



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

HOOFDSTUK 9

Verwikkeling

We zagen hiervoor hoe in Nederland het regelgevend uitzendkader sedert de jaren zestig van de vorige eeuw vorm heeft gekregen. De jaren zestig kenmerkten zich door de bestrijding van de misstanden. De eerste uitzendwetgeving, in de zin van de socialeverzekeringplicht en de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, zagen het licht. Daarop volgend ontstond in de jaren tachtig en negentig een periode van toenemende erkenning via opname van terbeschikkingstelling in de Arbeidsvoorzieningenwet 1990 naar de flexibilitiets- en zekerheidswetgeving als voorlopig sluitstuk.

Sedert deze flexwetgeving hebben verschillende bewindslieden zich wederom bezig moeten houden met uitzendarbeid. De aandacht ging daarbij met name uit naar de bestrijding van de malafide uitzendarbeid. Voorkeur werd daarbij uiteindelijk gegeven aan de zelfregulering via certificering gecombineerd met publieke handhaving van de relevante wet- en regelgeving. Meerdere keren werd daarbij teruggekomen op het alternatief van de vergunning. Maar uiteindelijk bleef men toch koersen op de privaat-publieke weg. Deze bleef de voorkeur houden. Na een grondige verkenning maakte minister Kamp van Sociale Zaken en Werkgelegenheid duidelijk dat een vergunning geen toegevoegde waarde zou hebben.

Bij al deze beraadslagingen werd nauwelijks teruggekomen op de fundamenten zoals gelegd bij de aanpak van wat Flexibiliteit en zekerheid is gaan heten.

Echter, er lijkt inmiddels wel sprake van een kerend tij. In de zomer van 2012 lanceerden de SP gezamenlijk met de PvdA hun Wetsvoorstel zekerheid voor flexibiliteit, dat wilde afrekenen met de zogenaamde doorgeschoten flexibiliteit. Veel elementen hiervan kwamen terug in de Wet werk en zekerheid, zoals ingediend door minister Asscher van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en inmiddels ook aangenomen. Het Sociaal Akkoord van 2013 gaf steun aan dit wetsplan. Het akkoord gaf ook steun aan de aanpak van schijnconstructies, zoals in de Wet aanpak schijnconstructies nader vorm gegeven en ook inmiddels aangenomen. Ook payrolling kwam mede door toedoen van het Sociaal Akkoord op de agenda.

Contracting en zzp-schap als nieuwe groeiende loten aan de stam van flexvormen kwamen nog daarbij. Duidelijk is dat uitzendarbeid al lang niet meer het alleenvertoningsrecht heeft in de galerij van flexvormen. Tot slot is het ook nog zo dat minister Asscher kritische kanttekeningen plaatste bij de bestrijding van malafiditeit via een aanpak met private certificering en publieke handhaving. Ook is hij ontevreden over de effecten van de detacheringsrichtlijn.

Na een ontwikkeling van de regelgeving die als positief gekenmerkt kon worden, met name omdat overheid en sociale partners uiteindelijk overeenstemming konden bereiken, lijkt nu een keerpunt aangebroken waarbij blijvende consensus steeds verder te zoeken is. De vraagstukken lijken vanwege hun complexiteit steeds onbeheersbaarder te worden. Er lijkt duidelijk sprake van een keerpunt. Na de beschrijving van de ontwikkeling van het uitzendkader is het voor een goed begrip nu noodzakelijk de verwikkeling verder in beeld te brengen.

En dat allemaal ter beantwoording van de vraag of Conventie 181 als mondiale arbeidsnorm vanuit Nederlands perspectief (nog) toereikend is.

9.1 Wetsvoorstel zekerheid voor flexibiliteit⁸¹⁸

Medio 2012 kwamen de kamerleden Hamer (PvdA) en Ulenbelt (SP) met hun initiatief om de flexwetgeving behoorlijk aan te passen. Zij constateerden dat deze flexwetgeving destijds met grote consensus (143 kamerleden vóór) was aangenomen, maar vonden het tijd om tot aanpassing te komen. Zij dienden voorstellen in ten aanzien van de ketenregel, het opzeggen van een tijdelijk contract, de heffing van ww-premies, het gebruik van het uitzendbeding, de loondoorbetalingsplicht, de proeftijd, het concurrentiebeding en een rechtsvermoeden bij payrollrolling. Deze voorstellen waren nodig om de uit balans geraakte flexwetgeving weer evenwichtig te maken. Zij constateerden: 'dat op dit moment de onzekere schil van tijdelijke contracten, uitzendwerk en zzp'ers gegroeid is naar ongeveer 30%, waaruit blijkt dat het proces van flexibilisering van de arbeid niet op evenwichtige wijze is verlopen'. Dit vraagt om modernisering van de arbeidsverhoudingen, aldus de initiatiefnemers. Gesteld wordt dat deze flexontwikkeling schadelijk is voor de innovatie en de productiviteitsgroei. Er is ook te weinig doorstroming van onzeker naar vast werk.

De gevolgen zijn immers: geen hypotheek, nauwelijks carrièrekansen, weinig bijscholing, een lagere beloning dan collega's in vaste dienst, minder opbouw van

818 Voorstel van Wet van het lid Ulenbelt tot wijziging van Boek 7 van het BW en de Wet financiering sociale verzekeringen ter verbetering van de rechtspositie (Wet zekerheid voor flexibiliteit), TK 2012–2013 nr. 2, 33499.

pensioen en minder rechten op sociale zekerheid dan werknemers met een vast contract.⁸¹⁹

Daarbij aansluitend:

Er is echter een grote groep mensen die ongewild blijft hangen in flexibel werk. De tweedeling op de Nederlandse arbeidsmarkt tussen werknemers met tijdelijke contracten en mensen met een vast contract wordt steeds scherper. De verliezers zijn de groep 'outsiders' met tijdelijke contracten, die niet of nauwelijks doorstromen naar vaste contracten, terwijl ze dit wel zouden willen. Een fors deel van de werkende Nederlanders verkeert daardoor langdurig in bestaansonzekerheid. Hiermee is de vrees voor een groeiend leger arbeidsnomaden – zoals voorzien in 1996 door de Stichting van de Arbeid in het Starakkoord – werkelijkheid geworden.⁸²⁰

Er wordt gewezen op het zogenaamde draaideurgebruik van ww-voorzieningen, waartegen opgetreden moet worden. Werkgevers zouden flexketens zodanig inrichten dat zij optimaal gebruikmaken van de onderbrekingsregels en in deze tussenpozen hun werknemers een beroep laten doen op de ww. Zo zou men nooit aan een vast contract komen.

In concreto waren de voorstellen als volgt:

- toekenning van een ontslagvergoeding als het tijdelijk contract afloopt; voor elk gewerkt jaar een maandsalaris;
- plicht tot informatie over aflopen of verlengen van het contract;
- de zogenaamde 3-in-3-regel – maximaal drie contracten voor bepaalde tijd in maximaal drie jaar – maakt plaats voor de zogenaamde 2-in-2-regel – maximaal twee contracten in een tijdsbestek van maximaal twee jaar;
- aanpak payrollings; rechtsvermoeden dat 'opdrachtgever' ook werkgever is;
- het vaste contract wordt met lagere ww-premies gefaciliteerd;
- geen concurrentiebeding meer bij tijdelijke contracten;
- geen afspraken meer over proeftijd bij contracten van minder dan zes maanden;
- het uitzendbeding mag tot maximaal achttien maanden toegepast worden;

819 Voorstel van Wet van het lid Ulenbelt tot wijziging van Boek 7 van het BW en de Wet financiering sociale verzekeringen ter verbetering van de rechtspositie (Wet zekerheid voor flexibiliteit), TK 2012–2013 nr. 2, 33499, MvT p. 5.

820 Voorstel van Wet van het lid Ulenbelt tot wijziging van Boek 7 van het BW en de Wet financiering sociale verzekeringen ter verbetering van de rechtspositie (Wet zekerheid voor flexibiliteit), TK 2012–2013 nr. 2, 33499, MvT p. 5.

- de mogelijkheid om de loondoorbetalingsplicht uit te sluiten bij cao wordt verder beperkt;
- elk contract moet schriftelijk vastgelegd worden.

De voorgestelde maatregelen richten zich nu niet op de bestrijding van malafiditeit, maar wensen tot een duidelijke herziening van de flexwetgeving te komen. Het wetsontwerp markeert duidelijk een veranderende tijdgeest. Het kwam bij de toenmalige oppositie vandaan, maar door de ‘kleurbijstelling’ die ontstond door Rutte II kwamen deze plannen ook op de regeringstafel terecht en zelfs in het sociaal akkoord.

9.2 *Sociaal akkoord*⁸²¹

In het voorjaar van 2013 kwam er een sociaal akkoord tot stand. Onder het motto ‘perspectief voor een sociaal en ondernemend land: uit de crisis met goed werk op weg naar 2020’ werden een zestigtal maatregelen voorgenomen die een bijdrage zouden moeten leveren aan het scheppen van dit perspectief.

Het kabinet-Rutte II en de sociale partners vonden elkaar op een structurele aanpak voor de economie en de arbeidsmarkt. Het akkoord vormde de leidraad.

Centraal in het akkoord stond onder meer de aanpak van het ontslagrecht en de dringende noodzaak de rechten en bescherming van mensen met een flexibele arbeidsrelatie (flexwerkers) te verbeteren en oneigenlijke vormen van flexwerk met alle mogelijke middelen tegen te gaan. Gesteld wordt:

Het huidige complex aan arbeidscontracten en gerelateerde wetgeving leidt in de praktijk, op onderdelen, tot steeds meer ontsporingen en levert in toenemende mate voor de economie als geheel suboptimale resultaten op. Zo wordt steeds meer gebruikgemaakt van (schijn)constructies die enkel dienen om collectieve afspraken en regelgeving te omzeilen. Er is in toenemende mate sprake van doorgeschooten flex.⁸²²

Met betrekking tot een verantwoorde inzet van externe flexibiliteit en flexibele arbeidscontracten stellen sociale partners zes wegen voor:

1. tegengaan van oneigenlijk gebruik van flexibele arbeidsrelaties zoals schijnconstructies en buitenlandroutes;
2. handhaving en naleving;
3. betere regeling verantwoordelijkheden aanneming;
4. tegengaan van doorgeschooten gebruik van legale vormen van flexarbeid;

821 STAR (2013).

822 STAR (2013), p. 5.

5. betere ordening van zogeheten driehoeksrelaties;
6. investeren in employability en scholing van flexibele werknemers.⁸²³

Ad 1 Tegengaan van oneigenlijk gebruik van flexibele arbeidsrelaties

Bij het tegengaan van oneigenlijk gebruik zijn de volgende problemen aan de orde: schijnzelfstandigheid, ontduiking minimumloon, ontduiking premies, ontwijken cao's en problematische transportsector. De stichting vraagt de regering om een plan van aanpak met zowel wetgeving als handhavingsinspanningen.

Ad 2 Handhaving en naleving

Betere handhaving heeft betrekking op cao-afspraken, betere voorlichting, meer en scherpere controle door de Inspectie szw, handhaving ge-avvde cao's, oprichting paritaire cao-nalevingsbureaus ('cao-polities'), meer bevoegdheden voor de vakbeweging en structurele toepassing werklandbeginsel bij premie- en belastingheffing.

Ad 3 Betere regeling verantwoordelijkheden aanneming

De verantwoordelijkheden en regelgeving bij aanbesteding dienen beter geregeld te worden: zowel opdrachtgever als inlener zijn aansprakelijk en verantwoordelijk. Ook moeten op dit punt de mogelijkheden van de Wet overgang van onderneming bezien worden en de toepassing van ILO-verdrag 94 over de respectering van cao's bij publieke aanbesteding.

