

No.W12.11.0023/III

's-Gravenhage, 24 maart 2011

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

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

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

1. Opzet artikel 18b WML

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

In het voorgestelde artikel 18b, derde lid, WML wordt niet langer een feitelijke omstandigheid als vertrekpunt genomen, namelijk het aantreffen van een persoon in een onderneming (dan wel bedrijf of inrichting) over wiens arbeidsrechtelijke positie in

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

relatie tot die onderneming helderheid dient te bestaan dan wel te worden gegeven. In plaats daarvan wordt nu een rechtsvermoeden gecreëerd ten aanzien van een persoon of onderneming die wordt geacht werkgever te zijn van de persoon die in deze onderneming werkzaamheden verricht, heeft verricht of van wie het redelijk vermoeden bestaat dat hij werkzaamheden verricht of heeft verricht.

De Afdeling merkt hierover het volgende op.

a. *Stelsel WML: twee typen definities*

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

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

Het voorgestelde derde lid van artikel 18b WML staat in het hoofdstuk over toezicht. Deze bepaling bevat, eveneens 'voor de toepassing' van de WML, een van de artikelen 4 en 5 afwijkende definitie werkgever (en daaruit voortvloeiend van werknemer). Het gaat in die definitie niet meer om het hebben van een dienstbetrekking of arbeidsrelatie, maar om het verrichten van arbeid op grond waarvan een persoon kan worden aangemerkt als werknemer respectievelijk de eigenaar van het bedrijf wordt aangemerkt als werkgever.

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

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

bepalingen van de WML voldoen. Verder zullen de personen die arbeid verrichten als zzp-er ook zelf die hoedanigheid kunnen aantonen.

b. *Proportionaliteit*

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

De Afdeling merkt op dat bij het opleggen van een punitieve sanctie voldoende moet vaststaan waarom en door wie de overtreding heeft plaatsgevonden. De voorgestelde bepaling leidt er toe dat een werkgever op grond van vermoedens als schuldig wordt aangemerkt aan een beboetbaar feit en vervolgens zijn onschuld door ontkrachting van de vermoedens moet aantonen. Een dergelijke constructie verhoudt zich alleen met de onschuldpresumptie als neergelegd in artikel 6, tweede lid, EVRM, als de regeling en de sanctie proportioneel zijn ten opzichte van het nagestreefde belang. Gelet op enerzijds het gehanteerde rechtsvermoeden en anderzijds de hoogte van de mogelijke sanctie² is de Afdeling van mening dat in dit samenstel van omstandigheden het in artikel 18b, derde lid, voorgestelde niet proportioneel is en zich om die reden niet verdraagt met artikel 6, tweede lid, EVRM. Zij adviseert artikel 18b, derde lid, in het licht van het voorgaande te herzien.

2. Overgangsrecht

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

3. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende 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 waarnemend vice-president
van de Raad van State,

² Op pag. 5 van de memorie van toelichting wordt een bedrag van € 6700,00 genoemd.

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

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