vreemdeling kan tevens elke naast hogere werkgever aansprakelijk stellen voor de nakoming van zijn loonvordering, indien de vordering op de naast lagere werkgever niet is geslaagd.

⁵ De uitzendovereenkomst is een bijzondere vorm van de arbeidsovereenkomst. De regels van de arbeidsovereenkomst zijn daarop van toepassing, maar er zijn enkele bijzondere regels, die te vinden zijn in de artikelen 690 tot en met 693 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

werkgever hoofdelijk aansprakelijk stellen voor het wettelijk minimumloon en de minimumvakantiebijslag.⁶

De bestaande regeling in de uitzendbranche wordt met het voorstel ingetrokken. Daarvoor in de plaats krijgen werknemers (ook andere werknemers dan uitzendkrachten) de mogelijkheid om opdrachtgevers in de hele keten aansprakelijk te stellen voor tekortschieten van zijn werkgever in de betaling van loon. De opdrachtgever die uiteindelijk het loon daadwerkelijk betaalt, kan dit dan weer verhalen op de werkgever.⁷

Het voorstel heeft daarbij het oog op situaties waarin diverse opdrachtgevers samen een keten vormen: een hoofdopdrachtgever maakt gebruik van een opdrachtnemer of aannemer, die mogelijk op zijn beurt weer gebruik maakt van een volgende opdrachtnemer of aannemer.

Volgens de toelichting is het doel van de invoering van de ketenaansprakelijkheid, de totstandkoming van bonafide ketens waarin werknemers het loon ontvangen waar zij recht op hebben. Werknemers krijgen meer mogelijkheden om in geval van onderbetaling alsnog het loon te kunnen ontvangen waar zij recht op hebben. Door de aansprakelijkheid worden opdrachtgevers gestimuleerd om verantwoordelijkheid te nemen voor sociaal aanvaardbare arbeidsvoorwaarden. Door goede keuzes van opdrachtgevers zien malafide marktpartijen – die met onderbieding op arbeidsvoorwaarden oneerlijk concurreren – hun opdrachten verdwijnen.⁸

Achtergrond van het voorstel is dat bedrijven zich meer en meer specialiseren op één gebied. Ketens waarin werk wordt uitbesteed, worden daardoor steeds langer. Door de langere ketens kan de opdrachtgever een verminderde verantwoordelijkheid voelen voor het adequaat voldoen aan de geldende arbeidsvoorwaarden door andere schakels in de keten. Een werknemer die te maken krijgt met een onvindbare of niet aanspreekbare werkgever, blijft dan achter met een oninbare vordering van achterstallig loon. Opdrachtgevers die druk zetten op opdrachtnemers om de opdracht uit te voeren voor een relatief lage som, kunnen daarmee in het huidige stelsel de ongewenste prikkel geven aan opdrachtnemers om af te doen aan de geldende arbeidsvoorwaarden. De regering acht het wenselijk om opdrachtgevers te prikkelen om te zorgen voor een bonafide keten. Dat zou gebeuren door werknemers ruimere mogelijkheden te bieden om in ketens het verschuldigde loon te kunnen vorderen bij opdrachtgevers die hoger in de keten zitten.⁹

Bij het benutten van deze ketenaansprakelijkheid gelden de volgende voorwaarden.

- De werknemer zal bij achterstallig loon eerst de werkgever moeten aanspreken. Pas als die vordering niet slaagt, omdat de werkgever onvindbaar of failliet is of omdat een veroordelend vonnis niet ten uitvoer kan worden gelegd, kan de werknemer de «naast hogere opdrachtgever» aansprakelijk stellen (artikel 616a, lid 3).*
- Als ook deze opdrachtgever niet aansprakelijk kan worden gesteld (om dezelfde redenen als de werkgever), kan de werknemer de volgende*

⁶ Artikel 692 van Boek 7 BW. Op grondslag van dit artikel zijn in de ministeriële Regeling aanwijzing normen ex artikel 692, tweede lid, Burgerlijk Wetboek Boek 7 de normen NEN 4400-1 en NEN 4400-2 aangewezen als normen waaraan het uitzendbureau moet voldoen. Deze NEN-normen stellen eisen aan de loon-, financiële en personeelsadministratie en moeten garanderen dat het uitzendbureau bona fide is.

⁷ Voorgestelde artikelen 616a en 616c van Boek 7 BW.

⁸ Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon), onder «Aanleiding en doel».

⁹ Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon), onder «Problemen in ketens».

schakel in de keten aansprakelijk stellen. De hoofdopdrachtgever (omschreven als «de opdrachtgever die niet handelt in opdracht van een andere opdrachtgever») kan pas aan het eind van de keten aan bod komen (artikel 616a, lid 4).

- De hoofdopdrachtgever kan, over alle tussenschakels heen, aansprakelijk worden gesteld een jaar nadat de werknemer hem heeft geïnformeerd over het instellen van een loonvordering tegen de werkgever, mits hij in dat jaar is blijven proberen zijn vordering te verhalen op de werkgever of op de achtereenvolgende lagere opdrachtgevers in de keten (artikel 616a, lid 5).*
- De hoofdopdrachtgever is direct aansprakelijk als gedurende drie opeenvolgende maanden minder dan de helft van het loon of minder dan 70% van het minimumloon aan de werknemer is voldaan (artikel 616a, lid 6).*
- Een opdrachtgever is, ongeacht het voorgaande, niet aansprakelijk als hij aannemelijk maakt dat hem niet kan worden verweten dat het aan de werknemer verschuldigde loon niet is voldaan (artikel 616a, lid 2).*
- Een opdrachtgever, opdrachtnemer of aannemer is, met doorbreking van de ketenvolgorde, direct aansprakelijk als hij de werknemer geen gegevens kan verschaffen over zijn directe contractspartijen en over de hoofdopdrachtgever (artikel 616d).*
- Is de opdrachtgever een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (bij voorbeeld iemand die zijn huis laat verbouwen), dan is hij niet aansprakelijk (artikel 616a, lid 7).*

b. Aard en omvang van het probleem

De toelichting geeft weinig informatie over het probleem van onderbetaling van loon waarvoor ketenaansprakelijkheid de oplossing moet bieden.

i. Omvang van de onderbetaling

De toelichting bevat geen informatie waaruit blijkt hoe vaak onderbetaling van werknemers binnen lange ketens voorkomt, en hoe vaak bestaande instrumenten om dat tegen te gaan tekortschieten. De toelichting verwijst wel naar verschillende informatiebronnen.

Om te beginnen wordt verwezen naar twee rapporten. In die rapporten wordt uitvoerig beschreven welke maatregelen er in verschillende EU-lidstaten zijn getroffen om onderbetaling binnen ketenstructuren tegen te gaan. In het eerste rapport – van Houwerzijl en Peters – wordt echter geen aandacht besteed aan aard en omvang van het probleem.¹⁰ Het tweede rapport – van Houwerzijl, Peters en Jorens – bevat op dat punt wel informatie, afkomstig uit interviews met direct betrokkenen. Maar ook dit rapport bevat geen concrete gegevens waaruit de omvang van het probleem blijkt.¹¹

Verder verwijst de toelichting naar meldingen die zijn binnengekomen bij het Nederlandse Nationaal Contactpunt OESO-richtlijnen. De meeste meldingen die sinds 2002 bij dat contactpunt zijn binnengekomen hebben echter betrekking op ernstige problemen van andere aard die zich hebben voorgedaan in het buitenland, zoals gedwongen verplaatsingen van dorpen, dwangarbeid, kinderarbeid of ongezonde werkomstandigheden (de OESO-richtlijnen bestrijken veel meer onderwerpen dan onderbetaling). Er is slechts één melding binnengekomen over problemen met

¹⁰ M. Houwerzijl en S. Peters, *Liability in subcontracting processes in the European construction sector*, 2008, zie met name blz. 22–24.

¹¹ M. Houwerzijl, S. Peters en Y. Jorens, *Study on the protection of workers» rights in subcontracting processes in the European Union*, Gent 2012, blz. 100–101. Voor de informatiebronnen, blz. 8 en 192.

loonbetaling binnen de keten; die melding lijkt overigens op een bevredigende manier te zijn afgehandeld.¹²

Daarnaast wordt in de toelichting verwezen naar twee incidenten in de wegenbouw waarover Kamervragen zijn gesteld. In het ene geval was de uitkomst van onderzoek dat de werkgever een te hoge vergoeding had ingehouden op het loon, maar was er geen sprake van uitbuiting. In het andere geval was het onderzoek nog niet voltooid.¹³

ii. Arbeidsmigranten

Ziet de Afdeling het goed, dan speelt het probleem van onderbetaling in hoofdzaak bij arbeidsmigranten die afkomstig zijn uit landen waarin het welvaartsniveau lager ligt dan in Nederland.¹⁴ De Nederlandse arbeidsmarkt staat open voor werknemers uit de Europese Unie. Sommige werknemers, in het bijzonder die uit Oost-Europese lidstaten, zijn bereid om te werken voor minder dan het Nederlandse minimumloon of het geldende cao-loon, of zijn door eenzijdige contracten of taal- en cultuurproblemen niet in een positie om hun rechten daadwerkelijk op te eisen.¹⁵ Voor sommige Turkse werknemers die in Nederland werken geldt hetzelfde. Recente uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak-Essent¹⁶ en de zaak-Bundesdruckerei/Stadt Dortmund¹⁷ zouden dit probleem nog verder kunnen vergroten, omdat die op basis van het vrij verkeer van diensten kunnen leiden tot meer arbeidsmigranten uit niet-EU-lidstaten en een grotere druk op het Nederlandse loonniveau. Als dit inderdaad de kern van het probleem is, dan vormt het systeem van ketenaansprakelijkheid geen oplossing, omdat arbeidsmigranten ook in dat systeem minder snel voor hun rechten zullen opkomen. Daarmee is de kans klein dat het probleem hiermee wordt opgelost. De oplossing zou dan eerder dienen te worden gezocht in een beter toezicht op de naleving en daardoor betere handhaving van de bestaande wetten en cao's.

Indien de kern van het probleem zoals de regering dat ziet nog enigszins anders is en het er in feite om gaat te voorkomen dat goedkopere buitenlandse arbeidskrachten Nederlandse werknemers uit de markt prijzen, verdient het aanbeveling dit in de toelichting te benoemen en daarbij in te gaan op de grenzen die het recht van de Europese Unie daaraan stelt. Daarbij moet tevens worden onderkend dat het gaat om

¹² Namelijk de klacht van FNV over Nuon, ook genoemd in de toelichting (§ 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon), onder «Internationaal recht». <http://www.oesorichtlijnen.nl/meldingen/overzicht-meldingen>.

¹³ Aangangsel Handelingen II 2013/14, nr. 623; Aangangsel Handelingen II 2013/14, nr. 1106. Actuele informatie is te vinden in Kamerstukken II 2013/14, 25 883, nr. 235.

¹⁴ De rol van arbeidsmigranten komt niet ter sprake in de toelichting, maar wel in de brief die de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op 1 oktober 2014, na aanhangigmaking van het wetsvoorstel bij de Raad van State, aan de Tweede Kamer heeft gestuurd (Kamerstukken II 2014/15, 29 544, nr. 558, blz. 3).

¹⁵ Houwerzijl, Peters en Jorens, blz. 6, 99, 104, 106, 108.

¹⁶ Uitspraak van 11 september 2014 in de zaak Essent Energie Productie BV tegen de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (C-91/13). Het Hof oordeelde dat de tewerkstellingsvergunning voor uitzendwerk die Nederland verlangt in de Wet arbeid vreemdelingen een niet gerechtvaardigde inbreuk is op het vrij verkeer van diensten, als zo'n vergunning wordt tegengeworpen aan werknemers uit derde landen, die in dienst zijn bij een onderneming in een EU-lidstaat.

¹⁷ Uitspraak van 18 september 2014 in de zaak Bundesdruckerei/Stadt Dortmund (C- 549/13). Het Hof oordeelde dat uitzendwerk dat in opdracht van een Duits bedrijf wordt verricht door werknemers in Polen niet hoeft te voldoen aan de Duitse loonbescherming.

verschillende categorieën arbeidsmigranten met verschillende rechtsposities.¹⁸

Daarnaast is van belang dat in de verschillende lidstaten van de Europese Unie uiteenlopende oplossingen voor het probleem worden toegepast. Nu het probleem een internationale dimensie heeft, zou het in de rede liggen te streven naar bilaterale afstemming tussen de lidstaten (of althans de lidstaten die voor Nederland het meest relevant zijn) en voorts te streven naar betere regels voor de handhaving op Europees niveau. Daarbij merkt de Afdeling op dat de zogeheten Handhavingsrichtlijn¹⁹ hier een aanzet toe geeft. Deze richtlijn voorziet onder andere in een vorm van ketenaansprakelijkheid voor het loon en sociale premies in de bouwsector.²⁰

iii. Effectiviteit van handhaving door de werknemer

In het hiervoor genoemde rapport van Houwerzijl, Peters en Jorens uit 2012 wordt geconstateerd dat de Inspectie in de onderzochte periode een ernstig personeelstekort had, zodat de handhaving van het wettelijk minimumloon voor een deel neerkwam op de individuele werknemer. Voor de werknemer is het echter niet altijd eenvoudig zijn rechten te handhaven, omdat hij moet vrezen voor verlies van zijn baan. Buitenlandse werknemers, die relatief vaak worden geconfronteerd met onderbetaling, kennen bovendien vaak de taal niet en weten de weg niet in het Nederlandse rechtstelsel. Daar komt bij dat er hoge kosten zijn verbonden aan gerechtelijke procedures, zo concludeerden de onderzoekers.²¹ Uit een rapportage van het College voor de Rechten van de Mens blijkt dat Poolse arbeidsmigranten niet of nauwelijks op de hoogte zijn van hun rechten, bijvoorbeeld over het minimumloon en klachtenprocedures, dat zij vanuit hun ervaring met overheidsinstanties in het land van herkomst beperkt vertrouwen hebben in overheidsinstanties en de klachtenprocedures in Nederland, dat zij vaak bang zijn hun baan te verliezen (er zijn genoeg andere arbeidsmigranten die hun plaats kunnen innemen), en dat zij sterk afhankelijk zijn van hun werkgever of uitzendbureau door de koppeling tussen werken en wonen.²²

Daarnaast kan de lengte van de keten er de oorzaak van zijn dat handhaving wordt bemoeilijkt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer naar aanleiding van incidenten in de wegebouw:

«Bij grote projecten zoals de A2 en de A4 zijn lange werkgeversketens van opdrachtgevers, aannemers, onderaannemers, hoofd- en nevenvestigingen betrokken die in verschillende landen gevestigd zijn. Via ingewikkelde constructies wordt versluierd welke onderneming verantwoordelijk

¹⁸ Daarbij gaat het enerzijds om het onderscheid tussen EU-onderdanen en Turken, anderzijds om buitenlandse werknemers die in Nederland wonen, werknemers die vanuit een andere EU-lidstaat als uitzendkracht incidenteel in Nederland werken en werknemers die buiten Nederland werken in opdracht van een Nederlands bedrijf. Ook binnen deze groepen zijn nog verschillende subgroepen te onderscheiden met uiteenlopende rechtsposities.

¹⁹ Richtlijn 2014/67/EU 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.

²⁰ Artikel 12 van de Handhavingsrichtlijn bepaalt dat dat lidstaten voorzien in maatregelen die waarborgen dat gedetacheerde werknemers de aannemer waarvan de werkgever een directe onderaannemer is, naast of in plaats van de werkgever, aansprakelijk kunnen stellen voor de betaling van het loon en/of sociale premies, voor zover die rechten worden gewaarborgd door 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.

²¹ Houwerzijl, Peters en Jorens, blz. 114, 100–101, 157.

²² College voor de Rechten van de Mens, Poolse arbeidsmigranten in mensenrechtenperspectief, april 2013, blz. 39–41.

is voor goede arbeidsvoorwaarden en eerlijke beloning. Dit maakt het onderzoek en de aanpak van misstanden complex en arbeidsintensief.«²³

iv. Uitzendbranche

In de uitzendbranche is de inlener, naast de uitlener/werkgever, hoofdelijk aansprakelijk voor het minimumloon. De inlener die gebruik maakt van een uitzendbureau dat gecertificeerd is, is echter van aansprakelijkheid gevrijwaard.²⁴ Het wetsvoorstel voert ketenaansprakelijkheid in voor het verschuldigde loon; het systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid in de uitzendbranche verdwijnt. Volgens de toelichting is de ketenaansprakelijkheid in bijna alle opzichten ruimer dan de bestaande hoofdelijke aansprakelijkheid: de werknemer kan niet alleen de inlener maar de hele keten aanspreken voor niet alleen het minimumloon maar het totale loon dat verschuldigd is.²⁵

De toelichting gaat eraan voorbij dat, in het huidige systeem, de werknemer in de uitzendbranche de inlener in dezelfde mate als de werkgever kan aanspreken, terwijl hij in het voorgestelde systeem van ketenaansprakelijkheid pas anderen dan de werkgever kan aanspreken als aan bepaalde voorwaarden is voldaan.²⁶

Daar komt bij dat het voordeel dat de hele keten kan worden aangesproken alleen geldt in die gevallen waarin het werk in lange ketens wordt uitgevoerd. In de toelichting wordt wel in algemene zin opgemerkt dat de ketens steeds langer worden,²⁷ maar deze uitspraak wordt niet gespecificeerd. Met name is niet duidelijk in welke mate dit geldt voor alle sectoren in de economie, ook buiten de bouwsector waaraan in dit verband meestal wordt gedacht.