Ad 4 Tegengaan van doorgeschoten gebruik van legale vormen van flexarbeid

Doorgeschoten vormen van flexarbeid dienen tegengegaan te worden door aanpassing van de algemene regels over tijdelijk werk, aanpassing van de uitzendregels en aanpak van de min-max- en nulurencontracten. Als maatregelen ten aanzien van tijdelijke contracten gelden:

- geen concurrentiebeding voor tijdelijke contracten, behalve voor specifieke gevallen waarvoor er een duidelijke motivering is;
- aanzegtermijn van een maand bij beëindiging van tijdelijke contracten met een duur van zes maanden of langer;
- geen proeftijd in een tijdelijk contract korter dan een half jaar; ook niet in aansluitend contract;
- de 3, 3, 3-ketenregel maakt plaats voor een 2, 2, 6-ketenregel, dat wil zeggen maximaal drie contracten in een tijdsbestek van maximaal drie jaar met een onderbrekingsregel van drie maanden maakt plaats voor maximaal twee contracten in maximaal twee jaar met onderbrekingsregel van zes maanden; afwijking bij cao

823 STAR (2013), p. 20.

als dat noodzakelijk is op basis van de aard van het werk in de sector of onderneming. De ketenbepaling begint te tellen vanaf de achttiende verjaardag. De stichting vraagt de regering om de uitzendregels (art. 2:691 BW) zodanig te wijzigen dat het zogenaamde ‘uitzendbeding’ (einde opdracht is einde uitzending) bij cao nog tot maximaal 78 weken kan worden toegepast. Er bestaat nu een onbeperkte verlengingsmogelijkheid.. Ten aanzien van min-max- en nulurencontracten vraagt de Stichting om een grote terughoudendheid en deze te beperken tot uitzonderlijke situaties. Bij cao kan thans van de zogenaamde loonbetalingsplicht afgeweken worden. Volgens de Stichting zou dit alleen nog toegestaan mogen zijn als de noodzaak daartoe door cao-partijen is onderbouwd op basis van de aard van de werkzaamheden in die sector. Maatregelen tegen druk op aanbestedingen die leiden tot verlagen van lonen naar het minimum en meer voorlichting over de spelregels bij dit soort contracten zijn ook gewenst.

Ad 5 Betere ordening van zogeheten driehoeksrelaties

Met betrekking tot (nieuwe) vormen van flexibiliteit, zoals overeenkomst van opdracht, payrolling, contracting en doorlening, is het noodzakelijk deze arbeidsrechtelijk te ordenen, zodat transparant wordt onder welke voorwaarde een dergelijke vorm aangeboden kan worden. Er doen zich vraagstukken voor die om een oplossing vragen. De vakbeweging heeft legitimiteitsvragen vanwege de gebrekkige rechtsbescherming. De Stichting wil in ieder geval duidelijkheid. Het bijzonder ontslagregime zoals dat bij de discussie over flexibiliteit en zekerheid is ontwikkeld voor uitzendarbeid en ook geldend is voor payrolling, zou nu voor payrolling niet meer van toepassing moeten zijn. Voorgesteld wordt ook om payrolling te binden aan een schriftelijke arbeidsovereenkomst, bij gebreke waarvan aangenomen wordt dat er een arbeidsovereenkomst met de inlener bestaat.

Overige vraagstukken ten aanzien van driehoeksverhoudingen wil de Stichting nader analyseren, teneinde te inventariseren hoe driehoeksrelaties zich op de Nederlandse arbeidsmarkt ontwikkelen, wat daarbij de ervaringen van werkgevers en werknemers zijn en hoe kan worden bevorderd dat sprake is van duurzame arbeidsrelaties met perspectief die voorzien in gerechtvaardigde behoeften en belangen van werknemers en werkgevers. Voor 1 oktober 2013 zou hier advies over uitgebracht moeten zijn. De Stichting is hier echter tot dusverre, ook na enig uitstel, niet in geslaagd.

Ad 6 Investeren in employability en scholing van flexibele werknemers

Flexibele werknemers zou scholing aangeboden moeten worden tot minimaal startkwalificatie; ze zouden toegang moeten hebben tot in het bedrijf of de sector bestaande voorzieningen en als het contract langer duurt dan 2 jaar zou er een zogenaamde transitievergoeding verstrekt moeten worden.

Het Sociaal Akkoord bevat een heel pakket aan maatregelen om de zogenaamde doorgeslagen flexibiliteit aan te pakken. Van der Gaag⁸²⁴ zet vraagtekens bij de bewering of flexibiliteit wel zo doorgeslagen is. Hij constateert dat sinds het Flexakkoord van 1996 de flexibele schil gegroeid is van 24,8% van de werkzame beroepsbevolking naar 30,8% hiervan, dat wil zeggen 5 procentpunten. En – stelt hij – deze stijging is vooral te danken aan het aantal mensen met een tijdelijk contract en zzp'ers. Uitzendarbeid is daarbij zelfs gedaald, als aandeel in de totale flex-schil zelfs van 12,4% tot 7,4%; het aandeel tijdelijke contracten met uitzicht op vast groeide van 10,6% naar 18,5%; zelfstandigen vormen de helft van deze flex-schil.

Een conclusie die Van der Gaag trekt is dat 'hoe strenger je een sector reguleert, hoe duurder die wordt en hoe vaker naar andere (mindere) vormen wordt gevlucht'. We zullen hierna nagaan hoe de flex-elementen van het Sociaal Akkoord in nieuwe wetgeving zijn omgezet.

9.3 *Wet werk en zekerheid*⁸²⁵

Belangrijke plannen zoals neergelegd in het Sociaal Akkoord werden opgenomen in wetgeving. In een razend tempo werd de Wet werk en zekerheid behandeld en uiteindelijk door een grote Kamermeerderheid aangenomen. De wet richt zich op herziening van het ontslagrecht en aanpassing van de zogenaamde flexbepalingen. Ontslag blijft onderworpen aan preventief toezicht, maar de dubbele route van uwv en kantonrechter met keuzevrijheid maakt plaats voor een dubbele route zonder keuzevrijheid.

Het vragen van een ontslagvergunning van het uwv is vereist bij (a) het vervallen van de arbeidsplaats wegens bedrijfseconomische omstandigheden en (b) langdurige arbeidsongeschiktheid.

Ontbinding door de kantonrechter is de route voor ontslag op grond van (a) regelmatig ziekteverzuim (b) disfunctioneren (c) verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (d) werkweigering op grond van een ernstig gewetensbezwaar (e) verstoorde arbeidsverhouding (f) andere omstandigheden die maken dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan worden verlangd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (zoals detentie of ontbreken tewerkstellingsvergunning).

De mogelijkheid tot beëindiging met wederzijds goedvinden blijft bestaan en opzegging met instemming van de werknemer wordt toegevoegd. De werknemer heeft hierbij wel een bedenktijd van veertien dagen waarbinnen herroeping van de instemming mogelijk is.

824 Van der Gaag (2013).

825 Joosten & Sprengers (2014a). Zie ook: Houweling & Keulaerds (2015).

Ingevoerd wordt ook een transitievergoeding na minimaal twee jaar dienstverband van eenderde maandsalaris per dienstjaar in de eerste tien jaar en een half maandsalaris per dienstjaar na een dienstverband van tien jaar. De maximale vergoeding is 75.000 euro of een jaarsalaris als dat hoger is. De werknemer kan in beroep bij de kantonrechter tegen de uww-toestemming. In dat geval kan de kantonrechter nog een extra vergoeding toekennen als er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Van de uitspraak is hoger beroep mogelijk bij het gerechtshof, waarna partijen in cassatie kunnen bij de Hoge Raad.

Verder wordt de ww verkort van 38 maanden tot 24 maanden, bij cao mogelijk te verlengen tot 38 maanden. Bedoeling is om werknemers die ww verkrijgen te activeren sneller ander werk te verkrijgen. Het overkoepelend thema van de wet is werkzekerheid in plaats van baan zekerheid. Het ontslagrecht zou eenvoudiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar voor de werkgever moeten worden en gericht moeten zijn op het vinden van een nieuwe baan, dus meer in het teken van de mobiliteit.

Naast het ontslagrecht wordt ook het flexrecht aangepakt. In feite gaat het om een zestal categorieën wijzigingen⁸²⁶ ten aanzien van:

1. de ketenbepaling,
2. invoering aanzegtermijn,
3. proeftijd,
4. concurrentiebeding,
5. uitzendarbeid en
6. oproepcontract.

Ad 1 De ketenbepaling

De ketenbepaling gaat van maximaal drie contracten in een tijdsbestek van drie jaar met een onderbrekingsregel van drie maanden naar maximaal drie contracten in een tijdsbestek van twee jaar met een onderbrekingsregel van zes maanden. Zodra de ketenregel wordt overschreden, is er sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Bij cao is afwijking mogelijk, zij het tot maximaal zes contracten in een tijdsbestek van vier jaar met een onderbrekingsregel van zes maanden. Deze afwijking is mogelijk voor uitzendovereenkomsten en als het gaat om functies of functiegroepen waarbij 'de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging vereist'. De minister heeft ook de mogelijkheid om de wet buiten werking te stellen als de intrinsieke bedrijfsvoering daarom vraagt, een en ander vorm te geven via een specifieke cao. Als voorbeeld geldt het profvoetbal. De regels gelden ook niet voor jongeren onder de achttien indien ze gemiddeld maximaal twaalf uur per week werken en als het in het kader van de te volgen opleidingen nodig is.

826 Joosten & Sprengers (2014b).

Ad 2 Invoering aanzegtermijn

Er komen verder verplichte aanzegtermijnen voor contracten voor bepaalde tijd. Als deze langer duren dan zes maanden, moet de werknemer geïnformeerd worden over het al dan niet voortzetten van het contract en de condities waaronder. Deze aanzegging dient een maand voor het einde plaats te vinden. De verplichting geldt niet als het eindtijdstip van het contract niet te bepalen valt. Als de verplichting niet wordt nageleefd, geldt een boete van een maandsalaris.

Ad 3 Proeftijd

Contracten voor bepaalde tijd kunnen alleen een proeftijdbeding opnemen als ze langer duren dan zes maanden.

Ad 4 Concurrentiebeding

Concurrentiebedingen zijn in principe verboden bij tijdelijke contracten. Ze zijn alleen toegestaan als 'zwaarwichtige bedrijfs- of dienstbelangen dit eisen'.

Ad 5 Uitzendarbeid

Het 'uitzendbeding' ('einde opdracht is einde uitzending') blijft in principe mogelijk voor 26 weken zoals thans bepaald en kan voor nog eens 52 weken bij cao uitgebreid worden (in totaal 78 weken). Daarbij geldt de ketenregeling, waarbij tot maximaal vier jaar en maximaal zes contracten afgesloten kunnen worden.

Ad 6 Oproepcontract

Het principe om de loondoorbetalingsplicht schriftelijk uit te sluiten, zoals dat thans bij oproepwerk en nulurencontracten voorkomt, wordt gewijzigd in die zin dat de werkgever verplicht is het loon te voldoen, indien en voor zover de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij dat in redelijkheid voor rekening van de werknemer hoort te komen. Het principe wijzigt dus van 'geen arbeid, geen loon' naar 'geen arbeid, wel loon tenzij...'

De eerste zes maanden kan van het principe worden afgeweken. Daarna kan dat ook bij cao, maar alleen nog maar voor in die cao te bepalen functies, met werkzaamheden van incidentele aard en zonder vaste aanvang. De minister kan op verzoek van de Stichting van de Arbeid bepalen dat voor bepaalde sectoren of delen daarvan de cao-afwijking niet mogelijk is.

