

Datum:
12 april 2024

Behandeld door:
F.M.P.M. Boeijen
mr. J.B. Raben

Onderwerp: Reactie internetconsultatie Regeling Waadi

Geachte mevrouw Van Gennip,

Graag stellen wij u in kennis van onze bedenkingen bij de wijzigingen in de Regeling Waadi (hierna: de Regeling).

Eerder hebben wij ten aanzien van de wijzigingen in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi) en het Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Baadi) dat u ter internetraadpleging heeft aangeboden, onze serieuze bedenkingen geuit. Wij verzoeken u van harte deze eveneens te bezien bij onderstaande reactie op de Regeling zodat u en uw Ministerie samenhang in onze bedenkingen bij voorgestane wetgeving kunnen brengen.

Er begint zich in onze ogen namelijk een onwenselijke situatie af te tekenen door tunnelvisie en een wens om politieke daadkracht te laten zien. De basistoetsen aan uitvoerbaarheid én het bereiken van het wenselijke doel zijn daaraan ondergeschikt gemaakt. Feitelijk zijn ze uit het oog verloren.

Advies: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald.

Reactie in algemene zin

1. Bestrijden van misstanden in breder licht

Zoals aangegeven bij de internetraadpleging "Baadi", zijn misstanden rondom huisvesting van arbeidsmigranten niet slechts aan de orde bij het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (uitzendbedrijven). Maatregelen die generiek wenselijk zijn, bijvoorbeeld ten aanzien van huisvesting van arbeidsmigranten, het aansprakelijk stellen van de "keten" voor misstanden op beloningsgebied en naleving van (collectieve) arbeidsvoorwaarden moeten daarom in onze ogen in het Burgerlijk Wetboek worden geregeld. Door deze zaken (slechts) vorm te geven in wetgeving voor de uitzendbranche wordt in onze ogen het veelbesproken "waterbed-effect" bewerkstelligd. Misstanden zullen zich gaan verleggen naar werken met (schijn)zelfstandigen, naar contracting en naar bedrijven in de bedrijfstak zelf. De Waadi-wetgeving zoals die nu voorgesteld wordt levert in onze ogen alleen succes voor de bühne.

Maatregelen tegen arbeidsuitbuiting zou alle kwetsbare arbeidskrachten (lage lonen) moeten beschermen en niet enkel de uitzendkrachten/gedetacheerden. Met het huidige voorstel worden ook de uitzendkrachten/gedetacheerden in het hogere loonsegment geraakt, de vraag is of dit de doelgroep is die Commissie Roemer voor ogen had te beschermen.

Wanneer generieke problemen ook generiek worden aangepakt, kunnen ze in onze ogen overigens prima ook worden opgenomen in het normenkader van de Regeling Waadi.

2. Rechtszekerheid

Zoals bij onze reactie op de internetraadpleging Waadi én de internetraadpleging Baadi is aangegeven levert de rechtszekerheid voor uitzenders een serieus zorgpunt. De rechtszekerheid wordt geschaad door schorsing of schrappen van de toelating zonder eerst een bezwaar- of beroepsmogelijkheid te hebben (deze procedures hebben heeft geen opschortende werking), zoals wij hebben aangegeven in de internetraadpleging Waadi en Baadi.

Anderzijds is uit het normenkader op te maken dat een uitzender "vogelvrij" is.

Leek uit de toelichting op de Baadi nog te kunnen worden geconcludeerd dat het normenkader vormgegeven zou worden op basis van normen geformuleerd aan de hand van wet- en regelgeving, blijkt nu dat dit geenszins het geval gaat zijn. Kortom, het normenkader staat bol van de bovenwettelijke, door private partijen ontwikkelde, toetspunten. Bovendien zijn de genoemde punten/normen in onze ogen op een zodanige manier opgeschreven, dat een discussie in de praktijk onvermijdelijk wordt (zie hiervoor ook onze reactie op individuele normen).

