

Vergaderjaar 2008–2009

31 833

Wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek in verband met de totstandbrenging van een inlenersaansprakelijkheid met betrekking tot de voldoening van het toepasselijke minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 31 oktober 2008 en het nader rapport d.d. 19 december 2008, aangeboden aan de Koningin door de ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 5 september 2008, no. 08 002 567, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek in verband met de totstandbrenging van een inlenersaansprakelijkheid met betrekking tot de voldoening van het toepasselijke minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag, met memorie van toelichting.

Voorgesteld wordt dat de inlener («de derde») en het uitzendbureau («de werkgever») hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de werknemer (de ingeleende persoon) voor de voldoening van het toepasselijke minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag. Tot nu toe is alleen het uitzendbureau jegens de werknemer aansprakelijk voor het overeengekomen loon en de overeengekomen vakantiebijslag. Voorgesteld wordt verder dat de inlener van de hoofdelijke aansprakelijkheid is bevrijd wanneer hij, kort gezegd, inleent bij een op het tijdstip van de inlening gecertificeerd uitzendbureau. De Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen over de vormgeving van de regeling, illegale uitzendkrachten en de aanwijzing van normen door de minister. Hij is van oordeel dat in verband daarmee (enige) aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Inleiding

In het licht van het streven naar deregulering is per 1 januari 2003 het vergunningsstelsel voor arbeidsbemiddeling afgeschaft. In de memorie van toelichting bij het desbetreffende wetsvoorstel werd ervan uitgegaan dat, voor zover gedragingen van particuliere arbeidsbemiddelaars regulering behoeften, dit ook langs andere weg kon geschieden dan via vergunningverlening.² Normering van bepaald gedrag van arbeidsbemiddelaars werd wel nodig gevonden. Zelfregulering door de uitzendbranche en certificering werden als andere wegen genoemd. Ter bestrijding van fraude en illegaliteit in de uitzendbranche is zelfregulering in de vorm van een NEN-norm, NEN 4400-1, tot stand gebracht. Gecertificeerde uitzendbureaus voldoen aan deze NEN-norm. Het doel van deze norm is het risico voor inleners op aansprakelijkstelling door de belastingdienst voor niet-betaalde loonheffing en omzetbe-

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Kamerstukken II 2001/02, 28 465, nr. 3, p. 2.

lastig en op boetes van andere (overheids)instanties te beperken. Deze aansprakelijkheid en boetes kunnen ontstaan door onjuiste en onvolledige of niet-tijdige aangifte en afdracht van loonen omzetbelasting en sociale verzekeringspremies door uitzendbureaus en door het niet of onvolledig uitvoeren van identiteitscontroles en controles op het gerechtigd zijn tot werken in Nederland. De eisen uit de NEN-norm hebben betrekking op de personeelsadministratie, de loonadministratie en de financiële administratie van uitzendbureaus. Zij zijn gericht op een tijdige, juiste en volledige afdracht van belastingen en sociale verzekeringspremies en het niet uitlenen van werknemers die niet gerechtigd zijn tot het verrichten van arbeid dan wel wier identiteit niet is vastgesteld of die een valse identiteit hebben aangenomen.¹ Er is een speciale NEN-norm ontwikkeld (NEN 4400-2) voor in het buitenland gevestigde uitzendbureau's. Deze norm dient dezelfde doelen. Het voorgaande betekent dat er al een prikkel is voor inleners om zich uitsluitend in te laten met gecertificeerde uitzendbureau's. Het risico op aansprakelijkstelling van de zijde van de belastingdienst en op boetes van andere overheidsinstanties wordt daardoor beperkt. Overigens hangt de omvang van het risico en daarmee de kracht van de prikkel samen met de mate waarin de overheid handhavend optreedt. Het onderhavige wetsvoorstel voegt aan de bestaande stimulans voor inleners om alleen met gecertificeerde uitzendbureaus in zee te gaan een nieuwe prikkel toe. Hoofdelijke aansprakelijkheid van de inlener voor de betaling van het minimumloon en de minimumvakantiebijslag kan worden vermeden door een uitzendkracht in te lenen van een gecertificeerd uitzendbureau. De hoofdelijke aansprakelijkheid is vormgegeven als een bepaling in de uitzendovereenkomst tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht. Hoofdelijke aansprakelijkheid biedt de uitzendkracht een extra mogelijkheid betaling voor het verrichte werk te krijgen tot het niveau van het minimumloon. Daarmee biedt de hoofdelijke aansprakelijkheid de uitzendkracht meer bescherming. De kracht van de prikkel hangt in dit geval samen met de mate waarin een uitzendkracht zich in voorkomend geval zal wenden tot de inlener. De Raad merkt het volgende op.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 5 september 2008, nr. 08.00.2567, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 31 oktober 2008, nr. W12.08 0395/III, bied ik U hierbij, mede namens de Minister van Justitie, aan.