De toelichting gaat evenmin in op de effectiviteit van het bestaande stelsel in de uitzendbranche. Uit een recente brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid blijkt dat een certificaat geen garantie is dat een bedrijf zich aan de wet houdt. Zo bleek dat 17 procent van de gecertificeerde uitzendbureaus die in 2013 door de Inspectie SZW werden gecontroleerd de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) of de Wml heeft overtreden tegenover 20 procent van de gecontroleerde niet-gecertificeerde uitzendbureaus.²⁸

Wel wordt in de toelichting gesteld dat de regeling voor hoofdelijke aansprakelijkheid in de uitzendbranche alleen betrekking heeft op het minimumloon; de voorgestelde ketenaansprakelijkheid betreft het volledige loon.²⁹ De toelichting gaat echter niet in op de vraag of het wenselijk zou zijn de regeling voor hoofdelijke aansprakelijkheid in de uitzendbranche te verruimen tot hoofdelijke aansprakelijkheid voor het volledige loon.

v. Tussenconclusie

De Afdeling concludeert dat in de toelichting omvang en aard van het probleem niet worden weergegeven. De toelichting dient dan ook te worden versterkt op de hiervoor genoemde punten. Daarbij dient in het bijzonder te worden ingegaan op de onderbetaling van arbeidsmigranten, de effectiviteit van de voorgestelde oplossing in dit verband, de specifieke

²³ Kamerstukken II 2013/14, 25 883, nr. 241.

²⁴ Artikel 692 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

²⁵ Toelichting op artikel II, onderdeel D.

²⁶ Aldus ook de Raad voor de rechtspraak, advies van 2 oktober 2014, kenmerk UIT 8448 STRA / CF, blz. 5.

²⁷ Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon), onder «Problemen in ketens».

²⁸ Kamerstukken II 2013/14, 17 050, nr. 473, blz. 2–3.

²⁹ Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon).

positie van de uitzendbranche en het verdwijnen van de hoofdelijke aansprakelijkheid daarbij.

c. Complexiteit van de oplossing

Voor de individuele werknemer zal het in de voorgestelde opzet lastig zijn, zijn weg te vinden in de ingewikkelde constructies van opdrachtgevers, aannemers, onderaannemers, hoofd- en nevenvestigingen. Ook wanneer vakorganisaties of andere belangengroepen namens een groep werknemers zouden optreden, zal dit praktisch vaak op grote moeilijkheden stuiten.

Binnen het concept van de ketenaansprakelijkheid komt de ingewikkeldheid in de eerste plaats voort uit de keuze voor het systeem van de volgtijdelijkheid van de aansprakelijkheid van de ketenpartners in plaats van de mogelijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid. Hierdoor dient steeds een aparte procedure te worden gevoerd tegen de volgende opdrachtnemer in de keten, hetgeen geruime tijd in beslag kan nemen. Daarbij kan niet gekozen worden voor gezamenlijke aansprakelijkstelling dan wel voor de meest traceerbare partij. Dit systeem wordt dan onder omstandigheden doorbroken door een rechtstreekse aansprakelijkheid van de hoofdopdrachtgever. Dit is echter een ingewikkelde regeling die in de regel een wachttijd kent van een jaar, gedurende welke periode de volgtijdelijkheid in acht moet worden genomen. De Afdeling onderschrijft de twijfels die de Raad voor de Rechtspraak heeft geuit of de werknemer verschillende procedures achter elkaar zal voeren, en daarmee of het met het voorstel beoogde effect zal worden gerealiseerd.³⁰

Een volgende complexiteit betreft de disculpatiemogelijkheid van de opdrachtgever. Deze is niet aansprakelijk als hij «aannemelijk maakt dat hem niet kan worden verweten dat het aan de werknemer verschuldigde loon niet is voldaan». Deze norm is vaag. De toelichting vermeldt dat de opdrachtgever niet aansprakelijk is als hij, bijvoorbeeld bij het verlenen van de opdracht, waakt over de prijs-kwaliteitsverhouding en de sociale aspecten, contractuele bepalingen overeenkomt over het naleven van de geldende arbeidsvoorwaarden of over medewerking aan controles door een sectoraal cao-orgaan. Bij de beoordeling zullen de omstandigheden van het geval een rol spelen.³¹

Te vrezen valt dat de vraag of aan deze bepaling is voldaan, in de praktijk vaak voor discussie vatbaar zal zijn. Het criterium «niet verwijtbaar» is vaag. Dat vergroot de kans dat het geschil door de rechter zal moeten worden beslist. Het is in het algemeen niet wenselijk regelingen vast te stellen die conflictopwekkend zijn.³² De reactie in de toelichting op soortgelijke opmerkingen van de Raad voor de Rechtspraak vergroot de inzichtelijkheid in de bedoeling van de wetgever naar het oordeel van de Afdeling niet.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de mogelijkheden om de complexiteit van de regeling, samenhangend met de volgtijdelijkheid en de disculpatiemogelijkheid, te verminderen.

d. Effectiviteit

Daarnaast zijn er nog enkele andere factoren die afbreuk kunnen doen aan het effect van de regeling.

³⁰ Advies van 2 oktober 2014, kenmerk UIT 8448 STRA / CF, blz. 3.

³¹ Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon), onder «Niet-verwijtbaarheid».

³² Zie ook aanwijzing 12 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

De regeling geldt voor werknemers, niet voor zelfstandigen zonder personeel (zzp-ers). Juist in sectoren als de bouw komen relatief veel zzp-ers voor.

De regeling maakt het mogelijk opdrachtgevers met succes aansprakelijk te stellen voor achterstallig loon, maar niet voor de kosten die daarbij moeten worden gemaakt. Die kosten kunnen aanzienlijk zijn. Ook als de werkgever of de opdrachtgever onherroepelijk veroordeeld is tot voldoening van het loon, kan de werknemer pas de volgende schakel aanspreken als hij aantoont dat het vonnis niet ten uitvoer kan worden gelegd, bij voorbeeld door het inschakelen van een deurwaarder.³³ Hij zal dus telkens kosten moeten maken alleen al om de volgende schakel te kunnen aanspreken. Die kosten zullen, behalve in uitzonderlijke gevallen, niet te verhalen zijn op de volgende schakels.³⁴ Ook wettelijke rente over de achterstallige loonbetaling en de arbeidsrechtelijke verhoging wegens vertraagde loonbetaling zullen waarschijnlijk niet te verhalen zijn, omdat de verschuldigdheid daarvan afhangt van het verzuim van de (primaire) schuldenaar.³⁵

De werknemer kan de volgende schakel in de keten aanspreken als de schakel die hij heeft aangesproken bij een onherroepelijke rechterlijke uitspraak is veroordeeld tot voldoening van het loon en de uitspraak niet ten uitvoer kan worden gelegd.³⁶ De Raad voor de Rechtspraak stelt dat dit criterium onduidelijk is; hij vraagt of het niet voldoen aan een aangetekend verzonden sommatie na een toewijzend vonnis voldoende is, of dat er een deurwaarder aan te pas moet komen. In dat laatste geval is volgens de Raad voor de Rechtspraak onduidelijk of de betekening van het vonnis volstaat of dat er ook nog beslagen moeten worden gelegd.³⁷

In de toelichting wordt hierop geantwoord dat de werknemer de schakel aangetekend kan sommeren om binnen een redelijke termijn te betalen, en een deurwaarder kan inschakelen om de rechterlijke uitspraak te effectueren.³⁸ Uit dat antwoord blijkt echter niet of die handelingen voldoende zijn voor de vaststelling dat de uitspraak niet ten uitvoer kan worden gelegd, zodat de werknemer de volgende schakel kan aanspreken.

Bij faillissement van een opdrachtnemer in de keten, zal de werknemer eerst moeten afwachten of het loon bij de vereffening zal worden uitbetaald.³⁹ De kans op succes is daarbij bovendien betrekkelijk gering: de werknemer heeft weliswaar een preferente vordering,⁴⁰ maar zijn vordering komt na – onder meer –, de bevoorrechte vorderingen op bepaalde goederen, belastingschulden en verschuldigde sociale premies, terwijl pand- en hypotheekhouders hun rechten kunnen uitoefenen ongeacht het faillissement.⁴¹ Een ander bezwaar van de voorgestelde regeling bij faillissement is overigens dat de opdrachtgever van de

³³ Voorgesteld artikel 616a lid 3 onderdeel d van Boek 7 BW. Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon), onder «Volgtijdelijkheid en aansprakelijkheid».

³⁴ De kosten die ontstaan door een tekortkoming in de nakoming zijn over het algemeen te verhalen op de schuldeiser door wiens verzuim die kosten zijn ontstaan (artikel 76 van Boek 6 BW). Het systeem van het burgerlijk recht voorziet er niet in dat die kosten zijn te verhalen op een andere partij op wie de primaire vordering verhaald kan worden.

³⁵ Artikel 119 van Boek 6 BW.

³⁶ Voorgesteld artikel 616a lid 3 onderdeel d van Boek 7 BW.

³⁷ Advies van 2 oktober 2014, kenmerk UIT 8448 STRA / CF, blz. 4.

³⁸ Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon).

³⁹ Voorgesteld artikel 616a lid 3 onderdeel c van Boek 7 BW.

⁴⁰ Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon), onder «Volgtijdelijkheid en aansprakelijkheid»; toelichting op artikel 161a lid 4.

⁴¹ Artikelen 276 tot en met 289 van Boek 3 BW; artikel 21 van de Invorderingswet 1990; artikel 60 van de Wet financiering sociale verzekeringen.

gefaillende, die wellicht zelf ook nog een oninbare vordering op de gefaillende heeft, ook nog met een loonvordering als gevolg van het faillissement wordt geconfronteerd. Het gevaar bestaat dat er een reeks faillissementen volgt, als een soort kettingbotsing door de keten heen (ketenfaillissement).

De regeling is daarnaast geschreven vanuit het relatief eenvoudige schema waarbij er slechts één keten is. Niet duidelijk is of, en zo ja hoe, de regeling zal worden toegepast als een werknemer tegelijkertijd of afwisselend wordt ingezet voor opdrachten van verschillende opdrachtgevers. In de toelichting komt deze vraag niet aan de orde.

Nu het voor de werknemer die geen of te weinig loon ontvangt toch al moeilijk kan zijn om zijn loon betaald te krijgen, merkt de Afdeling op dat de voorgestelde regeling hem naar verwachting in de praktijk weinig soelaas zal bieden. De Afdeling adviseert in de toelichting op het vorenstaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

e. Samenhang met andere regelingen

De voorgestelde regeling voor ketenaansprakelijkheid kan niet los worden gezien van bestaande regelingen.

i. Uitkering van het UWV bij tekortschietende werkgever
Bij «betalingsonmacht» van de werkgever betaalt het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) aan de werknemer een uitkering die gelijk is aan een deel van het loon (het loon over ten hoogste dertien weken onmiddellijk voorafgaande aan de opzegdatum en het loon over de opzegtermijn tot maximaal zes weken na de opzegdatum). De vordering voor het betaalde loon gaat dan over op het UWV.⁴² Zoals in de toelichting wordt opgemerkt, wordt deze uitkering vanaf 1 januari 2016 in de Wet werk en zekerheid gemaximeerd op anderhalf keer het maximumdagloon.⁴³

In de toelichting wordt niet ingegaan op de vraag of het UWV bij het overnemen van de vordering ook de ketenaansprakelijkheid kan invoeren op gelijke voet als de werknemer van wie het de vordering overneemt. De Afdeling adviseert in de toelichting hierop in te gaan.

ii. Fiscale en socialezekerheidsregeling

Bij ter beschikking stelling van uitzendkrachten is de inlener hoofdelijk aansprakelijk voor de loon- en omzetbelasting en sociale verzekeringspremies die de uitlener verschuldigd is. Hetzelfde geldt voor de aannemer, die hoofdelijk aansprakelijk is voor de loon- omzetbelasting en sociale premies die de onderaannemers verschuldigd zijn, en voor de opdrachtgever, die hoofdelijk aansprakelijk is voor de aannemer. De aansprakelijkheid kan worden beperkt door het verschuldigde bedrag vast te zetten op een bankrekening (de zogenaamde g-rekening).⁴⁴ Daarnaast is er een informele praktijk waarbij de verschuldigde belasting rechtstreeks op een rekening van de belastingdienst wordt gestort.⁴⁵ Dit systeem zal worden vervangen door een wettelijk systeem van rechtstreeks storten op een bankrekening, het zogenaamde depotstelsel. De derde die op de speciale

⁴² Artikelen 64 en 66 van de Werkloosheidswet.

⁴³ Artikel XXVI, onderdeel X, van de Wet werk en zekerheid wordt de uitkering, geregeld in artikel 64 van de Werkloosheidswet. De werkloosheidsuitkering vormt een percentage van het laatst verdiende loon tot een bepaald maximum. Voor de berekening van dat maximum wordt uitgegaan van het maximumdagloon, dat met ingang van 1 juli 2014 is gesteld op € 198,28.

⁴⁴ Artikelen 34, 35 en 35a van de Invorderingswet 1990.

⁴⁵ Kamerstukken II 2007/08, 31 301, nr. 3, blz. 2.

rekening van de belastingdienst stort ten behoeve van een depotbegunstigde is – onder de daarbij te stellen administratieve voorwaarden – gevrijwaard van aansprakelijkheid tot het in depot gestorte bedrag. Over het gestorte geld ontvangt hij rente.⁴⁶

Het voorstel kent eveneens een vorm van aansprakelijkheid binnen de keten, die geen betrekking heeft op de afdracht van loon- en omzetbelasting en sociale premies, maar op betaling van het loon zelf. Die is echter niet gebaseerd op hoofdelijke aansprakelijkheid: de verschillende opdrachtgevers zijn – zoals hiervoor aangegeven – alleen in een bepaalde volgorde aansprakelijk en zij kunnen zich onder voorwaarden disculperen. Het is goed mogelijk dat het bij beide vormen van ketenaansprakelijkheid voor een groot deel om dezelfde arbeidsovereenkomsten zal gaan.

De Afdeling adviseert in de toelichting te bespreken hoe deze bestaande regelingen en de voorgestelde ketenaansprakelijkheid zich in de praktijk tot elkaar zullen verhouden.

f. Alternatieven

Het voorgaande roept de vraag op of het niet mogelijk is om de aansprakelijkheid voor loonvorderingen op een andere manier vorm te geven.

i. Zekerheidstelling

Een eerste mogelijke is om nauwer aan te sluiten bij de hoofdelijke aansprakelijkheid die al bestaat voor belastingen en sociale premies. Dat zou dan kunnen inhouden dat opdrachtgevers hoofdelijk aansprakelijk worden voor achterstallige loonvorderingen, tenzij een van hen het verschuldigde loon op een depotrekening stort. Daardoor zouden de opdrachtgevers gevrijwaard worden van verdere aansprakelijkheid voor het gedeelte van de verschuldigde loon dat op een depotrekening wordt gestort.

Dit stelsel zou minder bewijsproblemen geven dan de regeling van het wetsvoorstel, en de inlener, aannemer of opdrachtgever hoeft niet meer te kunnen aantonen dat hem niet verweten kan worden dat het aan de werknemer verschuldigde loon niet is voldaan. Indien de storting van een deel van het verschuldigde loon voor een project een te zware financiële last vormt, zou ook gedacht kunnen worden aan storting van een deel van het loon of aan een bankgarantie. Voor zover de overheid hoofdopdrachtgever is, zou die zich, ook zonder bankgarantie, garant kunnen stellen voor betaling van het loon. Dit zou een deel van het probleem kunnen oplossen, nu – als de Afdeling het goed ziet – het probleem met loononderbetaling met name speelt in de bouw, waarin ook de overheid opdrachtgever is.

Bij storting van (een deel van) het loon op een geblokkeerde rekening komt de vraag op welke neutrale partij die rekening zou moeten beheren. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan een organisatie die wordt opgericht door sociale partners.

ii. Hoofdelijke aansprakelijkheid

In verschillende lidstaten van de Europese Unie is een oplossing van het probleem gezocht in een stelsel – met varianten – waarbij de werknemer in beginsel iedere schakel uit de keten aansprakelijk kan stellen voor achterstallig loon.⁴⁷ Binnen de keten kan dan onderling verhaal plaatsvinden. In zo'n systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid heeft de

⁴⁶ Artikel 57a van de Invorderingswet 1990 (nog niet in werking getreden).

⁴⁷ Houwerzijl, Peters en Jorens, blz. 144–145.

werknemer een sterkere rechtspositie, terwijl de last van de loonvoorwaarden niet eenzijdig bij de onderste schakels van de keten komt te liggen. Hoofdelijke aansprakelijkheid vormt bovendien een prikkel voor opdrachtgevers om in zee te gaan met opdrachtnemers en aannemers die bonafide zijn.

Uit de toelichting blijkt niet of deze mogelijkheden zijn overwogen, en als dat zo is, waarom daarvoor niet is gekozen. De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen.

g. Conclusie

Het voorstel introduceert een vorm van ketenaansprakelijkheid voor achterstallig loon, die tot doel heeft de werknemer meer mogelijkheden te geven om zijn loon te ontvangen. Het achterliggende doel is dat opdrachtgevers gestimuleerd worden om verantwoordelijkheid te nemen voor sociaal aanvaardbare arbeidsvoorwaarden.

De Afdeling merkt op dat de toelichting geen concrete gegevens bevat waaruit blijkt hoe omvangrijk en ernstig dit probleem is. Evenmin komt de vraag aan de orde in welke mate onderbetaling met name een probleem is van arbeidsmigranten. Met de invoering van ketenaansprakelijkheid komt het systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid in de uitzendbranche te vervallen; onduidelijk is waarom. Bij de stelling in de toelichting dat ketenaansprakelijkheid voor de werknemer alleen voordelen biedt plaatst de Afdeling kanttekeningen.

Voorts vormt de voorgestelde oplossing een complex samenstel van regels en uitzonderingen. Het gebruik maken hiervan zal voor de werknemer of vakorganisaties kostbaar en tijdrovend zijn. Nu het achterhalen van het loon in lange en complexe ketens van opdrachtgevers en aannemers toch al niet eenvoudig is, acht de Afdeling de kans gering dat het voorstel de positie van de werknemer wezenlijk zal versterken. Daardoor zal ook een achterliggend doel – dat opdrachtgevers malafide ondernemingen zullen vermijden – niet snel dichterbij worden gebracht.

