



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Fatsoenlijke flexibiliteit : de invloed van ILO-conventie 181 en de regelgeving omtrent uitzendarbeid

Haasteren, F.C.A. van

Citation

Haasteren, F. C. A. van. (2016, December 8). *Fatsoenlijke flexibiliteit : de invloed van ILO-conventie 181 en de regelgeving omtrent uitzendarbeid*. SDU, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/44709>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/44709>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/44709> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Haasteren, F.C.A. van

Title: Fatsoenlijke flexibiliteit : de invloed van ILO-conventie 181 en de regelgeving omtrent uitzendarbeid

Issue Date: 2016-12-08

Deel III

Ontwikkeling en verwikkeling van een nationaal regelgevend uitzendkader: de Nederlandse context

Vóór 1930	Private en publieke arbeidsbemiddeling bestaan naast elkaar, maar zijn niet geregeld.
1930	De Arbeidsbemiddelingswet scheidt in principe een monopolie voor de publieke arbeidsbemiddeling; private arbeidsbemiddeling op non-profitbasis is toegestaan onder voorwaarde van een vergunning; private arbeidsbemiddeling met winstoogmerk is verboden.
1940	Centralisatie van de publieke arbeidsbemiddeling door de Duitse bezetting.
1960–1970	Uitzendarbeid neemt toe en uitleenarbeid geeft aanleiding tot onrust in arbeidsverhoudingen. De Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten wordt in 1965 ingevoerd en via een amvb in 1970 operationeel. Uitzenden en uitleenen van arbeidskrachten wordt via vergunning aan banden gelegd.
1990	Een nieuwe Arbeidsvoorzieningswet brengt de gehele arbeidsvoorziening, waaronder ook het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, onder een tripartiet bestuur, met dien verstande dat private arbeidsbemiddeling met winstoogmerk en ter beschikking stellen van arbeidskrachten onder voorwaarde van een vergunning waren toegestaan.
1997–1998	In 1997 wordt ILO-verdrag 181 aangenomen. Nederland ratificeert dit verdrag spoedig, dat stilzwijgend door de Eerste en Tweede Kamer wordt goedgekeurd.
1998	Invoering van wetgeving betreffende flexibiliteit en zekerheid. Daarbij wordt de uitzendovereenkomst als bijzondere arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek opgenomen en een Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) ingevoerd, die het vergunningensysteem voor uitzendbureaus afschaft en voor alle private arbeidsbemiddeling in stand houdt.
1999	Een Europese detacheringsrichtlijn wordt aangenomen die in 1999 als Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid wordt ingevoerd.
2003	De Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs wordt gewijzigd, in die zin dat de vergunningsplicht voor private arbeidsbemiddeling wordt afgeschaft.
2004–2006	Er wordt een toename geconstateerd van fraude, misbruik en illegaliteit bij het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. De regering overweegt om tot een herinvoering van een vergunningsplicht over te gaan. Een motie-Bruls keert deze beweging en leidt tot oprichting van de Stichting Normering Arbeid, die een certificeringssysteem invoert.
2008–2012	Een Europese uitzendrichtlijn en behoefte aan een sluitende aanpak leiden tot aanpassing van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, waarbij de uitzendrichtlijn werd ingevoerd en de Wet registratieplicht intermediairs die arbeidskrachten ter beschikking stellen werd opgenomen. Eerder al werd in het Burgerlijk Wetboek de inlenersaansprakelijkheid ten aanzien van voldoening minimumloon en minimumvakantiebijslag ingevoerd.
2012	Een initiatief-wetsontwerp van de Kamerleden Hamer en Ulenbelt wordt ahangig gemaakt omtrent de zogenaamde doorgeschoten flexarbeid.
2014	Dit initiatief werd grotendeels opgenomen in de Wet werk en zekerheid (Wwz), die in 2014 en 2015 wordt ingevoerd.
2015	De Wet aanpak schijnconstructies voert een algehele ketenaansprakelijkheid in ter bestrijding van schijnconstructies.

HOOFDSTUK 8

Ontwikkeling

Na bespreking van de ‘decent-isering’, de ‘mensenrechten-isering’, de ‘IFA-isering’ en de ‘europeanisering’ van de arbeidsverhoudingen en het internationale sociaal recht komt nu de Nederlandse context aan bod. We zagen al dat Guy Ryder, directeur-generaal van de ILO, Nederland ziet als voorbode van de flexwijzigingen die in de Europese arbeidsverhoudingen zullen plaatsvinden. Hij ziet het ook als een proeftuin. Reden genoeg om dus ook specifiek in te gaan op hoe de uitzendrechtsontwikkeling in Nederland heeft plaatsgevonden.

De behandeling daarvan gaat terug naar hoe de arbeidsbemiddeling oorspronkelijk in enge zin was geregeld, om daarna uit te komen bij het bredere begrip arbeidsvoorziening, waarin het begrip terbeschikkingstelling werd opgenomen. Aangegeven zal worden hoe uitzendarbeid uiteindelijk via het zogenaamde flexakkoord nader werd geregeld in de flex- en zekerheidswetgeving van eind jaren negentig van de vorige eeuw. Ongeveer tegelijkertijd werd ook Conventie 181 door Nederland geratificeerd, waarvan verslag zal worden gedaan.

Ook wordt stilgestaan bij de uitwerking in het Nederlands recht van de hiervoor bij de Europese aanpak behandelde detacherings-, handhavings- en uitzendrichtlijnen.

Nederland kenmerkt zich verder door een unieke vorm van publiek-private regeling, met een certificeringssysteem dat nog steeds in ontwikkeling is. Dit geldt evenzeer voor de uitzend-cao's, die inmiddels regelmatig tot stand komen. Aan certificering en cao zal de nodige aandacht worden gegeven, om daarna in hoofdstuk 9 in te gaan op de verwikkeling van de uitzendrechtsontwikkeling in Nederland.

8.1 Arbeidsbemiddeling

Al vroeg in de sociale geschiedenis van Nederland zijn vormen van het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van arbeid te ontdekken. In de middeleeuwen bestaat er al zoiets dat op een arbeidsbeurs lijkt. Ook worden er al regelingen uitgevaardigd. Bij Van Drongelen en Fase lezen we dat in Amsterdam het gerecht op 26 maart 1527

bepaalt dat niemand 'ledich' mag gaan; 'een ieder die ledich is, moet zich 's morgens bij de oude Brugge mogen vynden. Opdat de luyden, die yet te doen hebben, hem zullen vynden, omme te huynen ende te werk te stellen.'⁷⁵⁰

Het gildenverbod deed de behoefte aan tussenpersonen ontstaan en omstreeks 1850 werden primitieve arbeidsbeurzen opgericht, zoals in 's-Gravenhage in 1846 en in Maastricht in 1852. Deze waren plaatselijk gericht en sterk filantropisch van inslag.

De behoefte aan arbeidsbemiddeling was sterk verweven met de behoefte aan armenzorg en de aanpak van de zogenaamde 'Sociale Quaestie', waar de problemen van de arbeidende klasse in de negentiende eeuw centraal stonden.

Arbeidsbemiddeling werd uitgeoefend door kleine bedrijfjes op niet altijd aanvaardbare wijze in herbergen en kroegen. Hierop was kritiek en pogingen werden ondernomen om deze bezigheid te professionaliseren. Van Drongelen en Fase noemen in dit verband de initiatieven van de Maatschappij van de Werkende Stand in Amsterdam in 1886; de Christelijke Volksbond in 's-Gravenhage in 1850 en de Centrale Arbeidsvereniging 'Samenwerking' in Arnhem in 1897.

Uit de armenzorg vloeide de werklozenzorg voort, die met name de aandacht vroeg van de gemeenten die er subsidies aan verleenden. Zo ontstond de eerste gemeentelijke arbeidsbeurs in 1902 in Schiedam, gevolgd door Haarlem (1905), 's-Gravenhage, Hilversum, Leiden en Venlo (1906), en Arnhem en Groningen (1907).⁷⁵¹ In 1918 ontstaat een Vereniging van Nederlandse Arbeidsbeurzen, die gezien kan worden als een belangrijke wegbereider van de arbeidsbemiddeling in ons land.

In de Eerste Wereldoorlog groeien, vanwege de groeiende werkloosheid, de problemen deze vereniging boven het hoofd en kwam de centrale arbeidsbemiddeling uiteindelijk onder overheidstoezicht.

De Arbeidsbemiddelingswet van 1930 legt wettelijk vast wat in de praktijk al min of meer was gegroeid. Er werd onderscheid gemaakt tussen een landelijk werkend apparaat van publieke arbeidsbemiddeling en vormen van bijzondere arbeidsbemiddeling die vergunningplichtig waren. De op winst gerichte vormen konden wel een vergunning krijgen, maar het was de bedoeling dat dit systeem zou verdwijnen. Daarbij werd aangesloten bij de gedachten zoals deze bij de ILO leefden, zoals in hoofdstuk 2 beschreven.

Tijdens de Tweede Wereldoorlog ontstaat een rijksarbeidsbureau, dat zo wordt ingericht dat het volledig ten dienste staat van de Duitse oorlogsvoering, met dien ver-

750 Van Drongelen & Fase (2005), p. 13.

751 Van Drongelen & Fase (2005), p. 16.

stande dat duizenden en duizenden werknemers in de Duitse oorlogsorganisatie aan het werk werden gezet.⁷⁵²

Na de Tweede Wereldoorlog verbreedt het werkterrein zich naar een 'dienst voor de werkgelegenheid', waartoe naast bemiddeling ook het behulpzaam zijn bij beroepskeuzevoorlichting en de bij-, om-, en herscholing behoorden. Bij deze bredere taakopvatting paste het dan ook eerder te spreken van 'arbeidsvoorziening' dan van 'arbeidsbemiddeling'.⁷⁵³

8.2 *Terbeschikkingstelling van arbeidskrachten*

Naast arbeidsbemiddeling ontstaat op de arbeidsmarkt in de jaren zestig van de vorige eeuw ook het fenomeen terbeschikkingstelling van arbeidskrachten, onder welk begrip het uitzenden en uitlenen van arbeidskrachten wordt verstaan.⁷⁵⁴ Uitzenden en uitlenen van arbeidskrachten zijn zeer verwant aan elkaar, maar waren destijds ook verschillend van aard. Bij uitzendarbeid ging het voornamelijk om arbeidskrachten die via een uitzendbureau op vrijblijvende wijze kantoorwerkzaamheden verrichtten. Met name gehuwde vrouwen voelden zich aangetrokken tot deze vorm van arbeid.

Bij uitleenarbeid ging het doorgaans om mannelijke kostwinners, die werkzaam waren in de industriële sectoren als scheepsbouw en bouwnijverheid. Met name bij deze laatste vorm deden zich voortdurend problemen voor. De praktijken van zogenaamde 'koppelbazen', die via ronselpraktijken een malafide vorm van uitlening bedreven, waren bekend en berucht. En hiertegen moest opgetreden worden.

De toenmalige staatssecretaris van Sociale Zaken mr. dr. A. A. van Rhijn vroeg advies aan de SER over hoe hier opgetreden moest worden. Dit leidde tot een verdeeld advies. De meerderheid adviseerde een verbodswetgeving met vergunningstelsel; de minderheid wilde een bindende loonregeling met een meldingsplicht voor de inlener, waardoor controle vereenvoudigd zou worden.

In eerste instantie werd desalniettemin gekozen voor een bindende loonregel. Deze mocht uiteindelijk niet baten, waarna minister van Sociale Zaken dr. G. M. J. Veldkamp met een voorstel voor de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten kwam, met daarin dus een nieuw begrip: de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten. Verschillen tussen uitzending en uitlening werden genegeerd. Er ontstond één begrip waarin beide fenomenen werden ondergebracht.

De wet had als doel 'de bescherming van het belang van de goede verhoudingen op de arbeidsmarkt en het belang van een in maatschappelijk opzicht volwaardige positie van de betrokken arbeidskrachten.'

752 Van Drongelen & Fase (2005), p. 25.

753 Van Drongelen & Fase (2005), p. 26.

754 Van Haasteren & Overeem (1976), p. 19.

De minister bakende het begrip terbeschikkingstelling duidelijk af van het begrip arbeidsbemiddeling zoals in de Arbeidsbemiddelingswet omschreven. In zijn toelichting bij het wetsontwerp stelt hij het als volgt:

In de eerste plaats wordt opgemerkt dat de figuur waar het wetsontwerp het oog op heeft, zich wezenlijk onderscheidt van het verlenen van arbeidsbemiddeling in de zin van de Arbeidsbemiddelingswet van 1930. In het wetsontwerp gaat het om het ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander; bij de arbeidsbemiddeling echter om het een ander behulpzaam zijn bij het zoeken naar arbeidskrachten of arbeidsgelegenheid. Dit zijn twee wezenlijk verschillende begrippen. De term 'ter beschikking stellen' veronderstelt dat de 'uitgeleende' arbeidskracht in de onderneming waarin hij wordt ter beschikking gesteld, werkzaam is op grond van een rechtsbetrekking tussen hem en de 'uitlener'. Bij de arbeidsbemiddeling is van een overeenkomstige figuur geen sprake. Ook benaderd van de kant van degene, bij wie de arbeidskrachten worden tewerkgesteld, vertonen de twee figuren een duidelijk verschil: de arbeid wordt bij het ter beschikking stellen verricht zonder dat een overeenkomst ter zake tussen arbeidskracht en inlener tot stand komt; bij de arbeidsbemiddeling zal daarentegen het tot stand komen van een overeenkomst tussen de arbeidskracht en degene, bij wie hij deze arbeid gaat verrichten, juist doel van de bemoeienis zijn, bij het bereiken waarvan de bemiddelaar terugtreedt. Aldus zijn naar de mening van de ondergetekende de door twee onderscheidenlijk bestreken gebieden op een bevredigende wijze onderling afgegrensd.⁷⁵⁵

De Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten bleef een dode letter, totdat in 1970 zich hevige arbeidsonlusten in het Waterweggebied voordeden, waardoor Minister Roolvink – op advies van de Stichting van de Arbeid – zich genoodzaakt voelde in te grijpen. Daarbij werd een vergunningstelsel ingevoerd waaraan een aantal voorwaarden werden verbonden die korthedshalve op het volgende neerkwamen:⁷⁵⁶

1. Men moet een deugdelijke administratie voeren.
2. Veranderingen in de leiding van de onderneming en adreswijzigingen moeten terstond aan de minister van Sociale Zaken gemeld worden.
3. Men mag geen hoger loon betalen dan bij de inlener aan gelijkwaardige arbeidskrachten in dezelfde functie betaald wordt.