1. Buitenlandse uitzendbureaus; vormgeving van de regeling

De regel van het voorgestelde artikel 7:692 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is alleen van toepassing als het gaat om een uitzendovereenkomst waarop Nederlands recht van toepassing is. De uitzendovereenkomst is naar Nederlands recht een bijzondere vorm van een arbeidsovereenkomst. Het uitzendbureau is de werkgever. Indien dit uitzendbureau in het buitenland is gevestigd en in het buitenland de uitzendrelatie gewoonlijk wordt aangegaan, is het onzeker of de in artikel 7:692 lid 1 BW voorgestelde regel ten aanzien van de naar vreemd recht aangegane overeenkomst zal gelden. De detacheringsrichtlijn² heeft het internationaal-privaatrechtelijke probleem onderkend en gaat ervan uit dat voor bepaalde in artikel 3 van deze richtlijn opgesomde onderwerpen de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden gelden van de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd. Hoofdelijke aansprakelijkheid van de inlener voor de betaling van het minimumloon en de minimumvakantiebijslag maakt geen deel uit van de opsomming. Daarom wordt teruggevallen op het bestaande internationaal privaatrecht op dit terrein. Gelet op de bedoelde onzekerheid, prikkelt de voorgestelde regeling in deze gevallen de inlener niet om met gecertificeerde uitzendbureaus in zee te gaan. De hoofdelijke aansprakelijkheid kan ontbreken. Er is dan geen belang. Mede daarom is niet duidelijk waarom is gekozen voor een privaatrechtelijke regeling van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de inlener jegens de werknemer voor de betaling van het minimumloon en de minimumvakantiebijslag. Een dergelijke vormgeving brengt specifieke, hierboven aangeduide problemen met zich, die een vormgeving van de hoofdelijke aansprakelijkheid

¹ Kamerstukken II 2005/06, 17 050, nr. 326.

² 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, PB 1997 L 018.

buiten het privaatrecht, bijvoorbeeld in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag – in lijn met de opzet van de detacheringsrichtlijn – niet heeft. De Raad adviseert hierop in de toelichting in te gaan en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

Ad 1) Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft in het arrest Wolff & Müller (zaak C-60/03 van 12 oktober 2004) uitgemaakt dat niet alleen voorschriften die strikt zien op bijvoorbeeld het minimumloon onder de Detacheringsrichtlijn vallen, maar ook «maatregelen ter versterking van de regels op basis waarvan een ter beschikking gestelde werknemer zijn recht op minimumloon met succes geldend kan maken». Het Hof baseert zich hierbij op artikel 5 van de Detacheringsrichtlijn. Redenering in het arrest is dat wanneer het recht op minimumloon een bestanddeel van de bescherming van de werknemers vormt, de procedureregels waarmee de eerbiediging van dit recht kan worden afgedwongen, ook moeten worden geacht een dergelijke bescherming te kunnen verzekeren. Wel moet aldus het Hof worden nagegaan of de regeling voor de betrokken werknemers een reëel voordeel inhoudt dat in aanzienlijke mate bijdraagt tot hun sociale bescherming. Dit hoeft overigens niet het hoofddoel van de regeling te zijn.

Uitzendrelaties vallen binnen het bereik van de Detacheringsrichtlijn, en wel onder artikel 1, derde lid, onder c van de Detacheringsrichtlijn. Ingevolge dit onderdeel is de richtlijn van toepassing op ondernemingen die «als uitzendbedrijf een werknemer ter beschikking stellen van een ontvangende onderneming die op het grondgebied van een lid-staat gevestigd is of er werkzaamheden uitvoert, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen de uitzendonderneming of de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat». Daar komt nog bij dat het wetsvoorstel beoogt met name een extra prikkel toe te brengen aan de in Nederland gevestigde inlener (derde), door hem mede aansprakelijk te stellen als hij niet met een gecertificeerde uitzendonderneming in zee gaat.

Het nieuw voorgestelde artikel 7: 692 BW valt – anders dan de Raad van State aangeeft – dan ook onder het bereik van de Detacheringsrichtlijn en het is mitsdien niet onzeker of de in artikel 7:692 BW voorgestelde regel ten aanzien van de naar vreemd recht aangegane overeenkomst zal gelden. Het eerste lid is zodanig aangepast dat ongeacht het op de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst tussen werkgever en derde toepasselijke recht de bepaling van toepassing is.

