

# Handhaving wet minimumloon en het werkgeversbegrip

MW. MR. A.D. BITTERLICH-STRAVER EN MR. DR. B.J.V. KEUPINK

Per 1 maart 2012 is art. 18b lid 2 WML gewijzigd en is een derde lid aan dit artikel toegevoegd. Dit derde lid schaaft potentieel ook de inlener van een werknemer onder het bereik van art. 18b lid 2 WML door een wijziging in het werkgeversbegrip. In deze bijdrage wordt de vraag beantwoord wat deze wijziging betekent voor het algemeen werkgeversbegrip zoals gebruikt in de WML in verband met de bestuursrechtelijke handhavingmogelijkheden.

## Inleiding

In de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML) is de aanspraak geregeld van de werknemer jegens de werkgever op het toepasselijk minimumloon en de minimumvakantiebijslag.

De WML kan bestuursrechtelijk worden gehandhaafd. Ingevolge art. 18a WML is de Inspectie SZW<sup>1</sup> belast met het toezicht op de naleving van de WML. De handhaving en de mogelijke bestuurlijke maatregelen richten zich op de werkgever. Het antwoord op de vraag welke partij als werkgever kwalificeert is daardoor van groot belang.

Op grond van art. 18b lid 1 en 18c lid 1 WML is de Inspectie SZW bevoegd om een bestuurlijke boete van ten hoogste € 6.700 (art. 18f WML) op te leggen wanneer een werkgever zijn verplichtingen krachtens art. 7 (betaling minimumloon) en art. 15 (betaling minimumvakantiebijslag) WML niet nakomt. Op grond van art. 18n lid 1 WML kan de Inspectie SZW de werkgever een last onder dwangsom opleggen. Daarmee kan worden afgedwongen dat de werkgever alsnog het minimumloon en de minimumvakantiebijslag aan de werknemer betaalt. De werknemer die minder verdient dan het wettelijke minimumloon kan het tekort ook van zijn werkgever vorderen in een civiele procedure.

Op grond van art. 18b lid 2 – zoals de tekst van dit artikellid gold tot 1 maart 2012 – en 18c lid 1 WML kon de werkgever voorts worden beboet voor het niet of onvoldoende aan de Inspectie SZW overleggen van schriftelijke bescheiden waaruit de aard van de arbeidsrelatie, het door de werkgever betaalde loon of de door hem betaalde vakantiebijslag of het aantal door de werknemer gewerkte uren blijkt.

Per 1 maart 2012 is art. 18b lid 2 WML gewijzigd en is een derde lid aan dit artikel toegevoegd.<sup>2</sup> Dit nieuwe derde lid schaaft potentieel ook de inlener van een werknemer onder het bereik van art. 18b lid 2 WML door een wijziging in het werkgeversbegrip.

In deze bijdrage willen wij de vraag beantwoorden wat deze wijziging betekent voor het werkgeversbegrip zoals gebruikt in de WML in verband met de bestuursrechtelijke handhavingmogelijkheden.

## Het werkgeversbegrip in de WML

In art. 5 WML is bepaald welke persoon of entiteit voor de toepassing van de bepalingen van de WML als werkgever wordt aangemerkt. Art. 5 lid 2 WML ziet op overeenkomsten met handelsagenten. Art. 5 lid 3 WML ziet, kort gezegd, op thuiswerkers en andere flexwerkers. Deze artikelen betreffen twee specifieke werkgevervarianten. In onderhavige bijdrage richten wij ons op het eerste lid van art. 5 WML. Art. 5 lid 1 WML luidt als volgt:

*'1. Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt onder werkgever verstaan de persoon, tot wie een werknemer in dienstbetrekking staat.'*

Blijkens art. 5 lid 1 WML is werkgever 'de persoon tot wie een werknemer in dienstbetrekking staat'. Het gaat dan om werknemers met wie een arbeidsovereenkomst is gesloten (art. 2 lid 1 WML).

In de literatuur inzake art. 5 lid 1 WML wordt echter als werkgever aangemerkt degene jegens wie de werknemer aanspraak heeft op het minimumloon en de minimumvakantiebijslag. Daarbij wordt verwezen naar art. 7:692 lid 1 BW waarin de aanspraak van de uitzendkracht jegens

<sup>1</sup> Op 1 januari 2012 is de Inspectie SZW van start gegaan. De Arbeidsinspectie, de Inspectie Werk en Inkomens en de Sociale Inlichtingen- en Opvoeringsdienst hebben vanaf die datum hun organisaties en activiteiten samengevoegd.