755 MvT van de Wet van 31 mei 1965, houdende regelingen betreffende het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (Stb. 379), Nederlandse Staatswetten in de editie Schuurmans en Jordens no. 40 bewerkt door Mr. A. B. Raven, pag. 151; zie ook van Haasteren en van Overeem (1976) pag. 24

756 Van Haasteren & Overeem (1976), p. 32

4. Men mag geen toeslagen op het uurloon van de arbeidskrachten betalen ter compensatie van normaal geldende uitkeringen aan een arbeidskracht in vast dienstverband.
5. Men mag aan zijn arbeidskrachten niet meer onkosten vergoeden dan aan vaste arbeidskrachten bij de inlener toekomt.
6. Een arbeidskracht mag niet belemmerd worden om in vaste dienst te gaan.
7. Er mogen geen arbeidskrachten beneden de 18 jaar ter beschikking gesteld worden, behoudens dispensatie in vakantietijd.
8. Terbeschikkingstelling naar het buitenland is niet toegestaan.
9. Onderlinge terbeschikkingstelling is niet toegestaan.
10. Op verzoek van de inlener moeten er afschriften van de loonlijsten van bij de inlener ter beschikking gestelde arbeidskrachten verstrekt worden.
11. In 1971 mogen niet meer arbeidskrachten ter beschikking gesteld worden, berekend naar het aantal manuren dat in 1970 werd gewerkt.
12. Periodiek moeten bepaalde gegevens verstrekt worden aan het ministerie van Sociale Zaken.

Nadien werd voorwaarde 11 gewijzigd in die zin dat terbeschikkingstellingen die langer dan drie maanden duurden gemeld moesten worden en terbeschikkingstellingen van langer dan zes maanden onderhevig waren aan goedkeuring van de minister van Sociale Zaken. Bedoeling van de maatregel was een strikte beperking van de uitzend- en uitleenactiviteiten tot werkzaamheden van tijdelijke aard.

Ook werd in 1973 nog bepaald dat het ter beschikking stellen van arbeidskrachten verboden was in de bouwsector in het gehele land en in de metaalsector in het Rijnmondgebied. Verder werden begin jaren zeventig contacten gelegd met de vakbeweging, hetgeen in 1971 leidde tot de eerste uitzend-cao.⁷⁵⁷ Ook werden al eerder de socialeverzekeringswetten van toepassing verklaard op uitzendkrachten.⁷⁵⁸

De periode 1960–1970 en het decennium daarna kenmerken zich door een moeizame relatie tussen de uitzendsector en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Dit werd pas anders toen in 1982 het eerste kabinet-Lubbers aantrad, dat in zijn eerste regeringsverklaring pleitte voor een ruimhartig beleid ten opzichte van uitzendarbeid.⁷⁵⁹

Het feit dat in 1990 terbeschikkingstelling en dus ook uitleen- en uitzendarbeid in ieder geval wetstechnisch werden ondergebracht in de nieuwe Arbeidsvoorzieningswet, markeerde een belangrijke omslag in denken. Deze vormen van arbeid

757 Van Haasteren & Overeem (1976), p. 35.

758 Van Haasteren & Overeem (1976), p. 25.

759 Goldschmeding (1998), p. 6.

werden eerder gepositioneerd als arbeidsmarktfenomenen die een positieve bijdrage kunnen leveren aan de arbeidsmarkt, dan als arbeidsvormen die vanwege hun risico's op het gebied van koppelbazen, misbruik, fraude en illegaliteit bestreden moeten worden.

8.3 *Arbeidsvoorziening*⁷⁶⁰

De arbeidsvoorzieningsorganisatie is zich in de loop der jaren steeds meer gaan ontwikkelen van een zuiver bemiddelende instantie naar een instelling die zich op het brede arbeidsmarktbeleid is gaan richten. Dit betekende een coördinerende rol ten aanzien van het beleid op het gebied van de economie, onderwijs, arbeidsverhoudingen en sociale voorzieningen. Daarnaast bleef ook de individuele dienstverlening bestaan op het gebied van de bemiddeling, het verlenen van ontslagvergunningen en de bemoeienis op het gebied van om-, her- en bijscholing, beroepsvoorlichting en gehandicaptenbemiddeling.

In de Arbeidsvoorzieningswet van 1990 werd het bestuur van de arbeidsvoorzieningsorganisatie getripartiteerd, dat wil zeggen ondergebracht bij een centraal bestuur – het Centraal Bureau voor de Arbeidsvoorziening (CBA) –, bestaande uit werkgevers, werknemers en overheidsvertegenwoordigers. Het werkgebied bestond onder meer uit:⁷⁶¹

- registratie van werkzoekenden en vacatures,
- beroepskeuzevoorlichting,
- arbeidsbemiddeling,
- behandeling vergunningaanvragen arbeidsbemiddeling,
- behandeling vergunningaanvragen voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten,
- scholing,
- subsidiëring van derden.

De Arbeidsvoorzieningswet verving de Arbeidsbemiddelingswet van 1930 en de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Private arbeidsbemiddeling was onder de nieuwe wet toegestaan onder voorwaarde van een vergunning, af te geven door het CBA. Ook private bemiddeling met winstoogmerk was mogelijk, in tegenstelling tot hetgeen bepaald was in de Arbeidsbemiddelingswet van 1930, waar dit uiteindelijk verboden was. Deze beleidswijziging vereiste wel dat Nederland, dat Conventie 96 had geratificeerd, van het strenge verbodsregime II van deze conventie zou overgaan naar het soepelere regime III.

⁷⁶⁰ Sol (2000).

⁷⁶¹ Van Drongelen & Fase (2005), p. 30.

De Arbeidsvoorzieningswet sluit qua definitie van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten volledig aan bij de definitie van de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Deze definitie luidt:⁷⁶²

Het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht of leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, in diens onderneming verrichten van aldaar gebruikelijke arbeid.

Als uitzondering hierop gelden a) het bij wijze van hulpbetoon zonder winstoogmerk ter beschikking stellen en b) ter beschikking stellen voor een beperkte tijd in verband met een geleverde zaak of tot stand gebracht werk.

Zonder vergunning van het CBA is het verboden om ter beschikking te stellen. Voor bepaalde categorieën arbeidskrachten is een vrijstelling mogelijk. Aan een vergunning kunnen voorschriften worden verbonden. Een vergunning kan worden gewijzigd of ingetrokken als er gegronde vrees bestaat dat het bij de wet beoogde doel schade wordt berokkend.

De wet kent ten aanzien van het ter beschikking stellen ook nog een aantal specifieke bepalingen, zoals het zogenaamde 'belemmeringsverbod', het verbod om de ter beschikking gestelde arbeidskrachten geen belemmeringen in de weg te leggen om met derden een arbeidsverhouding aan te gaan en het zogenaamde 'onderkruipersverbod', het verbod om arbeidskrachten ter beschikking te stellen als in een bedrijf of onderneming een arbeidsconflict, werkstaking, uitsluiting of bedrijfsbezetting gaande is.

Ook is bepaald dat het om tijdelijke arbeid moet gaan. In nadere voorschriften is bepaald dat deze maximaal zes maanden mag duren. Daarbij is verder bepaald dat in principe de ter beschikking gestelde arbeidskracht het bij de inlener gebruikelijke loon moet worden betaald.

Zonder vergunning ter beschikking stellen, het overtreden van de vergunningsvoorschriften en het niet naleven van het belemmerings- en onderkruipersverbod worden aangemerkt als een strafbaar feit en leveren een economisch delict op.

Al in 1996 komt men tot de conclusie dat de Arbeidsvoorzieningswet niet aan de verwachtingen voldoet. Het tripartiet aansturen van het arbeidsmarktbeleid blijkt nauwelijks toegevoegde waarde te hebben ten opzichte van een alleen door de overheid aangestuurd arbeidsmarktbeleid. Daarbij wordt de Arbeidsvoorzieningswet ingetrokken. Voorlopig blijven echter de regels omtrent arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten wel via de Invoeringswet Arbeidsvoorzieningswet 1996 in tact. Dit bleek echter een voorlopige maatregel, omdat al eerder een herbezinning op gang was gekomen over nut en noodzaak van deze arbeids-

762 Van Drongelen & Fase (2005), p. 32.

marktregelingen. In de nota *Heroverweging vergunningstelsel arbeidsbemiddeling en ter beschikking stelling van arbeidskrachten* werd al geconcludeerd dat de regels geen waarde meer hebben en steeds meer achterhaald blijken.⁷⁶³

Advies wordt gevraagd aan SER en CBA. Ook wordt advies gevraagd aan de SVR inzake een alternatieve regeling voor fraudebestrijding bij afdracht premies en belastingen ten aanzien van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

De SER vindt dat er voor private arbeidsbemiddeling ingevolge ILO-conventie 96 nog wel een vergunning is vereist, maar dit zou sober en ruimhartig uitgevoerd moeten worden. Over het ter beschikking stellen van arbeidskrachten is men minder unaniem. De werknemers willen dat de vergunningplicht blijft bestaan en bij afschaffing in ieder geval wettelijke gedragsnormen, dat wil zeggen een belemmeringsverbod en een loonverhoudingsvoorschrift. Aan afschaffing van de wettelijke uitzendtermijn van zes maanden zouden rechtspositionele consequenties verbonden moeten zijn.

De werkgevers zijn voor afschaffing van de vergunningplicht en ook voor een zogenaamd onderkruipersverbod.

De SVR werkt in zijn advies een aantal modaliteiten met voor- en nadelen uit om tot vrijwaring te komen.⁷⁶⁴

8.4 *Flexibiliteit en zekerheid*

In 1994 kondigde het CBA aan dat zij niet meer zou handhaven op de zesmaanden-termijn en twaalf maanden zou gedogen. Minister de Vries had al te kennen gegeven dat hij het vergunningstelsel bij het ter beschikking stellen van arbeidskrachten wilde afschaffen. Vervolgens kwam minister Melkert in 1994 met zijn nota *Flexibiliteit en Zekerheid*⁷⁶⁵, waarin de contouren van een nieuw beleid werden neergelegd. Hij sloot aan bij het SER-advies, sprak waardering uit voor de vele varianten op het gebied van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals uitzendbureaus, arbeidspools en detacheerbedrijven. Hij wees ook op de negatieve kanten ervan, zoals verdringing van arbeid in rechtstreeks dienstverband door minder goed geregelde arbeid bij driehoeksverhoudingen. Dit betekende dat de vergunningplicht wel afgeschaft kon worden, maar dat er ook wettelijke normen zouden moeten komen, zoals:

- handhaving van het loonverhoudingsvoorschrift, het onderkruipersverbod en het belemmeringsverbod;
- verbetering van de rechtspositie van de uitzendkracht;
- opening van de mogelijkheid van een g-rekeningsysteem.⁷⁶⁶

763 Van Drongelen & Fase (2005), p. 34.

764 Van Drongelen & Fase (2005), p. 34 e.v.

765 Nota *Flexibiliteit en Zekerheid*, TK 1995/96, 24543.

766 Van Drongelen & Fase (2005), p. 35.

De nota *Flexibiliteit en Zekerheid* werd onder grote druk van de uitzendsector ter advisering voorgelegd aan de Stichting van de Arbeid. Interessant was dit wel, omdat het zogenaamde Paarse Kabinet bij haar aantreden had aangekondigd op eigen gezag te willen regeren en daarbij de polder geen rol meer wilde toebedelen.

Het verzet uit de uitzendsector was met name gericht tegen de rechtspositio-
nele kant van de nota. Bedoeling was om de uitzendrelatie voortaan te kwalificeren
als een arbeidsovereenkomst met alle verplichtingen van dien. In de praktijk had de
uitzendrelatie een vrijblijvende status verkregen, die de arbeidsmarkt veel flexibiliteit
bezorgde. Met name ging het daarbij om de bepaling 'einde opdracht is einde uitzen-
ding', welke in de discussie daarna is gaan gelden als het zogenaamde uitzendbeding.

In april 1996 brengt de Stichting van de Arbeid (STAR) een nagenoeg unaniem advies
uit.⁷⁶⁷ Men was er voorstander van dat de uitzendrelatie in het vervolg gekwalificeerd
zou worden als een arbeidsovereenkomst, zij het wel met een bijzonder karakter,
door het openen van de mogelijkheid tot afsluiting van het zogenaamde uitzend-
beding, waarbij de opdrachtgever de bevoegdheid kreeg om deze overeenkomst te
beëindigen. Ook werd de mogelijkheid geopend om in een tijdsbestek van drie jaar
drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd af te sluiten. Deze nieuwe regels zou-
den het karakter van driekwart dwingend recht krijgen, zodat bij cao afwijkingen
waren toegestaan. De Stichting adviseerde ook om een bijzondere ontslagrichtlijn
vast te stellen ten behoeve van de uitzendbranche. Men was ook voorstander van
handhaving van het loonverhoudingsvoorschrift en het onderkruipersverbod. Het
belemmeringsverbod kon worden gemist.

