

Datum:
21 februari 2024Behandeld door:
F.M.P.M. Boeijen
mr. J.B. Raben

Onderwerp: Reactie internetconsultatie Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Baadi)

Geachte mevrouw Van Gennip,

Graag stellen wij u in kennis van onze bedenkingen bij de wijzigingen in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Waadi) die u inmiddels aan de Tweede Kamer heeft gezonden en bij het Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna: Baadi) dat u ter internetraadpleging heeft aangeboden.

Wij zullen allereerst een reactie geven in algemene zin op enkele onderwerpen met daarbij een aantal in onze ogen belangrijke adviezen. Naar onze mening kunnen deze een verbetering van de arbeidsmarkt(omstandigheden) bewerkstelligen en de doelen van de wijziging van wet- en regelgeving beter dienen.

Vervolgens zullen wij aan de hand van de artikelen en de toelichting daarop nog een enkele aanbevelingen doen. Omwille van de leesbaarheid hebben wij geen uitputtende onderbouwing neergezet.

Graag zijn wij bereid tot toelichting op onderstaande reactie en denken wij mee over invulling van aangedragen oplossingen.

Reactie in algemene zin

Huisvesting van arbeidsmigranten

In de Waadi en de Baadi zijn bepalingen opgenomen die moeten bewerkstelligen dat de huisvesting van arbeidsmigranten aan te stellen vereisten voldoet. Het stellen van kwaliteitsnormen aan huisvesting en het verplichtstellen hiervan voor iedere verhuurder kunnen wij enkel aanmoedigen. Het komt ons echter vreemd voor dat de bepalingen tot handhaving hiervan in de Waadi/Baadi zijn opgenomen.

Dat veronderstelt dat misstanden ten aanzien van huisvesting van arbeidsmigranten zich slechts of voornamelijk voordoen bij partijen die vallen onder het bereik van de Waadi, dus voornamelijk uitzendorganisaties. Dit is in onze ogen nu al niet het geval, hetgeen ook in een aantal rechtszaken tegen (o.a.) agrarisch ondernemers is vast komen te staan. Wij voorzien dat het slechts in de Waadi/Baadi treffen van maatregelen ten aanzien van huisvesting van arbeidsmigranten ertoe zal gaan leiden dat veel opdrachtgevers zelf voor huisvesting zullen gaan zorgdragen, zodat de bepalingen in "uitzendwetgeving" loze bepalingen zullen worden.

Omdat ook de wens vanuit het rapport Roemer én het SER-advies is om huisvesting van arbeidsmigranten zoveel mogelijk los te koppelen van de werkgever, adviseren wij om het recht op fatsoenlijke huisvesting te regelen in het Burgerlijk Wetboek en het toezicht daarop te beleggen bij gemeenten enerzijds (zie ook Wet goed verhuurderschap) en anderzijds daar waar het de arbeidsrelatie raakt bij de Nederlandse Arbeidsinspectie. Zo wordt voorkomen dat misstanden zich verschuiven van de uitzendbranche naar andere bedrijfstakken en kan effectief worden opgetreden.

Aanbeveling: *regel normen voor huisvesting in relatie tot de arbeidsverhouding in het Burgerlijk Wetboek*

Financiële zekerstelling en verhaal op financiële zekerheid

Door uitzendbedrijven € 100.000 te laten storten als waarborg voor claims van arbeidskrachten, de Arbeidsinspectie en de Belastingdienst in de eerste vier jaar van het bestaan van de uitzendonderneming, bestaat de veronderstelling dat dit voor uitzendbedrijven afschrikwekkend genoeg is en voor de andere partijen voldoende verhaal biedt. Het Ministerie beheert het bedrag en beoordeelt de claims.

Voor werknemers is dit een "extra loket". Bij faillissement moeten zij zich melden bij de curator en het UWV (voor een faillissementsuitkering), mogelijk bij de opdrachtgever (als ketenpartij bij loonclaims) en straks eveneens bij het Ministerie. De situatie zoals die nu is levert voor werknemers al veel onzekerheid en spanning op. Door daar een nieuw loket voor mogelijke claims aan toe te voegen, maak je het enerzijds verwarrend voor de werknemer en anderzijds loop je het risico dat dit loket te onbekend is voor de werknemer. Daar komt nog eens bij dat een uitzendkracht van een potentieel malafide uitzendonderneming (die dus een financiële zekerheid heeft gesteld) het loket wel tot zijn beschikking heeft, terwijl een uitzendkracht bij een inmiddels bonafide uitzendonderneming ofwel iedere andere werkgever buiten de Waadi (die geen financiële zekerheid (meer) hoeft te stellen), dit loket niet kan benaderen. Een verschil in rechtspositie die wat ons betreft niet volledig goedgepraat kan worden door 'het risico op malafiditeit' in de eerste vier jaar.