Duidelijk is dat ten aanzien van uitzendarbeid de wet nagenoeg geen materiële wijzigingen oplevert. 78 weken uitzendarbeid met daarna maximaal zes contracten (was eerder acht contracten) in een tijdsbestek van vier jaar blijft mogelijk. De ABU-cao hield hier al rekening mee en de NBBU-cao zal haar mogelijke periode van 104 weken moeten terugbrengen naar 78.

De wet in zijn algemeenheid heeft met name van wetenschappelijke zijde de nodige kritiek ontvangen. Loonstra en Sick⁸²⁷ zien een toename van complexiteit; zij vragen zich af of het nieuwe ontslagrecht wel sneller zal werken. Het is wel eerlijker, maar zij betwijfelen of de mobiliteit van werknemers wel wordt bevorderd. Ook vinden zij dat de ontslagkosten, met name voor de MKB-bedrijven, zullen toenemen. Zij vragen zich ook af of de flexbepalingen de flexwerkers wel eerder tot ‘insider’ zullen maken. Hun conclusie luidt dat de vlag van het wetsvoorstel (de beoogde bedoelingen) de lading (de gedane voorstellen) niet dekt.

Verhulp⁸²⁸ vraagt zich af of met de zwaardere belasting van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de aantrekkelijkheid van de zzp’er niet is toegenomen. Eigenlijk vindt hij dat het ontbreekt aan een totaalvisie op de arbeidsmarkt, alhoewel er wel een stap in de goede richting is gezet. Wilthagen⁸²⁹ vindt dat de wet volledig voorbijgaat aan de werkelijkheid van de arbeidsmarkt en ziet ‘een mismatch tussen beleid en markt’ die ons duur komt te staan. Ook de media plaatsen kanttekeningen bij de wet.⁸³⁰

VVD en PvdA plaatsten bij de behandeling van de wet ook kanttekeningen en vroegen zich af of de flexmedewerker, met name door de gewijzigde ketenbepaling, niet eerder een zwakkere positie kreeg dan een sterkere. Zal er hierdoor ook niet werkgelegenheid verloren gaan? De minister ontkende dit effect en stelt dat ‘de maatregelen ter versteviging van de positie van flexwerkers er dus naar verwachting toe zal leiden dat werkgevers per saldo meer vaste contracten aan zullen bieden.’⁸³¹ Hij baseert zich daarbij op OESO-studies die dit zouden aantonen. Het is de vraag of deze studies dit wel zo duidelijk maken. Deze studies zien bij een versoepelde flexwetgeving een substitutie-effect en met name voor Spanje leidde dit tot een behoorlijke toename van tijdelijke contracten. Echter, dit vond plaats zonder een versoepeling van het ontslagrecht. De OESO concludeert dat het niet alleen gaat om versoepelen van flexwetgeving, zoals in de jaren negentig gebruikelijk, maar ook om versoepeling van het ontslagrecht. Het gat tussen vast en flex moet verkleind worden, aldus de OESO.⁸³²

Het is de vraag of dit met de Wet werk en zekerheid inderdaad het geval is. Het ontslagrecht moge in bepaald opzicht verhelderd zijn, maar het is niet versoepeld en de vraag of een werkgever die nu meer wordt beperkt om met flexwerkers te werken, er metterdaad toe zal overgaan om werknemers vast aan te trekken, als dit nog zo in meerdere opzichten onaantrekkelijk blijft.

Het is met de wet zeker dat flexibiliteit is ingeperkt, maar het blijft onzeker of er hierdoor meer vaste banen zullen ontstaan. Voorlopig krijgt minister Asscher nog

827 Loonstra & Sick (2014), p. 12 e.v.

828 Verhulp (2014).

829 Interview met T. Wilthagen in *Het Financieele Dagblad* van 28 april 2015.

830 Commentaren: NRC (2015), Stellinga (2015), *Het Financieele Dagblad* (2014), Nauta & De Dreu (2014).

831 Boot, Houweling & Keulaerds (2015), p. 114–116.

832 OECD (2013b), p. 72 en 106.

geen gelijk. CBS-cijfers van november 2015⁸³³ geven aan dat de werkzame beroepsbevolking sedert een jaar geleden was gegroeid met 81.000 werkenden tot 8,3 miljoen, zij het dat de groei wel afvlakt. Echter, het aantal vaste banen neemt nog steeds af. Sinds 2008 is het aantal vaste banen met ruim 600.000 afgenomen. Voor het eerst zitten we op minder dan 5 miljoen vaste werkenden; een jaar geleden waren er 39.000 minder vaste werkenden.

Er zijn wel meer flexibel werkenden; dit aantal groeide het afgelopen jaar met 87.000 tot 1,9 miljoen. De groei komt met name voor rekening van oproep- en invalkrachten, en dan vooral jongeren met kleine banen van minder dan twaalf uur. Ook het aanbod zelfstandigen was toegenomen, met 34.000 tot 1,4 miljoen werkenden, vrijwel volledig toe te schrijven aan zzp'ers.

Al met al wel groei van werkgelegenheid, maar in het geheel niet van vaste werkgelegenheid, daarentegen wel van flexwerk, vooral op- en afroepwerk en zzp'ers. En dat ondanks de nieuwe wet. Mogelijk is het nog te vroeg om conclusies te trekken, maar voorlopig doen de ontwikkelingen denken aan het gezegde: 'Je kunt een paard wel naar het water leiden, maar je kunt hem niet dwingen te drinken.' Voorlopig leidt dit alles ertoe dat de OESO in haar recente rapport over Nederland stelt dat het ter stimulering van vaste banen noodzakelijk is het ontslagrecht te versoepelen en de transitievergoedingen te verlagen.⁸³⁴

De discussie over herziening van de wetgeving lijkt inmiddels wel geopend.⁸³⁵ De belangrijkste pijnpunten zijn in goed polderoverleg weggenomen. Sectoren met veel seizoenarbeid kunnen weer gaan werken met een tussenpoos van drie maanden (was zes maanden geworden), bij cao te bepalen. En verder worden voor de knellende werking van de transitievergoeding bij ontslag om bedrijfseconomische redenen en wegens arbeidsongeschiktheid compenserende maatregelen gezocht.⁸³⁶

Bij deze deal is ook afgesproken dat de minimumjeugdlonen omhoog zullen gaan, in die zin dat wat geldt bij 23 jaar, nu gaat gelden bij 22 jaar en na evaluatie mogelijk zelfs bij 21 jaar.⁸³⁷

In zijn brief over de aanpassing van de jeugdlonen geeft de minister ook aan dat inhoudingen op het minimumloon voor huisvestingskosten en kosten zorgverzekering onder voorwaarden mogelijk zullen zijn.

833 CBS (2015).

834 OECD (2016b), p. 41

835 De Koning (2016). Zie ook Leupen (2016a).

836 Brief Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, d.d. 21 april 2016, 'oplossingen voor knelpunten op de arbeidsmarkt', ref. 2016-0000 107381, TK 2015/2016, 34351. Zie ook 'Uitkomsten overleg over ervaren knelpunten met betrekking tot de uitvoering van de Wet werk en zekerheid, 18 april 2016' (Stichting van de Arbeid), TK 2015/2016, 16871.

837 Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Herziening Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, 21 april 2016, ref. 2016-0000 107397.

9.4 Wet aanpak schijnconstructies

We zagen al in de behandeling van het Sociaal Akkoord dat de aanpak van schijnconstructies en buitenlandroutes, ofwel het tegengaan van oneigenlijk gebruik van flexibele arbeidsrelaties, hoog op de agenda kwam van sociale partners en dus ook van het kabinet.

Minister Asscher stelde dat het kabinet via de inspectiediensten steeds meer signalen krijgt dat sommige werkgevers schijnconstructies hanteren. Wet- en regelgeving worden hierbij omzeild. Dit is niet gewenst en leidt tot oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden. De werknemer wordt benadeeld omdat het tot verdringing, onderbetaling en zelfs uitbuiting leidt. De werkgever heeft schade omdat er geen gelijk speelveld meer is om te ondernemen.

De kostenverlaging welke met schijnconstructies beoogd worden, tast het principe 'gelijke arbeidsvoorwaarden voor gelijk werk' aan. Men wordt steeds inventiever bij het ontduiken van het minimumloon. Ook houdt men zich niet aan cao-afspraken. Er komt ook schijnzelfstandigheid voor, waarbij formeel als zelfstandige wordt gewerkt, maar er in feite sprake is van werknemerschap. Tevens komt het werken zonder tewerkstellingsvergunning voor.

Het kabinet-Rutte II wil deze misstanden aanpakken, in die zin dat voor gelijk werk gelijke arbeidsvoorwaarden gelden. Daarbij richt het beleid zich zowel op legale constructies met ongewenste effecten als op illegale constructies. Daarbij is een actieplan⁸³⁸ gepresenteerd met als speerpunten:

- aanpak schijnzelfstandigheid,
- tegengaan van ontduiking minimumloon,
- aanpak ontwijking premieafdracht via onder andere postbusondernemingen,
- tegengaan ontduiking van cao's,
- aanpak gefingeerde dienstverbanden,
- aanpak migratieconstructies,
- maken van internationale afspraken.

Op onderdelen hiervan is nieuwe wetgeving gericht zoals:⁸³⁹

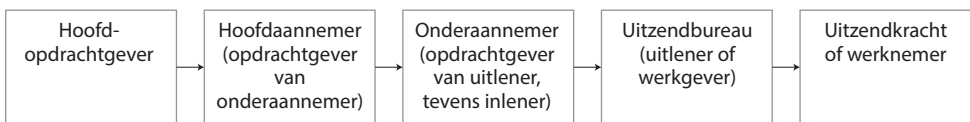
- wijzigen van de WML en het BW ten aanzien van:
 - verduidelijking van de eisen die aan de loonstrook worden gesteld, waaronder de specificatie van onkosten;

838 Brief minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 11 april 2014, referentie 2013 0000044872. over aanpak schijnconstructies.

839 Wet van 4 juni 2015 tot wijziging van de wet minimumloon en minimum vakantiebijslag, Boek 7 van het BW en enige andere wetten ter verbetering van de naleving en handhaving van arbeidsrechtelijke wetgeving in verband met de aanpak van schijnconstructies door werkgevers, *Staatsblad* 2015, 233

- verbetering van de verankering van het recht op minimumloon en de uitbetaling daarvan;
 - verplichting om minimumloon giraal uit te betalen;
 - het in principe niet meer toestaan van verrekeningen met en inhoudingen op het minimumloon;
- het mogelijk maken van openbaarmaking van inspectiegegevens;
 - invoering van een ketenaansprakelijkheid voor het aan de werknemer verschuldigde loon;
 - verbetering van de cao-naleving en handhaving;
 - verbetering van de publiek-private informatie-uitwisseling;
 - verbetering van de handhaafbaarheid van de WAV.

Het wetsvoorstel past in een breder kader van de aanpak van schijnconstructies. En eigenlijk dekt de naam van de wet niet geheel de lading. De wet gaat namelijk in hoofdzaak om het ondersteuning geven aan werknemers bij niet-betaling van het verschuldigde loon of onderbetaling. Hiervoor wordt in het BW een ketenaansprakelijkheidsregeling opgenomen.



Figuur 9.1 Ketenaansprakelijkheid

Uitgangspunt is dat alle schakels in de keten die ontstaat als opdrachten worden verleend aan andere bedrijven, tezamen verantwoordelijk worden voor het loon aan de werknemers in de keten. Krijgt de werknemer niet het verschuldigde loon, dan kan deze achtereenvolgens iedere schakel in de keten aansprakelijk stellen voor de betaling van het loon.

