

Vergaderjaar 2010–2011

32 896

Wijziging van artikel 18b van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met het verduidelijken van het rechtsvermoeden van werkgeverschap

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 24 maart 2011 en het nader rapport d.d. 12 september 2011, aangeboden aan de Koningin door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 3 februari 2011, no.11.000171, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met een nadere aanduiding van te overleggen bescheiden door werkgevers en vermoedelijke werkgevers, met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt tot aanpassing van artikel 18b van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML). Het huidige artikel 18b, tweede lid, WML bepaalt dat als beoetbaar feit wordt aangemerkt het door de werkgever niet of onvoldoende over kunnen leggen van enige schriftelijke bescheiden waaruit de aard van de arbeidsverhouding, het door hem betaalde loon of de door hem betaalde vakantiebijslag of het aantal gewerkte uren blijkt van een in zijn onderneming, bedrijf of inrichting aangetroffen persoon. Wanneer sprake is van werknemers die worden uitgezonden om arbeid te verrichten in een andere onderneming of wanneer de werknemer niet langer in de onderneming werkt, blijkt de toepassing van deze bepaling in de praktijk problematisch te zijn. Het voorstel beoogt het tweede lid beter te formuleren, zodat dit in de praktijk beter handhaafbaar is.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen met betrekking tot de opzet van het nieuwe artikel 18b WML en het overgangsrecht. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het voorstel nader dient te worden overwogen.

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.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 3 februari 2011, nr. 11.000171, 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 24 maart 2011, nr. W12.11.0023/III, bied ik U hierbij aan.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen gemaakt met betrekking tot het nieuwe artikel 18b van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (hierna: WML) en het overgangsrecht. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het wetsvoorstel nader dient te worden overwogen.

1. Opzet artikel 18b WML

In de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS)¹, die de aanleiding vormde voor het voorstel, was de uitleg van artikel 18b, tweede lid, WML aan de orde, in het bijzonder de zinsnede «in zijn onderneming, bedrijf of inrichting aangetroffen persoon». De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid stond een ruime uitleg voor, die erop neer kwam dat, ook indien een werkgever zijn werknemers uitleent aan een andere werkgever en die werknemers fysiek worden aangetroffen in de onderneming van die andere werkgever, deze werknemers niettemin geacht moeten worden in de onderneming van de – eigenlijke – werkgever te zijn aangetroffen. De ABRvS oordeelde echter dat de term «aangetroffen persoon» beperkt moet worden uitgelegd, in die zin dat het moet gaan om personen die fysiek zijn aangetroffen in die onderneming, dat bedrijf of die inrichting, en aldaar werkzaamheden verrichten ten behoeve van die onderneming, dat bedrijf of die inrichting, nu deze term van doorslaggevende betekenis is voor de vraag of sprake is van overtreding van artikel 18b, tweede lid, WML, die leidt tot het opleggen van een punitieve sanctie. De rechtszekerheid verzet zich volgens de ABRvS tegen de in die procedure door de minister voorgestane ruimere uitleg.

In het voorgestelde artikel 18b, derde lid, WML wordt niet langer een feitelijke omstandigheid als vertrekpunt genomen, namelijk het aantreffen van een persoon in een onderneming (dan wel bedrijf of inrichting) over wiens arbeidsrechtelijke positie in relatie tot die onderneming helderheid dient te bestaan dan wel te worden gegeven. In plaats daarvan wordt nu een rechtsvermoeden gecreëerd ten aanzien van een persoon of onderneming die wordt geacht werkgever te zijn van de persoon die in deze onderneming werkzaamheden verricht, heeft verricht of van wie het redelijk vermoeden bestaat dat hij werkzaamheden verricht of heeft verricht.

De Afdeling merkt hierover het volgende op.

a. Stelsel WML: twee typen definities

Hoofdstuk I van de WML bevat een aantal definitiebepalingen. In artikel 4 WML is geregeld welke personen voor de toepassing van het bij of krachtens de WML bepaalde werknemer zijn.

Voor de toepassing van het bij of krachtens de wet bepaalde wordt ingevolge artikel 5, eerste lid, WML onder werkgever verstaan de persoon, tot wie een werknemer in dienstbetrekking staat. In het tweede lid wordt bepaald wie werkgever is in het geval er een overeenkomst van bemiddeling is gesloten. Daarnaast kent de WML arbeidsrelaties als bedoeld in artikel 3.

Het voorgestelde derde lid van artikel 18b WML staat in het hoofdstuk over toezicht. Deze bepaling bevat, eveneens «voor de toepassing» van de WML, een van de artikelen 4 en 5 afwijkende definitie werkgever (en daaruit voortvloeiend van werknemer). Het gaat in die definitie niet meer om het hebben van een dienstbetrekking of arbeidsrelatie, maar om het

¹ Uitspraak Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 28 juli 2010 (200908704/1/H3).

verrichten van arbeid op grond waarvan een persoon kan worden aangemerkt als werknemer respectievelijk de eigenaar van het bedrijf wordt aangemerkt als werkgever.

