

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. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

Algemeen

Op grond van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (hierna WML) ligt er een verplichting op werkgevers om aan werknemers het minimumloon en de minimumvakantiebijslag te betalen. Het niet nakomen van deze verplichting is op grond van artikel 18b, eerste lid, een overtreding waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd.

Daarnaast wordt bij overtreding van de WML op grond van artikel 3 van de Beleidsregels bestuurlijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 2010 aan de werkgever een last onder dwangsom opgelegd waarmee wordt afgedwongen dat de werkgever alsnog het minimumloon en de minimumvakantiebijslag aan de werknemer betaalt. Dit is alleen anders als de werkgever uit eigen beweging aan zijn verplichtingen voldoet.

Bij de handhaving van de WML komt het echter ook regelmatig voor dat de toezichthouder (in casu de Arbeidsinspectie) de naleving van de wet niet kan vaststellen wegens het ontbreken van de daarvoor benodigde administratieve gegevens. Daarom is in artikel 18b, tweede lid, van de wet het volgende opgenomen:

«2. Als overtreding wordt tevens aangemerkt het door de werkgever niet of onvoldoende kunnen overleggen 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.»

Op deze wijze wordt het voor de toezichthouder mogelijk gemaakt om daadwerkelijk toezicht te houden op de WML. De naleving van de wet kan immers niet worden vastgesteld als de benodigde gegevens ontbreken of niet worden verstrekt. Artikel 18b, tweede lid, van de WML is destijds bij nota van wijziging op de wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met de invoering van bestuursrechtelijke handhaving in de wet opgenomen (Kamerstukken II 2007/08, 30 678, nr. 8). In de toelichting is aangegeven, dat de consequentie van deze bepaling is, dat ervan wordt uitgegaan dat er sprake is van een dienstbetrekking als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de WML wanneer iemand

wordt aangetroffen die arbeid verricht ten behoeve van de onderneming als er geen bescheiden zijn waaruit het tegendeel blijkt. Dit rechtsvermoeden is in het artikel zelf echter niet duidelijk verwoord. Duidelijk is in ieder geval wel dat de wetgever beoogde dit artikel te kunnen toepassen op alle situaties waarin een werkgever personen kennelijk arbeid laat verrichten.

Uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 28 juli 2010 is gebleken, dat de toezichthouder aan artikel 18b, tweede lid, van de WML naar het oordeel van genoemde afdeling een ruimere uitleg geeft (LJN: BN2627) dan de tekst van het artikel toestaat. In de eerste plaats blijkt naar het oordeel van genoemde afdeling het artikellid niet te kunnen worden toegepast als de aangetroffen persoon arbeid verricht buiten de eigen onderneming, het eigen bedrijf of de eigen inrichting van de werkgever. Het gaat dan bijvoorbeeld om een uitzendkracht of personeel op een bouwplaats. Deze werknemer verricht zijn arbeid dan doorgaans bij een andere werkgever en wordt niet aangetroffen in de onderneming van zijn eigen werkgever. Deze andere werkgever kan daarom niet verplicht worden administratieve bescheiden te overleggen. In de tweede plaats blijkt uit de uitspraak dat onder «aangetroffen persoon» alleen een persoon kan worden verstaan die daadwerkelijk fysiek is aangetroffen. Anders dan de wetgever voor ogen had, vallen personen van wie bijvoorbeeld uit administratieve gegevens of informatie van derden blijkt, dat zij voor de werkgever arbeid hebben verricht, niet onder de reikwijdte van dit artikellid. Ook in deze situatie geldt dat de eigen werkgever niet verplicht kan worden administratieve bescheiden te overhandigen. In beide situaties kan de toezichthouder het onderzoek naar de naleving van de wet niet voltooien en niet vaststellen of de werkgever de WML naleeft.

Om de doelstelling die de wetgever bij inwerkingtreding van het artikellid voor ogen had volledig te kunnen realiseren, is het noodzakelijk om artikel 18b, tweede lid, van de WML te wijzigen. De doelstelling zelf blijft onveranderd. Met de nieuwe opzet van artikel 18b, tweede lid, is de oorspronkelijke gedachte achter de bepaling duidelijker verwoord. Allereerst is, ook voor de toepassing van het eerste lid, aangegeven welke gegevens een werkgever desgevraagd aan de toezichthouder moet verstrekken. Deze verplichting ligt in juridische zin bij de werkgever, omdat het de werkgever is die verplicht is het minimumloon en de minimumvakantiebijslag te betalen. In het derde lid is vervolgens aangegeven, dat behoudens tegenbewijs, voor de toepassing van het tweede lid van artikel 18b ook als werkgever wordt aangemerkt degene in of ten behoeve van wiens onderneming, bedrijf of inrichting een persoon arbeid verricht, heeft verricht of waarvan op grond van feiten en omstandigheden naar redelijk vermoeden een persoon arbeid verricht of heeft verricht. De ander wordt in dat geval als werknemer aangemerkt. Een en ander uiteraard met inachtneming van de werkingssfeer van de WML.