Ketenaansprakelijkheid ontstaat als er een keten van bedrijven is die een deel van het werk of de opdracht uitvoeren (waaronder ook buitenlandse bedrijven), als er verder opdrachtovereenkomsten of aannemingsovereenkomsten zijn afgesloten en indien het verschuldigde loon niet (volledig) is betaald. De werknemer kan in eerste instantie zowel de werkgever of de directe opdrachtgever aanspreken voor het verschuldigde loon. Bij uitblijven van het loon kan de werknemer naar de rechter en met een vonnis dat hem in het gelijk stelt, wederom naar de werkgever of de opdrachtgever. Als dat niet tot succes leidt, kan de werknemer naar de volgende schakel. Voor het geval de werkgever of directe opdrachtgever onvindbaar zijn, niet zijn ingeschreven bij de Kamer van Koophandel, failliet zijn of niet betalen, geldt in principe de regel dat de werknemer naar de volgende schakel kan. De opdrachtgever kan ten

overstaan van de rechter zich ‘disculperen’ door aan te tonen dat deze alles heeft gedaan om aansprakelijkheid te voorkomen.

Er geldt een noodprocedure indien na een jaar nog steeds niet is betaald en ingeval er sprake is van ernstige onderbetaling gedurende zes maanden (of drie maanden lang minder dan de helft van het verschuldigd loon is verkregen ofwel minder dan 70% van het minimumloon), in welke gevallen de werknemer direct naar de hoofdopdrachtgever kan. Aansprakelijkheidsstelling kan worden voorkomen door toe te zien op:

- inschrijving van bedrijf bij de Kamer van Koophandel;
- certificaat of keurmerk van het bedrijf;
- goede vaststelling van de prijs;
- het maken van duidelijke afspraken;
- het ondernemen van voldoende actie.

Artikel 7:692 BW, dat de hoofdelijke aansprakelijkheid van de inlener voor het minimumloon en de vrijwaring voor gecertificeerde uitzendbureaus regelt, wordt ingetrokken omdat er nu een algemene ketenaansprakelijkheid voor het verschuldigd loon ontstaat. De wet is van toepassing geworden met ingang van 1 juli 2015.

De uitzendsector maakt zich zorgen over het mogelijk verbod op verrekeningen dat in de WML opgenomen gaat worden. Hierover moet nog per 1 januari 2016 een amvb verschijnen, maar de uitzendsector ziet negatieve bij-effecten als ziekteverzekeringskosten en kosten van huisvesting niet meer deugdelijk verrekend kunnen worden. Zij verwachten slechtere verzekerdheid van ziektekosten en ook slechtere huisvesting.

9.5 Zelfregulering exit?

In de loop van 2013 kwam de zelfregulering van de uitzendsector wederom ter discussie te staan. Minister Asscher zegde in dit verband toe dat hij de balans zou opmaken van het systeem van zelfregulering, en de herinvoering van de vergunning opnieuw wenste te bezien. En daarmee was de vraag ‘vergunning of certificering?’ wederom terug op de politieke agenda. De minister stelde:⁸⁴⁰

Zelfregulering is op zichzelf niet gericht op het aanpakken van malafiditeit, maar levert daar wel een belangrijke bijdrage aan. Zelfregulering richt zich op ondernemers die zich aan wet- en regelgeving willen houden. Het doel van zelfregulering is dat bedrijven zich door het keurmerk kunnen onderscheiden van andere bedrijven. Zelfregulering zorgt ervoor dat ondernemers die het goed willen doen, zich zo op een positieve manier profileren. Bedrijven doen dan ook hun best om

840 Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 12 mei 2014 over aanpak malafide uitzendbureaus en zelfregulering, met ref. 2014-0000067565, p. 2.

aan de norm te voldoen. Hiervan gaat een preventieve werking uit. En als bedrijven niet aan de norm voldoen, is er stimulans om te verbeteren. Dit is het corrigerende effect van zelfregulering, mits het goed functioneert.

Zelfregulering kan ook tot een sluitende aanpak leiden door intensieve samenwerking tussen SNA (beheerder keurmerk), SNCU (de cao-politie) en de overheid. Het vergroot de effectiviteit van de publiek-private handhaving.

De minister vond echter dat de zelfregulering onvoldoende werkte. Hij baseerde zich daarbij met name op onderzoekgegevens waaruit zou blijken dat in 2013 17% van de door de Inspectie SZW gecontroleerde uitzendbureaus en 20% van de niet-gecertificeerde uitzendbureaus zich niet aan de WAV-verplichtingen of WML-verplichtingen hield.

Het vervelende is dat deze gegevens niet representatief waren voor de sector in het algemeen, maar de minister concludeerde dat het systeem tekortkomingen vertoonde en dat er ook met een privaat keurmerk geen garantie is dat alle bedrijven zich aan de wet houden. Opnieuw werd een vergunningplicht overwogen. Als voordelen van een vergunning werden dit keer gezien:

- dat de overheid de normen kan bepalen en daardoor de markt meer kan reguleren (bijvoorbeeld door een waarborgsom te eisen waardoor barrières voor toetreding worden opgeworpen);
- dat de reikwijdte van de controle wordt vergroot omdat alle bedrijven dan een vergunning moeten hebben;
- dat een vergunning kan worden ingetrokken waardoor toegang tot de markt kan worden ontzegd.

Als nadelen werden genoemd:

- een verlies aan draagvlak in de sector, met de daarbij behorende private inspanningen en financiering;
- het doorkruisen van de publiek-private samenwerking die in de loop der jaren is opgebouwd, en de toename van de administratieve lasten;
- ook een vergunningstelsel pakt de malafiditeit niet direct aan. Waarborgen van een vergunning zijn eenvoudig te ontwijken (bijvoorbeeld door gebruik stromannen) en ook in een vergunningstelsel kan een uitzendbureau met vergunning de wet overtreden.

De minister concludeerde dat zowel een publiek vergunningstelsel als een privaat keurmerk drempels opwerpen in de markt, maar beiden kunnen malafiditeit niet voorkomen. Hij stelde verder dat, alhoewel de publiek-private samenwerking een waardevolle aanvulling vormt op de aanpak van de malafiditeit, hij niet tevreden was met de resultaten van verbeteringen door de sector tot nu toe. 'Het keurmerk is echter nog niet onderscheidend genoeg. Nog te veel gecertificeerde bureaus gaan de fout in.'

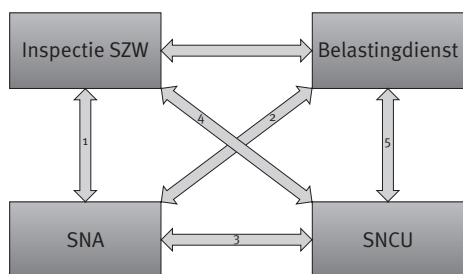
De minister was daarbij nog wel bereid de sector een laatste kans te bieden. In overleg met werkgevers en werknemers in de sector en SNA komt hij tot een stevig pakket verbetervoorstellen. In de loop van 2014/2015 moest blijken of de verbetervoorstellen hun vruchten gingen afwerpen. De minister stelde dat als er binnen een jaar geen verbetering zou zijn, hij zou overgaan tot een alternatief systeem. Wat dat precies zou inhouden, werd niet duidelijk. In de brief die hierover handelt, werd in ieder geval ook bekendgemaakt dat de Inspectie SZW, de Belastingdienst, UWV en SNCU in 2012 en 2013 voor meer dan 100 miljoen euro aan corrigerende maatregelen heeft opgelegd aan overtreders in de uitzendbranche.

In overleg werden een zestal verbeterpunten met 28 maatregelen vastgesteld ten einde tot verbetering van het nalevingsgedrag en verbeterde aanpak van de malafiditeit te komen. De zes verbeterpunten zijn:

- cao-naleving vergroten,
- onafhankelijkheid inspectie-instellingen vergroten,
- kwaliteit private keuringen vergroten,
- intensiever en gericht samenwerken en handhaven,
- grotere regierol overheid,
- voortzetting aanpak malafiditeit.

Een jaar later is het leeuwendeel van de maatregelen uitgevoerd (zie tabel 9.1)^{841, 842}

Door uitvoering van de maatregelen is de kwaliteit van de keuringen en de informatie-uitwisseling verbeterd en de onafhankelijkheid vergroot. Voor sommige van de maatregelen, waaronder het toevoegen aan de norm van negen cao-elementen, is het nog te vroeg om een effect vast te stellen. Belangrijke voortgang werd geboekt bij de verbeterde informatie-uitwisseling tussen de Inspectie SZW, de Belastingdienst, SNA en SNCU (zie schema).






Figuur 9.2 Informatie-uitwisselingsmatrix

841 Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 8 juli 2015 over stand van zaken uitzendsector, met ref. 2015-0000158742.

842 Bijlage bij brief van vorige noot.

Tabel 9.1 Overzichtstabel stand van zaken verbetermaatregelen zelfregulering

<i>Sector</i>	<i>SvZ</i>
1 Versterken buitenlandse norm.	
2 Negen cao-elementen opnemen in de norm. Als bedrijven hierdoor niet voldoen aan de norm, wordt signaal doorgegeven aan SNCU.	
3 Als de negen cao-elementen niet het beoogde effect opleveren, dan wordt een eis van een inlenersverklaring of een andere gedragen optie doorgevoerd in de norm, waardoor alsnog op betaling van het cao-loon kan worden gecontroleerd.	
4 SNA maakt overzicht met normale arbeidsduur van de meestvoorkomende cao's waar inspectie-instellingen op handhaven.	
5 SNA wordt schemabeheerder door acceptatie door Raad voor Accreditatie.	
6 SNA controleert steekproefsgewijs de inspectierapporten van inspectie-instellingen.	
7 Protocol onafhankelijkheid bij inspectie-instellingen, waarin alle mogelijke risico's op het terrein van onafhankelijkheid en bijbehorende beheersmaatregelen zijn opgenomen. De Raad voor Accreditatie controleert de naleving.	
8 Waarnemingen ter plaatse toepassen in specifieke gevallen.	
SNA neemt in het reglement op dat waarnemingen ter plaatse kunnen worden ingezet.	
9 Invoeren risicogestuurde steekproeven door inspectie-instellingen bij controle.	
10 Intensiveren en verbreden gegevensuitwisseling SNCU-SNA.	
11 SNA neemt in het reglement meer informatie op over klachtenprocedure en voorwaarden.	
12 SNA bekijkt of het mogelijk is ook de bestuurder van een onderneming te registreren.	
13 Onderzoek naar algehele functioneren SNA.	
14 SNA onderzoekt de mogelijkheid om te differentiëren tussen uitzenden en aanneming van werk (contracting).	
15 Iedere NEN-gecertificeerde onderneming beschikt over een G-rekening.	
<i>Gezamenlijk</i>	
16 Versterken informatie-uitwisseling: wettelijk regelen eerdere informatie-uitwisseling en organiseren van drie expertmeetings.	
17 Ontwikkeling van een protocol informatie-uitwisseling SNA met Inspectie SZW en BD (ook relatie met 22 en 24).	
18 Analyse naar verschillen tussen gecertificeerde en niet-gecertificeerde bureaus door uitvoeren van een onderzoek.	
<i>Overheid</i>	
19 Invoeren regulier bestuurlijk overleg SZW en Financiën met SNA en sector (eens per kwartaal).	
20 SZW en Financiën zitten als toehoorder bij Centraal College van Deskundigen (normbepalend college).	
21 IT AMU voort zetten in zowel 2014 als 2015.	
22 Actiever handhaven door Inspectie SZW naar aanleiding van signalen.	
23 Sociale partners is gevraagd om een standpunt over het voorstel om in elke cao een A4 op te nemen met o.a. de normale arbeidsduur.	
24 Invoeren periodiek overleg Inspectie SZW, Belastingdienst, SNA en SNCU over uitwisselen van signalen (ook relatie met 17 en 22).	
25 Indien mogelijk het invoeren van een bestuursrechtelijk bestuursverbod.	
26 Verbetering handhaving WML (loopt mee in wetsvoorstel Wet aanpak schijnconstructies).	
27 Publiek-private samenwerking en gegevensuitwisseling bij cao-handhaving versterken (art. 10 wet AVV).	
28 Invoering civiele ketenaansprakelijkheid voor loon (loopt mee in wetsvoorstel Wet aanpak schijnconstructies).	

 gerealiseerd
 wordt aan gewerkt
 moet nog opgestart worden

bron: www.rijksoverheid.nl/regering/inhoud/bewindspersonen/lodewijk-asscher/documenten/publicaties/2015/07/08/stand-van-zaken-verbetermaatregelen-zelfregulering-gecomprimeerd.

