

301. Ingrijpende wijzigingen in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag per 1 januari 2018

MR. K.P.D. VERMEULEN

Op 1 januari 2018 ondergaat de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WMM) een ingrijpende wijziging. De doelstelling van de wet is om werkenden een sociaal aanvaardbare tegenprestatie te geven voor de verrichte arbeid en oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden en verdringing op de arbeidsmarkt te voorkomen.

De minister constateert dat handhaving van de doelstellingen van de wet in de praktijk niet goed mogelijk is. Dit artikel geeft een beschrijving van de aankomende wijzigingen van de wet en wat die betekenen voor de praktijk, voor met name minimumloners en hun werk-/opdrachtgevers. Tevens wordt ingegaan op de vraag of de wetswijzigingen leiden tot de door de minister gewenste betere handhaafbaarheid en naleving van de wet.

1. Inleiding

1.1 Aanpak schijnconstructies

In het kabinet-Rutte II waren voor minister Asscher van Sociale Zaken en Werkgelegenheid naar eigen zeggen twee thema's op zijn terrein leidend:¹ gelijk loon voor gelijke arbeid en het aanpakken van misstanden op de arbeidsmarkt. Binnen die thema's past in de eerste plaats de Wet aanpak schijnconstructies (WAS).² Deze introduceerde in 2016 en 2017 onder andere een verplichting tot girale betaling van het minimumloon (artikel 7a), het verbod tot inhouding en verrekening op het minimumloon (artikel 13)³ en invoering van 'naming and shaming' van werkgevers die de WMM overtreden (artikel 18pa). De veranderende arbeidsmarkt enerzijds en handhavingsproblemen anderzijds, zijn reden voor minister Asscher om de WMM ingrijpender te herzien.⁴ De minister streeft daarbij naar een 'toekomstbestendige wet' die aansluit bij een arbeidsmarkt waar een 40-urige werkweek steeds minder gebruikelijk is, die opener is geworden, die veel flexibeler is geworden en waarop veel meer schijnzelfstandigen actief zijn.⁵

1.2 Handhaving en naleving WMM

Tevens blijft de met controle op de naleving van de WMM belaste Inspectie SZW (voorheen Arbeidsinspectie; hierna

afgekort tot ISZW) er tegenaan lopen dat de WMM van oorsprong een civielrechtelijke wet is, maar sinds 2007 door de ISZW bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd. De basis van die bestuursrechtelijke handhaving is gelegen in de Beleidsregel bestuursrechtelijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 2016.⁶ Daarin zijn onder meer vermeld de door de ISZW op te leggen boetes en andere sancties. Daarbij hoort, zo heeft de ISZW herhaaldelijk⁷ bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ervaren, een scherpe(re) en heldere afbakening van begrippen. Die ontbreekt nu bijvoorbeeld ten aanzien van de betaling van het minimumloon bij stukloonarbeid. Evenmin kan de ISZW nu handhaven op het betalen van minimumloon over meer-/overuren. En bij overeenkomsten van opdracht – die onder omstandigheden ook nu onder de WMM vallen – constateert de minister dat er constructies worden gehanteerd, waarbij de WMM wordt omzeild waardoor onderbetaling zich voor kan doen. Dit ondermijnt de hiervoor genoemde doelstellingen van de WMM; reden voor de minister om de wet aan te passen.

De minister constateert gebreken in de bestuursrechtelijke handhaving van de WMM, maar de vraag is of de wetswijzigingen bijdragen aan effectiever handhaving en naleving

1 Kamerstukken I 2016/17, 33623, 21, item 8 (voortzetting behandeling).

2 Zie daarover E.J.A. Franssen, 'De Wet Aanpak Schijnconstructies: wijzigingen met betrekking tot de loonbetaling', *ArbeidsRecht* 2015/53.

3 Zie art. 7:631 en 7:632 BW voor wel toegelaten inhoudingen en verrekeningen en *Stb.* 2016, 490 voor uitzonderingen op dit verbod.

4 Brief van 2 september 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 33623, 12.

5 *Kamerstukken II* 2015/16, 29544, 716, p. 2.

6 *Stcr.* 2015, 46475.

7 Bijv. ABRvS 12 november 2014, «JAR» 2015/11.

De (gebrekkige) bestuursrechtelijke handhaving van de wet staat centraal in deze wetswijzigingen. Dat laat onverlet dat de WMM als gezegd van oorsprong uitgaat van een civielrechtelijk kader en civielrechtelijke naleving. De werknemer die meent dat zijn werk- of opdrachtgever de wet niet naleeft, kan via de civiele rechter naleving van de wet eisen, door bijvoorbeeld betaling van zijn (minimum)loon en vakantiegeld te vorderen. Via artikel 3:305a BW kunnen vakbonden bij de civiele rechter ook een collectieve actie starten ten behoeve van de werknemers; naast uiteraard de route van artikel 15 en 16 Wet cao tot naleving van Nederlandse minimum(loon)normen vastgelegd in de cao.⁸ De parallelle bestuursrechtelijke collectieve actie gebaseerd op artikel 1:2 lid 3 Awb is onlangs succesvol gevolgd door een vakbond in de maritieme sector. Via die bestuursrechtelijke route dwong de vakbond de minister om bij een concurrerende onderneming in de zeevaart op te treden wegens ontduiking van de WMM, aangezien die onderbetaling leidt tot oneerlijke concurrentie.⁹