Als bijlage bij het Stichtingsadvies werd het zogenaamde uitzendconvenant op-
genomen. Dit convenant werd afgesloten tussen de uitzendwerkgevers ABU en NBBU
enerzijds en FNV, CNV, Unie BLHP en LBV anderzijds. In feite werd in dit conve-
nant een bijzonder regime van 'hoe langer werk, hoe meer rechten' uitgewerkt in vier
fasen. Gedurende de eerste twee fasen eindigde hierbij de uitzendovereenkomst van
rechtswege bij het einde van de inlening; de derde fase werd gekenmerkt door een
beperkt aantal arbeidscontracten voor bepaalde tijd (acht) die in een tijdsbestek van
twee jaar afgesloten konden worden. In de vierde fase ging het om contracten voor
onbepaalde tijd. Naast dit 'groeicontract' werden in het uitzendconvenant afspraken
gemaakt op het gebied van pensioen en scholing.

De vraag doet zich voor hoe dit uitzendconvenant als bijlage bij het Stichtings-
advies juridisch valt te duiden. Naar mijn mening hebben we hier te maken met een
collectieve arbeidsovereenkomst, zij het wel een bijzondere.

De nota *Flexibiliteit en Zekerheid* van minister Melkert, het uitzendconvenant en
het STAR-akkoord hebben de fundamenteën gevormd van de nieuwe Flexwetgeving

767 STAR Nota *Flexibiliteit en Zekerheid*, publicatie nr. 2/96 (STAR-akkoord).

omtrent flexibiliteit en zekerheid, die nader zijn uitgewerkt in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) en het Burgerlijk Wetboek.

8.5 *Waadi*

In de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs van 1998 wordt de niet-openbare ofwel de private arbeidsbemiddeling geregeld en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. De openbare bemiddeling was geregeld in de Arbeidsvoorzieningwet van 1996, die werd ingetrokken via de Invoeringswet Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen van 2001.

De private bemiddeling is aan een vergunning gebonden die verplichtingen impliceert, zoals het onderkruipersverbod, en waaraan ook nadere voorschriften verbonden kunnen zijn. De vergunning kan worden geweigerd of ingetrokken als een gegronde vrees bestaat dat een vergunninghouder de hem opgelegde verplichtingen, de vergunningsvoorschriften, niet naleeft of dat anderszins het beleid van goede verhoudingen op de arbeidsmarkt of het belang van de betrokken arbeidskrachten zal worden geschaad.

Zodra tot ratificatie van ILO-conventie 181 zal worden overgegaan, zal deze vergunningplicht vervallen. Wel zal dan een aantal gedragsnormen blijven gelden zoals het zogenaamde betaalverbod en het onderkruipersverbod. Verder moet de mogelijkheid blijven bestaan om voor specifieke categorieën werkzoekenden en werkgevers bijzondere regels te bepalen.

Bij invoering van de Waadi was de vergunningplicht voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten afgeschaft. Fraudebestrijding en bescherming van het belang van goede verhoudingen op de arbeidsmarkt bleven doelstellingen en vroegen om specifieke regelgeving. Deze werden in de Waadi opgenomen, waarbij het betreft:

- artikel 8, de loonverhoudingsnorm;
- artikel 9, verbod tegenprestatie arbeidskracht;
- artikel 10, het onderkruipersverbod;
- artikel 11, informatie over veiligheid;
- artikel 12, sectorspecifieke bepalingen;
- artikelen 16 en 17, inlenersaansprakelijkheid en vrijwaring.⁷⁶⁸

De maximumuitzendtermijn, die nog wel deel uitmaakte van de regels zoals opgenomen in de Wet arbeidsvoorziening 1996, evenals het belemmeringsverbod, zijn niet meer opgenomen in de Waadi.

768 Van Drongelen & Fase (2005), p. 37

8.6 Uitzendovereenkomst in BW

De aard van de uitzendrelatie heeft bij wetenschap en rechtspraak in Nederland veel discussie opgeleverd. Koopmans betoogde al in 1962 in zijn dissertatie dat de terbeschikkingstelling – ‘leenverhouding’ – zo kan worden gezien als een tijdelijk delegeren van werkgeversgezag aan de derde/opdrachtgever door de (contractuele) werkgever.⁷⁶⁹ Koopmans onderkende het fenomeen dat de ‘contractuele’ werkgever van het ter beschikking stellen van arbeiders aan anderen zijn bedrijf maakt, hetgeen het uitzenden van arbeidskrachten betreft.⁷⁷⁰ Betoogd werd dat er zowel sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst tussen uitzendbureau en uitzendkracht als van een overeenkomst tot opdracht tussen deze partijen. In dat geval moest afhankelijk van de concrete omstandigheden worden vastgesteld of er al dan niet een arbeidsovereenkomst bestond.⁷⁷¹

Zwemmer ziet in arresten van de Hoge Raad uit 1977, 1980 en 1988 bevestiging van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, omdat er een plicht tot werken bestond bij de opdrachtgever onder diens aanwijzingen. Zwemmer constateert echter dat de Hoge Raad hier geen algemene regel formuleert op grond waarvan er een arbeidsovereenkomst zou bestaan. Het hing uiteindelijk iedere keer weer van de feitelijke omstandigheden af. Zwemmer vindt voor deze stelling met name ook steun van Stein.⁷⁷²

Heerma van Voss⁷⁷³ stelt dat de uitzendbureaus lange tijd onduidelijkheid hebben laten bestaan over de juridische status van de uitzendkracht. Zij zouden bevreesd zijn voor de consequenties van een loonbetalingsplicht bij perioden zonder werk en van de consequenties voor toepassing van de ontslagregels. De totstandkoming van de uitzend-cao bracht hierin weliswaar verbetering, maar onduidelijkheid bleef bestaan. Heerma van Voss ziet in rechtspraak en literatuur de aanname dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, in elk geval voor de duur van de werkzaamheden bij de opdrachtgever. Hij haalt advocaat-generaal Koopmans aan, die in een conclusie onderschrijft dat dit de heersende leer is.⁷⁷⁴ De vrijblijvendheid die wezenlijk is voor de uitzendrelatie zou geen praktische waarde hebben, aldus Koopmans.

De uitzendpraktijk heeft deze discussie altijd gezien als een in belangrijke mate academische. De uitzend-cao en zijn steeds omvangrijker uitwerking boden oplossingen

769 Koopmans (1962), p. 296.

770 Koopmans (1962), p. 296.

771 Zwemmer (2012), p. 79.

772 HR 23 mei 1980, NJ 1980, 633 m.nt. Stein.

773 Heerma van Voss (1996), p. 20.

774 HR 7 april 1996 (conclusie A.-G. Koopmans), JAR 1996/168.

en de praktijk kon ook lange tijd leven met deze onduidelijkheid. Uiteindelijk is er wel een compromis gevonden in het Flex-akkoord, waarbij de uitzendovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek werd opgenomen als bijzondere arbeidsovereenkomst.

In artikel 7:690 BW wordt de uitzendovereenkomst als volgt gedefinieerd:

De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van het beroep of bedrijf van de werkgever, ter beschikking wordt gesteld aan een derde om een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde.

In de literatuur is de vraag ontstaan of voor de vraag naar de vereisten voor aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst ook artikel 7:610 nog van toepassing is. Met andere woorden, moet eerst gekeken worden naar dit artikel en vastgesteld worden dat de constitutieve vereisten van dit artikel aanwezig zijn, te weten: arbeid in ondergeschiktheid (gezagsverhouding), verplichting tot persoonlijke arbeid en verplichting tot loondoorbetaling, waarna gekeken kan worden naar artikel 7:690; of geldt dit laatste artikel rechtstreeks via zogenaamde wetsduiding.

Verhulp,⁷⁷⁵ Asscher-Vonk⁷⁷⁶ en Christe⁷⁷⁷ lijken de wetsduidingstheorie aan te hangen. Grapperhaus⁷⁷⁸ is van mening dat gekeken moet worden naar beide artikelen. Overigens heeft de jurisprudentie zich in het nadeel van de wetsduidingstheorie ontwikkeld.

De definitie van de uitzendovereenkomst is ruim van opzet en van belang is wat de minister in de MvT hiertoe opmerkt:

De voorgestelde regeling voor de uitzendovereenkomst heeft niet alleen betrekking op de thans in de praktijk voorkomende uitzendrelatie, maar omvat ook alle andere driehoeksrelaties waarbij de werknemer in de uitoefening van het bedrijf of beroep van de werkgever aan een derde ter beschikking wordt gesteld om onder leiding en toezicht van die derde arbeid te verrichten. Zodanige terbeschikkingstelling kan bijvoorbeeld ook uitlening omvatten als die uitlening aan de elementen van de definitie voldoet. Is dat het geval, dan is het bijzondere regime van de uitzendovereenkomst, zoals neergelegd in art. 691 boek 7 BW, op deze driehoeksrelatie van toepassing.

775 Verhulp (2001).

776 Asscher-Vonk (1997).

777 Christe (2001), p. 171.

778 Grapperhaus & Jansen (1999), p. 39.

De voorgestelde regeling van de uitzendovereenkomst geeft derhalve een uniforme wettelijke regeling voor de vele onder verschillende benamingen voorkomende vormen van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zoals: uitzending, uitzending, detacheren, of tewerkstellen in het kader van een arbeidspool.

In de praktijk gaat het dus om uitzendbureaus, arbeidspools en andere organisaties die er hun beroep of praktijk van maken arbeidskrachten, onder welke noemer dan ook, tijdelijk ter beschikking te stellen.⁷⁷⁹

Artikel 7:691 bepaalt de bijzondere regels voor de uitzendovereenkomst:

- lid 1 bepaalt de uitgestelde werking van de ketenbepaling zoals opgenomen in artikel 7:668a en stelt deze op 26 weken;
- lid 2 bepaalt dat partijen in de uitzendovereenkomst schriftelijk kunnen overeenkomen dat deze van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde op verzoek van die derde ten einde komt. Dit is het zogenaamde uitzendbeding;
- lid 3 geeft de duur van de rechtsgeldigheid van het beding aan, te weten 26 weken;
- lid 4 bepaalt onderbrekingsregels;
- lid 5 gaat over anti-draaideurconstructies;
- lid 6 sluit intra-concernuitzending uit;
- lid 7 betreft een afwijkingsregel bij cao van de termijnen in de leden 1, 3, 7 en draaideurconstructies in lid 5.

Artikel 7:668a bepaalt dat in een tijdsbestek van drie jaar meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd overeengekomen kunnen worden; afwijkingen zijn bij cao mogelijk.

8.7 Ratificatie ILO-conventie 181

In 2003 is de vergunningplicht voor arbeidsbemiddeling vervallen. Dit werd mogelijk doordat Nederland Conventie 181 had geratificeerd. In hoofdstuk 2 werd uitgebreid stilgestaan bij de voorgeschiedenis van Conventie 181 en de fundamentele wijzigingen die deze in de internationale sociale rechtsorde tot stand bracht.

In de zomer van 1999 legde de minister van Buitenlandse Zaken ter stilzwijgende goedkeuring aan de Eerste en Tweede Kamer, gehoord hebbende de Raad van State, het desbetreffende verdrag voor.⁷⁸⁰ In zijn toelichting stelt de minister dat:

779 TK 1996/1997, 25263 nr.3, p. 9–11 (MvT), *Parl. Gesch. Flexwet*, p. 936. Zie ook Verburg (2013), p. 910.

780 Brief minister, vergaderjaar 1998–1999 nr. 2, 26601 Verdrag betreffende particuliere bureaus voor arbeidsbemiddeling (Verdrag nr. 181, aangenomen door de Internationale Arbeidsconferentie in haar vijfentachtigste zitting), Genève, 19 juni 1997, p. 2.

... het wenselijk is zo weinig mogelijk belemmeringen op te werpen of in stand te houden voor (re)integratie van werkzoekenden in het arbeidsproces. Particuliere uitzend- of bemiddelingsbureaus vervullen daarbij een nuttige intermediaire functie.

De minister geeft aan dat bij de ILO-onderhandelingen Nederland als voorzitter van de Europese Unie belast was met de coördinatie van de standpunten van de destijds vijftien EU-lidstaten en op veel punten consensus wist te bereiken. Nederland heeft zich altijd op het standpunt gesteld dat Conventie 96 zich niet richtte op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Het nieuwe verdrag 181 is echter nu wel ondubbelzinnig van toepassing, op zowel bemiddeling als terbeschikkingstelling. De minister geeft in zijn toelichting verder aan dat het Nederlands recht al voldoet aan de bepalingen van het verdrag.

Het verdrag heeft betrekking op bureaus die vraag en aanbod bij elkaar brengen zonder daarbij zelf partij te worden in de arbeidsverhouding (arbeidsbemiddeling) (art. 1, eerste lid, onderdeel a) en op bureaus die zelf een arbeidsverhouding aangaan met een arbeidskracht en deze ter beschikking stellen van een andere onderneming om onder toezicht van deze laatste te werken. (ter beschikking stellen van arbeidskrachten, tba) (art. 1, eerste lid, onderdeel b van het verdrag). Als derde categorie kent het verdrag andere diensten met betrekking tot werkzoekenden die door het bevoegd gezag, na advies van werk werkgevers en werknemers, onder de werking van het verdrag zijn gebracht. De Waadi sluit qua definities van arbeidsbemiddeling en terbeschikkingstelling volledig aan bij de verdragsteksten.

Artikel 2 sluit de arbeidsbemiddeling van zeevarenden uit van Conventie 181 en biedt ook de mogelijkheid om onder specifieke omstandigheden tot verboden te komen. Artikel 12 Waadi sluit hierbij aan.

Artikel 3 bepaalt dat de juridische status van particuliere uitzendbureaus in overeenstemming met nationale wetgeving en praktijk wordt bepaald na raadpleging van sociale partners; lid 3 bepaalt dat de lidstaten verplicht zijn een keuze te maken uit een vergunningsstelsel, een certificeringssysteem of een andere regeling. Een vergunningsstelsel is derhalve niet verplicht en de minister geeft aan dat met de flexibiliteits- en zekerheidsvoorstellen de regering ook deze koers wil varen, dat wil zeggen geen vergunningsplicht voor zowel arbeidsbemiddeling als terbeschikkingstelling.

