

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.¹

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.

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.² 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.

¹ Kamerstukken II 2012/13, 33 566, nr. 15.

² Aanwijzing 262 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

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
 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

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;³
- in de uitzendbranche kunnen werknemers,⁴ althans wanneer een uitzendbureau niet gecertificeerd is, de opdrachtgever naast de werkgever hoofdelijk aansprakelijk stellen voor het wettelijk minimumloon en de minimumvakantiebijslag.⁵

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.⁶

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

³ 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.

⁴ 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).

⁵ 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 bonafide is.

⁶ Voorgestelde artikelen 616a en 616c van Boek 7 BW.

opdrachtgevers zien malafide marktpartijen – die met onderbieding op arbeidsvoorwaarden oneerlijk concurreren – hun opdrachten verdwijnen.⁷

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.⁸

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 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).

⁷ Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon), onder “Aanleiding en doel”.

⁸ Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon), onder “Problemen in ketens”.

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.⁹ 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.¹⁰ 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 loonbetaling binnen de keten; die melding lijkt overigens op een bevredigende manier te zijn afgehandeld.¹¹

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.¹²

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.¹³ 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

⁹ M. Houwerzijl en S. Peters, *Liability in subcontracting processes in the European construction sector*, 2008, zie met name blz. 22-24.

¹⁰ 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.

¹¹ 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>.

¹² 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.

¹³ 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).

het geldende cao-loon, of zijn door eenzijdige contracten of taal- en cultuurproblemen niet in een positie om hun rechten daadwerkelijk op te eisen.¹⁴ Voor sommige Turkse werknemers die in Nederland werken geldt hetzelfde. Recente uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak-Essent¹⁵ en de zaak-Bundesdruckerei/Stadt Dortmund¹⁶ 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 verschillende categorieën arbeidsmigranten met verschillende rechtsposities.¹⁷ 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 Handhavingsrichtlijn¹⁸ hier een aanzet toe geeft. Deze richtlijn voorziet onder andere in een vorm van ketenaansprakelijkheid voor het loon en sociale premies in de bouwsector.¹⁹

¹⁴ Houwerzijl, Peters en Jorens, blz. 6, 99, 104, 106, 108.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

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 rechtsstelsel. Daar komt bij dat er hoge kosten zijn verbonden aan gerechtelijke procedures, zo concludeerden de onderzoekers.²⁰ 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.²¹

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 wegenbouw:

“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 is voor goede arbeidsvoorwaarden en eerlijke beloning. Dit maakt het onderzoek en de aanpak van misstanden complex en arbeidsintensief.”²²

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.²³ 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.²⁴

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

²⁰ Houwerzijl, Peters en Jorens, blz. 114, 100-101, 157.

²¹ College voor de Rechten van de Mens, Poolse arbeidsmigranten in mensenrechtenperspectief, april 2013, blz. 39-41.

²² Kamerstukken II 2013/14, 25 883, nr. 241.

²³ Artikel 692 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

²⁴ Toelichting op artikel II, onderdeel D.

hij in het voorgestelde systeem van ketenaansprakelijkheid pas anderen dan de werkgever kan aanspreken als aan bepaalde voorwaarden is voldaan.²⁵ 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,²⁶ 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.²⁷

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.²⁸ 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 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

²⁵ Aldus ook de Raad voor de rechtspraak, advies van 2 oktober 2014, kenmerk UIT 8448 STRA / CF, blz. 5.

²⁶ Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon), onder "Problemen in ketens".

²⁷ Kamerstukken II 2013/14, 17 050, nr. 473, blz. 2-3.

²⁸ Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon).

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.²⁹

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.³⁰

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.³¹ 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.

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.³² 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.³³ Ook wettelijke rente over de achterstallige loonbetaling en

²⁹ Advies van 2 oktober 2014, kenmerk UIT 8448 STRA / CF, blz. 3.

³⁰ Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon), onder “Niet-verwijtbaarheid”.

³¹ Zie ook aanwijzing 12 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

³² Voorgesteld artikel 616a lid 3 onderdeel d van Boek 7 BW. Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon), onder “Volgtijdelijkheid en aansprakelijkheid”.

³³ 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

de arbeidsrechtelijke verhoging wegens vertraagde loonbetaling zullen waarschijnlijk niet te verhalen zijn, omdat de verschuldigdheid daarvan afhangt van het verzuim van de (primaire) schuldenaar.³⁴

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.³⁵ 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.³⁶

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.³⁷ 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.³⁸ De kans op succes is daarbij bovendien betrekkelijk gering: de werknemer heeft weliswaar een preferente vordering,³⁹ 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.⁴⁰ Een ander bezwaar van de voorgestelde regeling bij faillissement is overigens dat de opdrachtgever van de gefailleerde, die wellicht zelf ook nog een oninbare vordering op de gefailleerde 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

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.