1.3 Overzicht wijzigingen

Naast de hiervoor al genoemde WAS, ondergaat de WMM wijziging als gevolg van de volgende inmiddels aanvaarde wetsvoorstellen, die hierna achtereenvolgens aan de orde komen:

- Wetsvoorstel 33623 tot het van toepassing verklaren op de WMM van nader bepaalde overeenkomsten van opdracht. Deze wet¹⁰ treedt in werking op 1 januari 2018 en wijzigt artikel 2 en 3 WMM en leidt tevens tot wijziging van het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag.¹¹
- Wetsvoorstel 34573 tot verlaging van de leeftijd waarop recht bestaat op het volwassenminimumloon en aanpassing van minimumloon bij stukloon en meerwerk. Deze wet, die voor wat betreft de aanpassing van het minimumjeugdloon op 1 juli 2017 in werking is getreden, treedt voor wat betreft het stukloon en meerwerk per 1 januari 2018 in werking.¹²

2. Opdrachtovereenkomst

2.1 Arbeidsverhoudingen onder de WMM

De WMM is primair van toepassing op de dienstbetrekking in de vorm van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW. Het begrip ‘dienstbetrekking’ in de WMM heeft een ruimere reikwijdte, waardoor ook de handelsagent¹³ en handelsvertegenwoordiger onder de WMM vallen. Op basis van artikel 3 WMM en het Besluit minimumloon en

minimumvakantiebijslag geldt ook als dienstbetrekking de arbeidsverhouding van degene die tegen beloning persoonlijke arbeid verricht, mits die werker (opdrachtnemer):

- de werkzaamheden niet verricht in de zelfstandige uitoefening van een beroep of bedrijf;
- voor maximaal twee andere opdrachtgevers werkt;
- minstens drie maanden voor de opdrachtgever werkzaam is;
- minstens vijf uur per week voor de opdrachtgever werkzaam is; en
- de werkzaamheden niet van bijkomstige aard zijn.

Deze criteria blijken in de praktijk te worden omzeild door bijvoorbeeld te bepalen dat er geen verplichting is om de arbeid persoonlijk te verrichten, of door een klus op te delen in kleine klusjes waardoor niet aan voornoemde criteria wordt toegekomen en dus geen minimumloon hoeft te worden betaald. Dat is reden geweest voor de regering om alle overeenkomsten van opdracht (artikel 7:400 e.v. BW) onder de WMM te brengen, tenzij het werkzaamheden betreft die zijn verricht in de uitoefening van beroep of bedrijf.¹⁴

2.2 Uitbreiding reikwijdte naar overeenkomst van opdracht

Hiertoe wijzigen artikel 2 en 3 WMM per 1 januari 2018 en vervallen dus de laatste vier hiervoor genoemde criteria. Hoewel op kleine, bijkomstige, werkzaamheden de WMM dan ook van toepassing is, hoeft er geen minimumloon te worden betaald voor vriendendiensten, hulp in familieverband en ‘heitje voor een karweitje’, zoals de vrijdagavondoppassing en de autowassende neefjes.¹⁵ Voor de vraag of de WMM van toepassing is, geldt dan alleen als vraag of iemand werkzaam is als ‘ondernemer’ in het kader van zijn beroep of bedrijf (zie paragraaf 2.4 hieronder).

Verplicht minimumloon bij de opdracht-, vervoers- en aanneemovereenkomst behalve als de ISZW de werker kwalificeert als ‘fiscaal ondernemer’

Zo ja, dan is de WMM niet van toepassing. Zo nee, dan heeft de werker (opdrachtnemer) recht op het minimumloon ten laste van diens opdrachtgever. Dat betekent dus dat opdrachtgevers verplicht zijn hun opdrachtnemers het minimumloon te betalen, ook bij stukloonwerk zoals bezorgdiensten.

8 Ter illustratie in het internationaal transport: Hof 's-Hertogenbosch 2 mei 2017, «JAR» 2017/151.

9 ABRvS 5 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2645.

10 Wet van 29 maart 2017, *Stb.* 2017, 290.

11 Het oorspronkelijke besluit is van 2 september 1996, *Stb.* 1996, 481.

Laatstelijk gewijzigd bij besluit van 22 september 2017, *Stb.* 2017, 359.

12 Wet van 25 januari 2017, *Stb.* 2017, 185.

13 Ter illustratie over de aanspraak op minimumloon bij de agentuurovereenkomst: Hof Amsterdam 19 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1927.

14 De ‘tenzij in de uitoefening van beroep of bedrijf’ in het nieuwe artikel 2 WMM komt ingaande 1 januari 2018 door de Verzamelwet SZW 2018 (*Kamerstukken II* 2016/17, 34766) te luiden: ‘tenzij in de uitoefening van bedrijf of in de zelfstandige uitoefening van beroep’. Daarmee sluit de definitie aan op die van de fiscale dienstbetrekking van art. 3 lid 1 sub a Wet op de loonbelasting 1964.

15 Maar wekelijks bij een ander in huis oppassen en incidenteel een artikel schrijven valt wel onder de wet blijkens *Kamerstukken II* 2013/14, 33623, G.