Artikel 4 waarborgt de vrijheid van onderhandelen en de minister geeft aan dat dit in Nederland wordt beheerst door de algemene regels van het verenigingsrecht. Uit Boek 2 BW vloeit voort dat men in Nederland vrij is een vakbond op te richten en dat er geen voorafgaande toestemming van de overheid nodig is. De Wet op de cao 1927 werkt deze collectieve onderhandelingsrechten verder uit en in de Waadi wordt

Zie ook: Jacobs & Blanpain (1999), p. 299 e.v.

ook rekening gehouden met deze cao's. Zo bepaalt het loonverhoudingsvoorschrift van artikel 8 Waadi dat voor het vaststellen van de beloning de zogenaamde inlenersnorm bepalend is, tenzij er een cao van toepassing is op het uitzendbureau (lid 2) dan wel op de inlener een cao van toepassing is die bepaalt dat deze inlener er zeker van moet zijn dat voor de vaststelling van de beloning deze cao van toepassing is. Met deze regelingen voldoet Nederland aan de verdragsverplichtingen, aldus de minister.

Artikel 5 stelt bepalingen ter zake van gelijke behandeling en non-discriminatie en noemt de volgende discriminatiegronden: ras, kleur, geslacht, godsdienst, politieke overtuiging, nationale afstamming, sociale afkomst of elke andere vorm van discriminatie die valt onder de nationale wetgeving, zoals leeftijd en handicap; lid 2 stelt dat positieve discriminatie is toegestaan. De Minister verwijst naar artikel 3, derde lid, Waadi dat geldt als waarborg tegen discriminatie, de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), artikel 1 van de Nederlandse Grondwet en de Wet op de (re) integratie arbeidsgehandicapten (wet REA), en vindt de conclusie gerechtvaardigd dat voldaan wordt aan artikel 5 van het verdrag.

Artikel 6 bepaalt dat de privacybescherming en verwerking van persoonsgegevens zorgvuldig moet zijn en in overeenstemming met de nationale privacywetgeving. Dit betrof eerst de toenmalige Wet persoonsregistraties en de daarna geldende Wet bescherming persoonsgegevens als implementatie van EU-richtlijn nr. 95/46/EG.

Artikel 7 bepaalt het principe 'no fee to worker'. In artikel 3, 1e lid, Waadi is geregeld dat bij het verrichten van arbeidsbemiddeling geen tegenprestatie van de werkzoekende mag worden gevraagd. Voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten is dit geregeld in artikel 9 Waadi.

Artikel 8 geeft bescherming aan migrerende werknemers. Lidstaten moeten migrerende werknemers bescherming bieden ter voorkoming van misbruik. Cruciaal daarbij is artikel 48, 2e lid, EG-verdrag (een bepaling met rechtstreekse werking), dat als uitwerking van het vrije verkeer van werknemers de afschaffing bepaalt van elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen werknemers van de lidstaten betreffende de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden. Dit discriminatieverbod is uitgewerkt in verordening nr. 1612/68/EEG van 1968, betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap. Iedere onderdaan mag, ongeacht woonplaats, in een andere lidstaat loondienst aanvaarden en verrichten (art. 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 1612/68). Richtlijn nr. 68/360/EEG bepaalt verder nog (art. 1) dat beperkingen opgeheven dienen te worden inzake verplaatsing en verblijf.

De Detacheringsrichtlijn legt in artikel 3 lidstaten de verplichting op om zogenaamde 'kernarbeidsvoorwaarden' aan migrerende werknemers te garanderen. Krachtens artikel 28 van de overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte wordt tussen de EU-lidstaten en de EVA-staten een vrij verkeer van werknemers tot

stand gebracht, dat elke discriminatie op grond van nationaliteit en ten aanzien van werkgelegenheid, beloning en overige arbeidsvoorwaarden afschaft.

Voor inwoners van buiten de EVA gelden beperkingen terugkomend in de Wet arbeid vreemdelingen van 1994, die tewerkstellingsvergunningen vereist. Weigeringsgrond voor de afgifte hiervan is het aanwezig zijn van prioriteit genietend aanbod. Indien in de arbeidsvoorwaarden belemmeringen zijn gelegen voor de vervulling van de vacature door prioriteit genietend aanbod (art. 9, onder b, van de Wet arbeid vreemdelingen) kan een tewerkstellingsvergunning worden geweigerd.

De Minister stelt dat al deze regelingen ten aanzien van migrerende werknemers voldoende bescherming bieden, zoals vereist door artikel 8 van het verdrag.

Artikel 9 verbiedt kinderarbeid. Het verbod op kinderarbeid is in Nederland neergelegd in artikel 3:1 van de Arbeidstijdenwet. Op grond van artikel 1:2 van deze wet geldt thans als kind een persoon jonger dan 16 jaar. Artikel 3:2 van de Arbeidstijdenwet geeft uitzonderingen, zoals lichte, niet-industriële arbeid door een kind van 13 jaar en bezorging van ochtendkranten door een kind van 15 jaar. Voorts zijn onthefingen mogelijk, te geven door de Arbeidsinspectie (art. 3:3 van de Arbeidstijdenwet).

Artikel 10 vereist een klachtenprocedure. Artikel 13 Waadi wijst de Arbeidsinspectie als toezichthouder aan. Deze is ook door de Minister aangewezen als klachteninstelling. Artikel 15 Waadi bepaalt verder nog dat niet-naleving van Waadi-bepalingen gemeld kan worden aan de desbetreffende werkgever en werknemer, de ondernemingsraad en de daarvoor in aanmerking komende werkgevers- en werknemersorganisaties.

De artikelen 11 en 12 betreffen de bescherming van de ter beschikking gestelde arbeidskrachten. Artikel 11 bepaalt dat er voldoende rechtsbescherming ten aanzien van de vrijheid van vakvereniging (art. 11, a), collectief onderhandelen (art. 11, b), minimumlonen (art. 11, c), werktijden (art. 11, d), sociale voorzieningen (art. 11, e), toegang tot scholing (art. 11, f), veiligheid en gezondheid op het werk (art. 11, g), schadeloosstelling in geval van ongevallen en beroepsziekten en van insolventie en bescherming van vorderingen van de werknemers (art. 11, h en i), en bescherming en uitkering in verband met zwangerschap, bevalling en ouderschap (art. 11, i). Artikel 12 schrijft voor dat lidstaten de verantwoordelijkheden verdelen, overeenkomstig nationale wetgeving en praktijk, tussen de uitzendbureaus en inleners.

Voor de bescherming ten aanzien van de vrijheid van vakvereniging en collectief onderhandelen zij verwezen naar hetgeen hierover reeds is opgemerkt bij artikel 4. Minimumlonen worden gewaarborgd in Nederland door de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML).

De Arbeidstijdenwet waarborgt de rechtsbescherming inzake werktijden. Uitzendkrachten zijn in Nederland ook verzekerd voor de socialeverzekeringswetten, omdat zij in dienstbetrekking werkzaam zijn of hieraan worden gelijkgesteld.

Scholingsafspraken zijn gemaakt in de twee uitzend-cao's die bestaan.

Artikel 7:658 BW ziet toe op veiligheid en gezondheid op het werk; lid 2 bepaalt ter zake ook de aansprakelijkheid; lid 4 heeft deze aansprakelijkheid ook uitgebreid naar degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf door een werknemer, terwijl die werknemer niet bij hem in dienst is, arbeid laat verrichten. Verder regelt de Arbeidsomstandighedenwet tal van onderwerpen op het gebied van veiligheid en gezondheid en het welzijn van de werknemer.

De Werkloosheidswet regelt aanspraken ingeval van insolventie van de werkgever met betrekking tot achterstallig loon, loon over de opzegtermijn en vakantiegeld.

De Ziektewet regelt zwangerschaps- en bevallingsuitkeringen.

Wat betreft de verdeling van verantwoordelijkheden zoals bedoeld in artikel 12 kennen de Arbeidsomstandighedenwet en de Arbeidstijdenwet regelingen die rekening houden met het gesplitst werkgeverschap zoals voorkomend bij uitzendarbeid. Ook kent artikel 8 Waadi een loonverhoudingsvoorschrift dat hiermee rekening houdt.

Artikel 11 Waadi stelt, als bijdrage aan de veiligheid en gezondheid op het werk, verplicht om informatie te verstrekken over specifieke kenmerken van de arbeidsplaats en de beroepsspecificaties. Artikel 4, lid 5, van de Arbeidsomstandighedenwet verplicht de inlener deze informatie te verschaffen aan het uitzendbureau, die deze informatie vervolgens ingevolge artikel 11 Waadi weer aan de uitzendkracht moet verstrekken.

Artikel 34 van de Invorderingswet 1990 bepaalt dat er een hoofdelijke aansprakelijkheid is voor afdracht van premies en belastingen ingeval van insolventie van de uitzender.

Artikel 13 bevordert de samenwerking tussen private en publieke arbeidsbureaus. In hoofdstuk 3 (p. 66) zagen we dat deze samenwerking tussen publiek en privaat in Nederland inmiddels op meerdere wijzen heeft plaatsgevonden.

Artikel 14 vereist toezicht. Dit berust volgens artikel 13 van de Waadi bij de door besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangewezen ambtenaren werkzaam bij de Arbeidsinspectie. De controle op betaling van premies en belastingen op grond van de socialeverzekeringswetten wordt uitgevoerd door de looninspectiediensten en de uitvoeringsinstellingen van de Belastingdienst.

Artikel 15 Waadi geeft ook aan dat er onderzoek gedaan kan worden naar niet-naleving van de Waadi-bepalingen op het gebied van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Mededeling van deze onderzoeksresultaten kan worden gedaan

aan de desbetreffende werknemer, werkgever, aan de ondernemingsraad en relevante werkgevers- en werknemersorganisaties.

Ook bij het niet-naleven van artikel 11 Waadi kan door de betrokken arbeidskracht civielrechtelijke actie worden ondernomen. Overtreding van de Arbeidsomstandighedenwet is als economisch delict strafbaar gesteld. Ook de Arbeidsinspectie kan maatregelen nemen, zoals aanwijzingen of bevelen tot stillegging van het werk. Overtredingen van de Arbeidstijdenwet en de Wet arbeid vreemdelingen zijn ook als economisch delict strafbaar gesteld. Overtreding van discriminatieverboden is strafrechtelijk gesanctioneerd. De arbeidskracht kan ook naar de (civiele) rechter gaan indien wettelijke bepalingen niet worden nageleefd en verplichtingen die voortvloeien uit cao's ten aanzien van bijvoorbeeld loon, vakantiegeld en ontslag.

Tot zover de toelichting van de minister. Deze verwijst ook nog naar Aanbeveling 188 die hij als leidraad voor verder beleid ziet. Hij ziet deze bepalingen als bepalingen aangaande ethisch gedrag, waarvan de meeste in het Nederlands arbeidsrecht vanzelfsprekend zijn.

De minister wenst spoedig te bekrachtigen, omdat dit automatisch leidt tot opzegging van Conventie 96. Zonder deze mogelijkheid zou Nederland langer gebonden zijn aan deze conventie, en wel tot 2003. Hierdoor zou de gewenste afschaffing van het vereiste van de arbeidsbemiddelingsvergunning uitgesteld moeten worden.

Ook wilde Nederland niet uit de pas lopen met andere EU-landen die ook spoedig tot bekrachtiging wilden overgaan. Verder wordt met bekrachtiging voldaan aan het uitgangspunt dat het dienstig is om te bekrachtigen, omdat het gaat om een uit mondiaal oogpunt wenselijk geachte regeling en bekrachtiging bijdraagt aan de totstandkoming van een breed gedragen internationale arbeidsnorm.

Gebruik is bij dit soort verdragen om ook werkgevers- en werknemersorganisaties te consulteren. De werkgevers gingen zonder commentaar akkoord. De FNV wilde enkele aanvullingen en nadere motivering in de toelichting, maar ging uiteindelijk, tezamen met CNV en MHP, ook akkoord.

8.8 Detachering via WAGA

In hoofdstuk 7 is al uitvoerig ingegaan op de detacheringsrichtlijn. Deze is in Nederland eind 1999 ingevoerd via de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (WAGA). De discussie voorafgaande aan de implementatie van de detacheringsrichtlijn heeft met name in het teken gestaan van de reikwijdte van de regeling. Deze werd beperkt tot de bouwsector en in de Kamer werden hier vraagtekens bij gezet (PvdA, VVD, CDA, Groen Links). Ook voor andere sectoren zou een gelijk speelveld qua arbeidsvoorwaarden gecreëerd moeten worden. De minister echter voorzag complexiteit en wilde eerst ervaring opdoen. Het vraagstuk werd aan de Stichting van

de Arbeid voorgelegd en deze kwam met een verdeeld advies. De werkgevers wilden een vrije markt en de werknemers bescherming tegen loonconcurrentie.

In 2004 ontstond hierin een kentering en zag de regering uitbreiding van de WAGA wel als een oplossing voor toenemende loonverschillen die zich voordeden.

De WAGA zelf bestaat uit een beperkt aantal artikelen. Artikel 1 van de WAGA verklaart een reeks bepalingen van boek 7, titel 10 BW (arbeidsovereenkomstenrecht) van toepassing op in Nederland gedetacheerde werknemers. Het betreft de artikelen 634 t/m 642, 645 (vakantie en verlof), 646, 647, 648 (gelijke behandeling), 658 (veiligheid op het werk/aansprakelijkheid bij arbeidsongevallen) en 670, lid 2 (opzegverbod bij zwangerschap).

Hier gold dus een expliciete implementatie. Van een impliciete implementatie was sprake inzake de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML), de Arbeidstijdenwet, de Arbeidsomstandighedenwet, de Wet arbeidsallocatie door intermediairs (Waadi) en de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).

De regering stelde zich op het standpunt dat deze regelingen al op grond van artikel 7 EVO dwingend recht waren en expliciete implementatie dus overbodig was.