<sup>2</sup> Stb. 2012, 72.

de inlener op betaling van het minimumloon en de minimumvakantiebijslag wordt geregeld (waarover verderop in deze bijdrage meer).<sup>1</sup> In deze uitleg lijkt de aanspraak van de werknemer op een werkgever (formeel of materieel) het aanknopingspunt te zijn voor het werkgeversbegrip voor

## De potentiële verruiming van het werkgeversbegrip voor de toepassing van art. 18b lid 2 WML betreft een uitzondering

de toepassing van de gehele WML. Een dergelijk ruime invulling van het werkgeversbegrip zou betekenen dat de Inspectie SZW bij overtreding van de art. 7 en 15 WML in het geval van een uitzendsituatie de WML ook jegens de inlener zou kunnen handhaven. De uitzendkracht heeft immers op grond van art. 7:692 lid 1 BW jegens de inlener aanspraak op betaling van het minimumloon en de minimumvakantiebijslag. In voormelde uitleg zou de inlener blootstaan aan het risico van een bestuurlijke boete. In deze bijdrage zal duidelijk worden dat het aanknopingspunt voor het werkgeversbegrip van art. 5 lid 1 WML in werkelijkheid minder ruim is dan in – op dit onderdeel in omvang bescheiden – literatuur en in de praktijk wel is beoogd.

### Aanleiding wijziging werkgeversbegrip WML

Per 1 maart 2012 is de verplichting voor werkgevers van art. 18b lid 2 WML om desgevraagd bepaalde bescheiden te verstrekken, geherformuleerd. Als een beboetbare overtreding wordt nu aangemerkt het door de werkgever desgevraagd niet of niet tijdig aan de toezichthouder verstrekken van bescheiden waaruit blijkt:

- a. het aan de werknemer betaalde loon en de betaalde vakantiebijslag; en
- b. het aantal door de werknemer gewerkte uren.

De wetgever heeft met de wijziging van 1 maart 2012 daarnaast het werkgeversbegrip voor de toepassing van art. 18b lid 2 WML uitgebreid. Het nieuw toegevoegde derde lid luidt als volgt:

*‘3. Voor de toepassing van het tweede lid wordt als werkgever aangemerkt degene in of ten behoeve van wiens onderneming, bedrijf of inrichting een persoon arbeid verricht of heeft verricht of waarvan op grond van feiten en omstandigheden naar redelijk vermoeden een persoon arbeid verricht of heeft verricht. De in de eerste zin bedoelde persoon wordt in dat geval voor de toepassing van het tweede lid aangemerkt als werknemer. Hetgeen in de eerste zin is bepaald geldt behoudens tegenbewijs.’*

Deze verruiming van het werkgeversbegrip brengt onder meer met zich dat de verplichtingen van art. 18b lid 2 WML niet langer slechts gelden voor de werkgever inzake de werknemers die tot hem in dienstbetrekking staan, maar ook inzake het personeel dat door de werkgever is ingeleend, behoudens tegenbewijs.

Met de wetswijziging is beoogd de onderzoeksmogelijkheden van de Inspectie SZW naar de naleving van de WML te verbeteren.<sup>4</sup> Voor de wetswijziging liep de Inspectie SZW namelijk tegen de situatie aan waarin zij een werknemer aantroef die arbeid verrichtte buiten de onderneming, het bedrijf of de inrichting van de werkgever met wie hij een dienstbetrekking had (bijvoorbeeld een uitzendkracht). Deze werknemer bevond zich op dat moment dus niet in de onderneming van de formele werkgever. In dat geval kon onder de oude wetgeving de inlenend werkgever niet worden verplicht de benodigde administratieve bescheiden inzake deze werknemer aan de Inspectie SZW te overleggen. Op hetzelfde moment deed de situatie zich voor dat de hiervoor bedoelde werknemer niet fysiek werd aangetroffen in de onderneming van de formele werkgever. Daardoor kon de formele werkgever ook niet worden verplicht de bedoelde administratieve bescheiden te overleggen. De Inspectie SZW viste derhalve achter het net en kon het onderzoek naar de naleving van de WML ten opzichte van de betreffende werknemer niet voltooien.<sup>5</sup> Voorts bleek dat de toezichthouder zelf niet altijd duidelijk voor ogen had hoe ver zijn bevoegdheden reikten.<sup>6</sup> Met de wetswijziging van 1 maart 2012 heeft de wetgever een oplossing willen vinden voor deze onwenselijke situatie.