De Afdeling heeft, het geheel overziend, ernstige twijfels bij de effectiviteit van de regeling, ook als het niet gaat om arbeidsmigranten. De voorgestelde regeling zal de werknemer naar verwachting weinig soelaas bieden. Daarom adviseert de Afdeling van die oplossing af te zien en nader te onderzoeken of alternatieve oplossingen wel effectief kunnen zijn.

2. Europees internationaal privaatrecht

De regeling voor ketenaansprakelijkheid voor loonbetaling is van toepassing als de arbeid in Nederland wordt verricht, ongeacht het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van aanneming van werk of de overeenkomst van opdracht.⁴⁸ Het artikel dat dit regelt wordt opgenomen in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

Het gaat hier om een bepaling van internationaal privaatrecht. In het systeem van het BW zijn zulke regels opgenomen in Boek 10. Het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (de verwijsregel) wordt echter, wat de lidstaten van de Europese Unie betreft, beheerst door een verordening, bekend als Rome I.⁴⁹ Omdat een verordening rechtstreeks werkt in het nationaal recht en niet in nationaal recht mag worden overgenomen, wordt in Boek 10 BW slechts bepaald dat Rome I van overeenkomstige toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst

⁴⁸ Voorgesteld artikel 616b van Boek 7 BW.

⁴⁹ Verordening van het Europees parlement en de Raad van 17 juni 2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (Pb L 177).

die buiten de werkingssfeer van de verordening vallen.⁵⁰ Rome I bepaalt dat partijen bij een arbeidsovereenkomst zelf bepalen welk recht van toepassing is, tenzij dat ertoe leidt dat de werknemer de bescherming verliest van rechtsregels waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken. Het gaat dan om de rechtsregels van het land waar of van waaruit de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht.⁵¹

Nu de verordening Rome I de verwijzingsregels bevat en Boek 10 BW volstaat met daarnaar te verwijzen, is de Afdeling van oordeel dat de verwijzingsregel in het voorgestelde artikel dient te worden geschrapt. Wel kan, in aansluiting op het systeem van Rome I, in Boek 7 BW worden bepaald dat niet bij overeenkomst mag worden afgeweken van de regeling voor ketenaansprakelijkheid. Daarmee wordt materieel hetzelfde resultaat bereikt.

De Afdeling adviseert het voorstel in die zin te wijzigen.

A. Ketenaansprakelijkheid

1. Noodzaak en effectiviteit

b. Aard en omvang van het probleem

i. Omvang van de onderbetaling

De Afdeling merkt in haar advies op dat onvoldoende wordt aangegeven wat de omvang van onderbetaling is. De wens om meer informatie te verstrekken over de omvang van de problematiek is begrijpelijk. Het is echter niet eenvoudig om precies aan te geven hoe groot het probleem is. Schijnconstructies worden bewust uit het zicht gehouden van handhavers waardoor de exacte omvang van de onderbetaling niet te meten is. Omdat er op dit moment voor werknemers, behalve de inlenersaansprakelijkheid, geen mogelijkheden zijn om het loon te vorderen bij andere schakels in een keten dan de werkgever is ook niet duidelijk in hoeveel gevallen werknemers gebaat zijn bij het hebben van meer mogelijkheden om het loon te vorderen in een keten. Dat echter onderbetaling in ketens plaatsvindt, of zelfs in het geheel geen loonbetaling, is evident. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de toelichting op dit punt dan ook aangevuld. In paragraaf 1.2 van de toelichting zijn onder andere cijfers over overtredingen van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML) of van cao's opgenomen van de Stichting Naleving voor de CAO Uitzendkrachten (SNCU) en de Algemene Bond Uitzendondernemingen (ABU) opgenomen. Deze cijfers geven aan dat overtredingen van de WML of van cao's regelmatig voorkomen.

ii. Arbeidsmigranten

Allereerst moet opgemerkt worden dat, hoewel onderbetaling vooral lijkt te spelen bij arbeidsmigranten, gezien hun zwakke positie, dit ook samenhangt met flexibilisering, specialisering en arbeidsdeling. In de EU wordt in toenemende mate gebruik gemaakt van de mogelijkheden om arbeid uit te besteden aan gespecialiseerde bedrijven.⁵² Dit is een ontwikkeling die gunstige effecten kan hebben voor bedrijven: het geeft flexibiliteit. Er wordt veelvuldig gebruik gemaakt van ketens die opgebouwd zijn uit bedrijven afkomstig uit verschillende lidstaten. Dit vindt met name plaats in sectoren die arbeidsintensief zijn (zoals de bouwsector, transportsector, vleesverwerkende industrie en land- en

⁵⁰ Artikel 153 van Boek 10 BW.

⁵¹ Artikel 8 van Rome I.

⁵² Y. Jorens, S.S.M. Peters en M.S. Houwerzijl, *Study on the protection of workers' rights in subcontracting processes in the European Union: Final Study*, 2012, p. 6.

tuinbouw). Het grensoverschrijdend verrichten van werkzaamheden middels ketens is deels een beoogd gevolg van de interne markt waarin het vrij verkeer van werknemers en het vrij verkeer van diensten moeten zorgen voor intra-Europese activiteiten.

Het vrij verkeer van werknemers en diensten vormen belangrijke pijlers van de Europese Unie. Arbeidsmigranten uit andere EU-lidstaten leveren over het algemeen een positieve bijdrage aan de Nederlandse economie en samenleving. Er is niettemin in toenemende mate bezorgdheid over de verslechtering van de rechten van werknemers die werken in soms lange ketens waarin arbeid wordt uitbesteed aan gespecialiseerde bedrijven doordat degene die de keten initieert (de hoofdopdrachtgever), vaak niet direct aansprakelijk is voor de betaling van het loon, belasting en socialezekerheidsbijdragen.⁵³ Mede hierom is in de handavingsrichtlijn ook een ketenaansprakelijkheid opgenomen voor de bouwsector, waar ketens van aanneming van werk zeer veel voorkomen.

Binnen dergelijke ketens wordt vaak arbeid verricht door arbeidsmigranten. De Afdeling wijst op de zwakke positie van deze arbeidskrachten. Zoals de Afdeling al opmerkt is onderbetaling één van de problemen waar arbeidsmigranten mee te maken hebben. Juist in ketens, waar de hoofdopdrachtgever, voor wie uiteindelijk arbeid wordt verricht, geen duidelijke verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van het voldoen van het loon, is de positie van deze krachten zwak. Daarbij zijn sommige arbeidsmigranten bereid om voor een lager loon te werken dan het wettelijk minimumloon of het geldende cao-loon, omdat ze dan alsnog meer verdienen dan in het land van herkomst of omdat ze niet in de positie verkeren om voor hun rechten op te komen. Arbeidsmigranten zitten daarmee in een kwetsbare en vaak afhankelijke positie. De ketenaansprakelijkheid die wordt voorgesteld, zal deze problemen niet direct wegnemen, maar het geeft arbeidsmigranten, eventueel ondersteund door vakbonden, wel meer mogelijkheden. Sociale partners hebben met het sluiten van het sociaal akkoord ook aangegeven dat de ketenaansprakelijkheid een extra instrument is voor arbeidsmigranten om het verschuldigde loon te ontvangen. Met de invoering van de ketenaansprakelijkheid voor het verschuldigd loon wordt de rechtspositie van de werknemer versterkt en wordt de (mede)verantwoordelijkheid van de keten als geheel, inclusief de hoofdopdrachtgever, voor de betaling van het loon duidelijk tot uitdrukking gebracht.

In antwoord op de vragen van de Afdeling wordt kortom opgemerkt dat de ketenaansprakelijkheid gericht is op het versterken van de rechtspositie van de werknemer. De ketenaansprakelijkheid moet er voor zorgen dat de werknemer meer mogelijkheden heeft om, bij niet voldoen van het loon dat verschuldigd is volgens de wet of de (collectieve) arbeidsovereenkomst, dat loon te verhalen. De regeling is dus niet primair gericht is op het tegengaan van de neerwaartse druk op het Nederlandse loonniveau. De detachingsrichtlijn⁵⁴ zorgt er namelijk voor dat bij grensoverschrijdende dienstverrichtingen geen concurrentie onder de in die richtlijn geformuleerde harde kern arbeidsvoorwaarden mag plaatsvinden in de Europese Unie. De harde kern van arbeidsvoorwaarden van het gastland worden van toepassing verklaard, voor zover deze arbeidsvoorwaarden dwingendrechtelijk van aard zijn. Ook het loon⁵⁵ valt onder die arbeidsvoorwaarden, zo blijkt in artikel 3, eerste lid, onderdeel c, van de detach-

⁵³ Jorens, Peters en Houwerzijl, 2012, p. 5.

⁵⁴ 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. Deze richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid, Staatsblad 1999, 554.

⁵⁵ In artikel 3, onderdeel c, van de detachingsrichtlijn blijkt daaronder te vallen: minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk.

ringsrichtlijn. Dat is het wettelijk minimumloon, maar ook algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen met betrekking tot de harde kern van arbeidsvoorwaarden, onder andere cao-loon. Het is reeds nu al strijdig met nationale en Europese regelgeving indien er concurrentie plaatsvindt onder het minimum arbeidsvoorwaardenniveau, zoals hierboven beschreven. Het is wel van belang dat de handhaving van de rechten van werknemers wordt verbeterd en er niet geconcurrereerd wordt onder het minimum arbeidsvoorwaardenniveau dat, onder andere, voortvloeit uit de detacheringsrichtlijn. Om die reden wordt het met het invoeren van de ketenaansprakelijkheid de rechtspositie van werknemers versterkt en kunnen werknemers, wanneer zij in ketens arbeid verrichten, naast hun werkgever ook andere schakels aansprakelijk stellen voor het niet (volledig) voldoen van het loon. Zo wordt oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden tegengegaan.

Naar aanleiding van de vraag van de Afdeling die betrekking heeft op recente jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie, wordt opgemerkt dat is geoordeeld door het Hof in de zaak-Essent dat van gedetacheerde werknemers uit derde landen, wanneer ze rechtmatig in een lidstaat verblijven, geen tewerkstellingsvergunning verlangd mag worden. Dit levert strijd op met het vrij verkeer van diensten. Het gevolg van de uitspraak is dat geen tewerkstellingsvergunning is vereist voor de terbeschikkingstelling van werknemers afkomstig uit derde landen door een in een andere lidstaat van de EU gevestigde dienstverlener aan een in Nederland gevestigde dienstontvanger. Wellicht dat deze uitspraak het vergemakkelijkt voor derdelanders om in Nederland werkzaamheden te verrichten, maar op grond van de ketenaansprakelijkheid moet ook aan hen het verschuldigde loon worden voldaan. Anders dan de zaak-Essent lijkt de zaak-Bundesdruckerei Stadt Dortmund weinig relevant voor de in dit wetsvoorstel geregelde materie. In de zaak-Bundesdruckerei draait het om de situatie waarin een Duitse drukkerij gebruik wil maken van een Pools bedrijf dat uitsluitend in Polen werkzaamheden voor die drukkerij zal verrichten. Volgens het Hof van Justitie staat het vrij verkeer van diensten in een dergelijke situatie, waarin een inschrijver een overheidsopdracht wil uitvoeren door uitsluitend gebruik te maken van werknemers van een onderaannemer die in een andere lidstaat is gevestigd dan die van de aanbestedende dienst, in de weg aan de toepassing van een wettelijke regeling van de lidstaat van de aanbestedende dienst als die regeling er op neerkomt dat de onderaannemer de betrokken werknemers een in deze regeling vastgesteld minimumloon dient te betalen. In het onderhavige wetsvoorstel wordt slechts bepaald dat wanneer arbeid in Nederland wordt verricht, het verschuldigde loon dient te worden bepaald, ook wanneer die arbeid in ketens wordt verricht. Deze ketenaansprakelijkheid sluit aan op de ketenaansprakelijkheid die in de handhavingsrichtlijn⁵⁶ is neergelegd, maar is veel uitgebreider omdat zij zich tot alle sectoren en ook tot schakels boven de opdrachtgever van de werkgever uitstrekt.

Vanwege de internationale dimensie van het probleem is de afgelopen tijd ingezet op internationale samenwerking om problemen aan te pakken. Met Polen, Roemenië en Bulgarije zijn afspraken gemaakt over onder andere gegevensuitwisseling voor de aanpak van schijnconstructies. De Inspectie SZW en de Poolse arbeidsinspectie hebben een samenwerkingsovereenkomst getekend. Ten behoeve van de afspraken met de hiervoor genoemde landen is op de Nederlandse ambassades in deze landen

⁵⁶ 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.

tijdelijk een extra werknemer geplaatst die zich onder meer bezig gaat houden met voorlichting aan potentiële arbeidsmigranten. Daarnaast heeft de inzet in de EU geleid tot de totstandkoming van de handhavingsrichtlijn op 18 juni 2014. De in de handhavingsrichtlijn voorgestelde ketenaansprakelijkheid voor de bouwsector is een stap in de goede richting, maar er wordt bijzonder aan gehecht dat er een ketenaansprakelijkheid voor alle sectoren geïntroduceerd wordt, die eveneens geldt voor opdrachtgevers boven de opdrachtgever van de werkgever. In Europees verband is dit ook de inzet geweest. Daarom wordt gebruik gemaakt van de in de richtlijn vervatte mogelijkheid om, ten aanzien van de ketenaansprakelijkheid, verdergaande maatregelen te nemen dan waaraan op grond van de richtlijn minimaal voldaan dient te worden.

De Afdeling stelt in haar advies dat de oplossing eerder gezocht dient te worden in een beter toezicht op naleving en daardoor op betere handhaving van de bestaande wetten en cao's. Een deel van de oplossing ligt inderdaad in beter toezicht op naleving en in betere handhaving. Om die reden worden in dit wetsvoorstel aan de Inspectie SZW meer handvatten gegeven om de WML te handhaven. Door de verplichting het wettelijk minimumloon giraal uit te betalen, de verplichting om te specificeren hoeveel er aan onkostenvergoedingen is betaald en het niet meer toestaan van verrekeningen met en inhoudingen op het minimumloon, wordt de handhaving van de WML door de Inspectie SZW versterkt. Daarnaast is aan de Stichting van de Arbeid advies gevraagd om de cao-naleving en -handhaving te verbeteren. De Stichting heeft inmiddels haar advies uitgebracht en het belang van cao-handhaving benadrukt. Sociale partners en de overheid zullen hierin gezamenlijk verbeteringen aanbrenge. Daarmee is al gestart door het speciale team bij de Inspectie SZW dat per 1 november 2013 is begonnen. Dat team biedt onder andere op verzoek ondersteunend cao-nalevingsonderzoek. De uitkomsten van het onderzoek kunnen door cao-partijen worden gebruikt in een civielrechtelijke handhavingprocedure. Daarnaast wordt de cao-handhaving nog verder versterkt door de mogelijkheid om de algemeen verbindend verklaring van een cao te verlengen.

Met de voornoemde maatregelen en de ketenaansprakelijkheid, wordt onderbetaling van werknemers en oneerlijke concurrentie tegengegaan.

iii. Effectiviteit van handhaving door de werknemer

Erkend kan worden dat het voor een arbeidsmigrant die te maken heeft met onderbetaling lastiger is om zijn recht te halen, omdat hij vreest voor verlies van zijn baan, de taal niet spreekt en/of de weg in het rechtstelsel niet kent. Ongeacht welke vorm van ketenaansprakelijkheid wordt gekozen, blijven deze problemen zich voordoen. Er wordt gestreefd de rechtspositie van de werknemer, ook de arbeidsmigrant, zo veel mogelijk te verbeteren. De ketenaansprakelijkheid geeft arbeidsmigranten daarom wel meer mogelijkheden waarmee ze, eventueel ondersteund door een vakbond, hun loon kunnen vorderen. Om te bevorderen dat arbeidsmigranten hun weg vinden in het rechtstelsel wordt ingezet op voorlichting, onder andere, zoals hiervoor reeds vermeld, in het land van herkomst.

Benadrukt moet worden dat met de invoering van de ketenaansprakelijkheid het er niet alleen om gaat dat er achterstallig loon kan worden gevorderd. De preventieve werking van de voorgestelde ketenaansprakelijkheid voor het verschuldigde loon is bijzonder van belang. Door de mogelijkheid van aansprakelijkheid voor het loon, worden opdrachtgevers geprikkeld bij de opdrachtverlening of aanbesteding afspraken te maken met de opdrachtnemer om onderbetaling te voorkomen. Daarmee wordt de kans op onderbetaling, ook van arbeidsmigranten, kleiner. Daarnaast worden opdrachtgevers geprikkeld om misstanden in voorkomende

gevallen op te lossen zonder dat het daarbij daadwerkelijk tot een rechtszaak komt. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling zijn in de memorie van toelichting, in paragraaf 2.3, de verwachte effecten van de ketenaansprakelijkheid nader toegelicht.

iv. Uitzendbranche

In het model van inlenersaansprakelijkheid zijn er altijd maar twee partijen betrokken, de werkgever en de inlener. De inlener kan direct hoofdelijk worden aangesproken door de uitzendkracht. Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is er in artikel 7:616a BW een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de werkgever en diens opdrachtgever opgenomen ten aanzien van het aan de werknemer verschuldigde loon.