2.3 Wel minimumloon, geen sociale zekerheid

Volgens de minister betreft het een groep van 50.000 opdrachtnemers die met deze wetswijziging voortaan wel de garantie hebben van het minimumloon. Een deel van die groep echter zal het ook na invoering van deze wetswijziging moeten stellen zonder bescherming van de sociale-zekerheidsrechten, ondanks een motie en oproep daartoe door de Eerste Kamer bij de behandeling van dit wetsvoorstel.¹⁶ Immers, partijen kunnen op basis van een bij gelegenheid van de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA) ingevoerd AMvB¹⁷ de fictieve dienstbetrekking voor gelijkgestelden en thuiswerkers in hun opdrachtovereenkomst wegcontracteren, waardoor geen sociale premies hoeven te worden ingehouden en de opdrachtnemer geen bescherming heeft.¹⁸ De minister is niet bereid om die AMvB in te trekken.¹⁹ Aldus heeft een deel van die groep per 2018 wel recht op minimumloon, maar valt nog altijd buiten de bescherming van de sociale zekerheid. De vraag is of daarmee de minister zijn doel wel bereikt om bescherming te bieden aan de onderkant van de arbeidsmarkt.

2.4 Fiscale toetsing ondernemerschap

Zonder meer roept de afbakening van ‘in de uitoefening van beroep of bedrijf’ vragen op. Hoe moet de opdrachtgever, althans de ISZW, dat vaststellen teneinde te kunnen bepalen of er een verplichting is tot betaling van het minimumloon? De begrippen ‘beroep’ of ‘bedrijf’ komen overeen met ondernemerschap in fiscale zin, aldus de minister. Het is aan de opdrachtgever om aannemelijk te maken dat de opdrachtnemer een ‘echte zzp’er’ is, iemand die door de Belastingdienst als ondernemer wordt beschouwd.²⁰ Daarbij moet de opdrachtgever volgens de minister letten op de volgende niet-cumulatieve elementen: of de opdrachtnemer meer dan één opdrachtgever heeft, ondernemersrisico loopt, aantoonbaar aan acquisitie doet, zich naar buiten toe als zelfstandig ondernemer presenteert, jaarstukken opmaakt voor de Belastingdienst.²¹ Zo ja, dan is sprake van handelen van de opdrachtnemer uit hoofde van beroep of bedrijf en geldt de WMM niet. Dit zal voor de opdrachtgever geen eenvoudige opgave blijken, zoals bij de ‘handhaving’ van de Wet DBA ook blijkt dat het hebben of geven van zekerheid vooraf over de status van de opdrachtnemer niet goed mogelijk is. De wetgever biedt de opdrachtgever helaas geen mogelijkheden om de onzekerheid hierover vooraf weg te nemen. Hoewel het wetsvoorstel hiervoor geen enkele aanwijzing biedt, zou een goedgekeurde modelover-

eenkomst de opdrachtgever dezelfde mate van ‘zekerheid’ op dit punt kunnen bieden. De minister blijft er ondanks de perikelen en uitgestelde handhaving van de Wet DBA van overtuigd dat de wetswijziging wel degelijk een verschil zal maken voor kwetsbare opdrachtnemers en dat handhaving effectief zal zijn.²² Ik waag dat te betwijfelen. Enerzijds omdat juist een kwetsbare groep niet de bescherming van de WMM krijgt, te weten de echte zzp’er die handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf. Anderzijds niet omdat opdrachtgevers huiverig kunnen zijn met werkers afspraken te maken over een loon rond het minimumloon, omdat zij vooraf onvoldoende zekerheid (van de Belastingdienst of de ISZW) kunnen verkrijgen of sprake is van een dienstbetrekking die valt binnen de WMM. Uiteraard kan tegen dit laatste worden ingebracht dat de wet juist effectief kan zijn als opdrachtgevers zich daarmee gedwongen voelen (ver) boven het minimumloon te betalen, waardoor gelijk loon voor gelijke arbeid wordt gerealiseerd en de opdrachtgever de boete vermijdt.

2.5 Boeteoplegging

Als de opdrachtgever meent dat de opdrachtnemer niet valt onder de WMM, maar de ISZW oordeelt van wel (omdat geen sprake is van werken in het kader van beroep of bedrijf), kan de opdrachtgever geconfronteerd worden met een boete wegens niet-naleving van de WMM. De boete op niet (volledige) betaling van het minimumloon bedraagt tussen de € 500 en € 10.000 per werk-/opdrachtnemer, afhankelijk van de duur van de overtreding van de WMM en de procentuele hoogte van de onderbetaling.²³ Dit kan leiden tot boetes van enkele tonnen, zoals blijkt uit de procedures tegen de asperge-ondernemster uit Brabant.²⁴ De boete op overtreding van de verplichting om documenten aan de ISZW te tonen dat bijvoorbeeld het loon giraal betaald is of van het aantal (meer)uren dat de werknemer heeft gewerkt, bedraagt overigens € 12.000 per werknemer. Daarmee heeft de werknemer zijn te weinig ontvangen minimumloon nog niet betaald gekregen. De werknemer zal daartoe de route via de civiele rechter moeten volgen en aldaar loon, wettelijke rente en wettelijke verhoging kunnen vorderen – in welke vorderingen hij wel veel sterker staat als hij zich kan beroepen op een boeterapport van de ISZW.