Houwerzijl⁷⁸¹ vindt dat er hierdoor vraagtekens gezet kunnen worden bij de toegankelijkheid en kwaliteit van de wetgeving, met name omdat buitenlandse werkgevers en werknemers behoefte hebben aan duidelijkheid, zeker bij de implementatie van EG-recht dat particulieren beschermt.

Artikel 2 richt zich op gedetacheerde werknemers met Nederland als woonland. Deze werknemers, die een buitenlands arbeidscontract hebben, worden ook beschermd door de detacheringsrichtlijn.

Artikel 3 geeft uitbreiding aan artikel 2 Wet tot het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV). Een nieuw lid 6 bepaalt dat verbindend verklaarde cao-bepalingen van toepassing zijn op gedetacheerde werknemers ten aanzien van de harde kern van arbeidsvoorwaarden; lid 7 beperkt zich daarbij tot de bouwsector en kan vervallen als andere sectoren hierbij ook meegenomen moeten worden. Als kern-arbeidsvoorwaarden gelden:

- maximale werktijden en minimale rusttijden;
- het minimumaantal vakantiedagen gedurende welke de verplichting om het loon door te betalen bestaat;
- minimumloon, daaronder begrepen vergoedingen voor overwerk en daaronder niet begrepen aanvullende pensioenregelingen;
- voorwaarde voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten;
- gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk;

781 Houwerzijl (2004), p. 335.

- beschermende bepalingen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden van kinderen, jongeren en zwangere of pas bevallen werknemers;
- gelijke behandeling van mannen en vrouwen alsmede andere bepalingen inzake non-discriminatie.

Artikel 4 wijzigt artikel 98 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en voegt een nieuw lid 3 toe, dat de kantonrechter bevoegd maakt bij geschillen, aanhangig gemaakt door gedetacheerden. Ook vakbonden kunnen vorderingen instellen. Houwerzijl wijst erop dat bij latere wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering deze belangrijke bevoegdheid is komen te vervallen, waardoor Nederland in strijd is met artikel 6 van de detacheringsrichtlijn. Ook constateert zij dat andere bepalingen van de dienstenrichtlijn (art. 1, lid 2, art. 2, lid 2, art. 3, leden 3 en 5, art. 4, leden 2 en 3, art. 5) niet of onvoldoende of te impliciet zijn geïmplementeerd.⁷⁸²

Houwerzijl vindt de implementatie dan ook min of meer problematisch. Zij haalt Jaspers aan die de wijze waarop de sanctionering is behandeld dan ook ziet als een indicatie voor de belangstelling van de wetgever om het daadwerkelijk en zo nodig krachtdadig, realiseren van wetgeving te bereiken. Hoe zwakker de sanctionering, hoe symbolischer het karakter van de wetgeving en in die opvatting is ‘symbolisch’ geen positieve karakterisering.

Houwerzijl concludeert dat de WAGA nog op veel punten verbeterd kan worden. In hoofdstuk 7 was al te zien dat er ook onduidelijkheid bestaat over de toepassing van het principe ‘gelijk loon voor gelijk werk’ ten aanzien van uitzendarbeid. Bestaat er automatisch een binding aan dit principe via artikel 3, lid d, als dat aldaar ook wettelijk is voorzien, of moet dit via artikel 3, lid 9, nog altijd nader bepaald worden?

Hoe het ook zij, in de Nederlandse verhoudingen hebben sociale partners bij de uitzend-cao deze zaak in artikel 68 geregeld, waarbij het principe ‘gelijk loon voor gelijk werk’, de zogenaamde inlenersbeloning (art. 29 cao) ook op gedetacheerde uitzendkrachten in de zin van de WAGA van toepassing is verklaard. Het hangt onder meer van de reikwijdte van deze cao en de al dan niet verbindendverklaring af of dit afdoende is. Daarbij moeten we ons ook realiseren dat detachering meer is dan alleen uitzenden. Het feit dat minister Asscher van Sociale Zaken en Werkgelegenheid met steun van zeven lidstaten een campagne is begonnen voor ‘equal pay for equal work in the same workplace’, hetgeen al is afgewezen door een negental lidstaten, geeft aan dat we er nog niet helemaal zijn.^{783, 784}

782 Houwerzijl (2004), p. 334.

783 Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 18 juni 2015.

784 Brief aan Marianne Thijssen, Commissionair for Employment, Social Affairs, Skills and Labour Mobility, van 7 juli 2015 over Revision posting directive.

Van belang in dit verband is ook nog de implementatie van de handhavingsrichtlijn, die vóór juni 2016 zal moeten plaatsvinden, en de aanpak van schijnconstructies in zijn algemeenheid, waarop we in hoofdstuk 9 nog nader zullen ingaan.

Inmiddels heeft de Minister in verband met de implementatie van de handhavingsrichtlijn een wetsontwerp ingediend dat niet alleen de handhavingsrichtlijn implementeert, maar ook de WAGA daarbij integreert. De huidige WAGA wordt dan ingetrokken en zal plaatsmaken voor de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde Werknemers in de EU.

Opvallend is dat de Minister voor buitenlandse bedrijven die werk willen verrichten in Nederland een meldingsplicht wil invoeren. Deze plicht zou ook voor zzp'ers gaan gelden. De Raad van State is kritischer en vreest administratieve lastendruk, ook voor de zzp'ers. De Minister stelt dat dit systeem al van toepassing is in achttien andere EU-landen.⁷⁸⁵

8.9 Evaluatie

De Waadi schreef voor dat binnen drie jaar na implementatie deze geëvalueerd moest worden. In zijn brief aan de Tweede Kamer stelt minister Vermeend hieromtrent:

Grosso modo kan worden gesteld dat de wet voldoet aan de doelstellingen, zoals meer marktwerking en deregulering. Er is geen aanleiding om wetswijzigingen voor te stellen. De diverse gedragsregels functioneren adequaat.⁷⁸⁶

De ABU vond, nu uitzendbureaus werkgever waren geworden, dat het tijd werd om het loonverhoudingsvoorschrift (art. 8 Waadi) af te schaffen, maar de evaluatie wees uit dat dit voorschrift onverkort van groot belang bleef voor de ordening van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Dit gold temeer nu de Stichting van de Arbeid een advies⁷⁸⁷ had uitgebracht over hoe om te gaan met botsende cao's. Met name werd daarbij aanbevolen om een wachttijd van drie maanden in aanmerking te nemen (tenzij vakkracht), indien partijen bij de inleen-cao regelingen willen treffen met betrekking tot lonen, toeslagen en vergoedingen voor uitzendkrachten. Het principe 'no fee to worker' stond buiten kijf; hetzelfde gold voor het zogenaamde 'onderkruipersverbod'.

785 Wetsvoorstel arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de EU 09/02/2016; Advies Raad van State 09/02/2016 inzake wetsvoorstel arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers. Zie ook Cats (2016a).

786 Brief minister met evaluatie van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi), Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 2001–2002, 28365.

787 STAR (2001).

De verplichting om veiligheidsinformatie te geven werd alom als norm aanvaard, alhoewel nog wel acties nodig waren om de werking van dit artikel te verbeteren. Aanpassing was dus niet nodig, net zo min als dat het geval was voor de handhavingsregels.

Het speciale regime van artikel 12 Waadi en de vrijwaringsregel (art. 16 en 17) moesten ook blijven bestaan. De wens van de ABU om op de zogenaamde SFT-regeling (afgifte van verklaringen van goed betalingsgedrag) vrijwaring te verkrijgen bleek om meerdere redenen niet gehonoreerd te kunnen worden.

De mogelijke problematiek als het gevolg van de afschaffing van het belemmeringsverbod moest aan de hand van de normen van redelijkheid en billijkheid tegemoet getreden worden.

De afschaffing van het vergunningsstelsel bij het ter beschikking stellen van arbeidskrachten had nadelen, maar van herinvoering van een generiek vergunningsregime was geen sprake, noch van de selectieve inzet hiervan zoals voorzien in artikel 12. De beleidslijn was en bleef:

... strikte en geconcentreerde handhaving van de overtreding van bestaande wetten, met forse (deels nieuwe) sancties, waaronder een bestuurlijke boete. Verder zijn via zelfregulering aanvullende activiteiten gewenst; dat vinden sociale partners ook. De meerwaarde van een vergunning in een sector of regio is bepaald beperkt, terwijl er wel het nodige bij komt kijken. Het risico is groot dat in plaats van gemiddeld vier wetten dan een wet/amvb méér wordt overtreden (het niet hebben van een vergunning; in het verleden was dit voor malafide intermediairs geen belemmering).⁷⁸⁸

De afschaffing van de uitzendtermijn is samengegaan met het vastleggen van de rechtspositie in de Wet flexibiliteit en zekerheid. Deze ontwikkeling werd in de evaluatie niet negatief beoordeeld. Hierdoor zouden uitzendbureaus ook de mogelijkheid hebben gekregen om de markt van detachingsbedrijven te betreden en hun dienstenpakket als zodanig dus uit te breiden.

Via verschillende onderzoeken is de Flexwetgeving geëvalueerd. Interessant daarbij is dat hoe langer de regels golden, hoe positiever het algemeen oordeel werd. Beoordeelden de meeste uitzendwerkgevers in 1999 de Flexwetgeving als negatief,⁷⁸⁹ bij de tweede evaluatie in 2007 was dit aanzienlijk gewijzigd. Een negatief oordeel kwam toen van tegen de 12% van de respondenten. Ongeveer 60% stemde toen positief en ongeveer 30% was neutraal.⁷⁹⁰

788 Brief minister, TK 2001–2002, 28365, p. 17.

789 Grijpstra e.a. (1999), p. 108.

790 Knecht e.a. (2007), p. IX.

Tabel 8.1 Percentages vestigingen die hun totaaloordeel over de regels over de Flexwet geven, naar vestigingsgrootte en totaal⁷⁹¹

	<i>Vestigingsgrootte (representatief)</i>			<i>totaal</i>
	<i>4-9</i>	<i>10-100</i>	<i>100+</i>	
– zeer negatief 0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	
– negatief 11,8%	13,2%	21,8%	11,9%	
– neutraal 27,5%	33,7%	17,3%	27,9%	
– positief 60,8%	47,2%	58,1%	59,7%	
– zeer positief 0,0%	5,9%	2,8%	0,5%	
Aantal organisaties	51	51	41	143
Score totaaloordeel over de Flexwet*	0,62	0,61	0,60	0,62

* 0=zeer negatief, 0,25=negatief, 0,50=neutraal, 0,75=positief, 1=zeer positief.

Was er in de eerste jaren na invoering van de Flex-wetgeving sprake van ‘never change a winning law’, een groeiend positivisme over de uitwerking van de Flex-wetgeving, terzelfder tijd groeide ook het ongenoegen over de malafide bemiddelaars. De ABU liet hier in zowel 2004 en 2008 onderzoek naar instellen, in 2008 mede met het oog op de uitbreiding van de EU en het toetreden van inwoners uit de tien nieuwe EU-lidstaten tot de Nederlandse arbeidsmarkt. Uit de onderzoeken komt een beeld naar voren zoals samengevat in tabel 8.2.

Tabel 8.2 Malafide uitzendondernemingen en bemiddelaars en illegale tewerkstelling⁷⁹²

	<i>Aantal ondernemingen (vestigingen)</i>		<i>Aantal malafide vestigingen</i>		<i>Aantal Illegaal tewerkgestelden</i>		<i>Aantal arbeidsjaren illegale tewerkstelling</i>	
	<i>2004</i>	<i>2006</i>	<i>2004</i>	<i>2006</i>	<i>2004</i>	<i>2006</i>	<i>2004</i>	<i>2006</i>
Georganiseerde uitzendondernemingen	500 (3.050)	700 (3.500)	minimaal	minimaal	minimaal	minimaal	minimaal	minimaal
Geregistreerde, niet-georganiseerde uitzendondernemingen	1.500 (1.900)	1.400 (1.600)	750 (600-900)	stabiel	12.000 (7.000-15.000)	stabiel	5.250 (3.000-7.500)	toename
Niet als uitzendonderneming geregistreerde uitleners	10.000	10.000+	4.000 (3.500-5.000)	toename	30.000 (25.000-35.000)	toename	13.750 (10.000-17.500)	toename
Niet-geregistreerde uitzendbureaus	300-750	750+	300-750	toename	23.000 (16.000-30.000)	toename	8.500 (5.000-12.000)	toename
Totaal			ruim 5.000	5.500- 6.000	65.000 (48.500-80.000)	80.000 (60.000-97.000)	27.500 (20.000-35.000)	45.000 (29.000-56.000)

791 Knecht e.a. (2007), p. 94.

792 Dijkema, Bolhuis & Engelen (2006), p. 7.

Duidelijk wordt dat het aantal bij de ABU en NBBU aangesloten uitzendondernemingen is toegenomen tussen 2004 en 2006 van 500 naar 700 ondernemingen. Het totaal aantal vestigingen, inclusief die van de ongeorganiseerde ondernemingen, nam toe van minder dan 4950 tot ruim 5100. Geschat wordt dat de malafide bemiddeling jaarlijks groeit met 5 tot 10%. Er zouden in totaal in 2006 5500–6000 malafide uitzendvestigingen zijn die gezamenlijk 80.000 personen (60.000–97.000) illegaal zouden tewerkstellen, neerkomend op 45.000 arbeidsjaren (29.000–56.000).

De branche zou hierdoor tussen de 271 en 524 miljoen euro aan verdiensten mislopen en de samenleving tussen de 135 en 260 miljoen euro aan sociale premies en loonbelasting.

De branche was inmiddels begonnen met een certificeringssysteem, waarop hierna nog nader ingegaan zal worden. De onderzoekers bevelen aan om dit systeem te versterken en de controle van de handhavers te richten op de niet-gecertificeerde uitzendondernemingen, waaronder zich ook de malafide ondernemers bevinden. Belangrijk is ook om een vrijwaring van naheffing te ontwikkelen voor het geval gewerkt wordt met een gecertificeerde uitzendonderneming.