Hogere schakels dan de werkgever en diens opdrachtgever blijven volgtijdelijk aansprakelijk voor het loon van de werknemer. Er bestaan voor die uitbreiding verschillende redenen. Ten eerste zijn ketens waarin arbeid wordt verricht door een werknemer vaak langer dan twee schakels. Dit is bijvoorbeeld in de bouwsector vaak het geval. Het ligt voor de hand om bij onderbetaling in een lange keten de werknemer ook mogelijkheden te geven om andere opdrachtgevers dan de opdrachtgever van zijn werkgever aansprakelijk te stellen. De onderbetaling kan immers (mede)veroorzaakt zijn door partijen hoger in de keten. Lagere schakels in de keten kunnen bijvoorbeeld druk ervaren om de (arbeids)kosten zo laag mogelijk te houden, teneinde de opdracht te kunnen verkrijgen, mogelijk-kerwijs met onderbetaling tot gevolg. Een hogere schakel in de keten zou nooit kunnen worden aangesproken wanneer alleen volstaan zou worden met het opnemen in het Burgerlijk Wetboek van een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de onderste twee schakels, de werkgever en diens opdrachtgever. De tweede reden is dat met een beperking tot een aansprakelijkheid voor twee schakels er onvoldoende preventieve prikkels voor de keten als geheel zijn om toe te zien op de opzet van een bonafide keten en betaling van het verschuldigde loon, althans wanneer er een langere keten wordt gebruikt dan in de uitzendsituatie zoals nu in artikel 7:692 BW is geregeld (inlenersaansprakelijkheid). Wanneer andere schakels dan de werkgever en diens opdrachtgever niet kunnen worden aangesproken, worden die hogere schakels niet gestimuleerd om – preventief of correctief – onderbetaling in de keten tegen te gaan. Ook zou de hoofdelijke aansprakelijkheid omzeild kunnen worden door een B.V. met weinig of geen vermogen in te zetten in een keten. Wanneer opdrachtgevers gebruikmaken van een werkgever en een naast hogere opdrachtgever die bij aansprakelijkstelling voor het verschuldigde loon failleren, zou een werknemer geen vordering kunnen instellen in de keten. Ten derde doen problemen rond de betaling zich niet alleen voor bij uitzendkrachten, waar de inlenersaansprakelijkheid zich op richt, maar ook bij andere werknemers. Zodoende breidt het onderhavige wetsvoorstel de inlenersaansprakelijkheid voor het loon uit naar alle sectoren, alle schakels in een keten en voor het verschuldigde loon, ook indien dat het wettelijk minimumloon te boven gaat.

Verder wordt opgemerkt dat de huidige inlenersaansprakelijkheid een vrijwaring kent. Indien via een gecertificeerd uitzendbureau uitzendkrachten worden ingeleend kan de inlenende partij niet worden aangesproken voor betaling van het wettelijk minimumloon. In de praktijk blijkt dat ook gecertificeerde uitzendbureaus de wet overtreden. Door dit certificaat heeft de hoofdelijke inlenersaansprakelijkheid in de praktijk weinig toegevoegde waarde. Inlenende partijen zijn gevrijwaard voor betaling van het wettelijk minimumloon aan de uitzendkracht, maar er is geen garantie dat gecertificeerde uitzendbureaus zich aan de wet houden. In de praktijk blijkt ook dat er door uitzendkrachten geen beroep wordt gedaan op de inlenersaansprakelijkheid. Om deze redenen wordt een

bepijking van het model tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de werkgever en diens opdrachtgever onwenselijk geacht. Onderkend wordt niettemin het punt van de Afdeling dat het loslaten van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de directe opdrachtgever c.q. inlener een nadelige consequentie heeft voor de werknemer. De werknemer kan in het volgtijdelijke model de directe opdrachtgever immers pas aansprakelijk stellen nadat een vordering op de werkgever niet is geslaagd. Om daaraan tegemoet te komen en de effectiviteit van de ketenaansprakelijkheid te vergroten wordt het wetsvoorstel zodanig aangepast dat de werknemer – binnen het volgtijdelijke model van ketenaansprakelijkheid – zijn werkgever en diens opdrachtgever hoofdelijk kan aanspreken. Alle hogere schakels blijven volgtijdelijk aansprakelijk, nadat de werkgever en/of diens opdrachtgever zijn aangesproken. Door de hoofdelijke aansprakelijkheid kan de werknemer ook de werkgever en diens opdrachtgever tegelijk aansprakelijk stellen.

In de toelichting is in paragraaf 2.3 reeds aangegeven waarom de ketenaansprakelijkheid uitgebreid wordt tot het volledige loon. Doordat met de uitbreiding de werknemer ook andere schakels in de keten kan aanspreken voor voldoening van het verschuldigde loon, ligt het voor de hand aan te sluiten bij dezelfde aanspraak op loon die de werknemer heeft op zijn werkgever. Het zou minder voor de hand liggen dat een werknemer bij zijn eigen werkgever het verschuldigde loon, bijvoorbeeld het cao-loon, kan vorderen, maar als dat niet slaagt hij bij hogere schakels een lager loon (bijvoorbeeld het wettelijk minimumloon) zou kunnen vorderen. De ketenaansprakelijkheid voor het verschuldigde loon regelt dat de civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid betrekking heeft op het eveneens civielrechtelijk overeengekomen loon.

v. Tussenconclusie

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in de memorie van toelichting, in paragraaf 2.3, de beschrijving van de aard en omvang van het probleem aangevuld. Daarbij wordt wel de opmerking gemaakt dat schijnconstructies bewust uit het zicht worden gehouden, waardoor de exacte omvang van onderbetaling moeilijk te meten is. Verder is aangegeven dat ondanks de soms zwakke positie van arbeidsmigranten, de voorgestelde ketenaansprakelijkheid arbeidsmigranten wel meer mogelijkheden geeft om het verschuldigde loon te vorderen en dat er vanwege de internationale dimensie van het probleem, meer is ingezet op internationale samenwerking. Door de mogelijkheid van aansprakelijkstelling worden opdrachtgevers geprikkeld om maatregelen te nemen om onderbetaling in de keten te voorkomen. De hoofdelijke inlenersaansprakelijkheid zoals die geldt in de uitzendbranche wordt met dit wetsvoorstel ingetrokken. Daarvoor in de plaats komt de voorgestelde ketenaansprakelijkheid die van toepassing wordt op alle sectoren waarin gewerkt wordt met een overeenkomst van opdracht en/of aanneming van werk. In dit model van ketenaansprakelijkheid wordt de opdrachtgever van de werkgever hoofdelijk aansprakelijk voor het verschuldigde loon. Werknemers kunnen daardoor zowel bij de werkgever als diens opdrachtgever het verschuldigde loon opeisen (eventueel tegelijk). De opdrachtgevers die zich in een keten boven de opdrachtgever van de werkgever bevinden, blijven volgtijdelijk aansprakelijk.

c. Complexiteit van de oplossing

Naar de aard der zaak brengt een regeling die het mogelijk maakt verschillende schakels in een, eventueel lange, keten aansprakelijk te stellen, de nodige complexiteit met zich mee. Een volgtijdelijke ketenaansprakelijkheid brengt nog extra complexiteit met zich mee, omdat een werknemer een bepaalde volgorde dient aan te houden bij het vorderen

van zijn loon. Omdat het voor de werknemer niet onnodig moeilijk moet zijn om zijn loon te vorderen en allereerst degenen dienen te worden aangesproken die doorgaans het meest betrokken zijn bij de onderbetaling is gekozen voor het in dit wetsvoorstel vervatte model. Doorgaans zal, naast de werkgever, het diens opdrachtgever zijn die het meest is betrokken bij de onderbetaling. Om die reden is ook de opdrachtgever van de werkgever hoofdelijk aansprakelijk voor het verschuldigde loon. Dit reduceert de complexiteit van het model voor de werknemer. Voor de schakels boven de opdrachtgever van de werkgever blijft volgtijdelijke aansprakelijkheid echter het uitgangspunt. De reden hiervoor is dat een dergelijk model proportioneler geacht wordt dan een model waarin de werknemer in elk geval meteen de meest solvabele schakel in de keten aansprakelijk kan stellen bij onderbetaling. Dit zal doorgaans de hoofdopdrachtgever zijn die vaak juist het minst betrokken is bij de onderbetaling. Het uitgangspunt is derhalve dat de schakels boven de opdrachtgever van de werkgever slechts schakel voor schakel aangesproken kunnen worden voor het verschuldigde loon.

Bij de vormgeving van de voorgestelde ketenaansprakelijkheid is eveneens gekeken naar de mogelijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid in combinatie met een mogelijkheid tot vrijwaring. In de memorie van toelichting is, naar aanleiding van het advies van de Afdeling, in paragraaf 2.3 aangegeven waarom is afgezien van hoofdelijke aansprakelijkheid in combinatie met een mogelijkheid tot vrijwaring. Eén van de redenen is, zoals hierboven reeds aangegeven, dat bij volledige hoofdelijke aansprakelijkheid veelal de meest solvabele partij (doorgaans de hoofdopdrachtgever) zal worden aangesproken, terwijl de onderbetaling onderin de keten heeft plaatsgevonden.

Zoals hiervoor is aangegeven, wordt, naar aanleiding van het advies van de Afdeling, het wetsvoorstel aangepast door de werkgever en diens opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk te maken voor betaling van het verschuldigde loon. Hogere schakels kunnen volgtijdelijk aangesproken worden, nadat de werkgever en/of diens opdrachtgever zijn aangesproken. Door deze aanpassing onderin de keten, wordt het voor de werknemer makkelijker om zijn achterstallige loon te ontvangen. Hij kan immers zowel de werkgever als diens directe opdrachtgever aanspreken in eerste instantie. Hiervoor is gekozen omdat de werkgever en diens opdrachtgever de meeste invloed hebben op de betaling van het loon. De uitzonderingssituaties⁵⁷, waarin een werknemer na het aanspreken van zijn werkgever en/of diens opdrachtgever, rechtstreeks de hoofdopdrachtgever aansprakelijk kan stellen, blijven bestaan. Inderdaad maakt dit het model complex, maar toch zijn de uitzonderingssituaties nodig om ervoor te zorgen dat een werknemer bij ernstige onderbetaling en in situaties dat een jaar na onderbetaling het loon nog steeds niet is ontvangen, er een reële mogelijkheid is om het loon bij de hoofdopdrachtgever te vorderen. In dergelijke gevallen heeft de hoofdopdrachtgever gedurende een langere tijd ook de mogelijkheid om zijn invloed en contractuele afspraken aan te wenden om te zorgen dat de werknemer alsnog het verschuldigde loon ontvangt.

De Afdeling heeft aangegeven dat het voor een werknemer lastig zal zijn een weg te vinden in de ingewikkelde constructies van opdrachtgevers, aannemers, onderaannemers, hoofd- en nevenvestigingen. Ook wanneer

⁵⁷ Een ernstige onderbetaling van drie aaneengesloten maanden (minder dan 50% van het verschuldigd loon of minder dan 70% van het wettelijk minimumloon) die niet binnen zes maanden is opgelost of indien een jaar na een signaal van de werknemer naar de hoofdopdrachtgever over het instellen van een vordering wegens niet of niet volledig betalen van het verschuldigd loon, het verschuldigde loon nog steeds niet is ontvangen.

vakorganisaties of andere belangengroepen namens een groep werknemers zouden optreden, zullen zij vaak op grote moeilijkheden stuiten, aldus de Afdeling. Het kan inderdaad in de praktijk lastig zijn voor een werknemer om inzicht te krijgen in de keten. Daarom is in het wetsvoorstel in artikel 7:616e BW opgenomen dat de werknemer aan iedere schakel in de keten kan vragen om de gegevens van de partijen in de keten waarmee deze schakel een overeenkomst is aangegaan en om de gegevens van de hoofdopdrachtgever. Aan de hand van deze gegevens kan de werknemer meer inzicht krijgen in de keten en een vordering tot voldoening van het verschuldigde loon instellen. Een opdrachtgever dient deze informatie desgevraagd te verstrekken op straffe van aansprakelijkstelling. Daarbij wordt erop gewezen dat de aanpassing, ingegeven door de Afdeling, waarmee de werkgever en diens opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor het verschuldigde loon, voor de werknemer een aanmerkelijke versimpeling inhoudt. Hij kan beide partijen eventueel tegelijkertijd aanspreken.

De Afdeling geeft aan dat de complexiteit mede samenhangt met de wijze waarop de disculpatiemogelijkheid in het wetsvoorstel is vervat. De voorgestelde vormgeving levert volgens de Afdeling een vage norm op en volgens de Raad voor de rechtspraak is het risico dat opdrachtgevers zich eenvoudig kunnen disculperen. Dit is niet de bedoeling. Daarom wordt er voor gekozen de norm te verduidelijken. Hiermee wordt beoogd opdrachtgevers meer zekerheid geven over wanneer opdrachtgevers zich kunnen beroepen op niet-verwijtbaarheid. In de toelichting wordt daartoe (in een enuntiatieve opsomming) aangegeven in welke omstandigheden sprake kan zijn van niet-verwijtbaarheid. Dit geeft voor opdrachtgevers een belangrijke richtsnoer over de te leveren inspanningen om een beroep op niet-verwijtbaarheid te kunnen doen, stimuleert het preventieve effect van de ketenaansprakelijkheid en biedt houvast voor rechters bij de beoordeling van verwijtbaarheid. Het betreft zowel maatregelen die opdrachtgevers voorafgaand aan de opdrachtverlening kunnen nemen als maatregelen die achteraf – bij een geconstateerde situatie van onderbetaling – kunnen worden getroffen om onderbetaling tegen te gaan. Het werken met een opdrachtnemer of aannemer die een certificaat of keurmerk heeft kan onderdeel uitmaken van deze maatregelen, indien een dergelijk certificaat of keurmerk waarborgen biedt om onderbetaling in de keten tegen te gaan. Het is uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of in een specifiek geval een beroep op niet-verwijtbaarheid kan slagen. De toelichting (paragraaf 2.3) is op dit punt aangepast.

De opsomming van disculpatiegronden is niet-limitatief. Reden hiervoor is dat het niet mogelijk is om een limitatieve opsomming te maken vanwege de grote diversiteit aan gevallen en omstandigheden die zich bij ketenaansprakelijkheid kunnen voordoen. De in de memorie van toelichting gegeven opsomming geeft een belangrijke richting voor de beoordeling van de verwijtbaarheid. De omstandigheden van het geval, zoals de omvang van het bedrijf dat een beroep op niet-verwijtbaarheid doet, de positie van dat bedrijf in de keten of de omvang van de opdracht, spelen een belangrijke rol bij het bepalen of er in een bepaald geval sprake is verwijtbaarheid. Wanneer een opdrachtgever aannemelijk maakt dat hem geen verwijt valt te maken ter zake van de onderbetaling, zal hij met succes een beroep kunnen doen op niet-verwijtbaarheid.

d. Effectiviteit

De Afdeling merkt in relatie tot de effectiviteit van de regeling op dat zzp'ers niet onder de regeling vallen. Hiervan is afgezien omdat een zzp'er een andere relatie heeft met zijn opdrachtgever. Een werknemer heeft op basis van zijn arbeidsovereenkomst een gezagsverhouding met zijn

werkgever en is voor zijn inkomen geheel afhankelijk van die werkgever. Een zzp'er kan verschillende opdrachtgevers hebben en is voor zijn inkomen niet afhankelijk van één opdrachtgever. Er is uiteraard wel aandacht voor de positie van zzp'ers. Waar het gaat om de aanpak van schijnzelfstandigheid wordt gewerkt aan de Beschikking Geen Loonheffingen (BGL), als opvolger van de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR), waarmee de opdrachtgever van de zzp'er medeverantwoordelijk wordt voor de juistheid van de BGL. Daarnaast is in oktober 2014 een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer in verband met de vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht. Schijnzelfstandigen kunnen dan makkelijker bij de rechter een beroep doen op het rechtsvermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld doordat op ieder moment en op iedere plek digitaal procedures gestart kunnen worden. Indien de rechter oordeelt dat sprake is van een arbeidsovereenkomst dan kan de werknemer naast zijn werkgever ook diens opdrachtgever aansprakelijk stellen voor achterstallig loon en, indien nodig, onder de voorwaarden uit dit wetsvoorstel ook hogere schakels in de keten aansprakelijk stellen. Meer in den brede kan de vraag worden gesteld of het huidige instrumentarium in onder andere de fiscaliteit is toegesneden op de opkomst van de zzp'er. Daarvoor is een Interdepartementaal Beleidsonderzoek zzp (IBO zzp) ingesteld.

De Afdeling stelt dat de werknemer extra kosten moet maken om partijen in de keten aansprakelijk te stellen. Uit recente praktijkvoorbeelden⁵⁸ blijkt dat de werknemer of een groep van werknemers vaak gebruik maakt van ondersteuning van de vakbond. Dit beperkt de extra kosten die een individuele werknemer zal moeten maken. Door in het model ook de hoofdelijke aansprakelijkheid in te voeren voor de opdrachtgever van de werkgever heeft de werknemer meer kansen om met één proces, waarin hij zijn werkgever en diens opdrachtgever aanspreekt, zijn achterstallige loon alsnog te kunnen innen, zonder daarvoor extra kosten te maken.⁵⁹ Met deze aanpassing wordt de effectiviteit van de regeling sterk vergroot. De verwachting is dat de onderbetaling in een keten veelal zal worden opgelost door de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de werkgever en diens opdrachtgever waardoor verdere kosten voor de werknemer blijven bespaard.

Teneinde te verduidelijken welke stappen de werknemer in beginsel moet ondernemen voordat een volgende schakel kan worden aangesproken, is in de toelichting, in paragraaf 2.3, nader gepreciseerd welke acties een werknemer in dit verband moet hebben ondernomen. De uitspraak van de rechter moet worden geëxecuteerd. Daarbij is het gebruikelijk dat een crediteur, indien dat nodig is, een deurwaarder inschakelt om een vonnis ten uitvoer te leggen. Deze inspanning mag ook van een werknemer worden verwacht. De kans dat het achterstallige loon door een deurwaarder kan worden geïnd is groot. Het gaat immers om een bekende opdrachtgever van wie de verblijfplaats bekend is (anders zou deze schakel kunnen worden overgeslagen). Dat de werknemer op deze wijze moet proberen een vonnis ten uitvoer te leggen, ligt verder voor de hand omdat dit in veel gevallen sneller zal kunnen geschieden dan het met succes vorderen van het loon bij de naast hogere schakel in de keten.

⁵⁸ *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, nr. 623 (Kamervragen over uitbuiting van werknemers die werken aan de A2-tunnel in Maastricht), *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, nr. 1106 (Kamervragen over arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van buitenlandse werknemers die aan de A4 werken), *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, nr. 134 (over het bericht dat uitzendkrachten in de pluimveesector structureel worden onderbetaald) en *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, nr. 723 (over het bericht dat op bouwplaatsen van de NAM en Shell mogelijk sprake is van het ontduiken van de cao in de steigerbouwsector).