Onderzoek werd ook verricht naar de onderscheidendheid van het keurmerk. Dit kon niet vastgesteld worden op basis van dit onderzoek. Wel werd vastgesteld dat op een totaal van 598 gecertificeerde en niet-gecertificeerde uitzendbureaus, op basis van risicosselectie, hetgeen altijd een vertekening oplevert, verzameld door de Inspectie SZW, 14% van de gecertificeerde bureaus de WAV, WML en de Waadi hadden overtreden, terwijl de niet-gecertificeerde bureaus hierbij op een score van 22% uitkwamen, derhalve een significant verschil.⁸⁴³

Ook werd met het nodige voorbehoud vastgesteld dat er vijf overtredingen per miljard euro loonsom waren te constateren bij de gecertificeerde bureaus en 27 overtredingen per miljard euro loonsom bij de niet-gecertificeerde bureaus. De onderzoekers stellen dat deze resultaten als niet-representatief mogen worden beschouwd. Al met al verwacht de minister dat met de stappen die het afgelopen jaar zijn gezet en nog gezet gaan worden, de kwaliteit van de zelfregulering is vergroot.

Een goed certificaat geeft bonafide ondernemers een middel in handen om zich te onderscheiden en risico's te beperken. Met name door toevoegen van de negen cao-elementen hebben werknemers er ook nog meer belang bij gekregen. Het keurmerk kan ervoor zorgen dat ze krijgen waar ze recht op hebben. Daarom is het goed dat zowel werkgevers als werknemers in de SNA zijn vertegenwoordigd. Ook de overheid heeft er belang bij omdat het certificaat leidt tot regelmatige zelfcontrole. De overheid kan zich dan meer richten op malafide, niet-gecertificeerde bureaus. Publieke en private handhaving kunnen ervoor zorgen dat het net gesloten wordt. De minister blijft daarom inzetten op een goed functionerende zelfregulering met een onderscheidend keurmerk, gecombineerd met handhaving door de overheid.

Het is spijtig dat de betrokken vakbonden FNV en CNV vakmensen hun medewerking intussen aan het keurmerk hebben opgezegd.⁸⁴⁴ De controverses over contracting en zzp-bemiddeling, waarover later meer in dit hoofdstuk, zijn voor deze vakbonden reden om niet meer te willen medewerken. Zij vinden dat de productontwikkeling van de uitzendsector zich in een richting ontwikkeld die niet wenselijk is. Men wil de legitimering via SNA van deze vormen niet meer ondersteunen. Ook vindt men dat controle op de juiste toepassing van de cao via zogenaamde waarnemingen ter plaatse (Wtp) en de controle op buitenlandse uitzendbureaus te wensen overlaat.

9.6 *Wijziging detacheringsrichtlijn?*

De aanpak van malafiditeit door uitzendbureaus vraagt ook om een stevige internationale agenda. De minister heeft daarbij onder meer drie sporen voor ogen, te weten:

843 Visee e.a. (2015), p. 10 en 15.

844 Brief van CNV vakmensen en FNV aan SNA d.d. 12 februari 2016.

(1) aanpassing van de detachingsrichtlijn (2) implementatie van de handhavingsrichtlijn en (3) verbetering van de naleving en handhaving van de cao.⁸⁴⁵

De regering maakt zich zowel in Nederland als in de Europese Unie sterk voor het principe gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde werkplek. In hoofdstuk 7 stonden we al hier al bij stil. Uiteindelijk gaat het hierbij om een aanpassing van de detachingsrichtlijn. Implementatie van de handhavingsrichtlijn biedt instrumenten om de detachingsrichtlijn beter te handhaven, zoals door middel van gegevensuitwisseling, grensoverschrijdende boete-inning en beter toezicht op naleving van arbeidswetgeving.

Daarbij blijft echter de grensoverschrijdende arbeid een complex vraagstuk. Het gaat om vragen van sociale, fiscale en socialeverzekeringstechnische aard. De detachingsrichtlijn regelt in sociaal opzicht dat de kernarbeidsvoorwaarden van het werkland van toepassing zijn. De belastingwetgeving regelt dat in principe ook het werkland het heffende land is, hetgeen geregeld is via bilaterale verdragen. En de EU-coördinatierregels op het gebied van de sociale zekerheid (Verordening (EEG) 883/2004 en Verordening (EEG) 987/2009) regelen dat in principe het socialeverzekeringsrecht van het thuisland van toepassing blijft voor maximaal twee jaar.

De socialeverzekeringspremies lijken als percentage tussen de landen vaak niet eens zo sterk uit elkaar te lopen. Maar er zijn wel grote verschillen in de heffingsgrondslagen die fiscaal bepaald zijn. Veel EU-landen stimuleren door belastingfaciliteiten de export van arbeid dan wel dienstverlening. Dit kan leiden tot grote kostenverschillen. Dit geldt nog meer als de grensoverschrijdende arbeid door zelfstandigen wordt verricht. Er hoeft hierbij niet eens sprake te zijn van overtreding in formele zin. Voeg hieraan toe dat de detachingsrichtlijn ook niet in alle opzichten de vereiste duidelijkheid schept en het vraagstuk wordt nog complexer. Malafiditeit maakt het vraagstuk dan nog groter. Of een wijziging van de richtlijn, zoals voorgesteld door de minister van szw, hierbij een oplossing gaat bieden is zeer de vraag. Veel kan al wel bereikt worden op nationaal niveau door de kernbepalingen in alle sectoren in de cao's op te nemen, zoals thans al het geval is in de uitzend-cao en de bouw-cao.

De kern van het probleem blijft het verschil in fiscale regelingen in de EU. En op dat gebied heeft de EU geen bevoegdheden. Het feit dat een aantal EU-lidstaten uit Midden- en Oost-Europa een tegencampagne zijn begonnen tegen een wijziging van de richtlijn, zoals we al in hoofdstuk 7 zagen, is een teken aan de wand. Een wijziging van de richtlijn heeft veel weg van een gevecht tegen windmolens.

Hoe het verder ook zij, zelfregulering is geen middel om zowel grensoverschrijdende als nationale malafiditeit te voorkomen. Het kan hoogstens een bijdrage leveren

845 Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 9 februari 2015 betreffende derde voortgangsrapportage aanpak schijnconstructies, met ref. 2015 0000022434

in de strijd tegen malafiditeit en wetsovertreding. Publieke handhaving op wet- en regelgeving blijft nodig. We moeten ons in dit verband ook realiseren dat uitzendarbeid naar schatting slechts voor 10 à 11% deel uitmaakt van de detachering over de grenzen.

Staatssecretaris Van Hoof maakte ooit bekend dat hij het aantal arbeidsinspecteurs die zich met arbeidsmarktfraude bezighielden, ging verhogen van 65 naar 180 in 2006.⁸⁴⁶ Het is de vraag of dit aantal heden ten dage nog steeds aan de orde is. Minister Kamp⁸⁴⁷ meldde later dat 15% van zijn arbeidsmarktfraudecapaciteit was belast met de aanpak van uitzendbureaus, dat wil zeggen 27 inspecteurs. Als we ons realiseren dat we inmiddels 4000 gecertificeerde uitzendbureaus en circa 8000 niet-gecertificeerde uitzendbureaus kennen, en als we weten dat 70 private inspecteurs met 4000 gecertificeerde bureaus belast zijn, dan is de vraag aan de orde of 27 inspecteurs niet wat weinig is voor een adequate handhaving. Als we uit zouden gaan van gelijke standaarden privaat en publiek qua bezetting, dan vereist een adequate handhaving bij de niet-gecertificeerde bureaus al een capaciteit van 140 inspecteurs.

9.7 Payrolling

We zagen al hiervoor, bij de behandeling van het Sociaal Akkoord, dat payrolling door de sociale partners op de agenda is geplaatst. De vraag is wat dit precies inhoudt en hoe valt volgens de wetenschap, sociale partners en politiek dit fenomeen te duiden? Wat houdt het precies in? Van Houte⁸⁴⁸ onderscheidt vijf vormen van payrolling, te weten:

1. De payroll-onderneming verzorgt de salarisadministratie voor de opdrachtgever, waarbij de werknemer in dienst is van de opdrachtgever.
2. De opdrachtgever verzorgt de werving en selectie van nieuwe werknemers. Vervolgens treedt de werknemer in dienst van de payroll-onderneming en deze werknemer wordt, krachtens een aan de payroll-onderneming verstrekte opdracht, voor een zekere tijd ter beschikking gesteld van de opdrachtgever. Het is de bedoeling dat de arbeidskracht uiteindelijk rechtstreeks in dienst komt bij de opdrachtgever of elders ter beschikking wordt gesteld.
3. De opdrachtgever verzorgt de werving en selectie van nieuwe werknemers, vervolgens treedt de werknemer in dienst van de payroll-onderneming en deze wordt krachtens een aan de payroll-onderneming verstrekte opdracht permanent ter beschikking gesteld aan de opdrachtgever.

846 Brief Staatssecretaris van 15 juni 2006, vergaderjaar 2005–2006, 17050 nr. 326

847 Brief Minister van 14 maart 2012, vergaderjaar 2011–2012, 32680 nr. 28

848 Van Houte (2011).

4. De opdrachtgever besluit om (een gedeelte van) zijn werknemers te ‘outsourcen’ aan de payroll-onderneming. De werknemers treden in dienst van de payroll-onderneming en worden krachtens een aan de payroll-onderneming verstrekte opdracht ter beschikking gesteld aan de opdrachtgever.
5. Werknemers of free-lancers die (nog) geen verklaring arbeidsrelatie winst uit onderneming (VAR/WUO) kunnen krijgen, maar wel graag in de toekomst als ondernemer zouden willen werken, treden bij een payroll-onderneming in dienst. De werknemer zorgt zelf voor de opdrachten en bepaalt zelf de tarieven. De payroll-onderneming stelt de werknemer ter beschikking aan de opdrachtgever, verzorgt de facturatie aan de opdrachtgever en doet de salarisadministratie.

Payrolling is de laatste jaren enorm in populariteit gestegen. De bekendheid met het fenomeen bij organisaties is tussen 2009 en 2014 gegroeid van 59% naar 90%. In dezelfde periode steeg het percentage organisaties dat gebruikmaakte van payrolling van 8% naar 11%. Het aantal payroll-werknemers is gegroeid van 145.000 in 2009 naar 191.000 in 2014. Een derde hiervan is werkzaam in overheidssectoren.⁸⁴⁹

Hoe valt payrolling juridisch te duiden? In de vormen 2, 3, 4 en 5 valt het te kwalificeren als een uitzendovereenkomst zoals gedefinieerd in artikel 7:690, dat wil zeggen:

- er is sprake van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW;
- de terbeschikkingstelling vormt een beroep of bedrijf van de werkgever;
- er is sprake van ter beschikking stellen van de werknemer aan de opdrachtgever;
- de werknemer voert zijn werk uit onder leiding en toezicht van de opdrachtgever;
- de terbeschikkingstelling wordt verricht in het kader van een opdracht tussen de werkgever en de opdrachtgever.