8.10 Vergunning of certificaat?

De in de vorige paragraaf beschreven omvang van de malafiditeit werd door staatssecretaris Van Hoof betwist.⁷⁹³ Hij stelde dat de berekeningen met veel onzekerheden waren omgeven; het zijn schattingen op basis van observaties van experts en in het desbetreffend onderzoek wordt ook aangegeven dat er recentelijk geen onderzoeken zijn uitgevoerd waarbij een onderbouwde schatting is gemaakt van het aantal malafide uitzendbureaus.

Niettemin vond zijn voorganger, staatssecretaris Rutte,⁷⁹⁴ dat er opgetreden moest worden tegen de illegaliteit. In zijn Illegalennota⁷⁹⁵ stond hij al stil bij de bestrijding van fraude en illegaliteit in de uitzendbranche. Hij stelde dat het kabinet denkt dat de zelfregulering in de uitzendbranche door middel van private keurmerkstelsels, afspraken in cao's en andere brancheacties een goede bijdrage leveren aan het indammen van de fraude en illegaliteit, maar het kabinet vindt dat er meer maatregelen nodig zijn, met name de introductie van een vestigingsvergunning voor uitzendbureaus. Met zo'n vergunning worden een aantal eisen gesteld aan de uitzender en kan een barrière worden opgeworpen tegen uitzenders die het niet zo nauw nemen

793 Brief staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 10 oktober 2006, kenmerk AM/BR/2006/82822, over Rapport *Grenzen verleggen* en voorstellen ABU.

794 Brief staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en staatssecretaris van Financiën, Den Haag 23 april 2004, TK 2003–2004, 17050 nr. 261.

795 Illegalennota, TK 2003–2004, 29537 nr. 2.

met de geldende wet- en regelgeving. Voorstellen gedaan door de ABU en het UWV om tot een publiek keurmerk te komen werden afgewezen:

- Het geeft elk jaar weer veel administratieve rompslomp voor bedrijven en overheid.
- Het heeft te weinig aantrekkingskracht op niet-georganiseerden. Een certificeringssysteem bereikt namelijk vooral het gezonde segment van de markt, maar malafide uitleners en inleners niet of nauwelijks. De sanerende werking valt dus naar verwachting tegen.
- De voorgestelde vrijwaring verbinden aan het publieke keurmerk leidt tot belasting- en premiederving.
- Het voegt weinig toe aan het bestaande handhavingssysteem.

Teruggaan naar de vergunning zoals die er in het verleden ook was, had geen voorkeur, omdat dat dezelfde bezwaren ontmoet als het publieke keurmerk. Maar dat neemt niet weg dat de groeiende problematiek in de branche wel vroeg om een maatregel die de toegang tot de markt reguleert. Voorgesteld werd daarom een lichtere vergunningvariant: een op de ondernemer gerichte vestigingsvergunning. Deze heeft maar één keer te worden aangevraagd en voorkomt dus administratieve lasten, terwijl die toch als een zeef of barrière kan dienen. De vergunning kan ook een rol spelen bij de beslissing van de Belastingdienst en UWV om op verzoek van de uitzender een g-rekeningovereenkomst aan te gaan.

De vestigingsvergunning, die wordt verleend aan de ondernemer en niet aan de onderneming, wordt voor bepaalde tijd verleend en kan bij gebleken misbruik of fraude worden ingetrokken. De vergunning wordt verleend als aan bepaalde eisen wordt voldaan (ten aanzien van onbesproken gedrag, financiële duurzaamheid en transparante personeelsadministratie). Sancties zouden via bestuurlijke boetes geregeld moeten worden.

Een lijst van vergunninghouders wordt op internet gezet, zodat elke inlener eenvoudig toegang heeft tot deze informatie. Alleen met inlening via een vergunninghouder kan vrijwaring van hoofdelijke aansprakelijkheid voor afdracht van premies en loonbelasting verkregen worden. Ook moet er een waarborgsom van 75.000 euro betaald worden.

Dit kabinetsvoornemen haalde het uiteindelijk niet in de Tweede Kamer. De CDA-parlementariër Bruls diende een motie in. Bruls was van mening dat het vergunningstelsel zich niet had bewezen als de krachtdadige en effectieve methode van aanpak die nodig was om de malafide arbeid tegen te gaan. Volgens hem moest er een combinatie van publieke handhavingsmaatregelen, door de overheid te entameren, en zelfregulering, door de branche te ontwikkelen, uitgewerkt worden. Zijn motie luidde:

Motie van het lid Bruls C. S.⁷⁹⁶

Voorgesteld 24 maart 2005

De Kamer,

Gehoord de beraadslaging,

overwegende, dat een krachtdadige en effectieve aanpak van illegale arbeid en fraude via uitzendbureaus nodig is;

overwegende, dat de effectiviteit van het voorgestelde vergunningstelsel voor uitzendbureaus in dezen niet aangetoond is;

overwegende, dat een waarborgsom leidt tot te hoge drempels voor bonafide arbeidsintermediairs uit het midden- en kleinbedrijf;

overwegende, dat een combinatie van handhavingsmaatregelen door de overheid en van zelfregulering van het uitzendwezen de voorkeur heeft;

overwegende, dat één systeem van vrijwillige certificering en periodieke keuring ('APK-keuring') voor de gehele uitzendsector in 2005 tot stand zou moeten komen;

verzoekt de regering in overleg met betrokken partijen zoals uitzendorganisaties een dergelijk systeem van zelfregulering te bevorderen en geen verplichte vergunning voor uitzendbureaus te ontwikkelen, en voor 1 september 2005 de Kamer hierover te berichten,

en gaat over tot de orde van de dag.

Bruls

Weekers

Koşer Kaya

Bussemaker

Het voorgestelde nieuwe stelsel van vestigingsvergunningen ontmoette geen groot draagvlak. Het systeem stond ver van de praktijk dat inmiddels al vijf embryonale keurmerken kende. De waarborgsom van 75.000 euro werd ook als zeer bezwaarlijk gezien. Verder werd de eenmalige controle discutabel geacht. Bij brief van 10 februari 2005 aan de vaste commissies van Sociale Zaken en Financiën gaven VNO/NCW, MKB Nederland en LTO-Nederland aan dat er grote bedenkingen waren.

Volgens Bruls was onduidelijk waarom een systeem dat eerst niet werkte nu wel zou kunnen werken. Zijn motie werd door een ruime Kamermeerderheid aangenomen. Tezeldertijd werden ook nog de moties-Bussemaker⁷⁹⁷ en -Koşer Kaya⁷⁹⁸ ingediend en aangenomen. Bussemaker verzocht de regering prioriteit toe te kennen aan de bestrijding van fraude en illegaliteit in de uitzendbranche, door de handhaving te intensiveren, zodanig dat de pakkans voor malafide bedrijven wordt vergroot.

796 Motie-Bruls, TK 2004–2005, 17050, nr. 287.

797 motie-Bussemaker, TK 2004–2005, 17050, nr. 288.

798 motie-Koşer Kaya, TK 2004–2005, 17050, nr. 294.

Koşer Kaya wilde de bestuurlijke aansprakelijkheid bij uitzendondernemingen zodanig wijzigen dat bestuurders ook in privé aangesproken konden worden.

8.11 SNA-keurmerk⁷⁹⁹

De regering die – zoals we zagen – het oog had op een vestigingsvergunning, moest een draai van 180 graden maken door zelfregulering mogelijk te maken. Er ontstond een samenwerking tussen het Nederlands Normalisatie Instituut, het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de bestaande registers. Dit leidde uiteindelijk tot één privaat systeem van certificering voor uitzending en aanneming, met één systeem van normen, neergelegd in de NEN-4400-1 voor de Nederlandse bedrijven en NEN-4400-2 voor de buitenlandse bedrijven, en een openbaar register (Register Normering Arbeid) dat sinds 2007 operationeel werd. De werkzaamheden werden ondergebracht bij de Stichting Normering Arbeid (SNA). De werkzaamheden omvatten een viertal processen:⁸⁰⁰

- *registratie*. Op basis van inspecties worden bedrijven beoordeeld, hetgeen tot opname in of verwijdering uit het register leidt.
- *normbeheer*. De normen worden vastgesteld door een Centrale College van Deskundigen (CCVD), waarin vertegenwoordigers van brancheorganisaties, inleners en vakbonden zitting hebben; SNA voert het secretariaat.
- *harmonisatie inspectie-instellingen*. De inspecties worden door aangesloten private inspectie-instellingen verricht. De SNA organiseert tussen hen een overleg om tot harmonisatie te komen.
- *bestuurlijke afstemming*. De SNA heeft een bestuur dat wordt bijgestaan door een Raad van Advies met vertegenwoordigers van belanghebbenden. Als een bedrijf certificaatwaardig wordt bevonden, vindt opname in het Register plaats. Bij de daarvoor benodigde inspecties wordt gekeken naar de juiste afdracht van loonen omzetbelasting en socialeverzekeringspremies, de naleving van de Vreemdelingenwet en de wetgeving met betrekking tot minimumloon en -vakantiebijslag. In 2014 zijn hier nog een negental cao-elementen aan toegevoegd.

Via controles wordt nagegaan of alle procedures zijn vastgesteld, ingevoerd en onderhouden. Uitgangspunt is dat elk bedrijf twee keer per jaar wordt gecontroleerd. Afhankelijk van de risicofactoren (nieuwe aanmelding certificaat, onregelmatigheden bij de vorige controle, omvang kasstroom) kan de frequentie van controle opgevoerd worden. Als niet voldaan wordt aan een specifiek vereiste, leidend op termijn tot een verhoogd risico, ontstaat een zogenaamde beoordeling, in dit geval minor

799 Van der Voort (2013), p. 157 e.v.

800 Van der Voort (2013), p. 157.

non-conformiteit. Als aan een specifiek vereiste niet voldaan wordt met een direct verhoogd risico, ontstaat als beoordeling major non-conformiteit. In dat geval wordt de inschrijving in het register geschorst, dat wil zeggen verwijdering uit het digitaal te raadplegen register vindt dan plaats. De ondernemer heeft een maand de tijd om de fout te herstellen. Als dat adequaat heeft plaats gevonden wordt de schorsing ongedaan gemaakt.

In geval van een minor non-conformiteit heeft de ondernemer de tijd tot de volgende controle om dit ongedaan te maken. Als dat niet gebeurt wordt de minor non-conformiteit een major non-conformiteit.

De ABU- en NBBU-leden zijn verplicht zich te certificeren. Omdat dit systeem van zelfregulering onder dreiging van een nieuw in te voeren vergunningstelsel is ontwikkeld, spreekt Van der Voort van een 'enforced regulation' die meer het kenmerk heeft van 'co-regulation'. Daarbij schurken publieke en private toezichthouders steeds meer tegen elkaar aan door allerlei vormen van samenwerking.

Aanvankelijk had de SNA als doelstelling de risicoreductie van de inlener. Door de cao-elementen toe te voegen aan de norm is echter ook werknemersbescherming een doelstelling geworden.

Staatssecretaris Van Hoof beoordeelde het initiatief positief.⁸⁰¹ Voorop moet staan dat de NEN-norm een belangrijke bijdrage kan leveren aan het huidige gebrek aan naleving van wet- en regelgeving in de uitzendbranche. Hij realiseerde zich echter dat bij weigering of intrekking van een certificaat het werk voor de publieke handhavinginstellingen pas begint. Hij constateerde ook dat het keurmerk elementen mist die de vestigingsvergunning wel had, zoals eisen omtrent financiële duurzaamheid (dat men die afgelopen periode niet in staat van faillissement, surseance of schuldanering verkeerd heeft), de eis van verklaring van goed gedrag, sanctionering van bestuurlijke boete en de eis van het storten van een waarborgsom. Hij stelt dat de NEN-norm succesvol is als:

- de NEN-norm op een zo groot mogelijke schaal wordt toegepast met een groot draagvlak en toegankelijkheid voor zowel georganiseerde als ongeorganiseerde bedrijven;
- de waarde van het certificaat voor Belastingdienst en Arbeidsinspectie zodanig transparant wordt dat dubbel werk wordt voorkomen, waardoor de publieke handhaving zich op het malafide deel kan richten;
- de inlener geprikkeld wordt om met gecertificeerde ondernemingen te werken.

801 Brief van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de staatssecretaris van Financiën, TK 2004-2005, 17050, nr. 300, en brief van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de staatssecretaris van Financiën van 28 september 2005, kenmerk AM/BR/05 170308 over bestrijding fraude uitzendbranche.

De staatssecretaris maakte melding van een ex-ante onderzoek dat is verricht om inzicht te krijgen in draagvlak en effecten van de zelfregulering. Uit dit onderzoek blijkt dat er een breed draagvlak is onder uitzendondernemingen en inleners voor het keurmerk. Er bestaat wel onzekerheid of er meer aansluiting bij het keurmerk gezocht zal worden, meer dan bij de huidige verschillende systemen.

Inmiddels zijn per eind oktober 2015 4.052 ondernemingen als gecertificeerd opgenomen in het Register. In totaal zouden er circa 12.000 ondernemingen zijn die zich met terbeschikkingstelling van arbeidskrachten bezighouden. Er is derhalve nog een 'buitengebied' van circa 8.000 uitzendondernemingen. Van 2007 tot 2015 zijn er meer dan 3.000 ondernemingen geschrapt uit het register, omdat ze niet meer gecertificeerd wilden zijn, niet meer voldeden aan de criteria of omdat het bedrijf was beëindigd. Van de gecertificeerden houdt 73% zich louter bezig met het uitzenden van arbeidskrachten, 17% met aanneming van werk en 10% met zowel uitzending als aanneming.

8.12 Flankerende maatregelen

Het SNA-keurmerk werd operationeel met ingang van 2007. Vanaf dat moment groeide het aantal gecertificeerden gestaag, tot inmiddels meer dan 4.000, zoals we hiervoor zagen.