⁵⁹ Dit proces kan hij bovendien voeren zonder advocaat zodat er geen extra kosten bij komen voor de werknemer.

De Afdeling merkt op dat bij faillissement van een opdrachtnemer de werknemer eerst moet afwachten of het loon bij de vereffening zal worden betaald. De kans op succes acht de Afdeling betrekkelijk gering. Hiervoor is echter gekozen om de onwenselijke situatie te voorkomen dat een werknemer bij faillissement van een schakel, deze schakel overslaat en de volgende opdrachtgever aansprakelijk stelt, terwijl nadien blijkt dat de werknemer alsnog uit de boedel van de failliete schakel betaald zou kunnen worden. De systematiek van het faillissementsrecht dient zo min mogelijk doorkruist te worden. Alleen wanneer het loon van een werknemer niet voldaan kan worden uit de boedel, kan een hogere schakel worden aangesproken. Bij die hogere schakel zal aansprakelijkstelling alleen succesvol zijn indien die opdrachtgever ter zake van de onderbetaling een verwijt treft. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat de werknemer als crediteur een bevoorrechte vordering heeft op alle goederen ter zake van al hetgeen hij op grond van zijn arbeidsovereenkomst heeft te vorderen van de werkgever over het lopende en voorafgaande kalenderjaar.

De Afdeling wijst erop dat het als gevolg van faillissement en een eventuele «kettingreactie» (een reeks van faillissementen) lastig kan zijn voor een werknemer om zijn achterstallig loon te ontvangen. Met de ketenaansprakelijkheid wordt een preventief effect beoogd. Het risico van faillissementen in de keten onderstreept het belang van de mogelijkheid van disculpatie. Daarnaast is het van belang dat er richtinggevende omstandigheden worden opgenomen in de memorie van toelichting om te verduidelijken bij welke genomen maatregelen en onder welke omstandigheden niet-verwijtbaarheid voor de hand ligt. Dergelijke indicaties, opgenomen in paragraaf 2.3, zijn ten eerste van belang voor de werknemer die er bij gebaat is dat schakels in de keten zich inspannen om onderbetaling te voorkomen of om bij onderbetaling correctief op te treden. De maatregelen die worden beschreven in de toelichting zijn er op gericht dat er in de keten op wordt toegezien dat de werknemer het verschuldigde loon ontvangt. In de tweede plaats is het voor de betreffende opdrachtgevers van belang dat zij richtsnoeren hebben voor een beroep op niet-verwijtbaarheid omdat zij bij een aansprakelijkstelling aan de hand van de getroffen maatregelen aannemelijk kunnen maken dat hen niets te verwijten valt. Daarmee wordt ook het risico op een faillissement, of een reeks faillissementen, sterk verkleind. Er moet immers altijd sprake zijn van verwijtbaarheid. Het faillissement van een lagere schakel zal, zonder verwijtbaarheid van de hogere schakel, nooit tot aansprakelijkheid van die hogere schakel kunnen leiden.

Ten slotte wijst de Afdeling erop dat de regeling is geschreven vanuit het relatief eenvoudige schema waarbij een werknemer slechts in één keten werkzaam is, terwijl de werknemer ook kan worden ingezet voor opdrachten van verschillende opdrachtgevers. Paragraaf 2.3 van de memorie van toelichting is naar aanleiding hiervan aangevuld. Aangegeven wordt dat de werknemer iedere opdrachtgever afzonderlijk aansprakelijk dient te stellen voor dat deel van het achterstallige loon dat overeenkomst met het aantal uren dat hij voor die opdrachtgever heeft gewerkt.

e. Samenhang met andere regelingen

Naar aanleiding van de vraag van de Afdeling of het UWV bij het overnemen van de vordering ook de ketenaansprakelijkheid kan invoeren, wordt aangegeven dat het UWV bij de overname van de loonbetalingsverplichting inderdaad de ketenaansprakelijkheid kan invoeren. Vorderingen van de werknemer, voor zover zij door het UWV worden overgenomen, gaan over op het UWV, blijkens artikel 66, eerste lid, van de WW. Bezien

wordt of het UWV bij het overnemen van de loondoorbetalingsverplichting de ketenaansprakelijkheid daadwerkelijk zal inroepen op gelijke voet als de werknemer wiens vordering het overneemt.

Voor wat betreft de samenhang met de fiscale en socialezekerheidsregeling wordt opgemerkt dat het bij beide vormen van ketenaansprakelijkheid inderdaad om dezelfde arbeidsovereenkomst kan gaan. Er kan namelijk sprake zijn van een situatie waarin een werknemer bijvoorbeeld geen of te weinig loon heeft ontvangen en de werkgever daarover geen loonheffing heeft afgedragen. Deze regelingen botsen niet met elkaar. Indien de Belastingdienst vaststelt dat niet alle schakels in de keten zich kunnen disculperen, zijn in principe alle schakels in de keten hoofdelijk aansprakelijk voor de loonheffing. De Belastingdienst zal in beginsel proberen de niet afgedragen heffing op een volgtijdelijke wijze te innen, te starten bij de onderste schakel in de keten. Een werknemer die gebruik maakt van de ketenaansprakelijkheid start ook bij de onderste schakel in de keten. In de praktijk kan het echter voorkomen dat de werknemer zijn loon ontvangt van een andere schakel dan de schakel waarvan de Belastingdienst de loonheffing int.

f. Alternatieven

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen met alternatieven voor de voorgestelde ketenaansprakelijkheid en redenen waarom niet voor deze alternatieven is gekozen. Er is invoering van een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de hele keten overwogen. In de memorie van toelichting wordt, in paragraaf 2.3, aangegeven waarom is afgezien van een hoofdelijke aansprakelijkheid in combinatie met vrijwaring. Omwille van de effectiviteit van de ketenaansprakelijkheid is niet gekozen voor een hoofdelijke aansprakelijkheid in combinatie met een vrijwaringsregeling. Vrijwaring zou leiden tot een substantiële verhoging van de administratieve lasten (nalevingskosten) en uitvoeringsproblemen. Verder kan een vrijwaringsmogelijkheid, wanneer alle schakels in een keten zijn gevrijwaard, ertoe leiden dat een werknemer alsnog geen mogelijkheden heeft om, naast zijn werkgever, andere schakels in een keten aansprakelijk te stellen bij onderbetaling.

Tevens is in paragraaf 2.3 toegelicht waarom niet is gekozen voor aansluiting bij de hoofdelijke aansprakelijkheid die reeds bestaat voor belastingen en sociale premies (zekerheidsstelling). Een systeem waarbij de opdrachtgever het loon stort op een geblokkeerde rekening zal leiden tot liquiditeitsproblemen bij de opdrachtnemer omdat hij niet zomaar over het tegoed kan beschikken. In algemene zin wordt opgemerkt dat een zekerheidsstelling die betrekking heeft op een regeling ter zake van de voldoening van het loon, niet vergelijkbaar is met zekerheidsstelling ten aanzien van loonheffing omdat het bij loonvorderingen doorgaans om veel grotere bedragen zal gaan.

Inderdaad dient de effectiviteit van de regeling zoveel mogelijk te worden vergroot. Daarom is geëxpliciteerd wat van een opdrachtgever mag worden verwacht om zich te kunnen beroepen op niet-verwijtbaarheid. Daarnaast is het wetsvoorstel aangepast door de werkgever en diens directe opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk te maken voor het verschuldigde loon. Daardoor kan een werknemer in eerste instantie zowel zijn werkgever als diens opdrachtgever aansprakelijk stellen (zowel tezamen als ieder voor zich) voor de voldoening van het verschuldigde loon. De werknemer krijgt op deze manier de mogelijkheid om zijn loon onderin de keten sneller te ontvangen.

g. Conclusie

Het advies van de Afdeling is aanleiding geweest om het wetsvoorstel en paragraaf 2.3 van de toelichting aan te passen. De ketenaansprakelijkheid is op twee punten gewijzigd. Ten eerste is ervoor gekozen om te verduidelijken wanneer sprake kan zijn van niet-verwijtbaarheid. Hierdoor krijgen opdrachtgevers meer zekerheid over wanneer zij zich kunnen disculperen ter zake van een vordering tot de voldoening van loon. Ten tweede wordt voorgesteld de werkgever en diens opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk te houden voor het verschuldigde loon, indien betaling van het verschuldigde loon door de werkgever is uitgebleven en het verschuldigde loon opeisbaar is geworden. Hierdoor wordt de effectiviteit van de ketenaansprakelijkheid sterk vergroot. Deze laatste aanpassing komt in plaats van de huidige inlenersaansprakelijkheid, die hiermee komt te vervallen. De voorgestelde hoofdelijke aansprakelijkheid voor de werkgever en diens opdrachtgever gaat daarmee verder dan de inlenersaansprakelijkheid, omdat het niet beperkt is tot de uitzendbranche en geldt voor het volledige loon (wettelijk minimumloon of loon op basis van de (collectieve) arbeidsovereenkomst). Voor schakels boven de opdrachtgever van de werkgever blijft de ketenaansprakelijkheid volgtijdelijk.

In de memorie van toelichting worden daarnaast in paragraaf 2.3 de aard en omvang van het probleem nader omschreven. In dit kader wordt in het bijzonder ingegaan op de positie van arbeidsmigranten die extra kwetsbaar zijn voor onderbetaling. Naar aanleiding van de aanpassingen in het model (duidelijkere toelichting ter zake van de niet-verwijtbaarheid en hoofdelijke aansprakelijkheid voor de werkgever en diens opdrachtgever) is de memorie van toelichting ook aangepast. Daarnaast wordt in de toelichting ingegaan op samenhangende regelingen en alternatieven voor het voorgestelde systeem en motieven om af te zien van die alternatieven.

Concluderend wordt opgemerkt dat met geen enkel model van ketenaansprakelijkheid onderbetaling kan worden uitgesloten. Het model van hoofdelijke aansprakelijkheid van de werkgever en diens opdrachtgever in combinatie met volgtijdelijke ketenaansprakelijkheid, waarbij een aansprakelijk gestelde schakel een disculpatiemogelijkheid heeft, levert wel een extra mogelijkheid op voor de werknemer. Hij kan namelijk in één procedure de eerste twee schakels aanspreken. Naast het sterke preventieve effect, stimuleert dit model opdrachtgevers om correctief te handelen na signalen van onderbetaling. Daarnaast wordt verwacht dat ook de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de werkgever en diens opdrachtgever de effectiviteit van het systeem vergroot. De werknemer krijgt namelijk in eerste instantie de mogelijkheid om zowel zijn werkgever als diens directe opdrachtgever of hen tezamen aansprakelijk te stellen voor achterstallig loon. Misstanden in de keten kunnen op deze manier sneller onderin de keten worden opgelost.

2. Europees internationaal privaatrecht

Naar aanleiding van de opmerkingen op dit punt wordt opgemerkt dat in het wetsvoorstel een ketenaansprakelijkheid is opgenomen voor loonbetaling ter zake arbeid die in Nederland wordt verricht, ongeacht het recht dat van toepassing is op de betreffende arbeidsovereenkomst, overeenkomst van aanneming van werk of van opdracht. De Afdeling merkt terecht op dat het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst wordt beheerst door (Verordening) Rome I, voor zover het lidstaten van de Europese Unie betreft.

Uit de verordening blijkt allereerst in artikel 3 dat de rechtskeuze (het recht dat op een overeenkomst van toepassing is) aan partijen is. De rechtskeuze mag er, zo blijkt uit artikel 8, echter niet toe leiden dat de werknemer bescherming verliest die hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken op grond van het recht dat op grond van artikel 8 van toepassing zou zijn geweest wanneer er geen rechtskeuze is gedaan. Uit dat artikel volgt dat voor zover er geen rechtskeuze is gedaan, de hoofdregel is dat het recht van toepassing is van het land waar gewoonlijk de arbeid wordt verricht. Bij (gedetailleerde) werknemers die slechts tijdelijk werkzaamheden in Nederland verrichten, is dit doorgaans het land van herkomst. Het is derhalve aangewezen om duidelijk uitdrukking te geven aan het voorrangskarakter van de ketenaansprakelijkheid voor het verschuldigde loon. Zou dit worden nagelaten dan zou de effectiviteit van de regeling worden ondermijnd. In ketens waarin op basis van overeenkomsten gesloten naar vreemd recht tijdelijk arbeid in Nederland wordt verricht, zou de regeling dan mogelijk niet ingeroepen kunnen worden, terwijl de sociale bescherming van werknemers ook in die gevallen noodzakelijk wordt geacht.

Rome I laat ruimte om, althans in bijzondere gevallen van bepalingen van bijzonder dwingend recht, waarin nationale regelgeving een voorrangskarakter heeft, te bepalen dat in gevallen, waarin arbeid in Nederland wordt verricht, de Nederlandse wetgeving van toepassing is op een overeenkomst. Om werknemers een reële bescherming te bieden en op een effectieve wijze oneerlijke concurrentie in ketens tegen te gaan, wordt het voorrangskarakter duidelijk tot uitdrukking gebracht in de artikelen 7:616c en 7:616f BW. Laatstgenoemd artikel is toegevoegd om duidelijk te maken dat, ook wanneer Nederlands recht van toepassing is op de in de keten gesloten overeenkomsten, niet afgeweken kan worden van de regeling inzake ketenaansprakelijkheid voor het verschuldigde loon.

B. Openbaarmaking van sanctiebesluiten en toezichtgegevens

Het wetsvoorstel creëert een specifieke grondslag en verplichting voor het actief openbaar maken van bepaalde inspectiegegevens en sanctiebesluiten door de Inspectie SZW. Het gaat onder meer om gegevens over een opgelegde bestuurlijke boete of een bevel tot preventieve stillegging en om gegevens over een afgerond onderzoek waarbij geen overtreding is geconstateerd.⁶⁰ De verschillende oogmerken van de openbaarmaking zijn: de naleving van de wetten te bevorderen, bij te dragen aan de legitimering van het handelen van de toezichthouder, transparantie te verschaffen over de toezichtuitoefening en het publiek ter waarschuwing te informeren.⁶¹

Over dit onderdeel van het voorstel maakt de Afdeling de volgende opmerkingen.

3. Algemene regeling actieve openbaarmaking

Inmiddels zijn er op verschillende beleidsterreinen regelingen in voorbereiding of gelden reeds voor de openbaarmaking van bepaalde sanctiebesluiten en andere gegevens door toezichthouders (zie de Wet op het financieel toezicht, de Instellingwet Autoriteit Consument en Markt, de Wet op het onderwijstoezicht en de Wet marktordening gezond-

⁶⁰ De volgende wetten worden aangevuld met bepalingen over openbaarmaking: Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, Wet arbeid vreemdelingen, Arbeidsomstandighedenwet, Arbeidstijdenwet, en Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs.

⁶¹ Memorie van toelichting, par. 2.2 «Openbaarmaking inspectiegegevens», eerste tekstblok.

heidszorg).⁶² Het openbaarmakingsregime verschilt per regeling. De belangrijkste verschillen betreffen de verplichting of de bevoegdheid van de toezichthouder tot openbaarmaking,⁶³ de uitzonderingen van artikel 10 Wob,⁶⁴ en de termijn waarbinnen de informatie niet openbaar wordt gemaakt.⁶⁵

Ondanks deze verschillen zijn de aard van de openbaar te maken gegevens (sanctiebesluiten zoals bestuurlijke boete, bepaalde bevelen, en inspectiegegevens) en de doelen van de openbaarmaking (transparantie in het functioneren van toezichthouders, het informeren van het publiek ter waarschuwing, en het bevorderen van naleving van regelgeving) steeds dezelfde. Een andere overeenkomst tussen de verschillende openbaarmakingsregimes is dat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming van toepassing is. Dit sluit aan op de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak.⁶⁶

Zoals de Afdeling ook in haar advies van 12 september 2014 heeft opgemerkt,⁶⁷ valt niet in te zien waarom voor de openbaarmaking van gegevens die dezelfde aard hebben en waarmee dezelfde doelen worden beoogd, uiteenlopende openbaarmakingsregimes zouden moeten gelden. Vanuit de wens onnodige verschillen te vermijden en vanuit het oogmerk de uniforme toepassing van regels omtrent openbaarmaking te bevorderen, geeft de Afdeling in overweging om – in het bijzonder ten aanzien van de actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten – een algemene regeling te treffen. Naar het oordeel van de Afdeling is de Awb de meest aangewezen wet waarin dit zou kunnen worden geregeld.

4. Gebonden karakter besluit tot openbaarmaking

Het openbaarmakingsregime van het voorstel is als volgt. Er geldt een verplichting voor de toezichthouder om bepaalde toezichtgegevens en sanctiebesluiten⁶⁸ openbaar te maken. Twee uitzonderingsgronden van

⁶² Een soortgelijke regeling is opgenomen in het voorstel van wet tot wijziging van de Gezondheidswet en de Wet op de jeugdzorg teneinde een mogelijkheid op te nemen tot openbaarmaking van informatie over de naleving en uitvoering van regelgeving, besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties daarbij inbegrepen. Over dat voorstel heeft de Afdeling advisering van de Raad van State op 12 september 2014 advies uitgebracht (zaak no. W13.14.0245/III).

⁶³ Zo geldt op grond van artikel 1:97 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) en artikel 65 van de Mededingingswet een verplichting voor de toezichthouder om een sanctiebesluit (bestuurlijke boete of last onder dwangsom) openbaar te maken. Dezelfde verplichting geldt voor de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Echter, wat betreft andere gegevens dan sanctiebesluiten geldt er een bevoegdheid voor de ACM tot openbaarmaking (artikelen 12u t/m 12w van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt). Een verplichting tot openbaarmaking van inspectierapporten is opgenomen in artikel 21 van de Wet op het onderwijstoezicht. Op grond van artikel 80 van de Wet marktordening gezondheidszorg heeft de zorgautoriteit de bevoegdheid om een bestuurlijke sanctie of een aanwijzing openbaar te maken.

