

Ministerie van Sociale Zaken en  
Werkgelegenheid

**Ministerie van Sociale Zaken  
en Werkgelegenheid**

Postbus 90801  
2509 LV Den Haag  
Anna van Hannoverstraat 4  
T 070 333 44 44  
F 070 333 40 33  
www.szw.nl

**Onze referentie**  
AV/AR/11/16284

Datum 12 september 2011

Betreft Nader rapport inzake het voorstel van wet houdende wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met het verduidelijken van het rechtsvermoeden van werkgeverschap

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 3 februari 2011, nr. 11.000171, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 24 maart 2011, nr. W12.11.0023/III, bied ik U hierbij aan.

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

1. Opzet artikel 18b WML

a. Stelsel WML: twee typen definities

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

aan de toezichthouder de in het tweede lid van artikel 18b genoemde gegevens verstrekken. Voor de laatstgenoemde geldt dit behoudens tegenbewijs. Dit is in de memorie van toelichting thans duidelijker tot uitdrukking gebracht.

b. Proportionaliteit

De Afdeling advisering stelt terecht dat de onschuldpresumptie met zich brengt dat de regeling en de op te leggen sanctie proportioneel moet zijn ten opzichte van het na te streven doel. De WML beoogt iedere werknemer een minimumloon en een minimumvakantiebijslag te verzekeren die in het licht van het algemene welvaartsniveau als sociaal aanvaardbare tegenprestatie voor de in dienstbetrekking verrichte arbeid kunnen worden beschouwd. Een werknemer voor de geleverde arbeid niet de geldende tegenprestatie betalen, is een ernstige overtreding die bestraft moet worden. Niet alleen is de werknemer hiervan de dupe, maar er is bij onderbetaling door het financiële gewin van de werkgever ook sprake van oneerlijke concurrentie tussen werkgevers. Dit moet krachtig worden bestreden en ontmoedigd. Straffen is geen doel op zich, maar degene die verwijtbaar handelt en regels overtreedt moet wel worden aangepakt voor dit handelen om tot het gewenste gedrag te komen. Dat is essentieel voor (het draagvlak in) onze samenleving. Het is niet voor niets dat een strenge aanpak van fraude een speerpunt van beleid is van deze regering. Op 10 maart 2011 is de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal geïnformeerd over de plannen van de bewindslieden van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake de aanpak van fraude (zie Kamerstukken II 2010/11, 17 050, nr. 403). De onschuldpresumptie verzet zich niet tegen een bestuurlijke bestraffing van eenvoudig vast te stellen feiten, waaraan geen beoordeling van opzet of schuld te pas komt, zolang degene die de boete krijgt opgelegd de mogelijkheid heeft tegenbewijs te leveren (zie Kamerstukken II 2005/06, 30 678, nr. 3, p. 6). Dit volgt ook uit de Europese jurisprudentie. Er moet een evenwicht worden bewaakt tussen het belang van de presumptie en de rechten van de verdediging en het moet om een weerlegbaar rechtsvermoeden gaan<sup>1</sup>. Aan deze eisen wordt voldaan. De mogelijkheid van tegenbewijs is nadrukkelijk in het wetsvoorstel opgenomen. Aan het vermoeden van de aanwezigheid van een dienstbetrekking worden zware eisen gesteld. Mede gelet op het advies van de Afdeling advisering, is de formulering van het redelijk vermoeden verder aangescherpt. Het redelijk vermoeden moet blijken uit feiten en omstandigheden die een redelijk vermoeden opleveren dat een persoon arbeid verricht of heeft verricht. Het moet daarbij gaan om objectief vast te stellen feiten en omstandigheden. In de memorie van toelichting zijn enige voorbeelden opgenomen en is de omvang van de problematiek nader aangegeven.

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

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

**Datum**

**Onze referentie**  
AV/AR/11/16284

---

<sup>1</sup> 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).

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

## 2. Overgangsrecht

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

**Datum**

3. De redactionele opmerkingen van de Afdeling advisering zijn verwerkt. Met de Wet van 27 januari 2011 (Stb. 27) tot wijziging van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag in verband met het opnemen van de bevoegdheid tot inbeslagneming van daarvoor vatbare voorwerpen alsmede enige technische wijzigingen is het eerste lid van artikel 18b van de WML inmiddels geformuleerd als een overtreding. Het tweede lid van artikel 18b is in het lid zelf thans als overtreding geformuleerd.

**Onze referentie**  
AV/AR/11/16284

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

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

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

De Minister van Sociale Zaken  
en Werkgelegenheid,

H.G.J. Kamp