De waarborg die is ingebracht is dat een aanpassing van het normenkader enkel geschiedt door wijziging in de AMvB (bespreking ministerraad en advies Raad van State nodig) en niet door aanpassing van de regeling (aanpassing kan zonder raadpleging plaatsvinden).

Een aantal geformuleerde normen zijn gebaseerd op interpretaties van desbetreffende private partijen, die ze hebben geformuleerd op (wellicht) wenselijke wetgeving. Als voorbeeld de normen die betrekking hebben op detacheringen vanuit een andere EU-lidstaat en normen op basis van de Wet minimumloon en minimum vakantiebijslag (hierna WMM).

Ook dit levert in onze ogen het "waterbed-effect" op. Wanneer de uitzendbranche geen gebruik kan maken van de ruimte die Verordening 883/04 biedt, of niet de ruimte heeft die de WMM biedt, op straffe van schrappen van de toelating, zal dat een verschuiving naar niet of minder gecontroleerde branches opleveren.

Advies: zorg voor normen die gedragen worden door wet- en regelgeving, die zijn kenbaar en controleerbaar en leveren een level playingfield op!

Bedenkingen per norm

- Norm 4.1 Regeling "identificatie van de onderneming"

Norm 4.1 onder 4) staat dat een major overtreding van het normenkader wordt gegeven wanneer een onderneming in het land van vestiging geen substantiële bedrijfsactiviteiten heeft. Noch in de Regeling, noch in de Toelichting wordt uitgelegd wat onder substantiëel zou moeten worden verstaan.

Wij veronderstellen dat deze bepaling afgeleid is uit een Besluit van de Administratieve Commissie van de EU dat gebaseerd is op toepassingsverordening 883/04 en in het bijzonder invulling geeft aan de toewijzingsregel uit artikel 12 eerste lid van die Verordening. Het afgeven van een A1 bij normaliter werken in een lidstaat, waarna de persoon wordt gedetacheerd naar een andere lidstaat, moet - door de instantie in desbetreffende lidstaat - aan die bepaling worden getoetst.

Deze norm miskent de mogelijkheid tot het afgeven van een A1 door een lidstaat op grond van artikel 13 van de Verordening (werken in twee of meer lidstaten) en op grond van artikel 16 (uitzonderingsbevoegdheid van lidstaten na overleg).

Daarnaast veronderstelt het opleggen van een major bij het beschikken over een A1 dat er bevoegdheid is van de ontvangende lidstaat. In onze ogen is het Europees Hof van Justitie daar volstrekt helder over in het Fitzwilliam-arrest. Dat is namelijk niet het geval. Nederland kan bij twijfel over een juist afgegeven A1 contact opnemen met het land waar de A1 is afgegeven of bij ernstige en regelmatige twijfel de Administratieve Commissie vragen op te treden.

Het voert te ver om hier de besluiten van de Administratieve Commissie én de jurisprudentie en de gevolgen daarvan uitputtend te bespreken, dat lichten wij graag nader toe wanneer dat wenselijk is.

Het is onze conclusie dat de regelgeving rondom toewijzing van verzekeringsstelsel onvoldoende bekend is bij de opstellers van het normenkader. Het handhaven van de norm 4.1 onder 4) levert in onze ogen in alle gevallen rechtstreekse inbreuk op de vrijheid van diensten op.

- **Norm 4.8 onder b)**

Als norm staat hier genoemd dat de "recentste jaarrekening" wordt opgeleverd aan de inspectie-instelling. Niet duidelijk wordt waaraan die jaarrekening moet voldoen. Moet deze gepubliceerd zijn? Moet deze door de accountant vastgesteld zijn?

Mag dit ook een voorlopige jaarrekening zijn? Verder wordt niet duidelijk waarom deze overlegd moet worden. Het lijkt alsof het verstrekken op zichzelf blijkbaar een doel is, niet een controle of toetsing daarvan.

- **Norm 4.8 onder d)**

Volgordelijk merken wij op dat 4.8 onder c) in de nummering is overgeslagen.