⁶⁴ In de Wft worden in het geheel geen uitzonderingsgronden genoemd die overeenkomen met de weigeringsgronden van de Wob. De enige uitzondering op grond van die wet is indien de openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van de wet (artikel 1:97, vierde lid). Artikel 65 van de Mededingingswet verwijst naar alle gronden van artikel 10 van de Wob. Wat betreft de ACM wordt voor de uitzonderingsgronden onderscheid gemaakt tussen ernstige en minder ernstige overtredingen. Bij de minder ernstige overtredingen is artikel 10 Wob in zijn geheel van toepassing, terwijl bij de ernstige overtredingen alleen drie weigeringsgronden van toepassing zijn (artikel 10, eerste lid, onderdeel c, en artikel 10, tweede lid, onderdelen e en g van de Wob).

⁶⁵ Deze termijn verschilt van 5 werkdagen tot twee weken.

⁶⁶ ABRvS, 31 mei 2006, JB 2006 en AB 2006, 329, m.nt. P.J. Stolk.

⁶⁷ Hiervoor genoemd advies no. W13.14.0245.

⁶⁸ In dit advies wordt gesproken over «sanctiebesluit». Daarmee worden bedoeld een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete, last onder bestuursdwang, en een bevel tot stillegging van het werk.

artikel 10 van de Wob zijn van toepassing verklaard: bedrijfs- en fabricagegegevens⁶⁹ en bijzondere persoonsgegevens.⁷⁰

De openbaarmakingsbesluiten hebben een hoge mate van gebondenheid: behoudens de hiervoor geschetste uitzonderingsgronden is openbaarmaking verplicht. Er vindt geen individuele belangenafweging plaats. De keuze voor het gebonden karakter van de openbaarmakingsbesluiten is in de toelichting niet gemotiveerd.

Mede met het oog op artikel 10 van de Grondwet, artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie maakt de Afdeling over het voorgestelde openbaarmakingsregime twee opmerkingen.

a. Openbaarmaking van sanctiebesluiten

Het voorgestelde openbaarmakingsregime betekent dat er geen beleidsvrijheid is en slechts een beperkte beoordelingsruimte voor het bestuursorgaan dat besluit tot openbaarmaking.⁷¹ De mogelijkheden voor het betrokken bestuursorgaan om een sanctie niet openbaar te maken zijn daardoor zeer beperkt. Met name kunnen belangen van betrokken natuurlijke personen en ondernemingen niet ten volle worden gewogen.

Zoals de Afdeling eerder heeft opgemerkt,⁷² kan openbaarmaking van een sanctie diep ingrijpen in de betrokken onderneming en in de persoonlijke levenssfeer van de betrokken natuurlijke personen. Zij kan tot aanzienlijke economische en reputatieschade leiden. Artikel 8 EVRM en de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie vereisen voor inmenging in de persoonlijke levenssfeer een specifieke bij wet voorziene afweging in termen van proportionaliteit. Voorts blijkt uit jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens dat niet alleen natuurlijke personen, maar onder omstandigheden ook rechtspersonen een beroep kunnen doen op artikel 8 EVRM.⁷³ Voor de openbaarmaking van sanctiebesluiten betekent het voorgaande naar het oordeel van de Afdeling dat in elk geval aan de uitzonderingsgronden van artikel 10, tweede lid, onderdelen e en g, van de Wob⁷⁴ moet kunnen worden getoetst.

Gelet op het gebonden karakter van het besluit tot openbaarmaking leidt het opnemen van deze uitzonderingsgronden in het wetsvoorstel er nog niet toe dat per openbaarmakingsbesluit een individuele afweging plaatsvindt. Het ingrijpende karakter van openbaarmaking van besluiten

⁶⁹ Artikel 10, eerste lid, onderdeel c, van de Wob.

⁷⁰ Artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wob.

⁷¹ Met beleidsvrijheid wordt de vrijheid bedoeld die aan een bestuursorgaan is gelaten wanneer is geregeld dat het al dan niet een bepaald besluit kan nemen. Bij beoordelingsruimte gaat het om de vraag hoe nauwkeurig de wetgever de condities heeft omschreven waaronder een bestuursorgaan een bepaalde bevoegdheid moet of mag gebruiken (Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, 15^{de} dr., Amsterdam 2011, p. 140–146).

⁷² Advies van de Afdeling advisering van 1 februari 2013 inzake wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 4, blz. 5–7).

⁷³ Zie o.m. EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (Niemiets vs. Duitsland), EHRM 16 februari 2000, 27798/95 (Amann vs. Zwitserland) en EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97 (Société Colas Est e.a. vs. Frankrijk). Zie ook HvJ EU 22 oktober 2002 (Roquette Frères), C-94/00 en HvJ EU 9 november 2010 (Volker und Markus Schecke GbR en Hartmut Eifert), gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09.

⁷⁴ Onderdeel e is de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en onderdeel g is het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel derden.

van punitieve aard brengt echter mee dat de openbaarmaking de uitkomst zou moeten zijn van een belangenafweging in het concrete geval, die uiteindelijk door de rechter kan worden getoetst. In een dergelijke belangenafweging dient het beginsel dat een maatregel gelijke maat houdt met de normschending (evenredigheidsbeginsel) in acht te worden genomen, mede in verband met de mogelijke toepasselijkheid van artikel 8 EVRM.

In de toelichting is aangevoerd dat slechts in een enkel geval persoonsgegevens deel kunnen uitmaken van de bedrijfsnaam. Nu het aantal persoonsgegevens dat wordt verstrekt miniem is, weegt dit volgens de toelichting niet op tegen het algemene belang van openbaarmaking.⁷⁵ De Afdeling merkt ten eerste op dat een inmenging in de persoonlijke levenssfeer in meer gevallen aan de orde kan zijn dan waar de toelichting vanuit gaat. Blijkens vorengenoemde jurisprudentie valt elke informatie over een identificeerbare natuurlijke persoon onder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Dit is een ruimer criterium. Voorts dient de term «persoonlijke levenssfeer» niet eng te worden uitgelegd: voor een beroep op artikel 8 EVRM is het irrelevant dat de gegevens verband houden met beroepsactiviteiten.⁷⁶ Daar komt bij dat de namen van natuurlijke personen achter een onderneming (bijvoorbeeld bestuursleden) op internet gemakkelijk zijn te achterhalen en vervolgens zijn te koppelen aan een openbaar gemaakt sanctiebesluit. Ten tweede is het aantal gevallen waarin persoonsgegevens worden verstrekt niet relevant voor de vraag of een individuele belangenafweging met betrekking tot openbaarmaking dient plaats te vinden; die afweging dient hoe dan ook in een concreet geval plaats te vinden.

Gelet op het voorgaande is de Afdeling van oordeel dat het voorstel ten aanzien van de openbaarmaking van sanctiebesluiten de mogelijkheid moet bieden voor een toetsing aan de uitzonderingsgronden van artikel 10, tweede lid, onderdelen e en g, van de Wob en tevens voor een individuele belangenafweging.⁷⁷

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

b. Gebonden beschikking sluit toetsing aan artikel 8 EVRM niet uit

Het vorenstaande onder punt a. geldt specifiek ten aanzien van sanctiebesluiten. Los daarvan merkt de Afdeling in het algemeen ten aanzien van gebonden openbaarmakingsbeschikkingen – dus ook wat betreft de openbaarmaking van andere gegevens zoals inspectierapporten – het volgende op. Ingevolge artikel 94 Grondwet blijft een toetsing van dergelijke gebonden openbaarmakingsbeschikkingen aan in elk geval artikel 8 EVRM steeds mogelijk. Bij de openbaarmaking van inspectierapporten kan sprake zijn van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van natuurlijke en onder omstandigheden ook van rechtspersonen. De openbaarmaking van deze gegevens kan diep ingrijpen in de betrokken onderneming en kan leiden tot aanzienlijke economische en bijvoorbeeld imagoschade van de onderneming en van natuurlijke personen. Door de

⁷⁵ Memorie van toelichting, par. 2.2 «Openbaarmaking inspectiegegevens», onder «Vormgeving».

⁷⁶ EHRM 16 februari 2000, 27798/95 (Amann vs. Zwitserland).

⁷⁷ In dit verband wordt verwezen naar artikel 65 van de Mededingingswet. Daar geldt net als in het onderhavige wetsvoorstel een verplichting tot openbaarmaking van het besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom. Op grond van deze bepaling zijn alle uitzonderingsgronden van artikel 10 Wob van toepassing. Een soortgelijke bepaling is artikel 12u van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (deze bepaling is destijds in dit opzicht naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering (zie noot 13) aangepast).

openbaarmaking kan de onderneming of betrokken natuurlijke persoon onevenredig worden getroffen in belangen die raken aan de persoonlijke levenssfeer. Een dergelijke inbreuk kan gerechtvaardigd zijn indien – onder andere – is voldaan aan de eis van proportionaliteit: het belang dat wordt gediend met publicatie dient in een redelijke verhouding te staan tot het belang van de betrokkene om geen onevenredig nadeel als hiervoor bedoeld te ondervinden.

Naar het oordeel van de Afdeling kan bij het voorgestelde gebonden karakter van openbaarmakingsbesluiten niet worden voorbijgegaan aan toetsing in het concrete geval aan het evenredigheidsbeginsel op grond van artikel 8 EVRM.

De Afdeling adviseert op het voorgaande in de toelichting in te gaan.

5. Wel of geen besluit

In de huidige bestuursrechtelijke jurisprudentie wordt de beslissing om toezichtgegevens al dan niet openbaar te maken aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb.⁷⁸ De tekst van het voorstel bevat daarvan geen afwijking.

De toelichting lijkt evenwel uit te gaan van de veronderstelling dat de beslissing tot openbaarmaking van gegevens waarbij geen overtreding is geconstateerd, geen besluit is in de zin van de Awb. Vermeld wordt dat alleen de openbaarmaking van besluiten (bestuurlijke boete, stillegging) een besluit is. Indien bij een controle geen overtredingen zijn geconstateerd, dan wordt in een brief aan de betrokken werkgever medegedeeld dat deze constatering openbaar wordt gemaakt, aldus de toelichting.⁷⁹ De Afdeling merkt op dat ingevolge vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak actieve openbaarmaking aangemerkt wordt als een besluit, ook al is wat openbaar gemaakt wordt zelf geen besluit. Hetgeen in de toelichting is gesteld kan daaraan niet afdoen.

De Afdeling adviseert de toelichting in die zin bij te stellen dat openbaarmaking van gegevens waarbij geen overtreding is geconstateerd een besluit is in de zin van de Awb

6. Openbaarmaking onderzoeksgegevens waarbij geen overtreding is geconstateerd

Volgens het wetsvoorstel dient de toezichthouder niet alleen gegevens openbaar te maken over het opleggen van een bestuurlijke boete en over stillegging van werkzaamheden, maar ook over «gegevens over een afgerond onderzoek waarbij geen overtreding is geconstateerd».⁸⁰ Volgens de toelichting wordt in een brief aan de onder toezicht gestelde medegedeeld dat de constatering dat bij hem geen overtredingen zijn aangetroffen openbaar wordt gemaakt. Deze brief zal niet integraal openbaar worden gemaakt, maar er zullen slechts enkele gegevens uit deze brief openbaar worden gemaakt, zoals de naam van het bedrijf en op basis van welke wetten de controle heeft plaatsgevonden.⁸¹

⁷⁸ Zie o.m. ABRvS 31 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX6362, JB 2006 en AB 2006, 329, m.nt. P.J. Stolk, ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2849, en ABRvS 7 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR6938, JB 2011/225 m.nt. G. Overkleef-Verburg.

⁷⁹ Toelichting op de artikelen I, IV, V, VI en VII onderdelen M, C, A, A en A, derde tekstblok.

⁸⁰ Zie bijvoorbeeld het voorgestelde artikel 18pa, eerste lid, Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

⁸¹ Artikelsgewijze toelichting op de artikelen I, IV, V, VI en VII onderdelen M, C, A, A en A.

Gelet hierop is het kennelijk de bedoeling om, als er geen overtreding is geconstateerd, slechts enkele gegevens openbaar te maken. De wettekst bevat echter een ruimere formulering: als bij een afgerond onderzoek geen overtreding is geconstateerd, moeten «gegevens» over dat onderzoek openbaar worden gemaakt. Hieronder zou het hele inspectierapport of gedeelten daarvan kunnen vallen. Nu een zo ruim gebruik van de openbaarmakingsplicht blijkens de toelichting niet is voorzien, valt niet in te zien waarom de wettekst een ruime omschrijving geeft.

Dit is temeer van belang omdat de voorgestelde tekst ook een aanknopingspunt kan bieden bij verzoeken om openbaarheid. De discussie kan dan gaan over de vraag waarom de toezichthouder zo'n beperkte toepassing heeft gegeven aan een ruim omschreven openbaarmakingsverplichting.

Bij een zo ruime omschrijving valt voorts niet te ontkomen aan een regeling waarbij de openbaarmaking tien dagen wordt opgeschort, zodat de betrokkene een voorlopige voorziening kan vragen.

De Afdeling adviseert het voorstel in overeenstemming te brengen met de toelichting.

7. Openbaarmaking reactie betrokkene

Onverminderd het vorenstaande onder punt 6 merkt de Afdeling het volgende op.

Het wetsvoorstel bepaalt dat «gegevens» over het opleggen van een bestuurlijke boete, over een bevel tot stillegging en over een afgerond onderzoek waarbij geen overtreding is geconstateerd, openbaar worden gemaakt.⁸² Bij algemene maatregel van bestuur zal worden geregeld om welke gegevens het gaat.⁸³ De toelichting geeft slechts beperkt zicht op de gegevens die uiteindelijk openbaar zullen worden gemaakt: de gegevens omvatten in elk geval de naam van de normadressaat, de vestigingsplaats en indien van toepassing de aard van de overtreding.⁸⁴ Uit de toelichting blijkt niet of de reactie van de onder toezicht gestelde op het inspectierapport of op het voornemen tot openbaarmaking van de gegevens eveneens openbaar wordt gemaakt.

De Afdeling wijst erop dat volgens de huidige Beleidsregel openbaarmaking inspectiegegevens bij zware of ernstige asbestovertredingen de reactie van betrokkene over de openbaarmaking kan worden gevoegd bij de openbaar te maken gegevens op de website van de Inspectie SZW.⁸⁵ In dit verband wordt tevens verwezen naar regelgeving met betrekking tot andere toezichthouders waarin is geregeld dat de zienswijze van de betrokken onderneming of van de betrokkene wordt gevoegd bij de gegevens die gepubliceerd worden.⁸⁶

Gelet op de in acht te nemen zorgvuldigheid bij de openbaarmaking van informatie die belastend kan zijn voor de onder toezicht gestelde, is de Afdeling van oordeel dat onder de openbaar te maken gegevens tevens de reactie van de onder toezicht gestelde moet vallen. Dit is in het

⁸² Zie bijvoorbeeld het voorgestelde artikel 18pa, eerste lid, Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

⁸³ Voorgestelde artikel 18pa, derde lid, Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

⁸⁴ Artikelsgewijze toelichting op de artikelen I, IV, V, VI en VII onderdelen M, C, A, A en A.

⁸⁵ Artikel 3, tweede lid, Beleidsregel openbaarmaking inspectiegegevens bij zware of ernstige asbestovertredingen (Stcrt. 2014, nr. 20152).

⁸⁶ Artikel 20 Wet op het onderwijstoezicht en artikel 3, tweede lid, van het Besluit houdende beleidsregels omtrent openbaarmaking van controlegegevens door de Nederlandse Voedsel en Warenautoriteit.

bijzonder van belang indien wordt vastgehouden aan een openbaarmakingsregime waarbij geen individuele belangenafweging plaatsvindt.

De Afdeling gaat ervan uit dat bij algemene maatregel van bestuur de mogelijkheid tot openbaarmaking van de reactie van de onder toezicht gestelde zal worden geregeld. Zij adviseert in de toelichting op het onderhavige voorstel daarop in te gaan.

B. Openbaarmaking van sanctiebesluiten en toezichtgegevens

3. Algemene regeling actieve openbaarmaking

Vanuit de wens onnodige verschillen te vermijden en vanuit het oogmerk de uniforme toepassing van regels omtrent openbaarmaking te bevorderen, geeft de Afdeling in overweging om – in het bijzonder ten aanzien van de actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten – een algemene regeling te treffen. Naar het oordeel van de Afdeling is de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de meest aangewezen wet waarin dit zou kunnen worden geregeld.

Er is begrip voor het door de Afdeling ingenomen standpunt en een algemene regeling in de Awb zal dan ook in overweging worden genomen. Dit vergt nog wel enig nader onderzoek. Om vooruitlopend op een eventuele algemene regeling zo spoedig mogelijk de beoogde transparantie te kunnen bieden en naleving van de regelgeving te bevorderen, wordt de regeling van openbaarmaking in dit wetsvoorstel gehandhaafd.

4. Gebonden karakter besluit tot openbaarmaking

De Afdeling wijst erop dat door het gebonden karakter van de regeling tot openbaarmaking en de zeer geringe mogelijkheden om van openbaarmaking af te zien, de toezichthouder niet de mogelijkheid heeft om per openbaarmaking een belangenafweging te maken. De Afdeling wijst erop dat bij de openbaarmaking van sanctiebesluiten de belangen van personen die het betreft ernstig geschaad kunnen worden en dat een individuele belangenafweging in die gevallen noodzakelijk is. Voor de openbaarmaking van sanctiebesluiten is de Afdeling van oordeel dat in elk geval aan de uitzonderingsgronden van artikel 10, tweede lid, onderdelen e en g, van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) moet kunnen worden getoetst. Bovendien is de Afdeling van oordeel dat bij openbaarmaking van zowel sanctiebesluiten als van andere inspectiegegevens toetsing moet plaatsvinden aan het evenredigheidsbeginsel op grond van artikel 8 EVRM. De Afdeling adviseert het wetsvoorstel op dit punt aan te passen.