Het voorgaande betekent dat er voor de toepassing van het bij of krachtens de WML bepaalde van twee verschillende definities van de begrippen werknemer en werkgever wordt uitgegaan, in die zin dat voor de toepassing van de toezichtbepaling de vereisten in de definitieartikelen 4 respectievelijk artikel 5 van de WML niet gelden. Bovendien wordt in artikel 18b, derde lid, zoals voorgesteld, niet aangesloten bij het begrip dienstbetrekking, zoals dat is gedefinieerd in artikel 2, maar wordt gesproken van het verrichten van arbeid. Dit betekent bijvoorbeeld dat, terwijl ingevolge de artikelen 2, 3, 4 en 5 WML de verplichtingen die uit de wet volgen, niet gelden voor de arbeidsverhoudingen die voortvloeien uit het verrichten van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht met de overheid (artikel 2, derde lid, WML), die gevallen wel onder artikel 18b, derde lid, komen te vallen.

Uit de toelichting leidt de Afdeling af dat het niet de bedoeling is met het voorstel de definities van werknemer en werkgever op basis van een rechtsvermoeden van toepassing te laten zijn voor de gehele wet, maar slechts voor het opleggen van een boete in verband met de verplichting die voortvloeit uit artikel 18b, derde lid, WML. Dat laatste blijkt echter niet uit de bewoordingen in het bedoelde derde lid. Bovendien is niet duidelijk waarom voor de toepassing van het derde lid een dergelijke afwijking en uitbreiding ten opzichte van de definities in Hoofdstuk I van de WML noodzakelijk zijn. Voorts wordt niet toegelicht waarom de personen die in de onderneming arbeid verrichten maar niet in dienstbetrekking staan tot de werkgever als bedoeld in artikel 5 WML, noch een arbeidsrelatie hebben met deze werkgever, niet in de eerste plaats zelf zouden kunnen en moeten aantonen wie dan wel de werkgever is met wie zij een dienstbetrekking of arbeidsrelatie hebben. Laatstgenoemde moet eveneens aan de bepalingen van de WML voldoen. Verder zullen de personen die arbeid verrichten als zzp-er ook zelf die hoedanigheid kunnen aantonen.

b. Proportionaliteit

Doordat een rechtsvermoeden wordt gecreëerd ten aanzien van een persoon of onderneming die wordt geacht werkgever te zijn van de persoon die in deze onderneming werkzaamheden verricht, heeft verricht of van wie het redelijk vermoeden bestaat dat hij werkzaamheden verricht of heeft verricht, kan aan de persoon/de onderneming die aldus wordt aangemerkt als werkgever op basis van een redelijk vermoeden, een boete op grond van artikel 18b, tweede lid, WML worden opgelegd, indien hij de in het voorgestelde tweede lid genoemde bescheiden niet kan verstrekken. De persoon die het aangaat, kan alleen aan deze consequentie ontkomen door tegenbewijs te leveren. De gekozen constructie berust aldus op een dubbel rechtsvermoeden, namelijk ten aanzien van zowel de werkgever als de werknemer.

De Afdeling merkt op dat bij het opleggen van een punitieve sanctie voldoende moet vaststaan waarom en door wie de overtreding heeft plaatsgevonden. De voorgestelde bepaling leidt er toe dat een werkgever op grond van vermoedens als schuldig wordt aangemerkt aan een beboetbaar feit en vervolgens zijn onschuld door ontkrachting van de vermoedens moet aantonen. Een dergelijke constructie verhoudt zich alleen met de onschuldpresumptie als neergelegd in artikel 6, tweede lid, EVRM, als de regeling en de sanctie proportioneel zijn ten opzichte van het nagestreefde belang. Gelet op enerzijds het gehanteerde rechtsvermoeden en anderzijds de hoogte van de mogelijke sanctie¹ is de Afdeling

¹ Op pag. 5 van de memorie van toelichting wordt een bedrag van € 6 700,00 genoemd.

van mening dat in dit samenstel van omstandigheden het in artikel 18b, derde lid, voorgestelde niet proportioneel is en zich om die reden niet verdraagt met artikel 6, tweede lid, EVRM. Zij adviseert artikel 18b, derde lid, in het licht van het voorgaande te herzien.