2.6 Handhaving minimumloon voor opdrachtnemers

Het criterium of de arbeid door de opdrachtnemer wordt verricht in de uitoefening van beroep of bedrijf is voor de WMM niet van belang als de beloning (ruim) boven het minimumloon ligt. Met name opdrachtgevers die rond het WMM-niveau belonen, worden dus geconfronteerd met een administratieve last ter zake van het voortaan ten behoeve van de controle door de ISZW bijhouden van uren. Naast de opdrachtnemer met minimumloongarantie en eventueel

16 Het gaat om minimaal 12.000 personen, aldus *Kamerstukken I 2016/17, 33623, M*.

17 Besluit van 8 april 2016, *Stb.* 2016, 165.

18 In meer algemene zin over de positie van schijnzelfstandigen en de Wet DBA wordt gewezen op o.a.: G.C. Boot, ‘Schijnzelfstandigen: de rekenaar, de wetgever en de rechter’, *TRA 2016/44* en S. Said, ‘Verdere regulering onder de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties?’, *TRA 2017/37*.

19 *Kamerstukken I 2016/17, 33623, P*.

20 *Kamerstukken II 2013/14, 33623, Handelingen 18 februari 2014*, p. 19.

21 *Kamerstukken I 2016/17, 33623, M*, p. 10. Criteria ook genoemd in de toelichting op het gewijzigde Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag, *Stb.* 2017, 359.

22 *Kamerstukken I 2016/17, 33623, L*, p. 9.

23 Hiertoe zijn staffels opgenomen in de Beleidsregel bestuursrechtelijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 2016.

24 ABRvS 11 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:704.

socializeerheidsrechten, staat straks de zelfstandige die handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf en buiten de wet blijft vallen. De ISZW kan ten aanzien van die groep nog steeds niet handhavend optreden. De kritische opmerkingen van de Afdeling advisering van de Raad van de State bij dit wetsvoorstel en ook van de Kamerleden – hoewel met een zeer grote meerderheid in de beide Kamers aanvaard – leiden aldus tot de vragen: voor welk probleem is de wetswijziging een oplossing? En wordt hiermee het handhavingsprobleem wel opgelost? In de literatuur zijn deze vragen mijns inziens terecht ontkennend beantwoord door van Drongelen, die niet inzielt dat en hoe de ISZW gaat vaststellen of sprake is van een opdrachtovereenkomst die onder de WMM valt.²⁵

2.7 Minimumloon-/tariefgarantie voor opdrachtnemers in de cao?

De zelfstandige die handelt in de uitoefening van bedrijf of zelfstandige uitoefening van beroep kan dus geen recht op minimumbeloning ontleen aan de wet. Zou daaraan een mouw kunnen worden gepast door in een cao een minimumtarief voor de ondernemer in fiscale zin op te nemen? Dat is bijvoorbeeld gebeurd in de cao Architecten. Die afspraken vallen (hoogstwaarschijnlijk aldus de minister²⁶), echter onder het kartelverbod uit de Mededingingswet.²⁷ De cao-bepaling over die tariefafpraak voor de ‘echte’ zelfstandige architect is dan ook niet algemeen verbindend verklaard door de minister. Tariefafspraken in een cao voor schijnzelfstandigen – ofwel dienstverleners wier situatie vergelijkbaar is met die van werknemers – zijn overigens onder voorwaarden wel toegestaan, aldus het Hof van Justitie van de Europese Unie in de *FNV/Kiem*-zaak.²⁸ Ondanks het ontbreken van bescherming van de WMM, kan aldus aan economisch afhankelijke schijnzelfstandigen via het cao-recht wel een vorm van minimumloon-/tariefgarantie worden geboden.

2.8 WMM ook van toepassing op aanneem- en vervoersovereenkomst

Het voornoemde wetsvoorstel heeft alleen betrekking op de overeenkomst van opdracht, en dus bijvoorbeeld niet op de aanneem-, vervoers- en uitgifteovereenkomst. De Eerste Kamer verzocht de minister echter dit voorjaar om ook die overeenkomsten als dienstbetrekking in de zin van de WMM aan te merken.²⁹ Dit om misbruik te voorkomen, in die zin dat ondernemingen zouden kunnen kiezen voor andere relaties dan de overeenkomst van opdracht, zoals bij

maaltijd- en pakketbezorgers de vervoersovereenkomst,³⁰ teneinde de nieuwe wettelijke plicht tot betaling van minimumloon te omzeilen. Inmiddels is hiertoe het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag gewijzigd waardoor ook personen, niet zijnde fiscaal zelfstandigen, die werken op basis van een aanneem-, vervoers-, of uitgifteovereenkomst recht op het minimumloon hebben.³¹ Deze werknemers kunnen namelijk maatschappelijk gelijk worden gesteld aan werknemers en opdrachtnemers die op basis van een opdrachtovereenkomst tegen beloning arbeid verrichten.

3. Naar een wettelijk minimumuurloon

3.1 Normale arbeidsduur

Een belangrijke vraag is over welke uren de werknemer recht heeft op het minimumloon. Daartoe moet volgens artikel 12 WMM worden uitgegaan van de ‘normale arbeidsduur’. Dat is ‘de arbeidsduur die in overeenkomstige arbeidsverhoudingen in de regel geacht wordt een volledige dienstbetrekking te vormen’.³² Als normale arbeidsduur in de zin van de WMM geldt de arbeidsduur die bij cao is afgesproken als volledige dienstbetrekking. Veelal geldt dus de plicht het minimumloon te betalen over 36, 38 of 40 uur per week. Als bij cao of in de arbeidsovereenkomst wordt uitgegaan van een (normale) arbeidsduur van 40 uur, maar de werknemer feitelijk minder werkt heeft de werknemer toch recht op betaling over 40 uur en handhaaft de ISZW ook op het betalen van het minimumloon over die 40 uur. Bij het huidige wettelijke minimumloon per maand van € 1.565,40 bruto³³ geeft een normale arbeidsduur van 40 uur een uurloon van € 9,04 bruto, terwijl iemand met een normale arbeidsduur van 36 uur een uurloon heeft van € 10,04 bruto. Het minimumuurloon is op dit moment een afgeleide van het wel wettelijk bepaalde minimumdag- of -maandloon. Het minimumloon per uur verschilt aldus per sector, is zodoende niet transparant en is lastig voor de handhavers van de ISZW omdat die per sector, c.q. per ondernemer moeten bekijken wat de normale arbeidsduur is en dan moeten nagaan of de ondernemer wel aan de WMM voldoet.³⁴