### Reikwijdte gewijzigd werkgeversbegrip art. 18b lid 2 en 3 WML

Het is de vraag of de wetswijziging verdere gevolgen heeft voor het bereik van het werkgeversbegrip in de WML. Voor de beantwoording van die vraag is de interpretatie van het algemene werkgeversbegrip uit de WML van belang.

De wetgever haakt voor het algemene werkgeversbegrip in de WML in de toelichting nog steeds nadrukkelijk aan bij het bestaan van een dienstbetrekking en meent dat het nieuwe derde lid van art. 18b WML dat werkgeversbegrip (met behulp van een weerlegbaar vermoeden) voor de toepassing van het tweede lid verruimt.<sup>7</sup>

Dat het volgens de wetgever de dienstbetrekking is die in de WML centraal staat bij het beantwoorden van de vraag of een persoon of entiteit moet worden gezien als werkgever, volgt onder meer uit de volgende overweging in de memorie van toelichting<sup>8</sup>:

3 Van het Kaar, R.H. (2010), *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer, p. 721 en Van het Kaar, R.H. (2011), *Groene Serie Privaatrecht, Arbeidsovereenkomst 1, Werkgever bij: Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, Artikel 5 [Werkgever]*, Kluwer.

4 Kamerstukken II, 2010/11, 32 896, nr. 3, p. 2.

5 Kamerstukken II, 2010/11, 32 896, nr. 3, p. 2.

6 Vzng. Rb. Haarlem 27 juli 2010, LJN BN2561 en Afdeling Bestuursrecht-spraak van de Raad van State 28 juli 2010, LJN BN2627.

7 Kamerstukken II, 2010/11, 32 896, nr. 3, p. 2.

8 Kamerstukken II, 2010/11, 32 896, nr. 3, p. 3.

*'Niet alleen de werkgever, gedefinieerd in artikel 5 van de WML, maar ook de vermoedelijke werkgever, gedefinieerd in artikel 18b, derde lid, moeten aan de toezichthouder de in het tweede lid van artikel 18b genoemde gegevens verstrekken. Voor de laatstgenoemde geldt dit behoudens tegenbewijs. De laatstgenoemde werkgever zal dan als waarschijnlijke overtreder aannemelijk moeten maken dat er geen sprake is van een dienstbetrekking. Alleen ontkennen (zonder nader bewijs) dat er sprake is van een dienstbetrekking is niet voldoende.'*

De wetgever onderscheidt aldus de 'vermoedelijke werkgever' in de zin van art. 18b lid 3 WML naast de werkgever in de zin van art. 5 WML. De persoon of entiteit die wordt vermoed werkgever te zijn, is dat bij nader inzien niet als een dienstbetrekking ontbreekt. Hieruit volgt dat voor het werkgeversbegrip in de WML moet worden aangeknoopt bij de dienstbetrekking en niet bij de vraag wie door een werknemer kunnen worden aangesproken. Zodra duidelijk kan worden gemaakt dat geen sprake is van een dienstbetrekking, maar bijvoorbeeld van inlenen, is geen sprake van een werkgever in de zin van de WML. In dat geval kan aan de inlener geen bestuurlijke boete of last onder dwangsom worden opgelegd wegens het niet naleven van de verplichting tot betaling van het wettelijk minimumloon en de minimumvakantiebijslag aan de betreffende werknemer. Voor de art. 7, 15, 18b lid 1 en 18n lid 1 WML geldt een ongewijzigd eng werkgeversbegrip waarvoor het bestaan van een dienstbetrekking (in art. 2 lid 1 WML gedefinieerd als een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW) is vereist. Onder dienstbetrekking is per definitie niet begrepen, zoals hiervoor al opgemerkt, het inlenen van een werknemer.