Als feiten en omstandigheden wijzen in de richting van het bestaan van een dienstbetrekking wordt daarvan door de toezichthouder in principe uitgegaan. Dit is redelijk als alles erop wijst dat er sprake is van een dienstbetrekking. Het is van belang dat voorkomen wordt dat een werkgever die geen medewerking verleent aan een controle – en derhalve ook geen gegevens overlegt of een dienstbetrekking ontkent – daarmee de controle in het kader van de WML en eventuele sancties wegens onderbetaling van zijn werknemers ontloopt. Daardoor wordt naar het oordeel van de regering niet een te zware bewijslast op de werkgever gelegd, omdat deze, indien daadwerkelijk geen sprake zou zijn van een dienstbetrekking, dit zal kunnen weerleggen. Tegenbewijs door de werkgever is derhalve uitdrukkelijk mogelijk. Ook degene die de arbeid verricht, kan daarbij door

de toezichthouder worden aangesproken. Immers op grond van artikel 5:16 van de Algemene wet bestuursrecht is de toezichthouder bevoegd inlichtingen te vorderen, derhalve ook van personen die arbeid verrichten. Op grond van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht is een ieder ook verplicht aan de toezichthouder alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.

Als er sprake is van bonafide praktijken zal dit tegenbewijs, al dan niet met behulp van degene die de arbeid verricht, door de werkgever te leveren zijn. De Arbeidsinspectie richt zich echter specifiek op die sectoren en bedrijven waar een hoog risico op wetsovertreding bestaat. Hiertoe maakt zij gebruik van risicoanalyse op sector- en op bedrijfsniveau. En vaak zijn ook concrete meldingen over vermoedelijke overtredingen aanleiding voor controles. Zo zijn in het jaar 2010 door de Arbeidsinspectie 564 onderbetaalde werknemers aangetroffen (zie het jaarverslag van de Arbeidsinspectie, Kamerstukken II 2010/11, 25 883, nr. 182). Gelet op dit uitgangspunt komt de Arbeidsinspectie dus ook 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. De laatstgenoemde werkgever zal dan als waarschijnlijke overtreder aannemelijk moeten maken dat er geen sprake is van een dienstbetrekking. Alleen ontkennen (zonder nader bewijs) dat er sprake is van een dienstbetrekking is niet voldoende. Wat door de werkgever wordt aangevoerd, zal deugdelijk moeten worden onderbouwd. Op deze wijze wordt de bewijslast naar de mening van de regering op een redelijke en billijke wijze verdeeld. Een andere opvatting zou leiden tot een onredelijk zware bewijslast voor de toezichthouder en daarmee tot een situatie waarin naleving van de WML redelijkerwijs niet meer kan worden afgedwongen. Op deze wijze wordt naar de mening van de regering voldaan aan artikel 6, tweede lid, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (onschuldpresumptie). 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. Uiteraard blijven verder de principes van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing. Zo wordt geen bestuurlijke boete opgelegd voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten. Verder is er bezwaar en beroep tegen het opleggen van een bestuurlijke boete mogelijk. Mocht de werkgever na bezwaar of beroep in het gelijk worden gesteld dan wordt de boete met wettelijke rente terugbetaald. De nadruk die het huidige artikel 18b, tweede lid, nu legt op het begrip «aangetroffen persoon» komt hiermee te vervallen.

Een goede werkgever beschikt over een adequate en toegankelijke (loon)administratie. Het wetsvoorstel leidt dan ook niet tot extra administratieve lasten voor de werkgever.

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).

Artikelsgewijs

Artikel I

Het tweede lid van artikel 18b

Het tweede lid bepaalt welke gegevens een werkgever desgevraagd moet verstrekken om het de toezichthouder mogelijk te maken om te controleren of aan de verplichtingen in het kader van de WML is voldaan. Het gaat daarbij allereerst om de betalingen van het loon en de betaalde vakantiebijslag. Uit de betalingen kan worden afgeleid of ten minste het minimumloon is betaald en de wettelijke aanspraak op vakantiebijslag. Het gaat conform de systematiek van de WML hierbij om bruto bedragen. Verder is het voor de toezichthouder van belang te weten hoeveel uren de werknemer heeft gewerkt. Het gaat hierbij om het daadwerkelijk aantal gewerkte uren en niet om de contractueel overeengekomen uren. Het is dan van belang dat de werkgever desgevraagd bescheiden overlegt waaruit blijkt hoeveel uur een werknemer heeft gewerkt. De werkgever zou hierbij bijvoorbeeld gebruik kunnen maken van de gegevens die hij toch al moet registreren in het kader van de Arbeidstijdenwet (artikel 4.3). In het huidige artikel 18b, tweede lid, is nog sprake van «schriftelijke bescheiden». Aangezien het woord bescheiden al in zich draagt dat het om documenten gaat is het woord «schriftelijk» niet meer opgenomen. Bescheiden kunnen bijvoorbeeld schriftelijk of langs elektronische weg aan de toezichthouder worden verstrekt.