³⁴ Artikel 119 van Boek 6 BW.

³⁵ Voorgesteld artikel 616a lid 3 onderdeel d van Boek 7 BW.

³⁶ Advies van 2 oktober 2014, kenmerk UIT 8448 STRA / CF, blz. 4.

³⁷ Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon).

³⁸ Voorgesteld artikel 616a lid 3 onderdeel c van Boek 7 BW.

³⁹ Toelichting, § 2.3 (Uitbreiding civielrechtelijke ketenaansprakelijkheid voor loon), onder "Volgtijdelijkheid en aansprakelijkheid"; toelichting op artikel 161a lid 4.

⁴⁰ Artikelen 276 tot en met 289 van Boek 3 BW; artikel 21 van de Invorderingswet 1990; artikel 60 van de Wet financiering sociale verzekeringen.

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.⁴¹ 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.⁴²

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).⁴³ Daarnaast is er een informele praktijk waarbij de verschuldigde belasting rechtstreeks op een rekening van de belastingdienst wordt gestort.⁴⁴ Dit systeem zal worden vervangen door een wettelijk systeem van rechtstreeks storten op een bankrekening, het zogenaamde depotstelsel. De derde die op de speciale 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.⁴⁵

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 dis-

⁴¹ Artikelen 64 en 66 van de Werkloosheidswet.

⁴² 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.

⁴³ Artikelen 34, 35 en 35a van de Invorderingswet 1990.

⁴⁴ Kamerstukken II 2007/08, 31 301, nr. 3, blz. 2.

⁴⁵ Artikel 57a van de Invorderingswet 1990 (nog niet in werking getreden).

culperen. 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 mogelijkheid 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.⁴⁶ Binnen de keten kan dan onderling verhaal plaatsvinden. In zo'n systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid heeft de werknemer een sterkere rechtspositie, terwijl de last van de loonvorderingen 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.

⁴⁶ Houwerzijl, Peters en Jorens, blz. 144-145.

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.⁴⁷ 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.⁴⁸ 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 die buiten de werkingssfeer van de verordening vallen.⁴⁹ 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

⁴⁷ Voorgesteld artikel 616b van Boek 7 BW.

⁴⁸ Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (Pb L 177).

⁴⁹ Artikel 153 van Boek 10 BW.

overeenkomst mag worden afgeweken. Het gaat dan om de rechtsregels van het land waar of van waaruit de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht.⁵⁰

Nu de verordening Rome I de verwijfsregels bevat en Boek 10 BW volstaat met daarnaar te verwijzen, is de Afdeling van oordeel dat de verwijfsregel 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.

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.⁵¹ 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.⁵²

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 gezondheidszorg).⁵³ Het openbaarmakingsregime verschilt per regeling. De belangrijkste verschillen betreffen de verplichting of de bevoegdheid van de toezichthouder tot openbaarmaking,⁵⁴ de uitzonderingen van artikel 10 Wob,⁵⁵ en de termijn waarbinnen de informatie niet openbaar wordt gemaakt.⁵⁶

⁵⁰ Artikel 8 van Rome I.

⁵¹ De volgende wetten worden aangevuld met bepalingen over openbaarmaking: Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, Wet arbeid vreemdelingen, Arbeidsomstandighedenwet, Arbeidstijdenwet, en Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs.

⁵² Memorie van toelichting, par. 2.2 "Openbaarmaking inspectiegegevens", eerste tekstblok.

⁵³ 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).

⁵⁴ 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 Instellingwet 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

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.⁵⁷

Zoals de Afdeling ook in haar advies van 12 september 2014 heeft opgemerkt,⁵⁸ 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 sanctiebesluiten⁵⁹ openbaar te maken. Twee uitzonderingsgronden van artikel 10 van de Wob zijn van toepassing verklaard: bedrijfs- en fabricagegegevens⁶⁰ en bijzondere persoonsgegevens.⁶¹ 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)

heeft de zorgautoriteit de bevoegdheid om een bestuurlijke sanctie of een aanwijzing openbaar te maken.

⁵⁵ 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).

⁵⁶ Deze termijn verschilt van 5 werkdagen tot twee weken.