### Positie van de inlener

De centrale minimumbepalingen uit de WML komen ook in Boek 7 BW in het kader van inlening aan de orde. Art. 7:692 lid 1 BW bepaalt voor uitzendovereenkomsten als gedefinieerd in art. 7:690 BW dat, indien de arbeid in Nederland wordt verricht, de werkgever (de uitlener) en de derde (de inlener) hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de voldoening van het toepasselijk minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag als bedoeld in de art. 7 en 15 WML.<sup>9</sup> De ingeleende werknemer heeft dus in het geval dat aan hem minder dan het minimumloon en/of de minimumvakantiebijslag wordt betaald civielrechtelijk de mogelijkheid zowel de formele werkgever als de inlener aan te spreken. Uit de toelichting op de WML blijkt daarentegen zoals hiervoor aangegeven dat ook na de wetwijziging van 1 maart 2012 de Inspectie SZW onder de WML jegens de inlener geen mogelijkheid heeft tot bestuursrechtelijke handhaving indien niet wordt voldaan

aan de verplichting tot betaling van het minimumloon en de minimumvakantiebijslag (art. 18b lid 1 WML).

De wetwijziging zorgt op twee punten voor verduidelijking van de toepassing van de WML. Ten eerste is de enge interpretatie van het werkgeversbegrip voor de algemene toepassing van de WML door de wetwijziging nog eens benadrukt. Ten tweede heeft de wetgever ervoor gekozen het werkgeversbegrip slechts te verruimen voor de toepassing van de administratieve verplichtingen van art. 18b lid 2 WML. Deze verruiming geldt echter behoudens tegenbewijs. De inlener die aantoont dat geen sprake is van een dienstbetrekking met de werknemer, als gedefinieerd in art. 2 lid 1 WML, kan voor de toepassing van art. 18b lid 2 WML niet als werkgever worden aangemerkt.

### Wel civielrechtelijk aanspreken, maar niet bestuursrechtelijk handhaven

De hiervoor beschreven situatie zou misschien bij eerste lezing kunnen bevreemden: een ingeleende werknemer heeft wel een civielrechtelijke aanspraak op de inlener tot betaling van minimumloon en minimumvakantiebijslag (via art. 7:690 en 7:692 BW) maar tegen de inlener kan door de Inspectie SZW niet bestuursrechtelijk met een boete worden opgetreden als niet wordt voldaan aan de betalingsverplichtingen onder de WML.

Toch valt de regeling te begrijpen. Wij zoeken daarvoor aansluiting bij de ultimum remedium-gedachte die voortkomt uit het strafrecht: sanctionering door de overheid dient als uiterste redmiddel te worden gezien en tot het strafbaar stellen c.q. beboetbaar stellen van gedragingen mag niet te lichtvaardig worden overgegaan.<sup>10</sup> Vanuit die gedachte moet de keuze voor het niet opnemen van een bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete onzes inziens worden toegejuicht. Bovendien komt dit systeem niet alleen in de WML voor. Het komt bijvoorbeeld ook terug in het nieuwe art. 23 van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV).

Per 1 mei 2012 is art. 23 WAV gewijzigd. Welbeschouwd staat in het nieuwe art. 23 WAV in samenhang met Richtlijn 2009/52/EG dat een werkgever in Nederland aan de vreemdeling loon moet voldoen zoals hij dat aan andere werknemers zou voldoen. De vreemdeling in kwestie kan zelfstandig zijn werkgever aanspreken op voldoening van dit loon. De vreemdeling kan vervolgens iedere naast-hogere werkgever aansprakelijk stellen voor het voldoen van het hiervoor vermelde loon, maar slechts voor zover de vordering op de naast-lagere werkgever niet is geslaagd (art. 23 lid 3 en lid 4 WAV). Als de vordering eenmaal is voldaan, kan een andere werkgever niet meer

<sup>9</sup> Zie voor verder commentaar bij art. 7:692 BW ook: Houwerzijl, M.S. en Peters, S.S.M. (2010): 'Inlenersaansprakelijkheid minimumloon: paardenmiddel, papieren tijger of ei van Columbus?', in: *Tijdschrift Recht en Arbeid*, 2010/66.

<sup>10</sup> De klassieke ultimum remedium-gedachte laat zich tegenwoordig vooral vertalen in een oproep tot terughoudendheid en een goede argumentafweging, J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 17. Zie voorts Crijns die in dit verband aanstipt dat het onderscheid tussen bestuursrecht en strafrecht steeds complexer en diffuser wordt, J.H. Crijns, 'Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaisch desideratum?', *ArsAequi* 2012-1, p. 11-18, i.h.b. p. 18.

uit hoofde van dezelfde vordering worden aangesproken.<sup>11</sup> Net als ten aanzien van een ingeleende werknemer zoals hiervoor besproken, voorziet art. 23 WAV een vreemdeling van de mogelijkheid verschillende werkgevers (in een keten) civielrechtelijk aan te spreken tot betaling van loon,

## De WML hanteert ook na de wetwijziging van 1 maart 2012 algemeen een eng werkgeversbegrip

maar kan ook onder deze bepaling niet bestuursrechtelijk worden opgetreden jegens de verschillende werkgevers. Het artikel komt namelijk in het handhavingshoofdstuk (art. 18-19f WAV) en de Beleidsregels WAV 2012 niet voor.