De ABU, als belangrijkste auctor intellectualis, bracht in 2008 het rapport *Registratie en certificering tegen misbruik van uitzending*⁸⁰² uit, waarin een reeks maatregelen werd bepleit in de strijd tegen de malafiditeit. Het plan omvatte een elftal punten, te weten:

1. Iedere uitzendonderneming wordt verplicht zich te registreren bij een openbaar register.
2. Niet-registratie leidt tot een boete voor de uitzendonderneming.
3. Alleen geregistreerde uitzendondernemingen mogen een g-rekening en loonbelastingnummer aanvragen.
4. Op registratie volgt certificering op grond van NEN-4400, maar dit is geen verplichting.
5. Geen certificaat behalen houdt in dat de gegevens door worden gegeven aan de handhavers van de overheid.
6. Werken met niet-geregistreerde ondernemingen leidt tot groot financieel risico voor de inlener.
7. Inleners die samenwerken met een niet-geregistreerde uitzender, moeten voor de daarvan ingeleende uitzendkrachten zelf een eerstedagsmelding (EDM) doen.
8. Inleners worden hoofdelijk aansprakelijk gemaakt voor de betaling van minimaal het wettelijk minimumloon aan de uitzendkracht, met daaraan gekoppeld

802 ABU (2008).

omkering van de bewijslast. Samenwerken met een gecertificeerde onderneming leidt tot vrijwaring van deze hoofdelijke aansprakelijkheid.

9. De overheid blijft verantwoordelijk voor handhaving.
10. Registratie is eenvoudig te realiseren voor de uitzendonderneming en te controleren door inleners en handhavers.
11. Uiteraard is het bij dit model een voorwaarde dat de overheid met zijn handhavingsmiddelen directe opvolging geeft op de doorgegeven signalen, want het model staat of valt bij handhaving en controle.

De Stichting van de Arbeid ondersteunde op hoofdlijnen het plan. Met de belastingdienst was SNA al in 2007 tot afspraken gekomen tot informatie-uitwisseling omtrent het betalingsgedrag van (potentieel) aangeslotenen. Ook werden er afspraken gemaakt omtrent de vereenvoudiging van de afgifte van soft-nummers voor buitenlandse werknemers en het doorgeven van informatie aan de Belastingdienst omtrent malafide buitenlandse intermediairs. Meer in het algemeen was er sprake van maatregelen om de handhaving van de overheid te versterken. Zo werd een bestuurlijke boete toepasbaar bij de overtreding van het minimumloon.

Ook werd door de Wet versterking fiscale rechtshandhaving de positie van de Belastingdienst versterkt. Daarbij werd de toepassing van het anoniementarief van 52% uitgebreid en werd een zesmaandsfictie in de Wet op de loonbelasting opgenomen (Wet LB art. 309). Het gaat hier om algemene maatregelen, niet specifiek gericht op de uitzendsector. Maar ze vergemakkelijken wel de strijd tegen de malafiditeit in de uitzendsector.

Minister Donner had sympathie voor het ABU-plan.⁸⁰³ Hij wilde de al bestaande registratieplicht bij de KvK nader perfectioneren (punt 1 van het plan), de al bestaande boetemogelijkheid aanwenden (punt 2 van het plan). De registratie bij de KvK is al openbaar (punt 10 van het plan). Hij zag duidelijk mogelijkheden in het opvolgen van de SNA-signalen door de publieke handhavers. Hij stond ook positief ten opzichte van een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de inlener ten aanzien van de betaling van minimaal het minimumloon, hetgeen in het BW geregeld zou kunnen worden. De punten 3 en 4 werden vooralsnog afgewezen, maar de minister gaf aan dat hij wil nagaan of er alternatieven mogelijk zijn. Al met al stelde de minister dat enkele van de ABU-voorstellen de moeite waard zijn. Spoedig werd daarop artikel 7:692 BW in verband met de totstandbrenging van een inlenersaansprakelijkheid met betrekking tot de voldoening van het toepasselijk minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag voorgesteld en ook door het Parlement aangenomen. In het tweede

803 Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 19 juni 2008, kenmerk AM/BR/08/15448, over monitoring van de uitzendbranche, 2008.

lid van artikel 7:692 BW wordt de inlener de mogelijkheid geboden de hoofdelijke aansprakelijkheid te vermijden door samen te werken met een gecertificeerd uitzendbureau.

Hieruit bleek duidelijk steun voor de gekozen weg van de zelfregulering. Echter, de problematiek van de malafiditeit bleek nu niet verdwenen. Nadat de ABU in de jaren 2004 en 2006 met onderzoeken het licht wierp op de groeiende malafiditeit, kwam in 2008 en 2010 de SNCU, de Stichting Naleving Cao Uitzendkrachten met alarmerende rapporten, die aangaven dat de problematiek niet was verdwenen en zelfs toenam.⁸⁰⁴

De politiek pakte de signalen op en uiteindelijk leidde dit tot het aannemen van de motie-Voortman/Spekman. Deze luidde:

Motie-Voortman/Spekman⁸⁰⁵

Voorgesteld 7 oktober 2010

De Kamer,

gehoord de beraadslaging, constaterende dat meer dan 50% van de arbeidsmigranten via uitzendbureaus hier in Nederland aan het werk is;

overwegende dat de SNCU, de cao-politie van uitzendwerkgevers en vakbonden, in de eerste helft van 2010 een recordaantal meldingen te verwerken heeft gekregen van klachten als bijvoorbeeld onderbetaling en slechte huisvesting;

overwegende dat het kabinet op 28 september jongstleden heeft laten weten uitzendbureaus te willen registreren en het plan van aanpak te willen verbreden op het gebied van huisvestingsregels en de bestrijding van malafide uitzendbureaus; van mening, dat ondanks dat er een branchecertificering is met ondersteunende wetgeving het aantal malafide uitzendbureaus toch blijft groeien;

van mening, dat de aanpak van malafide uitzendbureaus kan worden vergroot door een vergunningssysteem in combinatie met instrumenten zoals de Wet Bibob;

verzoekt de regering, in het brede pakket van maatregelen te komen tot een sluitende aanpak om malafide uitzendbureaus een halt toe te roepen en hierbij de invoering van een vergunningssysteem als optie mee te nemen,

en gaat over tot de orde van de dag.

Voortman

Spekman

804 De Bondt & Grijpstra (2008); Walz, Frouws & Grijpstra (2010).

805 TK 2010–2011, 29407, nr. 115.

Deze motie zette de vergunning als middel om de problematiek tegemoet te treden weer terug op de politieke agenda. Dit werd nog versterkt door de beraadslagingen die voortvloeiden uit het parlementair onderzoek ‘Lessen uit recente arbeidsmigratie’.⁸⁰⁶

Geconstateerd werd daarbij dat malafide uitzendbureaus een groot probleem vormen, dat de aanpak niet efficiënt is en dat de NEN-certificering hiervoor nog geen oplossing is gebleken. Het leidt in ieder geval tot de motie-Ulenbelt/Hamer,⁸⁰⁷ waarbij geconstateerd werd dat de zelfregulering had gefaald en dat er opnieuw een vergunningplicht voor uitzending ingevoerd zou moeten worden, als het aantal malafide uitzendbureaus niet eind 2012 gehalveerd zou zijn. De motie haalde het niet, maar de gemoederen waren wederom in beweging gebracht.

Minister Kamp pakte de zaak kordaat op; hij diende een Wetsvoorstel registratieplicht intermediairs die arbeidskrachten ter beschikking stellen in. Hij ging dus verder dan minister Donner die ten aanzien van het toenmalige ABU-plan bij de bestaande regelgeving betreffende KvK-registratie wilde aansluiten. Minister Kamp sloot expliciet aan bij het ABU-plan door een aparte wet voor te stellen. Deze wet werd opgenomen in de Waadi, als artikel 7a. Deze stelt in artikel 7a lid 1:

Het is een ieder verboden in Nederland arbeidskrachten ter beschikking te stellen anders dan door middel van een onderneming of rechtspersoon die in het handelsregister bedoeld in artikel 2 van de Handelsregisterwet 2007 is ingeschreven of waarvan is opgenomen dat deze de activiteit van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten uitoefent of mede-uitoefent.

Lid 2 bepaalt:

Het is een ieder verboden als inlener arbeidskrachten die ter beschikking zijn gesteld in strijd met het eerste lid, arbeid te laten verrichten.⁸⁰⁸

Deze wetwijziging regelt ook in een nieuw artikel 14b dat er aan erkende gecertificeerde instellingen als SNA gegevens verstrekt mogen worden ten aanzien van bestuurlijke boetes die zijn opgelegd voor het niet-naleven van:

- artikel 7a, 1e lid, Waadi;
- artikel 2, 1e lid, of artikel 15 van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV);
- artikel 5.20 van de Algemene wet bestuursrecht (AWB);
- artikel 7, 15 of 18b, 2e lid, van de WML.

806 Parlementair onderzoek: Lessen uit recente arbeidsmigratie (LURA-rapport) TK 2011–2012, 32680 nr. 4.

807 Motie-Ulenbelt/Hamer; TK 2011–2012, 32680, nr. 14.

808 Van Drongelen & Van Rijs (2012), Van Drongelen & Van Rijs (2014).

De minister zet daarmee ook duidelijk in op versterking van de zelfregulering. Hij belooft echter ook om onderzoek te verrichten naar of herinvoering van de vergunningplicht bijdraagt aan een effectieve aanpak van de problemen.⁸⁰⁹ De minister komt aan deze belofte tegemoet door een verkenning te verrichten naar verschillende mogelijke modaliteiten, te weten:

- het huidige systeem van publiek-private samenwerking;
- een verplichting certificering;
- registratie als vergunning;
- een vergunningstelsel.⁸¹⁰

De verkenning beoordeelt de modaliteiten op verschillende relevante effecten/kenmerken.

Tabel 8.3

<i>Effect</i>	<i>Varianten</i>	<i>1. Huidige stelsel</i>	<i>2. Verplichte certificering</i>	<i>3. Registratie als vergunning</i>	<i>4. Vergunningstelsel</i>
<i>Prikkel inlener</i>		Negatief door risico op boete met inhuur via niet-geregistreerd bureau (via registratieplicht). Positief door gedeeltelijke vrijwaring.	Negatief door risico op boete met inhuur via niet-gecertificeerd bureau. Positief door gedeeltelijke vrijwaring.	Negatief door risico op boete met inhuur via niet-geregistreerd bureau.	Negatief door risico met inhuur via niet-vergund bureau.
<i>Prikkel uitzendbureau</i>		Kleine prikkel om te certificeren.	Grote prikkel om te certificeren.	Grote prikkel voor vergunning.	Grote prikkel voor vergunning. Waarborgsom is drempel om onderneming te starten en vergroot prikkel om regels te omzeilen.
<i>Reikwijdte</i>		Alleen SNA-leden laten zich regelmatig controleren. De rest van de markt niet.	Grootste deel markt is zichtbaar en laat regelmatig controleren door certificatie.	Publieke controle op voorwaarden vergunning.	Publieke controle op voorwaarden vergunning.

809 Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 14 maart 2012, TK 2011–2012, 32680, nr. 28.

810 Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 10 september 2012, ref. O/AMU/2012/12792; zie bijlage 3, verkenning vergunningplicht.

<i>Kosten sector</i>	Alleen voor gecertificeerd deel.	Nemen toe voor deel van de sector door de verplichting en mogelijke boetes voor het niet hebben van een certificaat.	Blijven gelijk aan variant 1.	SNA-certificaat valt weg. Ervoor in de plaats komen administratieve lasten sector. Waarborgsom vraagt investering.
<i>Kosten overheid</i>	Voor handhaving van wettelijke normen.	Blijven gelijk aan variant 1.	Nemen toe door implementatie en handhaving vergunning. Leges kunnen de kosten dekken.	Nemen toe door implementatie (meer dan voor variant 3) en handhaving van vergunning. Leges kunnen de kosten dekken. Waarborgsom biedt meer garantie voor de fiscus.

De minister stelt dat uit de verkenning blijkt dat een vergunning geen of een zeer beperkt effect heeft op de omvang van het aantal malafide uitzendbureaus. Hij stelt:

Een vergunningplicht heeft daarnaast mogelijk forse implicaties voor het huidige systeem van de publieke-private samenwerking. Het risico bestaat dat de inspanningen die nu in gang zijn gezet door de private sector door hen weer worden afgebouwd en stopgezet. Dit zou niet goed zijn, omdat alleen via intensieve samenwerking tussen de branche en de overheid malafide praktijken kunnen worden uitgebannen. Daarnaast zal het voor de overheid ingewikkeld zijn om het gat te vullen dat de private sector dan achterlaat. De middelen hiervoor ontbreken.⁸¹¹

Naast de registratieplicht en de wettelijke mogelijkheden tot samenwerking komt de minister tot de volgende bestaande en nieuwe maatregelen om de malafiditeit te bestrijden:

- interventieteam AMU (Aanpak Malafide Uitzendbureaus),
- meldpunt AMU (Aanpak Malafide Uitzendbureaus),
- fraudeaanpak door verhoogde boetes,
- inlenersaansprakelijkheid WML,
- aangescherpt handhavingsbeleid (door onder meer controle op kosteninhoudingen),
- pilot registratie gegevensuitwisseling,
- handhavingsrichtlijn – maatregelen,
- aanpak pseudo-zzp'ers,

⁸¹¹ Idem, p. 5

- invoering registratieplicht,
- publiek-private gegevensuitwisseling,
- fiscale vrijwaring.