Voor de Belastingdienst is het een onnodig loket, die kan de G-rekening uitwinnen of de keten aansprakelijk stellen. Bij dit "extra loket" ontstaat bij aansprakelijkstellingen in onze ogen de discussie dat de aansprakelijkgestelde (opdrachtgever) kan beargumenteren dat er wellicht € 100.000 van de aansprakelijkheidsclaim kan worden gehaald omdat de Belastingdienst maar eerst moet verhalen in de waarborgsom van de uitzender zelf.

In de voorgestelde wetgeving wordt bepaald dat de waarborgsom alleen de eerste vier jaar verschuldigd is. Daarna wordt deze gerestitueerd en wordt verondersteld dat de uitzender vanaf dat moment bonafide is en blijft omdat er vier jaar lang niet is gebleken dat de uitzender dat niet was.

Wanneer de € 100.000 werkelijk een drempel zal blijken, verwachten wij dat dit voor malafide ondernemers aanleiding is om vier jaar bestaande uitzendondernemingen over te nemen. Dan is en blijft de waarborgsom achterwege. Daarmee vist iedereen achter het net. Wat ons betreft is dit een extra aanleiding om de "zekerheidstelling" voor vooral werknemers anders in te richten.

Zorg dat de keten er belang bij heeft om met bonafide partijen te werken. Dit is voor wat betreft het loon reeds ingericht in het Burgerlijk Wetboek. Wij pleiten ervoor om de aansprakelijkheid daaruit te breiden met de nog ontbrekende zekerheden voor werknemers die in deze voorgenomen wetgeving nog zijn toegevoegd aan de reeds bestaande mogelijkheden. Dit zorgt voor een loket minder, zodat werknemers makkelijker hun recht kunnen halen. Daarnaast zorgt het voor "zelfreiniging" in de keten. Een opdrachtgever heeft zo een directe prikkel om zaken te doen met bonafide partijen én ervoor te zorgen dat verplichtingen rondom arbeidsvoorwaarden worden nageleefd.

Aanbeveling: *Zorg dat de keten er belang bij heeft om met bonafide partijen te werken en breid de opdrachtgeversaansprakelijkheid uit*

Naleving van cao's

In de Baadi is onder Artikel 2:6 ten 3^e en in Artikel 2:11 opgenomen dat een rechtspersoon die is belast met toezicht op naleving van collectieve arbeidsovereenkomsten gegevens spontaan en op verzoek van de Minister moet verstrekken ten aanzien van het niet naleven van verplichtingen op grond van de cao. Deze bepaling is toegeschreven naar verplichtingen ten aanzien van het loon van ter beschikking gestelde arbeidskrachten.

Het niet volledig naleven van verplichtingen uit een (algemeen verbindend verklaarde) collectieve arbeidsovereenkomst komt in onze ogen niet slechts voor in de uitzendbranche. Het niet naleven van de toepasselijke cao kan als gevolg hebben dat de toelating niet wordt verstrekt of wordt geschorst of ingetrokken. Dit betekent dat het einde 'business' is voor de uitzendorganisatie.

Een adequate beloning en bindende arbeidsvoorwaarden kunnen wij enkel toejuichen.

De verstoring van een level playingfield door het niet (volledig) toepassen van collectieve arbeidsvoorwaarden is zodanig belangrijk, dat dit zou moeten leiden tot verplichtingen en handhabingsbepalingen in het Burgerlijk Wetboek. Dit geeft de genoemde rechtspersonen in dit artikel verdere back up vanuit de overheid middels toezicht en uitwisseling van gegevens. Dit is in onze ogen niet een onderwerp dat specifiek geregeld zou moeten worden voor de uitzendbranche. Schorsing of intrekking van toelating voor uitzendorganisaties kan natuurlijk eveneens gekoppeld worden aan ernstige overtredingen van deze verplichting, maar vindt dan op dit gebied zijn basis in het Burgerlijk Wetboek.