2. Illegale uitzendkrachten

Het uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid betekent dat de uitzendkracht een extra mogelijkheid tot betaling wordt geboden tot het niveau van het minimumloon. Wil de voorgestelde hoofdelijke aansprakelijkheid van de inlener voor hem werkelijk een prikkel vormen om met een gecertificeerd uitzendbureau in zee te gaan, dan moet er een redelijke kans zijn dat de in Nederland werkzame uitzendkracht jegens de inlener een beroep zal doen op de hoofdelijke aansprakelijkheid als het uitzendbureau hem niet of minder betaalt dan het minimumloon. De illegale uitzendkracht zal, als hij door aansprakelijkstelling in de openbaarheid treedt, zijn problemen alleen maar vergroten. Dit brengt naar het oordeel van de Raad mee, dat er gerede kans bestaat dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de inlener er niet toe zal leiden dat inleners meer dan nu geprikkeld zullen worden om zich tot gecertificeerde uitzendbureaus te wenden. De Raad adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan.

Ad 2) Dit wetsvoorstel beoogt de arbeidskracht die ter beschikking wordt gesteld aan een derde extra bescherming te geven. Deze bescherming geldt niet alleen voor de illegale uitzendkracht maar voor elke ter beschikking gestelde werknemer. De rechtspositie van de ter beschikking gestelde werknemer wordt met dit voorstel versterkt. Ook zal deze wettelijke regeling de inlener ertoe bewegen om vooral met gecertificeerde uitzendondernemingen zaken te doen.

3. Aanwijzing van normen door de minister

De memorie van toelichting stelt dat de bij ministeriële regeling te stellen norm naar de huidige stand van zaken de NEN 4400-1 norm is en voor buitenlandse uitzendondernemingen de NEN 4400-2 norm.¹ De artikelsgewijze toelichting stelt dat de ministeriële regeling een lijst van met name genoemde normen zal bevatten op grond waarvan een certificaat kan worden verstrekt. Deze normen hebben betrekking op het terugdringen van fraude en het betalen van (ten minste) het minimumloon en de minimumvakantiebijslag. Uit het voorgestelde artikel 7:692 lid 2 BW blijkt de inhoud van de te stellen normen niet. Niet voldaan wordt aan het uitgangspunt om de hoofdelementen van een regeling in de wet op te nemen. Verder wordt de bevoegdheid van de minister onvoldoende begrensd.

De Raad constateert voorts dat de minister blijkens de toelichting niet voornemens is om normen aan te wijzen die slechts de naleving van de artikelen 7 en 15 van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag betreffen, maar veeleer normen die primair zien op een tijdige, juiste en volledige afdracht van belastingen en sociale verzekeringspremies en het niet uitlenen van werknemers die niet gerechtigd zijn tot het verrichten van arbeid of wier identiteit niet is vastgesteld dan wel die een valse identiteit hebben aangenomen. Het is de Raad niet duidelijk waarom ter vermindering van hoofdelijke aansprakelijkheid van de inlener voor de betaling van het minimumloon en de minimumvakantiebijslag normen worden aangewezen die duidelijk andere doelen dienen, namelijk de afdracht van belastingen en sociale verzekeringspremies, en het niet gebruiken van werknemers wier identiteit niet vaststaat dan wel schuil gaat achter een valse opgave. De Raad adviseert artikel 7:692 lid 2 BW aan te passen.

Ad 3) In de ministeriële regeling zal worden volstaan met het noemen van de norm omdat de minister zich niet wil inlaten met de inhoud van normen die primair een privaats karakter hebben. Dit is een rechtstreeks gevolg van de keuze van de minister om via zelfregulering door de branche de problemen binnen de sector aan te pakken. Zodra de minister uitspraken zou doen over de eisen waaraan een dergelijke norm zou moeten voldoen, verliezen deze hun privaatrechtelijke karakter en krijgen deze publiekrechtelijke trekken en ontstaat er een zogenaamd hybride stelsel. Dit zou ertoe kunnen leiden dat de minister zich moet gaan bemoeien met de door private partijen opgestelde normen. In het wetsvoorstel en de memorie van toelichting wordt aangegeven dat de aan te wijzen normen betrekking hebben op de naleving van de artikelen 7 en 15 van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Wij mogen 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,
J. P. H. Donner

De Minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin

¹ Memorie van toelichting, par. 2.3.