Hoogeveen⁸⁵⁰ en Zwemmer⁸⁵¹ stellen, in tegenstelling tot Van Houte, dat er bij payrolling geen arbeidsovereenkomst bestaat, vanwege het gemis van een allocatieve functie tussen uitzendbureau en uitzendkracht.

In het vorige hoofdstuk (p. 396) zagen we al dat bij de totstandkoming van de wetgeving de toenmalige minister een brede schakering van terbeschikkingstellingen voor ogen stond die onder de definitie van de uitzendovereenkomst zouden moeten worden gebracht. Hij stelde dat het dus ging om ‘uitzendbureaus, arbeidspools en andere organisaties die er hun beroep of bedrijf van maken arbeidskrachten, onder welke noemer ook, tijdelijk ter beschikking te stellen’. Deze zienswijze gaat er kennelijk van uit dat bij al deze vormen ook een zogenaamde allocatiefunctie aanwezig is. Dat wil zeggen dat door middel van de terbeschikkingstelling ook vraag naar en

849 Winnubst, Vroonhof & Tom (2015).

850 Hoogeveen (2007).

851 Zwemmer (2012), p. 151 en p. 347.

aanbod van tijdelijke arbeid bij elkaar worden gebracht. Omdat deze allocatiefunctie bestaat, is het regime met het zogenaamde uitzendbeding (einde opdracht is einde uitzending) gerechtvaardigd.

De wetenschapsliteratuur ziet bij payrolling geen allocatiefunctie, omdat alleen sprake is van het overnemen van het juridische werkgeverschap. Van Houte vindt dit begrijpelijk als het gaat om de vormen 3 en 4, maar zet vraagtekens bij de vormen 2 en 5, waarbij de payroller ook nog een allocatiefunctie vervult. Zij vindt dat deze functie dus samenvalt met het inleenmotief van de opdrachtgever en/of het aanbodmotief van de werknemer.

Verburg⁸⁵² is van mening dat artikel 7:690 BW wel degelijk ook van toepassing is op payrolling. Hij ziet intra-concernuitzending, welke in artikel 7:690, lid 6, is uitgesloten van hantering van het uitzendbeding, als een vorm van payrolling en leidt hier uit af dat payrolling ook onder artikel 7:690 BW valt.

Bevers⁸⁵³ ziet in de rechtspraak aanwijzingen dat een uitzendovereenkomst tussen uitzendbureau en uitzendkracht niet 'geruisloos' kan 'converteren' in een arbeidsovereenkomst tussen uitzendkracht en inlener.⁸⁵⁴ Anderzijds betekent dit volgens Bevers nog niet dat bij een driehoeksrelatie er altijd bij een uitzendcontract sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen uitzendbureau en uitzendkracht. Zij haalt lagere rechtspraak aan waar op basis van het feitelijk werkgeversgezag en/of het gemis aan een allocatieve functie geconcludeerd werd tot een dienstverband tussen werkende en inlener.

Hier staat de rechtspraak dus aan de zijde van Zwemmer en Hoogeveen. Volgens Verburg stellen zij zich op het standpunt dat artikel 7:690 BW niet van toepassing is en dat dan via de jurisprudentie over de kwalificatie van de relatie (de leer van Groen/Schroevers⁸⁵⁵) er sprake zal zijn van een arbeidsovereenkomst tussen inlener en werknemer. Hij zet vraagtekens bij deze theorie. Op grond van de rechtspraak vindt hij dat ook 'beslissend is of partijen zich jegens elkaar hebben verbonden'. Hij verdedigt: 'dat als de inlener de werknemer juist niet betaald (betalen doet het payrollbedrijf) en correct en transparant helder maakt hoe de contractuele relaties liggen, de werknemer van heel goede huize moet komen om met succes te kunnen stellen dat er sprake is van een dienstverband met de inlener.'⁸⁵⁶

In 2006 werd tussen de ABU en de vakbonden FNV, CNV en Unie een payroll-cao afgesloten. De cao bepaalde dat in drie jaar acht contracten voor bepaalde tijd afge-

852 Verburg (2013).

853 Bevers (2015).

854 ABN AMRO/Malhi, HR 5 april 2002, *JAR* 2002, 1100.

855 Zie arrest-Groen/Schoevers (HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149).

856 STAR (2012).

sloten konden worden. De beloning sloot overwegend aan bij die van de werknemers bij de opdrachtgever. Pensioen werd verkregen na twee maanden en ook gold er een ontslagvergoeding van drie tot tien maanden bij beëindiging wegens bedrijfseconomische redenen. Eind 2011 hebben de vakbonden hun medewerking beëindigd, omdat de payroll-constructie zou leiden tot een onaanvaardbare tweedeling op de arbeidsmarkt.

In 2011 vroeg de minister aan de Stichting van de Arbeid om advies. Werkgevers verdedigden te vuur en te zwaard payrolling; werknemers wilden wetgeving aansluitend bij de visies van Zwemmer en Hoogeveen. Met name het allocatievereiste zou toegevoegd moeten worden aan de definitie van artikel 7:690 BW.

In het Sociaal Akkoord werd afgesproken om het bijzonder ontslagregime voor payrolling te wijzigen, hetgeen inmiddels heeft plaatsgevonden. Ook zou er nog een nader advies van de Stichting van de Arbeid komen over driehoeksverhoudingen in zijn algemeenheid. In de zomer van 2015 berichtte de Stichting aan de minister dat dit advies er niet zou komen vanwege de complexiteit.⁸⁵⁷

De minister bereidt nu wetgeving voor mede rekening houdend met de motie-Hamer, die vraagt om de aanpak van payrolling en welke met een Kamermeerderheid werd aangenomen. In de motie werd het volgende gesteld:

Motie van het lid Hamer⁸⁵⁸

Voorgesteld 13 februari 2014

De Kamer, gehoord de beraadslaging,

overwegende dat de sociale partners in het sociaal akkoord overeen zijn gekomen dat voorkomen moet worden dat payrollconstructies gebruikt worden voor de ontduiking van arbeidsvoorwaarden;

overwegende dat in de Wet werk en zekerheid de ontslagregels die nu voor payrolling gelden al zodanig worden aangepast dat de payrollwerknemer werkzaam bij de inlener dezelfde bescherming krijgt als de eigen werknemers bij de inlener;

verzoekt de regering, te zorgen voor gelijke behandeling bij de arbeidsvoorwaarden tussen payrollwerknemers bij de inlener en de eigen werknemers bij de inlener, en gaat over tot de orde van de dag.

Het is jammer dat de vakbonden hun medewerking aan de payroll-cao hebben gestaakt. Deze cao had een proeftuin kunnen vormen voor de verdere regulering van

857 Brief Stichting van de Arbeid aan de minister van Sociale zaken en werkgelegenheid inzake 'driehoeksrelaties' van 29 juni 2015, http://www.stvda.nl/~media/Files/Stvda/Nota/2010_2019/20150629-driehoeksrelaties.ashx.

858 Motie-Hamer, TK 2013–2014, 33818, nr. 43.

driepartijen- en tweepartijencontracting. Het is ook jammer dat de AOVN in haar *Arbeidsvoorwaardennota 2016* stelt dat het afspreken van minimumtarieven voor zzp'ers in cao's ongewenst is, omdat dit in strijd zou zijn met de mededingingsregels.⁸⁵⁹ Een opvallende uitspraak nu de Wet op de cao in artikel 1, lid 2, ook het regelen van arbeidsvoorwaarden ten behoeve van de overeenkomst van opdracht en zelfs aanneming van werk mogelijk maakt en in de cao voor de architectenbureaus op dit punt baanbrekend werk is verricht.⁸⁶⁰

Overzie ik de discussie over payrolling, dan komt mij voor dat we hier te maken hebben met een vorm van terbeschikkingstelling die ook is geregeld in Conventie 181. Ricca signaleerde in zijn onderzoek al zeventien vormen van private bemiddeling en daaronder bevinden zich ook 'contract labour agencies' en 'staff leasing agencies'. In ILO-termen hebben we hier te maken met 'labour only contracting' en uit de geschiedenis omtrent de 'contract labour'-discussie valt op te maken dat dit nagenoeg synoniem is aan uitzendarbeid.

Ook bij de parlementaire behandeling van de flexwetgeving, met name de wijzigingen in het BW, werd een brede definitie van de uitzendovereenkomst aangehouden. De Minister stelde namelijk dat de wetgeving naast de uitzendrelatie ook betrekking heeft 'op 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'.

In de discussie wordt gepoogd door het noodzakelijke element van de 'arbeidsallocatie' het speelveld van uitzendarbeid te verkleinen. Maar wie zegt dat er bij payrolling geen afstemming van vraag en aanbod plaatsvindt?

Een gelijke vraag zou je ook kunnen stellen ten aanzien van contracting ofwel in ILO-termen job contracting, waarvan we weten dat hierover in ILO-verband geen bevredigende regeling was te bereiken. Ook in het Nederlands recht is dit niet geregeld. Dit geldt evenzeer voor het fenomeen zzp'er. Vandaar dat we in de navolgende paragrafen op deze verschijnselen, (job) contracting en zzp'erschap nader zullen ingaan.

9.8 Contracting

Naast payrolling zijn er in ons land inmiddels ook vragen gerezen over 'contracting'. Interessant is – en dat zagen we reeds in hoofdstuk 3 – dat ook bij de ILO in de jaren negentig contracting de nodige aandacht heeft gevraagd. Bij contracting worden werknemers die in dienst zijn van het contractingbedrijf tewerkgesteld in het

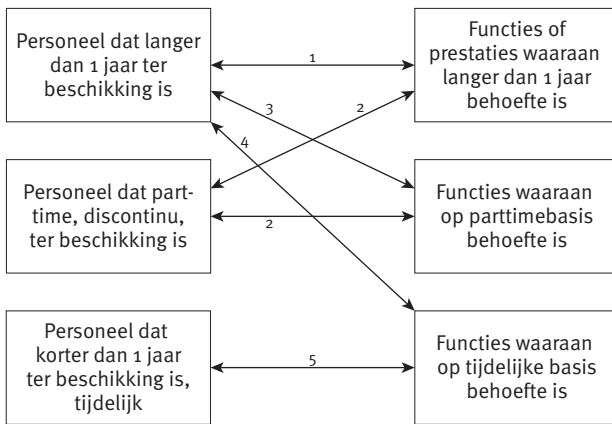
859 Leupen (2016a).

860 Collectieve arbeidsovereenkomst voor architectenbureaus, 1 maart 2015 t/m 28 februari 2017, hoofdstuk II A. Zie ook Dekkers (2016).

kader van een aanneemovereenkomst of een overeenkomst tot opdracht met een derde, te weten de opdrachtgever, waarbij het contractingbedrijf toezicht houdt op de uitvoering van de werkzaamheden. Eigenlijk zijn vormen van uitzending, payrolling en contracting alle vormen van arbeid die voorzien in de behoefte van uitbesteding. Deze behoefte heeft er inmiddels toe geleid dat in de EU-28 tussen de 15 en 53% van de bedrijven een beroep doen op ‘outsourcing’ (zie figuur 9.4).⁸⁶¹

Goldschmeding⁸⁶² stelde al jaren geleden dat de behoefte aan uitbesteding is ontstaan omdat ‘management’ de meest schaarse productiefactor in de economie is geworden. Om management beheersbaar en overzichtelijk te houden in een steeds complexere wereld is focus op het kernproces vereist, hetgeen leidt tot afstoting van bij- en neventaken, dat wil zeggen het overlaten van werkzaamheden die niet tot het kernproces behoren aan anderen, die daar weer hun kernproces van kunnen maken.