De Afdeling merkt in haar advies terecht op dat de rechter een besluit tot openbaarmaking – net als andere besluiten – te allen tijde kan toetsen aan artikel 8 EVRM. Dit noopt echter niet tot het opnemen in de wet van een individuele belangenafweging bij het openbaar maken van sanctiebesluiten, met name omdat deze belangenafweging de doelstelling van het wetsvoorstel ondermijnt.

De Afdeling is van oordeel dat, gelet op de omstandigheid dat bij de openbaarmaking van sanctiebesluiten mogelijk sprake is van reputatieschade, per geval een afzonderlijke afweging van belangen nodig zal zijn alvorens tot openbaarmaking te kunnen overgaan. Het wetsvoorstel beoogt daarentegen dat ongeacht de omstandigheden van het geval de Inspectie SZW over alle uitkomsten van onderzoeken transparant is. De Inspectie SZW wordt daartoe opgedragen, zonder dat

vooraf een nadere afweging van het belang en de mogelijke gevolgen voor een werkgever plaatsvindt, waarbij – zoals aangegeven in paragraaf 2.2 van de memorie van toelichting – reeds is afgewogen dat het belang van transparantie van het handhavings- en toezichtsbeleid prevaleert boven het individuele belang van de werkgever. Met dit voorstel wordt bewust gekozen voor een gebonden karakter van openbaarmaking. De individuele belangen van het bedrijf wegen niet op tegen het belang van burgers en bedrijven om juist en volledig geïnformeerd te worden, bijvoorbeeld in situaties waarbij de volksgezondheid in het geding is, er sprake is van gevaarlijke arbeidsomstandigheden of het werken van illegale vreemdelingen.

Aspecten als de zwaarte van de opgelegde maatregelen en de aard van de overtreding, kunnen dus geen reden zijn om tot een oordeel te komen om van openbaarmaking af te zien in het belang van het individuele bedrijf, zonder daarmee de doelstellingen van de in dit wetsvoorstel geregelde openbaarmaking in gevaar te brengen. Het belang van transparantie, het informeren en beschermen van anderen, dient te prevaleren boven het individuele belang van mogelijk door de werkgever te lijden reputatieschade.

Als, zoals de Afdeling voorstelt, in de wet zou worden opgenomen dat een individuele belangenafweging dient plaats te vinden, zou dit tot de ongewenste situatie leiden dat burgers en bedrijven niet meer van de juistheid en volledigheid van de openbaar gemaakte informatie uit kunnen gaan. Alleen al de (theoretische) mogelijkheid dat (ernstige) normschendingen onbekend blijven omdat de belangen van de betrokkene zich tegen openbaarmaking verzetten, leidt ertoe dat het publiek geen betekenis kan toekennen aan de omstandigheid dat ten aanzien van een bepaald bedrijf geen sanctiebesluit bekend is gemaakt.

Het niet openbaar maken van op een bepaald bedrijf betrekking hebbende informatie betekent dat juist een extra benadeling ontstaat van bedrijven die zich niet aan de openbaarmaking kunnen onttrekken. Wanneer vooraf aan de openbaarmaking wel een belangenafweging zou moeten worden gemaakt op grond van artikel 10, tweede lid, onderdeel g, van de Wob, zoals de Afdeling voorstelt, dan zou dat niet tot een andere uitkomst leiden omdat deze specifieke belangen, het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling, aan de keuzen voor de wijze van openbaarmaking in dit wetsvoorstel ten grondslag liggen.

Daarbij komt dat het karakter van actieve openbaarmaking met zich brengt dat niet in alle gevallen vooraf per individueel geval een volledig oordeel kan worden gegeven over het mogelijke nadeel dat een bedrijf lijdt door openbaarmaking. Ook dat kan leiden tot ongelijkheid onder bedrijven die met een sanctiebesluit worden geconfronteerd.

De opmerkingen van de Afdeling vormen aanleiding paragraaf 2.2 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel op dit onderdeel te verduidelijken.

5. Wel of geen besluit

De Afdeling merkt op dat de toelichting ervan uit gaat dat alleen de openbaarmaking van een besluit als een besluit wordt aangemerkt en dat in het midden wordt gelaten of de openbaarmaking van gegevens waarbij geen overtreding is geconstateerd wordt aangemerkt als een besluit of niet. De Afdeling merkt op dat er ook in de laatstgenoemde situatie sprake is van een besluit. Immers, gelet op vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State wordt actieve openbaarmaking altijd aangemerkt als een besluit, ook al wordt hetgeen openbaar

wordt gemaakt niet gekwalificeerd als een besluit. Aan het advies van de Afdeling is gevolg gegeven door in de memorie van toelichting, paragraaf 2.2, expliciet te benoemen dat ook de openbaarmaking van het feit dat na een afgerond onderzoek geen overtredingen zijn geconstateerd wordt aangemerkt als een besluit. Voorts is ten aanzien van deze besluiten bepaald dat van artikel 4:8 van de Awb kan worden afgeweken.

6. Openbaarmaking onderzoeksgegevens waarbij geen overtreding is geconstateerd

De Afdeling merkt op dat uit de toelichting blijkt dat in het geval de constatering dat geen overtredingen hebben plaatsgevonden openbaar wordt gemaakt, het niet de bedoeling is om de brief waarbij dit is vastgesteld integraal openbaar te maken, maar slechts enkele gegevens. De Afdeling is van oordeel dat het voorstel een ruimere formulering hanteert dan uit de toelichting blijkt. In het voorstel wordt gesproken over het openbaar maken van «gegevens» en hier zouden volgens de Afdeling ook de openbaarmaking van integrale documenten onder kunnen vallen. De Afdeling adviseert het voorstel en de toelichting met elkaar in overeenstemming te brengen.

Aan het advies van de Afdeling is gevolg gegeven door in het voorstel de term «gegevens» te verwijderen. In plaats hiervan is de formulering gebruikt dat het feit dat een boete is opgelegd en dat na onderzoek geen overtredingen hebben plaatsgevonden openbaar worden gemaakt. Welke gegevens openbaar worden gemaakt wordt gelet op het derde lid nader bepaald bij algemene maatregel van bestuur. Deze delegatiebepaling geldt zowel voor de openbaarmaking van een boeteoplegging als voor de openbaarmaking van de constatering dat geen overtredingen hebben plaatsgevonden. Paragraaf 2.2 van de memorie van toelichting is hier mede op aangepast.

7. Openbaarmaking reactie betrokkene

De Afdeling is van oordeel dat uit de toelichting niet blijkt of de reactie van de onder toezicht gestelde op de openbaar te maken gegevens openbaar wordt gemaakt. De Afdeling adviseert dit te regelen in de op het voorstel gebaseerde algemene maatregel van bestuur. Indien een belanghebbende al dan niet via de zienswijze procedure in verband met het voornemen tot openbaarmaking een reactie heeft gegeven, wordt deze zoals de Afdeling adviseert eveneens gepubliceerd. In het voorstel is in de delegatiebepaling ook dit onderdeel opgenomen, zodat bij algemene maatregel van bestuur nader zal worden bepaald hoe dit wordt gepubliceerd. De memorie van toelichting (paragraaf 2.2) is hier eveneens op aangepast.

C. Overige onderwerpen

8. Minimumloon en AOW-leeftijd

In het voorstel wordt de bepaling in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML) die de aanspraak op minimumloon schept – de centrale bepaling van die wet –, verduidelijkt. Nu spreekt de wet nog over aanspraak op minimumloon; in het voorstel wordt dit veranderd in een recht op minimumloon. Daarmee wordt bedoeld te verduidelijken dat het recht op minimumloon niet afhankelijk is van de overeenkomst, maar uit de wet zelf voortvloeit.⁸⁷ Hoewel dit voorstel materieel geen wijziging van

⁸⁷ Voorgesteld artikel 7, eerste lid; toelichting op artikel I, onderdeel A, C, E, F, G en H.

het bestaande recht meebrengt, bestaat tegen de voorgestelde wijziging ook geen bezwaar.

Bij deze herformulering vervalt echter ook de beperking van het recht op minimumloon tot personen die «de pensioengerechtigde leeftijd, bedoeld in artikel 7a, eerste lid, van de Algemene Ouderdomswet» niet hebben bereikt. Ook AOW-ers die werken krijgen daarmee recht op minimumloon. Deze wijziging past naar het oordeel van de Afdeling in het beleid van langer doorwerken en de feitelijke ontwikkelingen, maar zij wordt niet toegelicht. De Afdeling adviseert dat alsnog te doen.

9. Verstrekking van toezichtsgegevens voor naleving van cao's

Wanneer de Inspectie SZW toezicht uitoefent op de naleving van de WML en daarbij gegevens verkrijgt die van belang zijn voor het toezicht op de naleving van de toepasselijke cao, krijgt zij in het voorstel de bevoegdheid deze gegevens te verstrekken aan:

- organisaties van werkgevers en werknemers,
- instanties die de naleving van algemeen verbindend verklaarde cao's controleren (cao-controleurs),⁸⁸ en
- erkende instellingen die uitzendbureaus certificeren.⁸⁹

Volgens de toelichting zullen deze organisaties op basis van de nieuwe bepaling «signalen van niet naleving van de cao» ontvangen. Nu de controle door de Inspectie SZW niet ziet op het controleren op de naleving van de cao, is de melding aan cao-partijen en cao-controleurs niet meer dan een signaal. De gegevens die worden verstrekt zijn dan ook alleen de naam en de vestigingsplaats van het gecontroleerde bedrijf, aldus de toelichting.⁹⁰

De Afdeling merkt op dat het voorgestelde artikel deze beperking tot naam en vestigingsplaats van het gecontroleerde bedrijf niet bevat. Het artikel zelf spreekt over «gegevens ... die zijn verkregen door de uitvoering van het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet, die noodzakelijk zijn voor het toezicht op de naleving van de collectieve arbeidsovereenkomst.» Daar wordt aan toegevoegd dat uit die gegevens de identiteit van betrokken werknemers niet is af te leiden; het uitzonderen van die gegevens bevestigt het vermoeden dat de omschrijving in het artikel ruimer is dan in de toelichting wordt gesteld.

De Afdeling adviseert in het wetsvoorstel⁹¹ te bepalen dat alleen de naam en de vestigingsplaats van het gecontroleerde bedrijf zullen worden verstrekt.

10. Identiteitsvaststelling van (buitenlandse) werknemers

De werkgever is thans verplicht de Inspectie SZW alle medewerking te verlenen bij het vaststellen van de identiteit van zijn werknemers. Niet-naleving van deze verplichting is een beboetbaar feit.⁹² In het voorstel wordt deze verplichting aangescherpt: de werkgever wordt verplicht om binnen 48 uren na een vordering van een toezichthouder de identiteit vast te stellen en te verstrekken van een persoon waarvan op grond van feiten en omstandigheden het vermoeden bestaat dat hij arbeid

⁸⁸ Op dit moment zijn het de Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (SNCU) en de Stichting Normering Arbeid (SNA).

⁸⁹ Voorgesteld artikel 18p, zevende lid, WML.

⁹⁰ Toelichting op artikel I, onderdeel K.

⁹¹ Het voorgestelde artikel 18p, zevende lid, WML.

⁹² Artikelen 15 en 18, tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen.

voor hem verricht of heeft verricht.⁹³ Volgens de toelichting is deze aanscherping noodzakelijk, omdat de bestaande verplichting volgens jurisprudentie niet meer inhoudt dan een inspanningsverplichting.⁹⁴

a. Reikwijdte van de verplichting

De verplichting is in verschillende opzichten ruim. Zij houdt in dat de werkgever zal moeten vaststellen dat het identiteitsbewijs bij de werknemer hoort, dat het geldig is (en niet bijvoorbeeld ingetrokken wegens diefstal) en dat het voldoet aan de echtheidskenmerken die bij dat specifieke document horen. Dat kan omslachtig en tijdrovend zijn nu het kan gaan om een identiteitsbewijs van een lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte, en de meeste van deze staten verschillende, soms tientallen verschillende, documenten als identiteitsbewijs of reisdocument hebben aangewezen, elk met hun eigen echtheidskenmerken.⁹⁵ Hiermee wordt een vorm van risico-aansprakelijkheid geïntroduceerd, waarbij van de werkgever meer wordt verlangd – in 48 uur, dus in zeer korte tijd – dan hij in de regel redelijkerwijs kan waarmaken. Dit treft alle werkgevers, dus ook degenen die te goeder trouw hebben geoordeeld.

De verplichting is ook in andere opzichten ruim.

- Zij geldt voor alle personen van wie het vermoeden bestaat dat zij arbeid voor de werkgever verrichten, ook als dat vermoeden niet juist is. De werkgever zal zich alleen van deze verplichting kunnen bevrijden als hij aantoont of aannemelijk maakt dat de werknemer niet voor hem werkt.
- Zij geldt ook voor personen die voor de werkgever hebben gewerkt. Dit komt materieel neer op terugwerkende kracht zonder beperking in de tijd. Het kan dus ook gaan om arbeidsrelaties die bestonden voor de inwerkingtreding van deze wet.⁹⁶

De Afdeling adviseert af te zien van de voorgestelde verplichting. Voorts adviseert zij af te zien van de risico-aansprakelijkheid en terugwerkende kracht, zoals hiervoor aangeduid.

b. Samenhang met fiscale verplichtingen

In het fiscale recht is de werkgever nu al verplicht de identiteit van zijn werknemers vast te stellen en een kopie van het identiteitsbewijs te bewaren. Doet hij dit niet, dan kan hem een bestuurlijke boete worden opgelegd en geldt voor de werknemer het hoogste tarief voor de loonbelasting («anoniementarief»).

In de toelichting wordt niet ingegaan op de vraag of deze regeling, met name door het risico dat het anoniementarief wordt opgelegd, voldoende wordt nageleefd en gehandhaafd. Daardoor wordt niet duidelijk of de bijna identieke verplichting die nu wordt voorzien in de Wet arbeid vreemdelingen voldoende toegevoegde waarde heeft. Evenmin wordt ingegaan op de vraag waarom bij de uitwerking van de verplichting niet wordt aangesloten bij de manier waarop die verplichting is uitgewerkt voor de loonbelasting.

⁹³ Voorgesteld artikel 15a van de Wet arbeid vreemdelingen.

⁹⁴ Toelichting, § 2.6 (Verbeteren handhaafbaarheid Wet arbeid vreemdelingen).

⁹⁵ Op internet is een openbaar register van authentieke identiteits- en reisdocumenten te vinden met een omschrijving van echtheidskenmerken (<http://prado.consilium.europa.eu/NL/homeIndex.html>).

⁹⁶ Zie artikel 5:4, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

⁹⁷ Artikelen 28, eerste lid, aanhef en onderdeel f, en 26b, aanhef en onderdeel b, van de Wet op de loonbelasting 1964; artikel 67ca van de Algemene wet inzake rijksbelastingen.

Ook wordt geen aandacht besteed aan de noodzaak tot afstemming van het toezicht, bij voorbeeld om te voorkomen dat voor hetzelfde feit dubbele boetes worden opgelegd.⁹⁸

De Afdeling adviseert in de toelichting hierop in te gaan en het voorstel aan te passen.

11. Girale betaling van het minimumloon

a. Verplichting om giraal te betalen

Het voorstel bepaalt dat ten minste het minimumloon giraal moet worden voldaan. Daarmee moet het beter mogelijk worden te controleren of het minimumloon ook daadwerkelijk wordt betaald.⁹⁹ Er wordt een uitzondering gemaakt voor «de werknemer die doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verricht ten behoeve van het huishouden van de natuurlijke persoon tot wie hij in dienstbetrekking staat».¹⁰⁰ Deze uitzondering is bedoeld voor klussen in en om het huis zoals schoonmaken, tuinonderhoud, oppassen en boodschappen doen, die veelal beperkt zijn tot enkele uren per week. De verplichting om het minimumloon giraal uit te betalen wordt een te zware last geacht voor werkgevers die op grond van de regeling dienstverlening aan huis zijn vrijgesteld van de meeste werkgeversverplichtingen.

De Afdeling merkt op dat de uitzondering in het wetsvoorstel ruimer is geformuleerd dan waarvoor die uitzondering, blijkens de toelichting, is bedoeld. Tussen «doorgaans op minder dan vier dagen per week» en «veelal enkele uren per week» ligt een ruim gebied.

De Afdeling vermoedt dat bij de hier gemaakte keuze heeft meegewogen dat op deze wijze aansluiting wordt gevonden bij de andere regelingen voor huishoudelijke arbeid.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen en zo nodig het voorstel aan te passen.

b. Handhaving

In de huidige WML kan een bestuurlijke boete worden opgelegd voor dezelfde feiten als waarvoor een last onder dwangsom mogelijk is. In het voorstel wordt die parallelle doorbroken: de verplichting om het minimumloon giraal uit te betalen kan wel worden gehandhaafd met een bestuurlijke boete (die contant kan worden betaald), maar niet met een last onder dwangsom.¹⁰¹ In de toelichting wordt dit verschil niet besproken. De Afdeling ziet geen reden voor het doorbreken van deze samenhang.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen door het verschil weg te nemen.

⁹⁸ Artikel 5:43 van de Algemene wet bestuursrecht.

⁹⁹ Toelichting, § 2.1 (Verbeteren handhaafbaarheid Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag), onder «Girale loonuitbetaling».

¹⁰⁰ Voorgesteld artikel 7a, tweede lid, WML.

¹⁰¹ Voorgestelde wijziging van de artikelen 18b en 18n WML.

12. Citeertitel van het voorstel

Het voorstel heeft als titel «Wet aanpak schijnconstructies». Het voorstel bevat een reeks maatregelen die erop gericht zijn verschillende actoren meer mogelijkheden tot handelen te geven.