In het licht van de werknemersbescherming zou kunnen worden tegengeworpen dat het risico van een boete of een last onder dwangsom voor de inlener juist zou kunnen bijdragen aan de bescherming van het recht van werknemers op betaling van het minimumloon en de minimumvakantiebijslag. De inlener die zich bewust is van een dergelijk risico zal zich wellicht ervan willen vergewissen dat de formele werkgever voldoet aan de betalingsverplichtingen onder de WML en indien nodig enige druk op hem uitoefenen, hetgeen een extra stimulans voor de formele werkgever zou kunnen betekenen.

Los van de vraag of dreiging met sancties daadwerkelijk effect zou sorteren, zijn wij van mening dat het wenselijk is de mogelijkheid om bestuursrechtelijk tegen inleners op te treden, op een minimumniveau te houden. Gevallen van vrijwel oneindige sanctionering van zeer uiteenlopende werkgevers, zoals onder de WAV anders dan voor bovengenoemd artikel 23 WAV het geval is, verdienen geen navolging.

### Afronding

In deze bijdrage zijn wij ingegaan op de vraag naar het bereik van het (gewijzigde) werkgeversbegrip in de WML in het licht van de bestuursrechtelijke handhaving van de WML.

Door de recente wetwijziging van 1 maart 2012 en de toelichting daarop is enerzijds duidelijk geworden dat het algemene werkgeversbegrip in de WML nog altijd een beperkte reikwijdte heeft en dat – ongeacht de uitleg in de literatuur – slechts sprake is van werkgeverschap onder de WML indien aangetoond kan worden dat er een dienstbetrekking, een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art.

7:610 BW, bestaat. Anderzijds is door de wetwijziging, door de toevoeging van art. 18 b lid 3 WML, het werkgeversbegrip in de WML verruimd, maar enkel voor de toepassing van art. 18b lid 2 WML en slechts voor zover de geadresseerde niet in staat is de afwezigheid van een dienstbetrekking aan te tonen.

Ook in het geval dat de relatie tussen een inlener en een werknemer voldoet aan de vereisten van de uitzendovereenkomst als bedoeld in art. 7:690 BW en er op grond van art. 7:692 BW een civielrechtelijke aanspraak bestaat van de werknemer jegens de inlener, zal de laatste door de Inspectie SZW niet bestuursrechtelijk kunnen worden beboet voor het niet voldoen aan de betalingsverplichtingen van de art. 7 en 15 WML. De inlener kwalificeert niet als werkgever in de zin van art. 5 lid 1 WML.

De uitbreiding van het werkgeversbegrip per 1 maart 2012 is beperkt tot het tweede lid van art. 18b WML. De wijziging houdt in dat ook de inlener voor de toepassing van dit artikel als werkgever kan kwalificeren. Juist omdat dit een verruiming betreft, is aan het slot van het nieuwe derde lid toegevoegd 'behoudens tegenbewijs'. De wetgever realiseerde zich dat hier het werkgeversbegrip potentieel werd verruimd en heeft een uitdrukkelijke verweermogelijkheid ingebouwd.

Met de potentiële uitbreiding van het werkgeversbegrip in art. 18b lid 3 WML voor de toepassing van art. 18b lid 2 WML heeft de wetgever de onderzoeksmogelijkheden van de Inspectie SZW willen verbeteren. Op deze wijze kan de werknemer beter worden beschermd. Daarvoor is niet noodzakelijk dat aan de inlener ook boetes zouden kunnen worden opgelegd voor het niet voldoen aan de betalingsverplichtingen van art. 7 en 15 WML. Sanctioneren behoort ook in deze context ultimum remedium te zijn.



#### Over de auteurs

Mw. mr. A.D. Bitterlich-Straver is advocaat bij NautaDutilh N.V. te Rotterdam.



Mr. dr. B.J.V. Keupink is advocaat bij NautaDutilh N.V. te Rotterdam.

<sup>11</sup> Kamerstukken II, 2011/12, 32 843, nr. B, p. 5.