Concentratie op het kernproces kan uiteindelijk leiden tot grote bedrijven met marktmacht en schaalvoordelen, terwijl ook de flexibiliteit wordt vergroot. Het grote bedrijf ontwikkelt zich als een ‘denktank’, waar grote aantallen kleinere bedrijven omheen cirkelen. Als voorbeeld noemt hij: projectbureaus, schoonmaakbedrijven, reclamebureaus, organisatiebureaus en uitzendbureaus. Al deze uitbestedingsvormen brengen vraag en aanbod van werk bij elkaar. Hij stelde zich dat als volgt voor:



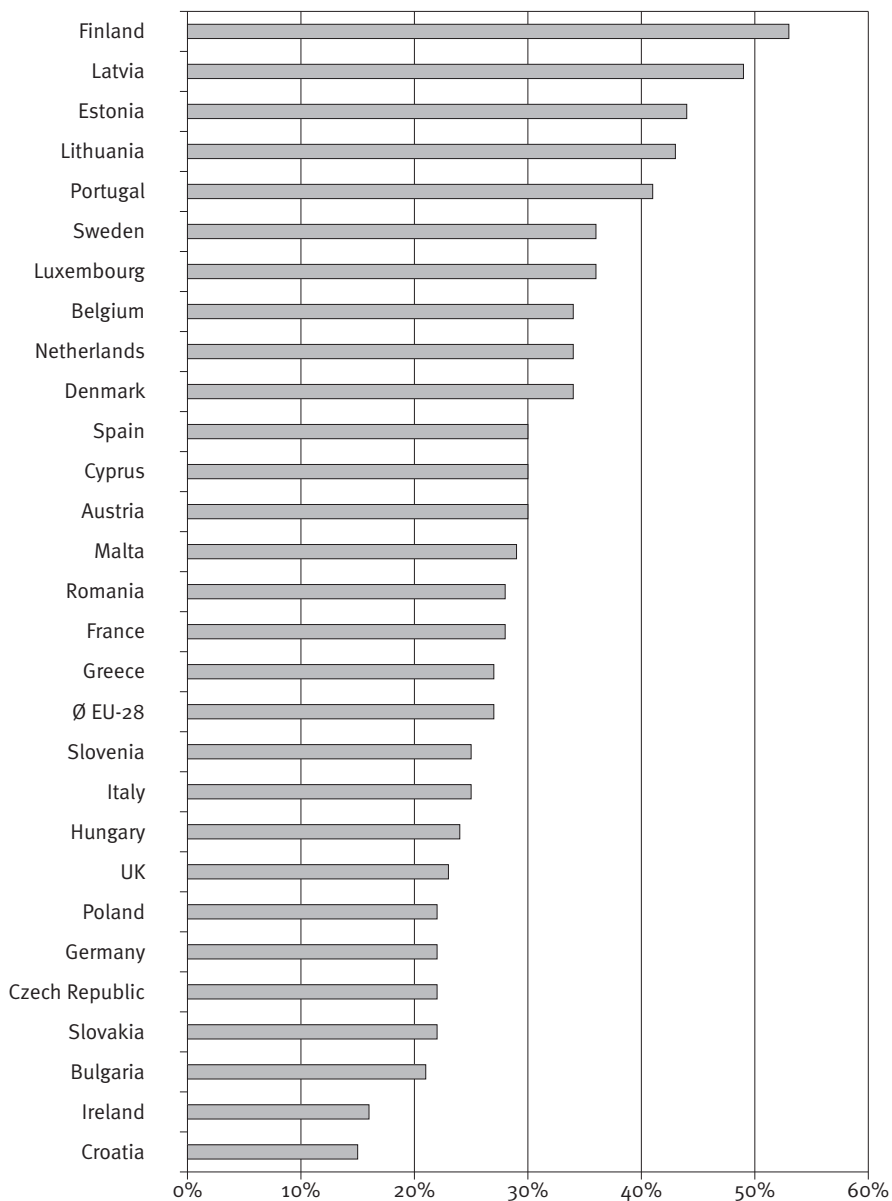
Figuur 9.3 *Uitbesteding, en vraag en aanbod*⁸⁶³

De allocatieve factor werd daarbij al vroeg gezien, zij het dat deze zich niet beperkt tot uitzending, zoals inmiddels bijna de heersende leer lijkt geworden.

861 Drahokoupil (2015).

862 Goldschmeding (1977), p. 58.

863 Goldschmeding (1977), p. 59.



ECS 2013, own calculation, weighted by establishment; N: 23.326; $\chi^2P = 0,0000$; countries in ascending order of percentages; excluding public service cases.

Figuur 9.4 Outsourcing of production of goods or services in the EU-28.⁸⁶⁴ Percentages of companies that outsourced the production of goods and services

864 Drahekoupil (2015), p. 31.

Aan de totstandkoming van Conventie 181 ging een studie van Sergio Ricca⁸⁶⁵ vooraf, die begin jaren negentig analyseerde hoe het allocatieproces op de arbeidsmarkt verliep in relatie tot de inmiddels achterhaalde Conventie 96. Hij signaleerde zeventien typologieën die niet meer pasten in de toenmalige definitie van arbeidsbemiddeling, hetgeen uiteindelijk leidde tot de nieuwe Conventie 181. Daarbij waren ook typologieën als zogenaamde ‘contract labour agencies’ en ‘staff leasing agencies’. Kennelijk waren toen payrolling en contracting al in het vizier. Uitzending werd in de Conventie omschreven als ‘diensten bestaande uit het tewerkstellen van werknemers met het doel hen ter beschikking te stellen van een derde partij, die een natuurlijke of een rechtspersoon kan zijn (hierna aangeduid als ‘inleenbedrijf’), die hun taken vaststelt en toezicht houdt op de uitvoering daarvan’.

In de Nederlandse wetgeving kreeg deze driehoeksverhouding van uitzendbureau, uitzendkracht en inlener verder vorm in het BW en de Waadi. Essentieel is dat de ‘inlener’ toezicht uitoefent op het werk. En dat essentiële element onderscheidt contracting nu juist van uitzendarbeid. Hier is ook sprake van een driehoeksverhouding, dat wil zeggen van contracterende partij, werknemer en opdrachtgever. Hier staat het werk echter onder toezicht van de contracterende partij en niet van de opdrachtgever. Het kan gaan om een aannemingsovereenkomst zoals geregeld in artikel 7:750 BW of een overeenkomst van opdracht zoals geregeld in artikel 7:400 BW.

Aanneming komt met name voor in de bouw, maar kan veel meer omvatten, zoals het wassen of stomen van kleren en het repareren van gebruiksvoorwerpen. Essentieel is dat het gaat om werkzaamheden die bestaan uit het vervaardigen en/of bewerken van stoffelijke voorwerpen. Bij werk van geestelijke of intellectuele aard past meer de overeenkomst van opdracht.

Voor de vakbeweging zijn vormen van contracting steeds bedreigender.⁸⁶⁶ Zolang dit schoonmaak, beveiliging en catering betreft, welke vormen van uitbesteed werk zijn geregeld in respectieve cao’s, is dit nog acceptabel. Maar de FNV ziet hier steeds meer schijnconstructies ontstaan die leiden tot onderbetaling van lonen en afwijking van andere arbeidsvoorwaarden.

De rechtspraak heeft zich inmiddels ook met het fenomeen bezig gehouden. Het hof van ’s-Hertogenbosch keek in zijn arrest van 21 oktober 2012⁸⁶⁷ door de contractingovereenkomst heen en oordeelde dat er in feite sprake was van een uitzendovereenkomst. Quatro, als contractingbedrijf, had een aannemingsovereenkomst gesloten met World Champ als opdrachtgever, voor het plukken van champignons. World Champ als opdrachtgever leverde daarnaast ook de leidinggevende bij Quatro. Erg duidelijk lagen de verhoudingen niet. Uiteindelijk werd Quatro tot nabetaling

865 ILC (1994).

866 FNV (2015).

867 Zie hof ’s-Hertogenbosch 4 maart 2008, *JAR* 2008/164.

van bijna 3,5 ton euro veroordeeld. De zaak was aangespannen door de SNCU die hierin een verkapte vorm van uitzending zag.

In een andere zaak – de Sieraflor-zaak – werd productiewerk, het machinaal vervaardigen van boeketten voor afnemers, steeds meer uitbesteed aan een ander, te weten Ruigrok Productie. Aan het UWV werd gevraagd om een ontslagvergunning voor de vaste medewerkers van Sieraflor, die dit werk eerst verrichtten. De UWV weigerde de toestemming. De beleidsregels bepalen weliswaar dat ontslag van een werknemer die zijn baan verliest vanwege uitbesteding, in principe mogelijk is; echter, deze bepalen ook dat aanvragen die slechts bedoeld zijn om vaste werknemers te vervangen door flexibele medewerkers, niet gehonoreerd kunnen worden. Interessant is dat de kantonrechter in de onderhavige zaak wel de ontbinding van de arbeidsovereenkomsten van de medewerkers toestond. De kantonrechter realiseerde zich hierbij wel dat uitbesteding de rechten van werknemers ernstig kan uithollen, maar desondanks werd tot ontbinding besloten, omdat de rechter de vrijheid om tot uitbesteding over te gaan belangrijker vond dan de werknemersbescherming.⁸⁶⁸

De minister stelde naar aanleiding van publiciteit over de FNV-rapportage omtrent contracting:

Op zichzelf bestaat tegen het uitbesteden van werkzaamheden geen bezwaar. Het staat een werkgever in beginsel vrij zijn onderneming naar eigen inzicht in te richten en bepaalde activiteiten door andere, hierin gespecialiseerde bedrijven te laten verrichten als dat voor een doelmatige bedrijfsvoering wenselijk of noodzakelijk wordt geacht.

Hij stelt echter ook dat:

Vraagtekens kunnen echter worden gezet bij het uitbesteden van kernactiviteiten van een onderneming (anders dan vanwege specialisatie). Want waarom zou een werkgever activiteiten die tot zijn core-business behoren, willen uitbesteden anders dan omwille van het bezuinigen op personeelskosten?

Hij komt tot de volgende conclusie:

Contracting kent zowel legitieme als oneigenlijke vormen. Tegen oneigenlijke vormen van contracting biedt het nieuwe ontslagrecht een effectief instrument als het gaat om het oneigenlijk uitbesteden van werkzaamheden die eerst bij de werkgever zelf werden verricht. De betreffende werkgever zal geen toestemming krijgen voor ontslag van zijn eigen werknemers als uitbesteding niet ten dienste staat van een

868 ECLI: NL: RBDHA: 2013: B 27313.

doelmatige bedrijfsvoering en uitsluitend bedoeld is om vaste werknemers te vervangen door flexibele of goedkopere arbeidskrachten.

Verder zal met behulp van de SNCU de uitzend-cao gehandhaafd moeten worden.⁸⁶⁹

Zwemmer⁸⁷⁰ komt op basis van wetgeving en rechtspraak tot een juridisch houdbare vorm van contracting als deze voldoet aan de volgende elementen en kenmerken:

- het contractingbedrijf heeft gehele productie- of werkprocessen van de opdrachtgever overgenomen;
- de overgenomen processen of afdelingen zijn goed van de rest van de onderneming van de opdrachtgever af te bakenen;
- het contractingbedrijf is gespecialiseerd in dienstverlening in de relevante sector(en);
- het contractingbedrijf is een resultaatverplichting aangegaan met de opdrachtgever ten aanzien van te leveren producten, werken, diensten of andere meetbare resultaten, niet een verplichting ten aanzien van de ter beschikking te stellen arbeidskrachten;
- de opdrachtgever betaalt niet per arbeidsuur, maar een vooraf overeengekomen tarief per geleverd product, werk of dienst;
- het contractingbedrijf maakt gebruik van vaste teams van werknemers;
- de door het contractingbedrijf ingezette teams zijn in vergaande mate autonoom en de opdrachten op de werkvloer worden gegeven door een leidinggevende die ook in dienst is van het contractingbedrijf;
- het contractingbedrijf is (financieel) verantwoordelijk voor planning, administratie, management en toezicht en draagt werkgeversrisico's dan wel neemt de werkgeversrisico's op zich;
- de door het contractingbedrijf ingezette teams maken gebruik van productiemiddelen van het contractingbedrijf.