3.2 Wetsvoorstel ter internetconsultatie

Dit bemoeilijkt de handhaving van de wet en daarom wil de minister toe naar een wettelijk minimumuurloon dat voor alle werkenden binnen alle sectoren gaat gelden en dat is gebaseerd op de gewogen gemiddelde arbeidsduur van werknemers op het WMM-niveau binnen een vijftig-

25 J. van Drongelen & H.C.M. de Kort, ‘De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag en de overeenkomst van opdracht’, *TRA* 2016/24.

26 *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 802 (Kamervragen).

27 Zie hierover A. Stege, ‘De cao en bepalingen die betrekking hebben op zzp’ers’, *ArbeidsRecht* 2016/44.

28 HvJ EU 4 december 2014, «JAR» 2015/19.

29 *Kamerstukken I* 2016/17, 33623, O’.

30 Over de vraag of bezorgers van PostNL werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst, vervoersovereenkomst, of overeenkomst van opdracht, is recent veel geprocedeerd. Zie daartoe bijv. Hof Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2686, Ktr. Alkmaar 17 februari 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:882, Rb. s-Hertogenbosch 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83.

31 Besluit van 22 september 2017, *Stb.* 2017, 359.

32 Bepalend daarbij is de aard van de werkzaamheden (HR 26 april 2002, «JAR» 2002/118).

33 *Stcrt.* 2017, 28138.

34 *Kamerstukken II* 2015/16, 29544, 716.

tal cao's.³⁵ Dat komt neer op 37,4 uur per week; dat zou thans dus voor alle werkenden hetzelfde minimumuurloon opleveren van € 9,66 bruto. Zover is dit echter nog niet.³⁶ Invoering van een wettelijk minimumuurloon bevindt zich thans in de fase na de zogeheten internetconsultatie, waarbij met name van werkgeverszijde kritiek is geuit op de hiermee gepaard gaande loonkostenstijging. Het is nu aan het volgende kabinet om het consultatievoorstel, al dan niet in aangepaste vorm, als wetsvoorstel voor te leggen.

4. Meer-/overwerk

4.1 Handhavingslacune bij meeruren

De hiervoor genoemde onduidelijkheid over de 'normale arbeidsduur' geeft, in het kader van de handhaving, ook vragen over het moeten betalen van het minimumloon over meer-/overwerk. De ISZW gaat bij de handhaving van de wet als gezegd uit van de bij de werkgever geldende normale arbeidsduur. Als werkgever en werknemer een kortere dan de normale arbeidsduur zijn overeengekomen, bijvoorbeeld 20 uur in plaats van 40 uur per week, dan mag de werkgever evenredig minder minimumloon betalen, aldus het huidige en nieuwe artikel 12. Maar als de werknemer meer werkt dan de normale arbeidsduur dan kent de wet nu (tot 1 januari 2018) geen plicht voor de werkgever om evenredig meer minimumloon te betalen. Het kan nu dus zo zijn dat als de normale arbeidsduur 40 uur per week is en de werknemer feitelijk 45 uur per week werkt, de werkgever kan volstaan met het minimumloon over 40 uur – op grond van de WMM althans; een toepasselijke cao kan verplichten tot betaling van overwerk(toeslag). Geldt er geen cao, dan is het afhankelijk van de inhoud van de arbeidsovereenkomst en de vraag of het overwerk door de werkgever is opgedragen of de werkgever loon over die (in dit voorbeeld vijf) overuren verschuldigd is.³⁷

4.2 Uitbuiting tegengaan

Voor het civiele recht heeft het Gerechtshof Den Haag in 2013 echter al geoordeeld dat een huishoudelijk medewerker van een Indiase familie, die weken van 80 uur maakte, ook voor de uren boven de normale arbeidsduur van 40 uur recht heeft op betaling overeenkomstig het minimumloon, ondanks dat zij daar volgens het hof noch op grond van de WMM, noch op grond van een cao of arbeidsovereenkomst recht op had.³⁸ De strekking van de beschermingsbepalingen van het Nederlandse arbeidsrecht brengt volgens het gerechtshof echter mee dat ook deze grote hoeveelheid

uren boven de 40 uur betaald moeten worden en wel op het niveau van het minimumloon. Omdat de WMM daarvoor tot 1 januari 2018 echter geen wettelijke grondslag geeft, kan de ISZW in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving niet optreden tegen (dergelijke) werkgevers die uren boven de normale c.q. overeengekomen arbeidsduur niet tegen het minimumloon vergoeden. Dit volgt uit rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.³⁹

4.3 Recht op minimumloon over meer-/overwerk

Vanwege dit gebrek in de mogelijkheid tot bestuursrechtelijke handhaving van uitbuiting van werknemers door meerwerk niet te betalen, wijzigt de wet vanaf 1 januari 2018 aldus dat overuren niet langer zijn uitgezonderd van het loonbegrip van artikel 6 WMM en moet de werkgever voortaan naar evenredigheid het minimumloon over meerwerk betalen.⁴⁰ De werkgever moet dus vanaf die datum óók de 8% vakantietoeslag (artikel 15 WMM) over overuren betalen.