1. Opzet artikel 18b WML

a. Stelsel WML: twee typen definities

De Afdeling advisering constateert terecht uit de toelichting op het wetsvoorstel, zoals dat aan haar is voorgelegd, dat het niet de bedoeling van het voorstel is de definities van werkgever en werknemer op basis van een rechtsvermoeden van toepassing te laten zijn voor de gehele wet. Bedoeld is het rechtsvermoeden slechts van toepassing te laten zijn bij het opleggen van een bestuurlijke boete in verband met de verplichting die voortvloeit uit artikel 18b, derde lid, WML. Het genoemde derde lid is om die reden aangepast. In het derde lid is thans duidelijk verwoord dat de uitbreiding van de definitie van werkgever en werknemer uitsluitend van toepassing is in het kader van het toezicht op de naleving van de WML in situaties dat er een redelijk vermoeden is dat er sprake is van een relatie werkgever versus werknemer. De memorie van toelichting is verder aangevuld door nader toe te lichten dat naast de vermoedelijke werkgever ook de werkende persoon zelf kan aantonen voor wie hij werkzaam is c.q. kan aantonen dat hij als zelfstandige werkzaam is. De Arbeidsinspectie richt zich echter specifiek op die sectoren en bedrijven waar een hoog risico op wetsovertreding bestaat. Hiertoe maakt zij gebruik van risico-analyse op sector- en op bedrijfsniveau. Ook zijn meldingen over vermoedelijke overtredingen aanleiding voor controles. Gelet op dit uitgangspunt komt de Arbeidsinspectie relatief veel malafide praktijken tegen, waarbij de werkgever en degene die de arbeid verricht elkaar soms «dekken». Een verklaring van degene die de arbeid verricht (als hij deze wil verstrekken) verschaft in dit soort zaken dan ook vaak niet de gewenste duidelijkheid. Om die reden heeft het ook geen zin een expliciete bepaling in de WML op te nemen dat degene die de arbeid verricht op straffe van een bestuurlijke boete de benodigde informatie verstrekt. Daarom is gekozen voor de invoering van een weerlegbaar rechtsvermoeden. Niet alleen de werkgever, gedefinieerd in artikel 5 van de WML, maar ook de vermoedelijke werkgever, bedoeld in artikel 18b, derde lid, moeten aan de toezichthouder de in het tweede lid van artikel 18b genoemde gegevens verstrekken. Voor de laatstgenoemde geldt dit behoudens tegenbewijs. Dit is in de memorie van toelichting thans duidelijker tot uitdrukking gebracht.

b. Proportionaliteit

De Afdeling advisering stelt terecht dat de onschuldpresumptie met zich brengt dat de regeling en de op te leggen sanctie proportioneel moet zijn ten opzichte van het na te streven doel. De WML beoogt iedere werknemer een minimumloon en een minimumvakantiebijslag te verzekeren die in het licht van het algemene welvaartsniveau als sociaal aanvaardbare tegenprestatie voor de in dienstbetrekking verrichte arbeid kunnen worden beschouwd. Een werknemer voor de geleverde arbeid niet de geldende tegenprestatie betalen, is een ernstige overtreding die bestraft moet worden. Niet alleen is de werknemer hiervan de dupe, maar er is bij onderbetaling door het financiële gewin van de werkgever ook sprake van oneerlijke concurrentie tussen werkgevers. Dit moet krachtig worden bestreden en ontmoedigd. Straffen is geen doel op zich, maar degene die verwijtbaar handelt en regels overtreedt moet wel worden aangepakt voor dit handelen om tot het gewenste gedrag te komen. Dat is essentieel voor (het draagvlak in) onze samenleving. Het is niet voor niets dat een strenge aanpak van fraude een speerpunt van beleid is van deze regering. Op 10 maart 2011 is de voorzitter van de Tweede Kamer der

Staten-Generaal geïnformeerd over de plannen van de bewindslieden van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake de aanpak van fraude (zie Kamerstukken II 2010/11, 17 050, nr. 403). De onschuldpresumptie verzet zich niet tegen een bestuurlijke bestraffing van eenvoudig vast te stellen feiten, waaraan geen beoordeling van opzet of schuld te pas komt, zolang degene die de boete krijgt opgelegd de mogelijkheid heeft tegenbewijs te leveren (zie Kamerstukken II 2005/06, 30 678, nr. 3, p. 6). Dit volgt ook uit de Europese jurisprudentie. Er moet een evenwicht worden bewaakt tussen het belang van de presumptie en de rechten van de verdediging en het moet om een weerlegbaar rechtsvermoeden gaan¹. Aan deze eisen wordt voldaan. De mogelijkheid van tegenbewijs is nadrukkelijk in het wetsvoorstel opgenomen. Aan het vermoeden van de aanwezigheid van een dienstbetrekking worden zware eisen gesteld. Mede gelet op het advies van de Afdeling advisering, is de formulering van het redelijk vermoeden verder aangescherpt. Het redelijk vermoeden moet blijken uit feiten en omstandigheden die een redelijk vermoeden opleveren dat een persoon arbeid verricht of heeft verricht. Het moet daarbij gaan om objectief vast te stellen feiten en omstandigheden. In de memorie van toelichting zijn enige voorbeelden opgenomen en is de omvang van de problematiek nader aangegeven.