- **Norm 5.1 onder a) 2), alsmede 5.1 onder b) 2) en b) 3)**

Onder 5.1 a) 1) wordt aangegeven welke pagina's van het identificatiedocument relevant zijn en waarom. Onder de andere subonderdelen wordt slechts aangegeven dat het om relevante pagina's moet gaan, maar niet welke relevantie daarbij van belang is.

- **Artikel 5.1 onder b) 1)**

In deze norm staat opgenomen dat het gerechtigd zijn te werken in Nederland wordt getoetst aan de hand van een authentiek identificatiedocument of aan een afgegeven werkvergunning waarop relevante informatie staat voor het gerechtigd zijn in Nederland te werken.

Het is ons niet duidelijk wat hier wordt bedoeld en in hoeverre dat rekening houdt met het "Essent-arrest" van het Hof van Justitie (ECLI:EU:C:2014:2206). Wanneer bedoeld wordt op een door Nederland afgegeven vergunning, is dit een onjuiste toets. Ons advies is deze norm volstrekt helder te formuleren, zodat kenbaar is waaraan wordt getoetst en op grond van welke regelgeving.

- **Norm 5.2 onder 6)**

Wanneer wij deze norm goed lezen, moeten uitzenders die buiten Nederland gevestigd zijn én uitzendkrachten met een A1 detachingsverklaring naar een Nederlandse inlener zenden, een procedure hebben om te voorkomen dat die arbeidskrachten worden ingeleend. Tekstueel valt er nog wel iets te herschrijven aan deze bepaling.

Inhoudelijk is de bepaling in onze ogen eveneens niet juist. Wanneer een arbeidskracht wordt "doorgeleend" of ter beschikking wordt gesteld aan een andere opdrachtgever dan die wordt genoemd op de A1, is in onze ogen geen sprake van een verboden detachering of iets dergelijks. Het enige gevolg van deze situatie is dat de A1 niet per definitie geldig is en door Nederland of de zendende lidstaat opnieuw moet worden gezien. Het kan prima zo zijn dat op dat moment verzekerings- en premieplicht blijkt toegewezen aan Nederland. Dat is op zichzelf geen overtreding van welke norm dan ook in onze ogen.

- **Norm 5.5 Huisvesting arbeidsmigranten**

De eisen genoemd onder 1) en 2) zijn geformuleerd in een besluit op de WMM. Op basis van artikel 2a lid 1 onder b van dit besluit zijn deze punten van toepassing wanneer de werkgever op basis van een huurovereenkomst en schriftelijke volmacht van de werknemer de mogelijkheid heeft om (tot 25%) huisvestingskosten in te houden op het wettelijk minimumloon. Deze eisen zijn geen onderdeel van andere wetgeving en geen onderdeel van de cao voor uitzendkrachten.

In de cao staan wel bepalingen ten aanzien van de kwaliteit van huisvesting (bijlage V) en normen zoals getoetst door de Stichting Normering Flexwonen (SNF). Deze normen zijn echter geen onderdeel van het normenkader zoals in de Regeling is verwoord.

Tenslotte is een taak ten aanzien van huisvesting neergelegd bij gemeenten in de Wet goed verhuurderschap. Onze aanbeveling is (zie ook internetconsultatie Baadi) de eisen ten aanzien van die wet neer te leggen in het Burgerlijk Wetboek, zodat ook in dit normenkader daar gevolgen aan kunnen worden gegeven.

- **Norm 5.6 het voeren van een adequate loonadministratie**

Dit artikel is onduidelijk vormgegeven. Het lijkt er op dat bedoeld is dat percentages juist moeten zijn toegepast in de salarisadministratie en dat bepaalde gegevens vastgelegd moeten zijn in de personeelsadministratie. Dat staat er echter niet helder geformuleerd.

Daarnaast is onderdeel van de norm (artikel 5.6 onder d) dat geen "all-in-loon" wordt toegepast, waarbij dat echter voor ondernemingen buiten Nederland gevestigd alleen gevolgen heeft wanneer niet tenminste het minimumloon wordt betaald. In onze ogen is een "all-in-loon" op zichzelf niet per definitie onjuist. Wel moet getoetst kunnen worden of het in de onderhavige situatie kan, aan het wettelijk minimumloon, aan de verplichtingen op basis van de cao en dergelijke. Het komt ons voor dat dat precies de taak is van een partij die het normenkader toetst.