De nieuwe wettelijke plicht tot betaling van het minimumloon over meerwerk moet uitbuiting van werkenden aan de onderkant van de arbeidsmarkt tegengaan

De kern is dat er een wettelijke grondslag wordt ingevoerd voor de verplichting van de werkgever om meerwerk te betalen: ook over de feitelijk gewerkte uren boven de normale, althans overeengekomen arbeidsduur, heeft de werknemer recht op het minimumloon, aldus artikel 12 en 13a WMM. Er is sprake van meerwerk als de feitelijke arbeidsduur langer is dan de overeengekomen of normale arbeidsduur; dat geldt zowel bij meerwerk bij een fulltime als bij een deeltijd dienstverband. Voor de toepasselijkheid van de regeling van meerwerk is relevant of de werknemer daadwerkelijk de extra arbeid heeft verricht; niet of hij daartoe zelf het initiatief heeft genomen of dat het in opdracht van de werkgever is gebeurd. Indien meerwerk door de werkgever niet gewenst is, ligt het dus op de weg van de werkgever om de werknemer daarop aan te spreken. Deze wetwijziging betekent voor de werkgever dat hij op straffe van een bestuurlijke boete de extra uren moet bijhouden en wanneer die zijn opgebouwd en opgenomen of uitbetaald. Bij structureel meer werken dan de overeengekomen of normale arbeidsduur kan de werknemer civielrechtelijk ook nog altijd een beroep doen op het rechtsvermoeden inzake de arbeidsomvang van artikel 7:610b BW.

35 Bijna 50% van alle ondernemings- en bedrijfstakcao's kende per eind 2016 een laagste salarisschaal op WMM-niveau (*Kamerstukken II 2016/17*, 34352, 62).

36 In 2006 strandde een eerder voorstel tot invoering van een minimumuurloon na een negatief advies van de Raad van State (*Kamerstukken II 2005/06*, 30678, 4).

37 Zie ter illustratie van een procedure over recht op loon over uren boven het afgesproken aantal: Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4950.

38 Zie Hof 's-Gravenhage 9 oktober 2012, «JAR» 2012/311, eindarrest van 5 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5998.

39 ABRvS 7 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1622 en einduitspraak van 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4538, waarin de ABRvS oordeelde dat art. 6 WMM overuren van het loonbegrip uitsluit en de WMM daarom niet verplicht tot evenredige verhoging van het minimumloon bij overwerk.

40 Wet van 25 januari 2017, *Stb.* 2017, 24.

4.4 Voorbeeld ter illustratie

Ik voorzie dat werkgevers die (ver) boven het minimumloon belonen niet snel met deze meerwerkregeling te maken krijgen. Ik illustreer dat met een voorbeeld. Stel dat het minimumuurloon voor een bepaalde werknemer, afgeleid van het wettelijke minimumloon, € 9,04 bruto is. Het salaris van de werknemer bedraagt € 3.000,- bruto per maand. Zijn feitelijke uurloon is dus $3000/173,33$ uur = € 17,31 bruto.⁴¹ Indien die werknemer in een maand 223,33 uur werkt, dus 50 overuren, dan geldt voor hem een uurloon van $3000/223,33$ uur = € 13,43. Dat ligt ruim boven het van de wet afgeleide minimumuurloon. Deze werkgever voldoet dus aan de wettelijke plicht om de hele feitelijke arbeidsduur, inclusief de extra 50 uren, te vergoeden op minimumloonniveau.

4.5 Alternatief: tijd-voor-tijd

Als alternatief voor uitbetaling van het minimumloon over meeruren, mag de werkgever de waarde van dit meerwerk compenseren in de vorm van tijd-voor-tijd. De mogelijkheid daartoe moet wel vooraf met de werknemer schriftelijk zijn overeengekomen en compensatie mag alleen als deze uiterlijk voor 1 juli van het volgende kalenderjaar plaatsvindt.⁴² Per 1 januari 2019 introduceert de WMM wat dit betreft een nieuw voorbeeld van een afwijking van driekwart dwingend recht: dan mag een werkgever meerwerk, op minimumloonniveau alleen in de vorm van tijd-voor-tijd compenseren als een cao daarin voorziet, aldus het nieuwe artikel 13a lid 3 WMM. Voor uitzendbureaus zal dat per 2019 betekenen dat ‘betaling’ van het minimumloon over meeruren in de vorm van tijd-voor-tijd alleen mogelijk is als een inleen-cao in die mogelijkheid voorziet. Dit beperkt dus vanaf 1 januari 2019 de mogelijkheid voor de uitzendsector om af te wijken van de gelijkebehandelingsnorm van artikel 8 WAADI.