De hoogte van de bestuurlijke boete bij het niet verstrekken van de benodigde gegevens is sedert de introductie van de bestuurlijke boete in de WML in 2007 6700 euro. De regering achtte een dergelijk bedrag destijds proportioneel, omdat door niet medewerking door de werkgever c.q. het niet overleggen van de vereiste gegevens de toezichthouder in zijn taakuitoefening wordt belemmerd en een eventuele ernstige mate van onderbetaling niet kan vaststellen. Daarom is het terecht dat, indien een werkgever de vereiste gegevens niet overlegt of het ontkennen van een dienstbetrekking niet aantoont, een bestuurlijke boete wordt opgelegd die overeenkomt met de bestuurlijke boete die bij langdurige en grote mate van onderbetaling wordt opgelegd. Anders zou de werkgever door niet mee te werken bewust een hoge boete kunnen ontlopen. Bovendien kan er als gegevens ontbreken geen last onder dwangsom worden opgelegd om alsnog nakoming van de betaling van het minimumloon en de minimumvakantiebijslag af te dwingen.

Indien er geen sprake is van een dienstbetrekking, heeft de werkgever volop de gelegenheid dat te weerleggen.

Alles overziende wordt de sanctie zoals deze thans is vormgegeven proportioneel geacht ten opzichte van het na te streven doel.

2. Overgangsrecht

De Afdeling merkt op dat, nu de voorgestelde bepaling de strafbaarheid uitbreidt, uit het overgangsrecht dient te blijken dat deze bepaling geen werking kan hebben ten aanzien van voor de inwerkingtreding van de wet geconstateerde feiten. De Afdeling adviseert daartoe een bepaling aan het voorstel toe te voegen.

2. Overgangsrecht

Conform het advies van de Afdeling advisering is thans uitdrukkelijk in het wetsvoorstel bepaald dat het voorstel geen werking heeft ten aanzien van voor de inwerkingtreding van de wet geconstateerde feiten.

3. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

3. De redactionele opmerkingen van de Afdeling advisering zijn verwerkt. Met de Wet van 27 januari 2011 (Stb. 27) tot wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met het opnemen van de bevoegdheid tot inbeslagneming van daarvoor vatbare voorwerpen alsmede enige technische wijzigingen is het eerste lid van

¹ Zie EHRM 23 juli 2002, zaaknr. 34619/97, EHRC 2002, 88 (Janosevic tegen Zweden), en EHRM 7 oktober 1988, zaaknr. 10519/83, NJ 1991, 351 Salabiakut tegen Frankrijk).

artikel 18b van de WML inmiddels geformuleerd als een overtreding. Het tweede lid van artikel 18b is in het lid zelf thans als overtreding geformuleerd.

Verder is in afwijking van het de Afdeling advisering van de Raad van State voorgelegde wetsvoorstel afgezien van het door de werkgever en de vermoedelijke werkgever moeten verstrekken van gegevens over de normale arbeidsduur. De Arbeidsinspectie gaat in het kader van het handhavingsbeleid tegenwoordig uit van een normale arbeidsduur van 40 uur (ook in sectoren waar bijvoorbeeld 36 of 38 uur wordt gewerkt). Daarmee concentreert de Arbeidsinspectie zich op de meest ernstige gevallen van onderbetaling.

Tot slot zijn het opschrift en de considerans van het wetsvoorstel aangepast waardoor het beter aansluit bij de inhoud van het voorstel.

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 waarnemend vice-president van de Raad van State,
P. van Dijk*

Ik moge U 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,
H. G. J. Kamp

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W12.11.0023/III met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- In de considerans «afdeling bestuursrecht» vervangen door «Afdeling bestuursrechtspraak», «te overleggen» door «over te leggen» en «de Raad van State gehoord» door «de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord».
- Ten aanzien van het voorgestelde artikel 18b, tweede lid, verduidelijken waarom is opgenomen dat ook een bescheid moet worden verschaft over de normale arbeidsduur, nu dit naar huidig recht niet wordt verlangd.
- In het voorgestelde artikel 18b, derde lid, WML «waarvan het redelijk vermoeden bestaat dat een persoon» vervangen door: naar redelijk vermoeden.
- In het voorgestelde artikel 18b, vierde lid, WML tevens verwijzen naar het eerste lid en de in het eerste lid neergelegde bepaling formuleren als overtreding.