- De Inspectie SZW krijgt meer mogelijkheden om te controleren of het minimumloon daadwerkelijk wordt betaald.
- Burgers krijgen meer inzicht in de resultaten van het toezicht dat de Inspectie SZW uitoefent.
- De werknemer die in een keten van opdrachtgevers, opdrachtnemers en aannemers werkt, krijgt de mogelijkheid om zijn loon zo nodig te vorderen bij andere opdrachtgevers binnen die keten.
- De naleving en handhaving van cao's wordt versterkt.
- De handhaving van de Wet arbeid vreemdelingen wordt versterkt doordat werkgevers een strikter omschreven verplichting krijgen om de identiteit van werknemers vast te stellen.

De Afdeling merkt op dat het voorstel betere mogelijkheden wil geven aan uiteenlopende actoren (de Inspectie SZW, cao-controleurs, werknemers, het publiek) om de handhaving van arbeidsrechtelijke regels te verzekeren (zoals het betalen van het minimumloon en het cao-loon en het verbod op het verrichten van illegale arbeid door vreemdelingen). Die mogelijkheden lopen uiteen van directe instrumenten (zoals aansprakelijkstelling van opdrachtgevers voor de betaling van loon) tot indirecte (het openbaar maken van gegevens over tekortschietende naleving voor het brede publiek).

De verschillende maatregelen vallen niet steeds onder de benaming van het wetsvoorstel, die zich beperkt tot de «aanpak van schijnconstructies». Een deel van de handhavingsproblemen die het voorstel beoogt op te lossen, zijn niet als schijnconstructie te kwalificeren: een cao die voor een korte periode niet algemeen verbindend is, een werkgever die een vordering verrekent met het loon of een vreemdeling wiens identiteit niet correct is vastgesteld. De samenhang van het wetsvoorstel betreft naar het oordeel van de Afdeling dan ook de bredere problematiek van de aanpak van handhavingsproblemen in het arbeidsrecht.

De Afdeling adviseert dan ook de citeertitel van het wetsvoorstel te verbreden.

13. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

C. Overige onderwerpen

8. Minimumloon en AOW-leeftijd

Aan dit advies is gevolg gegeven. In het wetsvoorstel werken na de AOW-gerechtigde leeftijd, dat onlangs bij de Tweede Kamer is ingediend, is de WML van toepassing verklaard op AOW-gerechtigden.¹⁰² Het onderhavige wetsvoorstel borduurt hierop voort. Het van toepassing worden van de WML op AOW-gerechtigden blijft geregeld in het wetsvoorstel werken na de AOW-gerechtigde leeftijd. Gezien het belang van het tegengaan van verdringing van jongere werknemers door AOW-gerechtigden is besloten gelijktijdig in dit wetsvoorstel de beperking van het recht op minimumloon tot personen die «de pensioengerechtigde leeftijd, bedoeld in artikel 7a, eerste lid, van de Algemene Ouderdomswet» niet hebben bereikt te laten vervallen. Indien beide wetsvoor-

¹⁰² Kamerstukken II 2014/15, 34 073, nr. 2.

stellen aanvaard worden en het wetsvoorstel werken na de AOW-gerechtigde leeftijd eerder in werking treedt zal dit geen spanning tussen beide wetsvoorstellen opleveren. Indien het wetsvoorstel aanpak schijnconstructies eerder dan of gelijktijdig met het wetsvoorstel werken na de AOW-gerechtigde leeftijd inwerking treedt, zal de wijziging in de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd overbodig zijn omdat het laten vervallen van de beperking van het recht op het wettelijk minimumloon al via het andere dossier is bereikt. Paragraaf 2.1 van de memorie van toelichting is op dit punt aangevuld.

9. Verstrekking van toezichtsgegevens voor naleving van cao's

De Afdeling wijst op een onbedoeld onderscheid tussen het voorgestelde artikel 18p, zevende lid WML en hetgeen daarover in de memorie van toelichting wordt opgemerkt. Dit verschil betreft de ruimte die het wetsartikel geeft aan de Inspectie SZW om gegevens te verstrekken aan onder andere instanties die belast zijn met het toezicht op de naleving van cao's. In het wetsvoorstel is het artikel aangepast en in overeenstemming gebracht met het doel van het artikel. Voor het versterken van de publiekprivate samenwerking bij het toezicht op de naleving van de geldende arbeidsvoorwaarden en het bevorderen van de cao-naleving is het van belang dat de Inspectie SZW de naam en vestigingsplaats door kan geven aan de genoemde organisaties, instanties en instellingen, opdat zij aan de hand van deze gegevens nader onderzoek kunnen instellen.

10. Identiteitsvaststelling van (buitenlandse) werknemers

a. Reikwijdte van de verplichting

Dit wetsvoorstel introduceert geen ruimere identiteitsverplichtingen voor de werkgever. De werkgever moet ook nu reeds op grond van artikel 15 Wav de identiteit van de arbeidskracht vaststellen. Daartoe behoeft de werkgever niet tientallen documenten te herkennen, maar volstaat het controleren van een beperkt aantal echtheidskenmerken. Het «Stappenplan Verificatieplicht» stelt werkgevers in staat systematisch deze stappen te doorlopen. De wetswijziging is ingegeven door praktijksituaties waarbij een werkgever arbeid laat verrichten door een persoon, terwijl de betreffende persoon weigert mee te werken aan het onderzoek en de werkgever verklaart de persoon niet te kennen. Het extra-instrumentarium dat de onderhavige wetgeving toevoegt aan de mogelijkheden van de toezichthouder is er dan ook op gericht deze specifieke categorie tot nakoming van deze verplichting aan te zetten. Werkgevers die te goeder trouw zijn en de verplichtingen tot verificatie van de identiteit naleven ondervinden dan ook geen enkel negatief effect van dit voorstel. Zonder de mogelijkheid om de identiteit van de arbeidskrachten vast te stellen kan de Wav onvoldoende gehandhaafd worden en kan daarmee onvoldoende de illegaliteit bestreden worden.

Voor een onderzoek in het kader van de Wav is niet van belang of de eventuele illegale tewerkstelling plaatsvindt tijdens de controle of dat uit andere informatie blijkt dat die eerder heeft plaatsgevonden. De werkgever is op grond van 15, tweede lid, Wav gehouden voorafgaand aan de tewerkstelling personen te identificeren, een kopie te maken van het identiteitsbewijs en deze kopie in de administratie te bewaren. Als de werkgever zich houdt aan de bewaarplicht, kan hij ook achteraf de toezichthouder van gewenste informatie voorzien en zal achteraf geen vordering worden gedaan door de toezichthouder om binnen 48 uur een identiteit van een arbeidskracht vast te stellen en te verstrekken. Artikel 15a zal alleen in gevallen dat niet op andere wijze de identiteit van de

arbeidskracht vastgesteld kan worden gebruikt worden als sluitstuk van de huidige handhavingsmogelijkheden om de identiteit van personen vast te stellen.

De Afdeling noemt de verplichtingen in een tweetal opzichten «ruim». De Wav ziet op iedereen die een ander arbeid laat verrichten. Dit hangt samen met het brede werkgeversbegrip in de Wav. De wijziging die nu wordt voorgesteld heeft betrekking op exact dezelfde doelgroep als waar de Wav op ziet en is daarmee dan ook geheel in lijn met en niet ruimer dan de Wav. Aangezien de bewaarplicht zich uitstrekt tot tenminste vijf jaar na het jaar waarin de arbeid is beëindigd, beperkt ook de verplichting om de identiteit van de arbeidskracht vast te stellen zich logischerwijs tot verificatie van personen die in deze periode voor de werkgever hebben gewerkt. Daarmee is er een beperking in de tijd. De aanscherping van de verplichting ziet op arbeidsrelaties die zijn aangegaan na of bestonden op de datum van invoering van deze wijziging.

b. Samenhang met fiscale verplichtingen

Identiteitsvaststelling is ook in de belastingwetgeving van belang om te waarborgen dat het juiste belastingtarief kan worden gehanteerd. Het hanteren van het zogenoemde anoniementarief lost fiscaal gezien het probleem van een onbekende identiteit op omdat op deze wijze voldoende of zelfs meer dan voldoende afdracht plaatsvindt. In de Wav is dat anders: het bekend worden van de identiteit is noodzakelijk om te kunnen vaststellen of de werkgever zich schuldig maakt aan illegale tewerkstelling. Het opleggen van een anoniementarief lost vanuit het perspectief van de Wav niets op. Voor het toezicht op de naleving van de Wav is het noodzakelijk dat een werkgever meewerkt bij de identiteitsvaststellingen. Daarom regelt dit wetsvoorstel dat meer druk ontstaat op de werkgever die dat weigert. Het vaststellen van de identiteit heeft in beide wetgevingen een ander doel en dat maakt dat geen sprake is van «hetzelfde feit». Het onderhavige wetsvoorstel verandert niets aan de samenloop tussen beide genoemde wetgevingen voor zover die zich ook nu reeds voordoet.

11. Girale betaling van het minimumloon

a. Verplichting om giraal te betalen

De memorie van toelichting (paragraaf 2.1) is op dit punt aangevuld in de zin dat de Regeling dienstverlening aan huis geldt bij doorgaans op minder dan 4 dagen per week arbeid verrichten. In de praktijk gaat het echter veelal maar om enkele uren per week. Dat is nu aangegeven.

b. Handhaving

Alvorens in te gaan op het ontbreken van de mogelijkheid een last onder dwangsom op te leggen wegens het niet giraal uitbetalen van het loon dient geconstateerd te worden dat de parallelle ook nu niet volledig is. Bij overtreding van artikel 18b, tweede lid, van de WML kan namelijk wel een boete worden opgelegd, maar geen last onder dwangsom. Een last onder dwangsom wordt alleen opgelegd bij niet-naleving van de artikelen 7, 13 en 15 van de WML om de werkgever ertoe aan te zetten het achterstallige minimumloon respectievelijk de achterstallige minimumvakantiebijslag alsnog aan de werknemer uit te betalen. Voorwaarde is uiteraard dat berekend kan worden welk bedrag ten onrechte niet is uitbetaald. Artikel 18b, tweede lid, ziet toe op de situatie dat onvoldoende administratieve gegevens beschikbaar zijn om vast te kunnen stellen of de werkgever aan zijn verplichtingen inzake de uitbetaling van het wettelijke minimumloon

en de wettelijke minimumvakantiebijslag heeft voldaan. Kan de werkgever de benodigde bescheiden niet overleggen, dan kan niet worden vastgesteld of hij het juiste minimumloon en de juiste minimumvakantiebijslag heeft uitbetaald. Een last onder dwangsom opleggen om nabetaling van achterstallig loon en achterstallige vakantiebijslag af te dwingen kan dan niet aan de orde zijn. Het is immers niet duidelijk of is onderbetaald en dus ook niet hoeveel eventueel zou moeten worden nabetaald. Volstaan wordt in dit geval met het opleggen van een (hoge) boete. Bij een overtreding van artikel 18b, tweede lid, ontbreekt thans dus al de parallelle tussen boeteoplegging en het opleggen van een last onder dwangsom.

Bij een overtreding van artikel 7a van de WML is het loon niet giraal uitbetaald. Daarmee is niet gezegd dat er sprake is van onderbetaling. Als de werkgever zich erop beroept dat hij het rechtmatige loon contant heeft uitbetaald en de toezichthouder kan het tegendeel niet aantonen, dan is het opleggen van een dwangsom om nabetaling af te dwingen niet opportuun. De werknemer zou dan tweemaal loon ontvangen voor zijn voor de werkgever verrichte arbeid. Is bij contante betaling te weinig loon uitbetaald, dan is op grond van artikel 18b, eerste lid, WML sprake van een overtreding wegens niet naleving van artikel 7 van de WML. Daarvoor kan een boete worden opgelegd. Tevens kan in dat geval op grond van artikel 18n een last onder dwangsom worden opgelegd. Voor zover een gedeelte van het loon contant is uitbetaald kan een boete opgelegd worden omdat dit giraal had moeten gebeuren. Samenvattend kan gesteld worden dat in alle gevallen waarin vastgesteld en berekend kan worden welk bedrag aan minimumloon of minimumvakantiebijslag ten onrechte niet is uitbetaald, naast een boete een last onder dwangsom kan worden opgelegd om nabetaling af te dwingen. Is er geen sprake van betaling onder het minimumloon of de minimumvakantiebijslag of kan de omvang van de onderbetaling niet vastgesteld worden, dan wordt volstaan met het opleggen van een bestuurlijke boete. Paragraaf 2.1 van de memorie van toelichting is op dit punt aangevuld.

12. Citeertitel van het voorstel

Het doel van het wetsvoorstel is schijnconstructies aan te pakken. Onder schijnconstructies vallen vele illegale, maar ook legale doch niet-wenselijke constructies. Het wetsvoorstel is voornamelijk gericht op het aanpakken en voorkomen van dergelijke constructies. Het opschrift van het wetsvoorstel is aangepast naar aanleiding van het advies van de Afdeling, maar de huidige citeertitel is gehandhaafd.

13. Redactionele bijlage

De redactionele opmerkingen van de Afdeling in de redactionele bijlage zijn zoveel mogelijk overgenomen.

De opmerking om de inhoud van de artikelen IX en X over te nemen in de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek is niet overgenomen, omdat ook ander overgangsrecht dat betrekking heeft op BW-bepalingen in andere wetten niet in de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek is opgenomen. Naar aanleiding van de opmerking van de Raad van State dat in § 2.1 van de memorie van toelichting niet gesproken dient te worden over verrekening van premies ziektekosten, nu deze premies niet worden verrekend maar ingehouden, zijn het wetsvoorstel en de toelichting aangepast om te verduidelijken dat zowel verrekeningen met als inhoudingen op het minimumloon – met een aantal uitzonderingen – niet toegestaan zijn. Hiermee wordt het uitgangspunt dat de werknemer de vrije beschikking over zijn minimumloon dient te hebben beter ondersteund.

Van de gelegenheid is voorts gebruik gemaakt om in de memorie van toelichting enkele redactionele wijzigingen op te nemen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vicepresident van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U, mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

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

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W12.14.0261/III

- De aanduiding «Wet aanpak schijnconstructies» als citeertitel aan het slot van het voorstel toevoegen óf in het opschrift schrappen (Aanwijzing 185, tweede lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar), en de toelichting op dat lid).
- Artikel 18b, eerste lid, WML vanaf «de girale voldoening» vormgeven als een opsomming.
- Artikel 18b, tweede lid, WML als volgt redigeren: Als overtreding wordt tevens aangemerkt het door de werkgever desgevraagd niet of niet tijdig aan de toezichthouder verstrekken van:
 - a. een opgave als bedoeld in artikel 626 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, dan wel andere bescheiden waaruit de in dat artikel verlangde gegevens blijken;
 - b. bescheiden waaruit blijkt welk loon en welke vakantiebijslag aan de werknemer is betaald; en
 - c. bescheiden waaruit blijkt hoeveel uren de werknemer heeft gewerkt.
- In artikel 18p, zevende lid, WML «een bij regeling van Onze Minister aan te wijzen bewerker van gegevens voor erkende certificerende instellingen als bedoeld in artikel 14b van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs» wijzigen in: «de stichting, bedoeld in artikel 14b van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs». Voorts de uitdrukking «toezicht op de naleving van de collectieve arbeidsovereenkomst» vermijden, nu die term onvoldoende onderscheidend is ten opzichte van de gereserveerde term «toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet» (artikel 5:11 van de Algemene wet bestuursrecht; Aanwijzing 50 Ar).
- In artikel 616a, vierde lid, onderdeel e, van Boek 7 BW aan het begin invoegen: op grond van lid 2. Voorts lid 5, onderdeel a, als volgt redigeren: «hij die opdrachtgever op schriftelijke of elektronische wijze heeft meegedeeld dat hij een vordering tot voldoening van het verschuldigde loon tegen de werkgever heeft ingesteld of dat hij die niet heeft kunnen instellen vanwege een omstandigheid als bedoeld in lid 3; en». In onderdeel b «de opdrachtgever, bedoeld in dit lid, op schriftelijke of elektronische wijze is geïnformeerd dat een vordering tot voldoening van het verschuldigde loon tegen de werkgever is ingesteld of niet is geslaagd vanwege een omstandigheid als bedoeld in lid 3» wijzigen in: de mededeling, bedoeld in onderdeel a, is gedaan. Voorts het cumulatieve karakter van de twee voorwaarden tot uitdrukking brengen door aan het slot van onderdeel a in te voegen: tevens.
- In artikel 632, eerste lid, onderdeel c, van Boek 7 BW de zinsnede «mits daarvan schriftelijk blijkt» afstemmen op het voorgestelde artikel 13, tweede lid, WML («mits dit vooraf schriftelijk met de werknemer is overeengekomen»).
- De inhoud van artikel 10, derde lid, van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten splitsen en toevoegen aan het eerste en het tweede lid van dat artikel, nu de van overeenkomstige toepassing verklaring in de slotzin van het derde lid niet helder is.
- In artikel 1 van de Wet arbeid vreemdelingen het begrip «toezichthouder» definiëren. In artikel 15a van de Wet arbeid vreemdelingen de zinsnede «een met toezicht op naleving aangewezen ambtenaar» – in lijn met de artikelen 17, 17a en 18, tweede lid – vervangen door: de toezichthouder. Voorts «een persoon waarvan» wijzigen in: een persoon van wie.
- In artikel 19g, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen «De door Onze Minister aangewezen ambtenaren, bedoeld in artikel 14, eerste lid, of 19a, eerste lid, maken» vervangen door: De toezichthouder

maakt. In artikel 19g, zevende lid, «de door Onze Minister aangewezen ambtenaren» wijzigen in: de toezichthouder. Voorts «door Onze Minister aangewezen ambtenaren, bedoeld in artikel 14» in het geldende artikel 16, eerste, tweede en derde lid, telkens wijzigen in: toezichthouder.

- De inhoud van de artikelen IX en X opnemen in de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek.
- In artikel X na «zoals deze luidden» invoegen: «op de dag». Voorts aan het slot invoegen: op die derde.
- In § 2.1 (Verbeteren handhaafbaarheid Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML)) van de toelichting niet spreken over verrekening van premies ziektekosten, nu deze premies niet worden verrekend maar ingehouden.