5. Stukloon

5.1 Loon op basis van prestatienorm

De meeste werkgevers hanteren de hiervoor genoemde systematiek van betaling van salaris per gewerkt uur/maand; het naar tijdruimte vastgestelde loon van artikel 7:620 BW. Voor zo'n 155.000 arbeidskrachten⁴³ geldt een ander systeem, te weten beloning waarvan de hoogte afhankelijk is van de uitkomst van de door de werknemer verrichte arbeid (artikel 7:624 BW). Binnen de context van de WMM heet dit stukloon. Dit komt vooral voor in de land- en tuinbouw, de visserij en de bezorgsector. De bete-

kenis van stukloon in de civiele arbeidsrechtelijke wetgeving en rechtspraak is beperkt.⁴⁴

5.2 Handhavingsprobleem

Op dit moment bepaalt de wet (artikel 12 lid 4 WMM) dat personen die op basis van stukloon werken, recht hebben op een zodanig loon als overeenkomt met de tijd die ‘redelijkerwijs’ met de uitvoering van de arbeid is gemoeid. Het gaat om de tijd die een gemiddeld productieve werknemer nodig heeft voor het gereedmaken of afleveren van het betreffende product (prestatie).⁴⁵ Dat betekent dat per werkgever, per sector, zowel de werkgever als de ISZW moet uitgaan van een bepaalde productienorm om te kunnen bepalen op basis waarvan iemand ‘redelijkerwijs’ het minimumloon kan verdienen. Denk daarbij aan de norm van een aantal per uur te bezorgen pakketten of het aantal te plukken kilo's tomaten.

Pakket- en maaltijdbezorgers vallen voortaan onder de WMM, zowel bij betaling per uur als per bezorging

Sluitend bewijs voor de ‘redelijke norm’ is niet te geven, omdat een gemiddeld productieve werknemer als maatmannorm niet te vinden is. Een juiste norm is echter nodig om de hoogte van het bedrag van onderbetaling vast te kunnen stellen. De mate en het bedrag van onderbetaling op individueel niveau zijn immers noodzakelijk voor het opleggen van een passende bestuurlijke boete en het vaststellen van het achterstallige loon dat de werkgever alsnog aan de werknemer moet betalen, aldus de minister. Het vaststellen van een juiste norm is voor de ISZW, juist door die verscheidenheid aan factoren die van invloed zijn op de norm, niet mogelijk. De minister stuit dus op een handhavingsprobleem.

5.3 Daadwerkelijk bestede tijd bepalend

De oplossing daarvan vindt de wetgever in het laten vervallen van de vage norm ‘redelijkerwijs’ door die in artikel 12 lid 6 WMM te vervangen door ‘de daadwerkelijke tijd die de werknemer heeft besteed aan de uitvoering van de verrichte arbeid’.⁴⁶ Voor de vraag hoeveel loon de werknemer op grond van de WMM behoort te ontvangen, wordt vanaf 1 januari 2018 bepalend de daadwerkelijke tijd die de werknemer aan de uitvoering van de arbeid heeft besteed. In feite is dit, althans op minimumloonniveau, het einde van het begrip ‘stukloon’ en wordt de gewerkte tijd steeds bepalend: de stukloner krijgt straks ook voor elk gewerkt uur minimaal het minimumloon betaald, hoeveel of hoe weinig pakketjes hij in dat uur heeft bezorgd, of hoe

41 52 weken x 40 uur gedeeld door 12 maanden, is 173,33 uur per maand. Zie daartoe de door de ISZW gehanteerde herleidingsregels in Regeling minimumloon en minimumvakantiebijslag van 12 juni 2017, *Stcr.* 2017, 34423.

42 Vgl. de termijn van 1 juli van het volgende kalenderjaar in de vakantie-wetgeving (art.7:640a BW).

43 Getal genoemd door minister Asscher in de Tweede Kamer (*Kamerstukken II* 2016/17, 34573, 3, p. 17).

44 Bijv. Ktr. Amersfoort 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3461.

45 Kamerstukken II 1995/96, 24 667, 3, p. 9.

46 *Stb.* 2017, 24.

weinig tomaten hij ook heeft geplukt.⁴⁷ De stukloner krijgt met ingang van 1 januari 2018 dus de zekerheid van een minimumloon, maar diens vrijheid om naar eigen inzicht en eigen tempo het werk te verrichten wordt beperkt.⁴⁸ Een stukloner met een (te) laag werktempo heeft desondanks recht op het minimumloon per 1 januari 2018.

5.4 Ter illustratie: bezorging op stukloonbasis

Ter illustratie bijvoorbeeld de bezorgers van/voor het digitale werkplatform Deliveroo.⁴⁹ Uit recente mediaberichten⁵⁰ valt op te maken dat Deliveroo alleen nog wil werken met zzp'ers die stukloon ontvangen, te weten € 4,75 per bezorging. Het is allerminst uit te sluiten dat de relatie van die bezorgers kwalificeert als arbeidsovereenkomst, althans opdrachtovereenkomst niet zijnde in de uitoefening van beroep of bedrijf, of vervoersovereenkomst en dan valt binnen de WMM. Als een bezorger maar één bezorging per uur zou doen, zou Deliveroo desondanks vanwege de nieuwe stukloonregeling toch het wettelijke minimumloon aan die persoon moeten betalen. Door alleen echte zzp'ers, dus die kwalificeren als fiscaal ondernemer, in te zetten, zouden werkverschaffers als Deliveroo onder die verplichte toepassing van de WMM uit kunnen komen.