Dit laatste heeft plaatsgevonden als gevolg van de motie-Van Hijum/Spekman,⁸¹² waarin een vrijwaring werd bepleit van naheffing en boetes bij de inlener in verband met zijn hoofdelijke aansprakelijkheid voor het niet-afdragen van sociale premies en loonbelasting. Deze motie was aangenomen en leidde tot aanpassing van de Leidraad Invordering 2008. Daar wordt nu in artikel 34.6.1 bepaald dat de inlener die inleent van een uitzendonderneming onder bepaalde voorwaarden disculpatie kan verkrijgen. Deze zal niet aansprakelijk worden gesteld als:

- de inlener 25% van het factuurbedrag(inclusief btw)op de g-rekening van de uitlener stort (bij verlegging van de btw is dit 20% van het factuurbedrag);
- bij betaling het factuurnummer en eventuele andere identificatiegegevens van de factuur zijn vermeld;
- de administratie van de inlener direct inzicht geeft in de gegevens van de inlening, de manurenadministratie en de betalingen;
- het burgerservicenummer/sofinummer van de ingeleende werknemer bij de inlener bekend is;
- de inlener de identiteit van de ingeleende werknemer kan aantonen;
- de inlener, als dat van toepassing is, kan aantonen dat de ingeleende werknemer een geldige verblijf- of tewerkstellingsvergunning heeft.

De uitlener moet aan de volgende voorwaarden voldoen:

- De onderneming voldoet aan de NEN 4400-1- of de NEN 4400-2-norm en staat in het register van de Stichting Normering Arbeid (SNA). Op de website van SNA (www.normeringarbeid.nl) staan de uitzendondernemingen die aan deze eisen voldoen.
- Op de factuur staat vermeld:
 - het nummer of het kenmerk van de overeenkomst waarvoor de factuur geldt;
 - het tijdvak of de tijdvakken waarvoor de factuur geldt;
 - de omschrijving of het kenmerk van het werk waarvoor de factuur geldt.⁸¹³

Voor concerns kunnen afwijkende regelingen gelden.

812 Motie-Van Hijum/Spekman. TK 2008–2009, 31833, nr. 8

813 Wijziging Leidraad Invordering 2008, Besluit van 27 juni 2012, nr. BLKB 2012/1062 M.

8.13 Uitzendrichtlijn via de Waadi

Gelijk met de opname van de registratieplicht in de Waadi werd ook de uitzendrichtlijn via wijziging van de Waadi ingevoerd.⁸¹⁴ In hoofdstuk 7 stonden we al uitvoerig stil bij de totstandkoming van deze Europese richtlijn.

De artikelen 1, toepassingsgebied, 2, doel, en 3 hadden geen implementatie nodig. Artikel 4 vraagt om een heroverweging van verbodsbepalingen en beperkingen ten aanzien van uitzendarbeid. Dit betreft twee verboden, namelijk één voor buschauffeurs en een voor tewerkstelling in de jeugdzorg. In de desbetreffende beraadslagingen hierover in de Kamer verwees de minister naar zijn collega's van Infrastructuur en Milieu, en Volksgezondheid, Welzijn en Sport, die hier het huiswerk zullen moeten verrichten. Ook wordt verwezen naar een advies van de Stichting van de Arbeid waarin de heroverweging ten aanzien van de cao-bepalingen is voorzien. In dit Advies inventariseert de Stichting de volgende voorkomende verbods- en beperkende bepalingen:⁸¹⁵

- maximering (aantal/percentages);
- maximering (periode of duur van de opdracht);
- cao-bepalingen op grond waarvan uitzendkrachten geen werkzaamheden mogen verrichten 'welke naar hun aard' door de werknemers van de inlener plegen te worden verricht;
- voorwaarden van inschakeling;
- NEN (4400)/SNA-certificering;
- vraag naar vergunning of andere vorm van erkenning of bewijs van bonafiditeit van de uitzendorganisatie die verder gaat dan de NEN-certificering;
- informatie aan/instemming van vakbonden;
- bepalingen die verplichten tot afdracht aan een sociaal fonds.

Tot een unaniem advies kwam het niet. Alleen de NEN-bepalingen, de voorwaarde om de OR een rol te laten spelen bij de inschakeling van uitzendkrachten en de bepaling die verplicht tot afdracht aan een sociaal fonds, konden een rechtvaardiging van de Stichting verkrijgen. Op de andere onderdelen bleef verdeeldheid bestaan. Het ging hier niet zozeer om de implementatie van een wetsartikel, maar eerder om de uitvoering van een concrete opdracht. Dit lag weer anders bij artikel 5, waarin het beginsel van gelijke behandeling is uitgewerkt. De Waadi kende reeds artikel 8 met het loonverhoudingsvoorschrift. Dit moest echter aangepast worden aan de richtlijn. In plaats van 'loon en overige vergoedingen die verschuldigd zijn overeenkomstig het

814 Van Drongelen & Van Rijs (2012).

815 Analyse van de Stichting van de Arbeid ten behoeve van de heroverweging met betrekking tot beperkingen en verbodsbepalingen op de inzet van uitzendarbeid in cao's, 2011.

loon en de overige vergoedingen gebruikelijk bij de inlener' spreekt artikel 8 nu van 'recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies bij de inlener' ten aanzien van:

- het loon en overige vergoedingen
- op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst of andere niet-wettelijke bepaling van algemene strekking die van kracht is binnen de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, met betrekking tot arbeidstijden, daaronder begrepen overwerk, rusttijden, arbeid in nachtdienst, pauzes, de duur van de vakantie en het werken op feestdagen.

Afwijking bij cao is toegestaan (art. 8, lid 3).

De rechten ten aanzien van de bedrijfsvoorzieningen bij de opdrachtgever en het inzicht in vacatures die uitzendkrachten verkrijgen wordt geregeld in artikel 8a en b Waadi.

Het 'no fee to worker'-principe wordt opgenomen in artikel 9 Waadi. De medezeggenschap voor uitzendkrachten was al geregeld in de WOR, waarin wel een uitzendinformatieplicht in artikel 31b, lid 1, werd opgenomen.

8.14 Uitzend-cao⁸¹⁶

Hiervoor zagen we al dat het cao-instrument ook een belangrijke rol heeft gespeeld bij de ontwikkeling van het regelgevend uitzendkader in Nederland. Het is altijd met name een belangrijk middel geweest om in afwijking van het zogenaamde loonverhoudingsvoorschrift zelf als sociale partners bij de lonen orde op zaken te stellen.

De eerste ABU-cao werd in 1972 afgesloten. Deze gold destijds alleen voor de administratieve sector en de kantoorsector, waarin toen overwegend werd uitgezonden. Deze cao betrof slechts tien pagina's, die alleen arbeidsvoorwaarden bepaalden. Naast deze cao bestond ook het zogenaamde 'groene boekje', waarin eenzijdig door de ABU de arbeidsvoorwaarden van geschoolde en ongeschoolde uitzendkrachten waren vastgelegd. De toenmalige uitzend-cao in de administratieve- en kantoorsector was belangrijke input voor een uitzend-cao voor de gehele sector, die in 1987 tot stand kwam. De cao kende regels over de aanvang en het einde van de arbeidsverhoudingen, en over de werktijden, uurbeloning, toeslagen, kostenvergoedingen en vakantierechten. Voor de administratieve sector en de kantoorsector was er een beloningsparagraaf en voor de sectoren daarbuiten was bepaald dat de lonen 'in de regel en bij voorkeur' moesten aansluiten bij de zogenaamde inlenersbeloning.

Een geschil hierover werd voorgelegd aan het bij cao ingestelde scheidsrecht dat aangaf dat er ten opzichte van de inlenerbeloning een marge gold van 10%. Druk

816 Van Houte e.a. (2004).

op de ABU om de beloning te bepalen op het niveau van de inlenersbeloning is er altijd geweest. De vakbeweging vond dat er ook rechten waren op grond van de vele inleen-cao's.

Als oplossing van dit vraagstuk van botsende cao's, dat wil zeggen de uitzend-cao en de inleen-cao, werd de zogenaamde SMU-afpraak gemaakt. De ABU deed daarbij voor de loonvaststelling afstand van haar onderhandelingsrechten ten gunste van de inleen-cao's. Daarvoor was wel het vereiste van kenbaarheid nodig, dat wil zeggen het feit dat de inleen-cao-partners deze specifieke afspraken moesten melden aan de Stichting Meldingsbureau Uitzendbranche, opgericht in 1991. Vanwege haar bereidheid hiertoe kreeg de ABU het voor elkaar om de maximale uitzendtermijn te wijzigen van 6 maanden in 12 (1000 uren). De SMU heeft slechts enkele jaren bestaan en wel tot 2004. In dat jaar werd de nieuwe ABU-cao 2004–2009 afgesloten. In de daaraan voorafgaande cao 1999–2004 werd het hiervoor al eerder besproken Uitzendconvenant uitgewerkt, behorend bij het Akkoord Flexibiliteit en Zekerheid. Deze ABU-cao werd op 1 januari 1999 van kracht, tegelijk met de overige flexibileits- en zekerheidswetgeving.

Deze cao bevatte naast de gebruikelijke arbeidsvoorwaardelijke bepalingen (ook voortzetting van de SMU-afpraak) belangrijke bepalingen op het gebied van de rechtspositie, dat wil zeggen het zogenaamde uitzendfasensysteem. Het was de uitwerking van de nieuwe wettelijke bepalingen – van driekwart dwingende aard – op het gebied van de uitzendovereenkomst, het ketensysteem van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting.

Naast artikel 7:690 BW, dat het uitzenden met het principe 'einde opdracht is einde uitzending' (art. 7:691, lid 2, BW) voor een periode van 26 weken wettelijk verankerde, ontstond een zogenaamd ketensysteem in artikel 7:668a BW dat wettelijk drie contracten voor bepaalde tijd in een tijdsbestek van drie jaar mogelijk maakte. De ABU-cao werkte deze bepalingen uit in vier fasen.

- Fase 1 was de uitzendfase van 26 weken met zogenaamd uitzendbeding (einde opdracht is einde uitzending).
- Fase 2 behelsde een verlenging bij cao van deze periode met nog eens 26 weken.
- In fase 3 moesten in een tijdsbestek van twee jaar maximaal acht contracten voor bepaalde tijd afgesloten worden.
- De toetreding tot fase 4 is alleen mogelijk onder de voorwaarde van het afsluiten van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

In de uitzend-cao waren ook nog belangrijke afspraken op het gebied van pensioen en scholing uitgewerkt. Bij overgang naar fase 2 verkregen uitzendkrachten rechten op dit gebied.

Gedurende de looptijd van deze uitzend-cao werd duidelijk dat de hectiek rond de invoering van flexibiliteit en zekerheid en de daarmee verbonden uitzend-cao de zaak er niet altijd duidelijker op had gemaakt en ook complex was.

Het Nederlands Economisch Instituut (NEI) stelde in een evaluatieonderzoek vast dat uitzendkrachten eigenlijk bestaan uit 34% 'bijbaners', 55% 'opstappers' en 11% 'stayers'. Differentiatie naar deze verschillende groepen was gewenst, zoals een 'studentenregeling'. Aanbevolen werd om het zogenaamde fasensysteem te versimpelen en de beloningsregeling transparanter te maken. En dit vond plaats in de uitzend-cao 2004–2009. Het fasensysteem werd vereenvoudigd. Er kwam een Fase A met zuivere uitzending van 78 weken, een Fase B met maximaal acht contracten in een maximale periode van twee jaar en een Fase C met de 'vaste' uitzendkrachten; zij die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Afgesproken werd ten aanzien van loon om de SMU-constructie te laten vervallen en uitzendkrachten voortaan te belonen volgens de uitzend-cao in de eerste 26 weken en daarna de beloning te bepalen overeenkomstig de inleen-cao.

Als uitzendarbeid wegvalt, is er in de eerste 78 weken geen recht op doorbetaling; indien dit echter plaatsvindt in de Fasen A en B, is er recht op een zogenaamd terugvalloon als er bereidheid is om andere passende uitzendarbeid te aanvaarden.

Na de uitzend-cao 2004–2009 kwam de uitzend-cao 2009–2014. Deze cao sluit nauw aan bij de voorgaande, alhoewel er ten aanzien van de beloning nieuwe zienswijzen werden opgenomen. Van de uitzendbeloning conform de uitzendbeloningsparagraaf kon worden afgeweken indien het ging om vakkrachten die in de inleen-cao ook waren geregeld. Een procedure met een beloningscommissie voorzag in spelregels omtrent deze afwijkingsmogelijkheid.

Deze cao werd opengebroken om plaats te maken voor de uitzend-cao 2012–2017. Volgens deze cao wordt de inlenersbeloning leidend bij de vaststelling van het uitzendloon (art. 19). De ABU-beloningsregels kunnen toegepast worden op een viertal groepen, te weten:

1. allocatiegroep (schoolverlaters, werkzoekenden in het kader van de Participatiewet, herintreders, re-integratiedoelgroepers, langdurig werklozen, uitzendkrachten zonder startkwalificatie die een kwalificerende opleiding volgen, uitzendkrachten die een opleiding op beroepskwalificerend assistentniveau 1 volgen, vakantiewerkers);
2. transitiegroep (je wordt dan begeleid van werk naar werk);
3. uitzendkrachten die niet indeelbaar zijn (dat wil zeggen niet opgenomen in de functieclassificatie van de inlener);
4. uitzendkrachten met een detacheringsovereenkomst voor onbepaalde tijd in Fase C.

Voor de eerste drie groepen mag de ABU-beloning 52 weken worden toegepast.

Naast de ABU-cao bestaat er ook een NBBU-cao. Deze had geen eigen loonparagraaf en sloot voor de beloning aan bij de inlenersnorm. Bij de NBBU-cao bestond de eerste plus tweede fase uit 104 weken, in tegenstelling tot de ABU, waarbij deze, inmiddels fase A genoemd, 78 weken telde. Beide cao's kennen wel een identieke fase B, ofwel fase 3, waarbij de mogelijkheid van maximaal zes contracten voor onbepaalde tijd in een tijdsbestek van maximaal vier jaar.

De Wet werk en zekerheid heeft inmiddels tot ingrepen in beide cao's geleid, die de cao's nog dichter bij elkaar hebben gebracht. Bij de behandeling van deze wetgeving hierna zal hier nog op teruggekomen worden.⁸¹⁷

817 Cao voor uitzendkrachten 2012–2017, september 2015 (ABU-cao); cao voor uitzendkrachten 1 juni 2014–31 mei 2019 (NBBU-cao).