Het niet naleven van het tweede lid levert een overtreding op. In de Beleidsregels bestuurlijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag is aangegeven, dat in dat geval per persoon de (behoudens recidive) maximale bestuurlijke boete van 6700 euro kan worden opgelegd. Dit achtte de regering bij inwerkingtreding van de bestuursrechtelijke handhaving 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. Indien er geen sprake is van een dienstbetrekking, dan heeft de werkgever de gelegenheid dat te weerleggen.

Het derde lid van artikel 18b

In het nieuwe derde lid is geregeld dat als werkgever in de zin van het tweede lid van artikel 18b WML wordt aangemerkt degene in of ten behoeve van wiens onderneming, bedrijf of inrichting een persoon arbeid verricht of heeft verricht of waarvan op grond van feiten en omstandigheden naar redelijk vermoeden een persoon arbeid verricht of heeft verricht. Personen die arbeid verrichten zijn niet alleen personen die fysiek werkend worden aangetroffen bij een controle van de toezichthoudende instantie. Ook uit de controle van een loonadministratie kan blijken dat personen arbeid hebben verricht. Dit zal zich bijvoorbeeld voordoen, indien een controle plaatsvindt bij een uitzendbureau. De verplichting om bescheiden te overleggen geldt voorts als een redelijk vermoeden bestaat dat iemand arbeid verricht of heeft verricht. Dit redelijk vermoeden van de toezichthouder moet zijn gebaseerd op feiten en omstandigheden. Het redelijk vermoeden dat de toezichthouder heeft zal uit objectief vast te stellen feiten en omstandigheden moeten blijken. Als voorbeeld kan worden genoemd het zich bevinden in een voor het publiek niet toegan-

kelijk gedeelte van de bedrijfsruimte of het dragen van bedrijfskleding of andere uiterlijke kenmerken die erop duiden dat een persoon arbeid verricht of heeft verricht. Ook naar aanleiding van een klacht in verband met onderbetaling kan sprake zijn van een redelijk vermoeden dat iemand ergens arbeid heeft verricht. Ook hiervoor geldt dat het redelijk vermoeden moet zijn gebaseerd op feiten en omstandigheden. Dit moet objectief zijn vast te stellen. Al deze personen kunnen voor de toepassing van het tweede lid van artikel 18b WML dus als werknemers worden aangemerkt. De werkgever zal ten aanzien van die personen bescheiden moeten verstrekken waaruit blijkt dat het minimumloon en de minimumvakantiebijslag is betaald. Het niet verstrekken van dergelijke bescheiden betekent dat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd.

Tegenbewijs tegen het vermoeden dat iemand als werkgever wordt gezien is steeds mogelijk (en als het tegenbewijs slaagt, is de ander niet zijn werknemer). Het gaat derhalve om een weerlegbaar vermoeden. De stelplicht en bewijslast ligt daarbij op degene bij wie de persoon arbeid verricht, heeft verricht of op grond van feiten en omstandigheden het vermoeden bestaat dat een persoon arbeid verricht of heeft verricht. Of sprake is van een vermoeden in de hiervoor bedoelde zin, moet per afzonderlijk geval aan de hand van concrete feiten en omstandigheden door de toezichthouder worden beoordeeld. Tegenbewijs is voor de vermoedelijke werkgever bijvoorbeeld mogelijk door de uitzendovereenkomst van werkende persoon te overleggen of via de overeenkomst van aanneming van werk of een overeenkomst van opdracht waaruit blijkt dat de betreffende persoon niet zijn werknemer is. Ook de werkende persoon zelf kan daarbij uiteraard behulpzaam zijn door jegens de toezichthouder aan te tonen wie zijn werkgever is. De controle zal, als er sprake is van (het vermoeden van) een dienstbetrekking met een andere werkgever, vervolgens worden voortgezet bij degene die (vermoedelijk) de werkgever van de persoon is en aan de verplichting van de WML moet voldoen. Personen die arbeid verrichten als zelfstandige zullen die hoedanigheid natuurlijk ook zelf aan moeten kunnen tonen. Voor de in het derde lid aangeduide werkgever geldt via het tweede lid dat het niet voldoen aan de verplichtingen om bescheiden te overleggen eveneens wordt aangemerkt als een overtreding waarbij een bestuurlijke boete kan worden opgelegd.

Artikel II

Hoewel de toezichthouder thans al bij het al of dan niet opleggen van een bestuurlijke boete rekening houdt met eerdergenoemde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is expliciet bepaald dat de WML, zoals die luidde voor de inwerkingtreding van deze wet, van toepassing blijft op feiten die zich voor dat tijdstip hebben voorgedaan. Op deze wijze heeft deze wetswijziging, juridisch geborgd, geen werking op voor de inwerkingtreding van deze wet geconstateerde feiten.

Artikel III

Aangezien het hier een reparatie van de WML betreft, naar aanleiding van een rechterlijke uitspraak, treedt deze wet, met inachtneming van de uitzonderingen die in aanwijzing 174 van de Aanwijzingen voor de regelgeving zijn gegeven, de dag na plaatsing in het Staatsblad in werking.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
H. G. J. Kamp