⁵⁷ ABRvS, 31 mei 2006, JB 2006 en AB 2006, 329, m.nt. P.J. Stolk.

⁵⁸ Hiervoor genoemd advies no. W13.14.0245.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Artikel 10, eerste lid, onderdeel c, van de Wob.

⁶¹ Artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wob.

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.⁶² 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,⁶³ 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.⁶⁴ 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 Wob⁶⁵ 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 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

⁶² Met beleidsvrijheid wordt de vrijheid bedoeld die aan een bestuursorgaan is gelaten wanneer is geregeld dat het al dan niet een bepaald besluit *kán* 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).

⁶³ 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).

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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 openbaarmaking.⁶⁶ 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.⁶⁷ 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.⁶⁸

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 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.

⁶⁶ Memorie van toelichting, par. 2.2 “Openbaarmaking inspectiegegevens”, onder “Vormgeving”.

⁶⁷ EHRM 16 februari 2000, 27798/95 (Amann vs. Zwitserland).

⁶⁸ 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).

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.⁶⁹ 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.⁷⁰ 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”.⁷¹ 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.⁷²

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.

⁶⁹ 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. Overkleeft-Verburg.

⁷⁰ Toelichting op de artikelen I, IV, V, VI en VII onderdelen M, C, A, A en A, derde tekstblok.

⁷¹ Zie bijvoorbeeld het voorgestelde artikel 18pa, eerste lid, Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

⁷² Artikelsgewijze toelichting op de artikelen I, IV, V, VI en VII onderdelen M, C, A, A en A.

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.⁷³ Bij algemene maatregel van bestuur zal worden geregeld om welke gegevens het gaat.⁷⁴ 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.⁷⁵ 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.⁷⁶ 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.⁷⁷

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 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.

⁷³ Zie bijvoorbeeld het voorgestelde artikel 18pa, eerste lid, Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

⁷⁴ Voorgestelde artikel 18pa, derde lid, Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

⁷⁵ Artikelsgewijze toelichting op de artikelen I, IV, V, VI en VII onderdelen M, C, A, A en A.

⁷⁶ Artikel 3, tweede lid, Beleidsregel openbaarmaking inspectiegegevens bij zware of ernstige asbestovertredingen (Stcrt. 2014, nr. 20152).

⁷⁷ 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.

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.⁷⁸ Hoewel dit voorstel materieel geen wijziging van 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),⁷⁹ en
- erkende instellingen die uitzendbureaus certificeren.⁸⁰

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.⁸¹

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

⁷⁸ Voorgesteld artikel 7, eerste lid; toelichting op artikel I, onderdeel A, C, E, F, G en H.

⁷⁹ Op dit moment zijn het de Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (SNCU) en de Stichting Normering Arbeid (SNA).

⁸⁰ Voorgesteld artikel 18p, zevende lid, WML.

⁸¹ Toelichting op artikel I, onderdeel K.

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 wetsvoorstel⁸² 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.⁸³ 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 voor hem verricht of heeft verricht.⁸⁴ Volgens de toelichting is deze aanscherping noodzakelijk, omdat de bestaande verplichting volgens jurisprudentie niet meer inhoudt dan een inspanningsverplichting.⁸⁵

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.⁸⁶ 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 aantoot 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.⁸⁷

⁸² Het voorgestelde artikel 18p, zevende lid, WML.

⁸³ Artikelen 15 en 18, tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen.

⁸⁴ Voorgesteld artikel 15a van de Wet arbeid vreemdelingen.

⁸⁵ Toelichting, § 2.6 (Verbeteren handhaafbaarheid Wet arbeid vreemdelingen).

⁸⁶ 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>).

⁸⁷ Zie artikel 5:4, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

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”).⁸⁸

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.

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.⁸⁹

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.⁹⁰ 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”.⁹¹ 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.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ Artikel 5:43 van de Algemene wet bestuursrecht.

⁹⁰ Toelichting, § 2.1 (Verbeteren handhaafbaarheid Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag), onder “Girale loonuitbetaling”.

⁹¹ Voorgesteld artikel 7a, tweede lid, WML.

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.⁹² 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.

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 handhavingproblemen 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 handhavingproblemen in het arbeidsrecht.

⁹² Voorgestelde wijziging van de artikelen 18b en 18n WML.

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

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

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 vice-president van de Raad van State,

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 minimumvakan-tiebijslag (WML)) van de toelichting niet spreken over verrekening van premies ziektekosten, nu deze premies niet worden verrekend maar ingehouden.