Aanbeveling: *geef cao-partijen een basis in het Burgerlijk Wetboek om cao-naleving af te dwingen en niet naleving op te sporen*

Rechtszekerheid

Een serieus zorgpunt in deze wetgeving is de rechtszekerheid voor uitzenders. Grofweg levert een al dan niet terechte constatering van een inspectie-instelling de volgende gang op. Deze wetgeving geeft aan dat herstel binnen vier weken aangetoond moet zijn, anders gaat een melding naar het Ministerie die dan over schorsing van toelating oordeelt. Wanneer een uitzender het niet eens is met de constatering (hetgeen in het verleden met regelmaat is voorgekomen en in een aantal situaties aantoonbaar terecht was), levert dat geen schorsende werking op. Het AWB wordt gevolgd en precies op deze onderdelen is geen schorsende werking voorzien.

Inhoudelijk is er overigens ook geen rechtsgang (bezwaar en beroep) mogelijk wanneer niet eerst argumenten zijn gewisseld met de inspectie-instelling. Ook bestaat er geen recht op het oordeel van een onafhankelijke derde (second opinion) alvorens het rechtsgevolg van de intrekken geëxecuteerd wordt.

Het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is geen voorstander van schorsende werking bij bezwaar en beroep zo zien we ook in andere wet- en regelgeving. Daar gaat het echter veelal om het beboeten van overtredingen van wetgevingen. Wanneer betaald wordt, of zekerheid wordt gesteld is de rechtsgang open. Ondanks een boete kan een bedrijf doorgaans in die situaties wel blijven bestaan en middels de rechtsgang proberen zijn gelijk te krijgen.

In onderhavige wetgeving is dat echter volstrekt anders. Wanneer een besluit tot schorsing wordt genomen is vanaf de effectieve datum geen bedrijfsvoering meer mogelijk. Alle detacheringen moeten onmiddellijk stoppen.

In de eerdere internetraadpleging is door ons al aangegeven dat dit punt ons zorgen baart. Zeker met inspectie-instellingen die bij de internetraadpleging over Waadi door de Minister nog weggezet zijn als onvoldoende geëquipeerd. Gezien de veelheid aan wet- en regelgeving en de veelzijdige deskundigheid die daarbij komt kijken, is het vragen om problemen.

Noch in de wetgeving, noch in het Besluit wordt hier rekening mee gehouden. In een rechtstaat die net een Toeslagenaffaire achter de rug begint te krijgen, kan het in onze ogen niet zo zijn dat hier zomaar een complete bedrijfstak rechteloos wordt weggezet!

Aanbeveling: *Zorg voor adequate rechtsbescherming, ofwel voor schorsende werking*

Schijnzelfstandigheid

Bij de internetraadpleging wijziging Waadi hebben wij aangegeven dat de Waadi niet alleen geschreven is voor werknemers, maar voor (alle) werkenden. Dat geeft in onze ogen een prima aanleiding om het bestrijden van schijnzelfstandigheid bij bemiddeling in arbeidsrechtelijke zin (eveneens) aan te pakken. Het lijkt er sterk op dat het bestrijden van schijnzelfstandigheid door het Ministerie SZW graag overgelaten wordt aan de Belastingdienst. Daar waar een individu zich benadeeld voelt, is arbeidsrechtelijke omkering van de bewijslast (in bepaalde situaties) in voorbereiding. Dit zorgt in onze ogen onvoldoende voor een gelijk speelveld.

Noch in de wijzigingsvoorstellen van de Waadi die aan de Tweede Kamer zijn gezonden, noch in de Baadi of de toelichting is hier aandacht aan besteed. Ook in het wetsvoorstel Wet verduidelijking beoordeling arbeidsrelaties en rechtsvermoeden is dit niet meegenomen. Wat ons betreft een gemiste kans. Dit is recht te zetten door het op te nemen in het Normenkader (Artikel 1b:8) dat onderdeel van dit normenkader controle op artikel 1 tot en met 3 van de Waadi omvat.

Aanbeveling: *Zorg voor een normenkader dat ook controle op schijnzelfstandigheid mogelijk maakt*

Artikelsgewijze bedenkingen

Artikel 1.2 Baadi

Op basis van de Waadi is alleen bij uitleen van werknemers die in dienst zijn genomen voor werkzaamheden binnen die "onderneming" uit te zonderen, als het om collegiale uitleen gaat én ten hoogste de loonkosten in rekening worden gebracht. In de Baadi wordt nu uitgelegd op welke wijze deze loonkosten worden getoetst. Deze toetsingswijze neemt veel onduidelijkheden weg.

De formulering voor intercollegiale uitleen die leidt tot uitzondering van de toelatingseis, kan echter wel voor verrassingen gaan zorgen.