Ten aanzien van de toets op buiten Nederland gevestigde ondernemingen, juist met het oog op oneerlijke concurrentie, moeten in onze ogen alle minimale looneisen uit Nederlandse wetgeving (dus zowel WML als ook inlenersbeloning op het moment dat de cao algemeen verbindend is verklaard), worden getoetst. Wanneer slechts op het wettelijk minimumloon wordt getoetst levert dat in onze ogen op dat het inrichten en gebruik maken van A1-constructies interessant wordt voor bedrijven die slechts op kosten concurreren. Daarnaast is een toets uitsluitend op het wettelijk minimumloon en wettelijk aantal vakantiedagen in onze ogen niet in lijn met de Detacheringsrichtlijn/WagwEU. Daar gaat het immers ook om minimale looneisen (harde kern) en niet uitsluitend om het wettelijk minimum. Deze norm moet dus beter geformuleerd worden.

Onder norm 5.6 onder e ten vierde, wordt een toets aangelegd die niet volgt uit de WMM. In de wet staat ten aanzien van vakantiebijslag dat het recht moet worden bepaald op 8% over het loon. Dit recht is een recht waarvan de werknemer mag bepalen dat het in andere vorm aan hem toekomt. Onze Minister heeft dit glashelder uitgelegd in de toelichting op deze wet bij de introductie van de Wet aanpak schijnconstructies. In het normenkader wordt die uitleg echter genegeerd en wordt getoetst op uitbetaling van het recht in plaats van op verwerving van het recht. Wij adviseren dit (ook om waterbed-effecten te voorkomen) helder neer te zetten in het normenkader.

In artikel 5.6 onder q) en r) wordt het toetsingskader ten aanzien van detacheringen vanuit het buitenland bepaald. De toets die daarbij wordt aangelegd is het al dan niet in bezit hebben van een A1 als allesbepalend. Wanneer een A1 is afgegeven betekent dit geen premieplicht in Nederland, wanneer dat niet het geval is binnen drie maanden, betekent dat wél premieplicht in Nederland. Dit miskent de bepalingen in eerdergenoemde verordening volkomen. Toewijzingsregels die in artikel 12 tot en met 16 genoemd staan (en het kader voor afgifte van een A1 zou moeten zijn), zijn bepalend zolang geen A1 is afgegeven.

In onze ogen kan de detacheerder de gegevens overleggen die ook bij de aanvraag om een A1 zijn gevoegd. Op dat moment kan de controle-instelling bepalen of afgifte van een A1 op redelijke gronden te verwachten is. Indien dat niet het geval is, of onzeker is, kan de SVB gevraagd worden op korte termijn uitsluitsel te geven. Dat zal onduidelijkheid over al dan niet juist gebruik van de verordening snel in de meeste situaties oplossen.

Conclusie

Bovenwettelijke eisen, afwijkende eisen en slecht geredigeerde eisen in een normenkader leveren enerzijds, voor bonafide ondernemingen, onzekerheid op over het al dan niet voldoen aan normen. Anderzijds zorgt het voor druk op andere vormen van voorzien in flexibele arbeid. Nederland is gebaat bij kenbare, eenduidige, op wet- en regelgeving gebaseerde normenkaders.



Tenslotte

Zoals aangegeven hebben wij getracht het stuk leesbaar te houden. Dit heeft gevolgen voor de juridische onderbouwing van onze bevindingen. Die hebben wij grotendeels achterwege gelaten. Graag zijn wij bereid die toelichting te geven en mee te denken over het meer uitvoerbaar maken van wetgeving op dit gebied én het bereiken van een eerlijke en transparante arbeidsmarkt.

Met vriendelijke groet,

Incentive Advies B.V.

F.M.P.M. Boeijen

mr. J.B. Raben