5.5 Administratieplicht

Deze wetwijziging naar betaling op basis van daadwerkelijke tijd betekent een administratieplicht voor de werkgever. De werkgever moet vanaf 1 januari 2018, op straffe van een boete,⁵¹ bijhouden hoeveel uren de werknemer daadwerkelijk heeft besteed aan de uitvoering van de verrichte arbeid. De wijze van registratie daarvan door de werkgever is vormvrij, hoewel een loonspecificatie en werkrooster alleen onvoldoende zijn. Dit zal voor de werkgever en met name voor de vervolgens toetsende ISZW geen sinecure zijn, zo signaleert Van Drongelen, omdat het woord 'daadwerkelijk' zodanig letterlijk moet worden genomen dat pauzes en andere onderbrekingen niet meetellen voor de vraag naar het minimumloon waarop de stukloner recht heeft.⁵² Op basis van die gegevens beoordeelt ISZW of de werknemer over de gewerkte tijd wel minimaal het minimumloon heeft ontvangen.⁵³ Die individuele toetsing door de ISZW op basis van het nieuwe criterium zal daarmee

mijns inziens niet per se leiden tot een effectiever en efficiënter handhaving van betaling van het minimumloon bij stukloon.

5.6 Escape voor werkgevers: sectornorm aanvragen

De wet bevat in artikel 12a WMM voor werkgevers(organisaties) echter wel een 'escape' waardoor de huidige systematiek, die bijvoorbeeld in de bezorging veel voorkomt, toch gehandhaafd kan blijven. Op sectorniveau kunnen werkgevers- en werknemersorganisaties namelijk gezamenlijk een stukloonnorm (prestatienorm) opstellen voor specifieke werkzaamheden indien dat noodzakelijk is in situaties waarin de werknemer een zekere mate van vrijheid heeft om zelf de werkzaamheden in te richten en gelijktijdig de werkgever geen of moeilijk toezicht kan houden op de uitvoering van deze werkzaamheden. Daardoor kunnen werkgevers binnen een branche dus nog wel de betaling van het minimumloon afhankelijk stellen van de arbeidsduur die 'redelijkerwijs' met de uitvoering van de werkzaamheden is gemoeid en niet afhankelijk van de – registratie van – daadwerkelijk gewerkte uren. Daartoe dienen de werkgevers- en werknemersorganisaties – of in voorkomend geval alleen de werkgeversorganisatie(s) – een verzoek in bij de Stichting van de Arbeid (StvdA). Na toetsing daarvan door de StvdA beslist de minister op het verzoek om een uitzondering van de wet, en na positieve beoordeling volgt publicatie van de sectorspecifieke stukloonnorm.⁵⁴ Dit biedt dus bijvoorbeeld voor de bezorgsector of landbouwsector de mogelijkheid de huidige systematiek grotendeels voort te zetten.⁵⁵ Als aanvullende voorwaarde geldt daarbij wel dat de werkgever in de arbeidsovereenkomst met de werknemer de schriftelijke afspraak moet hebben gemaakt dat de werkgever mag belonen op basis van zo'n goedgekeurde sectorspecifieke stukloonnorm (aldus artikel 12b WMM).

6. Afronding

Met de titel '*Je maintiendrai*' schreef Barentsen begin dit jaar een column over de kwaliteit, althans het gebrek daaraan, van wetgeving en mogelijkheden tot handhaving daarvan in het sociale domein.⁵⁶ Hij noemde de Wwz, de Fraudedwet en de Wet DBA. Het is te hopen dat aan dat rijtje niet ook de gewijzigde WMM moet worden toegevoegd. De ISZW is in de afgelopen jaren door de uitspraken van de ABRvS tegen handhavingsproblemen aangelopen. En ook bij de overeenkomst van opdracht geeft de minister aan dat handhaving op basis van de huidige wetstekst niet goed mogelijk is. De vraag is of de nieuwe bepalingen per 1 januari 2018 over stukloon, meerwerk en de overeenkomst

47 Voor die gevallen waarin een werknemer onvoldoende productie levert, dient de werkgever de werknemer aan te spreken, c.q. aan te sporen harder en beter te werken, aldus de minister (*Kamerstukken II 2016/17*, 34573, 3, p. 18).

48 Voor zover het loon boven het minimumloon ligt, kan er van stukloon ook na 1 januari 2018 nog steeds wel de prikkel uitgaan dat een hogere productiviteit meer geld oplevert.

49 Zie in meer algemene zin over de platformsamenleving: M.S. Houwerzijl, 'Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving: een verkenning', *TRA 2017/14*.

50 Waaronder het *FD* van 21 augustus 2017, 'Deliveroo rolt zijn omstreden zzp-model uit over heel Nederland'.

51 Art. 18b lid 2 sub c WMM.

52 J. van Drongelen, 'De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, het stukloon en de handhaving. Probleem opgelost?', *ArbeidsRecht 2017/38*.

53 Vgl. reeds de verplichting van de werkgever tot registratie van werktijden ex art. 4:3 Arbeidstijdenwet.

54 Nader uitgewerkt in Regeling voorwaarden en publicatie stukloonnorm, *Stcrt. 2017*, 18600.

55 Vgl. de gang van zaken bij TNT, zoals die blijkt uit HR 27 april 2012, «JAR» 2012/149, waarbij door TNT normtijden werden gehanteerd en niet de werkelijk gewerkte uren omdat die niet te controleren waren door de bijzondere omstandigheden rond de postbezorging – die handelwijze blijft dus mogelijk op basis van de voorafgaande toetsing door de StvdA en de minister.

56 B. Barentsen, 'Je maintiendrai', *TRA 2017/1*.

van opdracht wel leiden tot effectiever handhaving én het aan alle werkenden bieden van een minimumloongarantie.

Over de auteur



Mr. K.P.D. Vermeulen

Advocaat bij GMW Advocaten te Den Haag.