Wanneer deze toets (uit de Wet en het Besluit) wordt aangehouden, zullen bijvoorbeeld veel Gemeenten (die ambtenaren detacheren bij een gemeenschappelijke regeling) onder de toelatingsverplichting gaan vallen. Ook Gemeenschappelijke Regelingen die werknemers terug trachten te brengen in het arbeidsproces vallen met deze definitie(s) onder te toelatingsverplichting. Deze werknemers worden namelijk niet in dienst genomen om in beginsel in die onderneming werkzaamheden te verrichten. Het is de vraag of dit precies de bedoeling is geweest van deze wetgeving.

Waar wellicht gemeenten nog uitgezonderd kunnen worden op basis van de omvang van de detacheringen ten opzichte van de totale omvang, zal dat voor de Gemeenschappelijke Regelingen niet snel aan de orde zijn in onze ogen.

Artikel 1b:2 Baadi

PM. Wij zijn benieuwd of dit onderdeel na invulling voorjaar 2024 ook in de internetraadpleging gaat komen.

Artikel 1b:4 Baadi

Dit artikel van de Baadi regelt de rechtszekerheid van de uitzendorganisatie. In onze ogen is die er niet.

Artikel 1b:8 Baadi (toelichting)

"Het is evenwel niet mogelijk om het normenkader bij ministeriële regeling uit te breiden met eisen die niet in de wet of dit besluit zijn opgenomen".

Wij zijn verheugd over deze toelichting. In het verleden zijn wij aangelopen tegen situaties waarbij het normenkader een verdergaande eis stelde dan de wet en regelgeving zelf. Dat is in onze ogen niet wenselijk.

Artikel 1b:10 Baadi

Dit artikel geeft het Ministerie de ruimte om inspectie-instellingen te schorsen, te weigeren of om een aanwijzing in te trekken. Dit is niet alleen een bevoegdheid, maar in onze ogen ook een verantwoordelijkheid. Ook hier is geen rechtszekerheid voor de inspectie-instelling gewaarborgd.

Wij kunnen ons voorstellen dat bij verschil van inzicht tussen een uitzendorganisatie en een inspectie-instelling dit artikel een dwangmiddel gaat opleveren om kennelijk onjuiste standpunten van de inspectie-instelling te bestrijden. In onze ogen kan de uitzendorganisatie beargumenteert het Ministerie in kennis stellen van het verstrekken van onjuiste inlichtingen over feiten en omstandigheden, hetgeen kan leiden tot (eenzijdige) schorsing of intrekking van de aanwijzing als inspectie-instelling.

Het is in onze ogen ondenkbaar dat het Ministerie met een dergelijk signaal niet optreedt, terwijl (zoals eerder geschetst) naar een uitzendonderneming een schorsing directe werking heeft.

Artikel 2:3 Baadi

“de Sociale verzekeringsbank verstrekt onverwijld aan de hand van de gegevens, bedoeld in het tweede lid, het gegeven of de verklaring terecht of onterecht is afgegeven...”

Deze bepaling miskent in onze ogen de jurisprudentie van het Hof van Justitie, die bepaalt dat een verklaring afgegeven door één van de lidstaten door een andere lidstaat niet in twijfel kan worden getrokken. Meer recent is daarbij de nuance gemaakt dat wanneer onomstotelijk komt vast te staan dat de verklaring ten onrechte is afgegeven, dit anders zou kunnen liggen.

Het op deze wijze opnemen suggereert meer mandaat bij het Ministerie dan er is én meer mandaat voor controles door inspectie-instellingen dan er feitelijk is op dit gebied.

Het onjuist gebruik van zogenoemde A-1 verloningen is in onze ogen prima te bestrijden op basis van bestaande wet- en regelgeving. Wellicht door onbekendheid hiermee wordt daar echter geen of onvoldoende werk van gemaakt.

Het in twijfel trekken van een afgegeven verklaring door een andere lidstaat zou kunnen bij een veelheid voorbeelden van onjuiste toepassing van het EU-recht op dit gebied. Wij achten een melding aan de Administratieve Commissie van de EU dan meer zinvol, dan het trachten te bewijzen dat op onjuiste gronden is afgegeven door de andere lidstaat.

Tenslotte

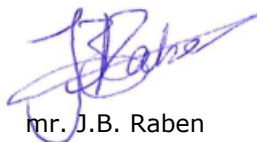
Zoals aangegeven hebben wij getracht het stuk leesbaar te houden. Dit heeft gevolgen voor de juridische onderbouwing van onze bevindingen. Die hebben wij grotendeels achterwege gelaten. Graag zijn wij echter bereid die toelichting te geven en mee te denken over het meer uitvoerbaar maken van wetgeving 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