Hij komt dan tot de volgende juridische definitie:

Bij contracting verbindt de ene partij, het contractingbedrijf, zich een (deel van een) werkproces bij de andere partij, de opdrachtgever, uit te voeren. Daarbij geldt voor het contractingbedrijf een resultaatverplichting en verbindt de opdrachtgever zich een door partijen vastgestelde (stuk)prijs te betalen aan het contractingbedrijf. Bij de uitvoering van de overeenkomst maakt het contractingbedrijf gebruik van

869 Brief minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 17 april 2015 over contracting, met ref. 2015-0000085824.

870 Zwemmer (2015), p. 18.

eigen productiemiddelen en zet het contractingbedrijf werknemers in, die onder zijn leiding en toezicht en als een in bepaalde mate autonome groep worden ingezet bij de opdrachtgever.

Het is de vraag of het aspect van de autonome teams wel vol te houden is. Immers, contracting kan zich ook voordoen als gewerkt wordt met enkelingen, vaak in de rol van deskundige.

Bijpost geeft in een beschouwing over contracting⁸⁷¹ aan dat de gevolgen van onduidelijkheid bij contracting groot kunnen zijn. De contractingwerknemers kunnen goedkoper zijn als geen enkele cao van toepassing is: noch de sector-cao, noch de ABU-cao. Werkgevers die wel deze cao's toepassen, verkeren in een nadeliger concurrentiepositie. Werknemers hebben slechtere arbeidsvoorwaarden en verkeren in rechtsonzekerheid. De overheid is in het nadeel omdat ze lagere premies en belastingen ontvangt.

Gesteld wordt dat contracting het best kan worden bestreden door naleving van artikel 8 Waadi en de toepasselijke cao te verlangen. Ook moet de werkingssfeerbepaling van de sector-cao zich uitstrekken tot contracting en dient algemeenverbindendverklaring plaats te vinden. Verder kunnen afspraken omtrent de voorwaarden van uitbesteding gemaakt worden, tot zelfs afspraken om niet uit te besteden. Aanbevolen wordt om in de Wet aanpak schijnconstructies een bepaling op te nemen die voor contractingwerknemers de arbeidsvoorwaarden geldend bij de opdrachtgever verplicht stelt.

Interessant is dat dit voorstel aansluit bij de uitkomst van de NUON-case, die aanhangig werd gemaakt bij het Nederlands NCP door de FNV Eemshaven. Het betrof een vermeende schending van de OESO-richtlijnen door NUON Energy N. V. Partijen kwamen hierbij uiteindelijk overeen dat NUON in toekomstige contracten met haar hoofdaannemers aanpassingen zal doorvoeren om zo de naleving van afspraken in de gehele keten van leveranciers te bevorderen. Meer specifiek betekent dit dat NUON aan haar hoofdaannemers oplegt dat zij aan hun leveranciers en onderaannemers dezelfde verplichtingen oplegt ten aanzien van arbeidsvoorwaarden, loontarieven en de naleving van nationale en Europese regelgeving als bij haarzelf van toepassing. Daarmee verplicht de hoofdaannemer zijn onderaannemers contractueel zich te allen tijde te houden aan wet- en regelgeving zoals het Burgerlijk Wetboek, de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst, de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van cao's en de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag alsook de toepasselijke EU-wet- en regelgeving. De hoofdaannemer zal via audits controleren of de onderaannemers en de leveranciers aan de verplichtingen voldoen.⁸⁷²

871 Bijpost (2015).

872 NCP (2015).

In het Sociaal Akkoord werd gesteld:

Sociale partners zijn van mening dat er rond het uitbesteden van werk door middel van ‘contracting’ en uitbesteding of doorbesteding van het werkgeverschap (door middel van payrollconstructies of doorlening) zich in toenemende mate vraagstukken voordoen die dringend om een oplossing vragen.

Voorkomen moet worden dat deze constructies vooral worden benut voor ontduiking of uitwijking van al dan niet bij cao geregelde rechtspositionele regelingen en arbeidsvoorwaarden.

De Stichting zou voor oktober 2013 ter zake adviseren maar, zoals hiervoor al gemeld, antwoordde in november 2013 aan de minister dat ze er nog niet uit zijn en dus niet met een advies komen.⁸⁷³

9.9 Zzp'ers

In deze paragraaf over de verwikkeling van het regelgevend uitzendkader in Nederland is het ook noodzakelijk om stil te staan bij het verschijnsel van de zzp'er. Deze vorm van flexwerk is sterk gegroeid en bepaalt in steeds sterkere mate de discussie over flexarbeid. Ook is het zo dat zzp'ers regelmatig voor het verkrijgen van werk een beroep doen op een uitzendbureau. Het uitzendbureau kan in dat geval dan optreden als bemiddelaar, waarbij de zzp'er na bemiddeling rechtstreeks voor de opdrachtgever op basis van overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW) gaat werken ofwel deze overeenkomst met het uitzendbureau afsluit, die de zzp'er dan tewerkstelt bij de opdrachtgever. Er komt dan geen uitzendovereenkomst in de zin van artikel 4:690 BW tot stand, omdat ‘de leiding en toezicht van de derde ontbreekt’. De zzp'er is namelijk een zelfstandige en weet dit ook aan te geven door overlegging van een zogenaamde VAR-verklaring die door de fiscus is afgegeven.

Overigens is het de bedoeling dit systeem van VAR-verklaringen te wijzigen in een nieuw systeem, waartoe het wetsvoorstel Wet invoering Beschikking geen loonheffing (BGL) werd ingediend en inmiddels is aangenomen.⁸⁷⁴

Het zzp'erschap maakt in Nederland een behoorlijke groei door. Het aantal zzp'ers groeide tussen 2003 en 2015 van 634.000 tot 1.034.000, dat wil zeggen met 63%.⁸⁷⁵ Vergeleken met andere EU-landen is de toename in ons land opvallend geweest.

873 Brief van de Stichting van de Arbeid aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake ‘driehoeksrelaties’ van 29 juni 2015.

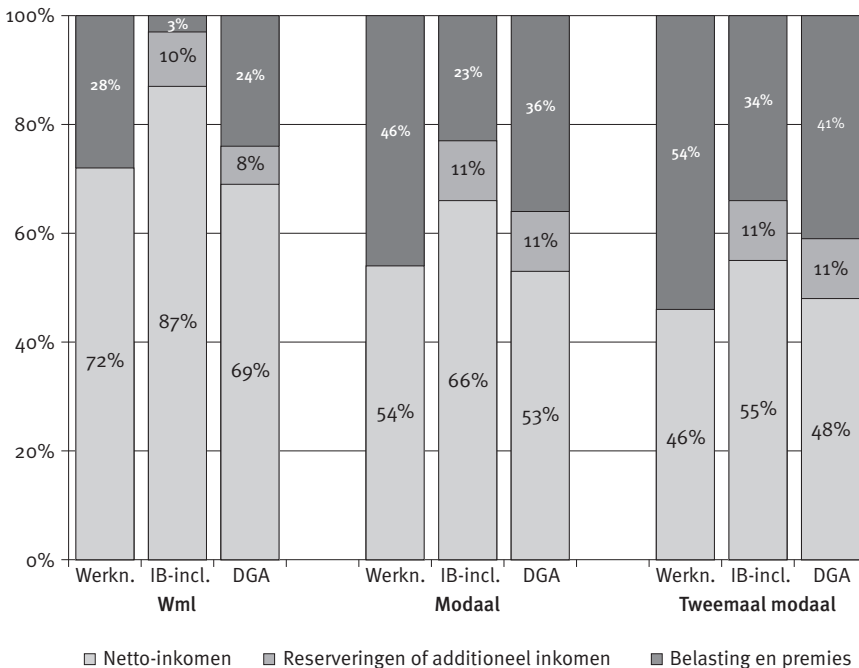
874 Wet van 3 februari 2016 tot wijziging van enkele belastingwetten ten behoeve van het afschaffen van de verklaring arbeidsrelatie (Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties). *Stb.* 2016 (45).

875 Flexbarometer, initiatief van TNO, ABU en FNV Flex.

Dit heeft ertoe geleid dat het kabinet een ambtelijke werkgroep aan het werk heeft gezet om dit verschijnsel nader te analyseren. Het IBO-rapport⁸⁷⁶ werd na de zomer van 2015 bekendgemaakt en de volgende conclusies vallen aan dit rapport te ontleen. Veel zzp'ers geven aan te kiezen voor de vrijheid en onafhankelijkheid die het ondernemerschap biedt. De opdrachtgever en klanten geven aan te kiezen voor flexibiliteit en specialistische kennis. Een beperkt deel wordt zzp'er, maar zou liever werknemer zijn.

De groep zzp'ers is heterogeen van aard en hun inkomens, vermogens en de mate waarin zij verzekerd zijn, lopen sterk uiteen. De spreiding is groter dan bij werknemers het geval is. De groei van het aantal zzp'ers komt deels door technologische, sociaal-culturele en demografische ontwikkelingen. Het is echter aannemelijk dat de snelle groei ten opzichte van het buitenland ook wordt verklaard door institutionele factoren.

Er bestaat in Nederland een groot verschil in fiscale en arbeidsrechtelijke behandeling tussen zzp'ers en werknemers. Bij een vergelijking van de werknemer, de zzp'er en de directeur-grotaandeelhouder (DGA) qua netto besteedbaar inkomen bij gelijke bruto loonkosten/winst, blijkt dat, uitgaande van het minimumloon, de zzp'er veel meer netto overhoudt, dat wil zeggen 87%, ten opzichte van de werknemer (72%) en de DGA (69%).



Figuur 9.5 Netto besteedbaar inkomen bij gelijke bruto loonkosten/winst inclusief en exclusief reserveringen voor pensioen, ziekte, arbeidsongeschiktheid en leegloop.

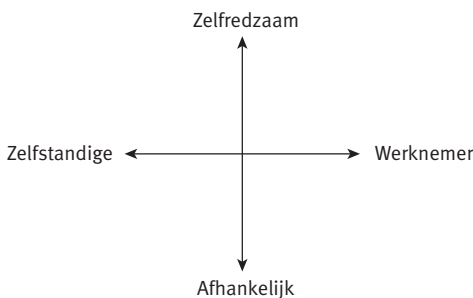
876 Ministerie van Financiën (2015), aangeboden aan het parlement op 2 oktober 2015.

Ook bij modaal houdt de zzp'er meer over (66%) ten opzichte van de werknemer (54%) en de DGA (53%). Bij tweemaal modaal houdt de zzp'er 55% over, de werknemer 46% en de DGA 48%.

Zzp'ers zorgen – samen met andere flexibele werknemers – voor aanpassingsvermogen bij bedrijven in de economie. Ze hebben een bescheiden rol bij het creëren van innovaties. De opkomst van zzp'ers gaat daarmee in beperkte mate gepaard met positieve externe effecten. Er ontstaat waarschijnlijk extra werkgelegenheid, deels doordat ze tegen lagere kosten kunnen werken. Er zijn geen aanwijzingen dat de opkomst van zzp'ers leidt tot een slechter gemiddeld risicoprofiel van werknemers of een hoger beroep op de bijstand en daarmee tot een afnemend financieel draagvlak voor het socialezekerheidsstelsel. Het maatschappelijk draagvlak onder het stelsel kan wel onder druk komen te staan; een groot verschil in belasting- en premiedruk kan leiden tot oneigenlijke concurrentie en gevoelens van onrechtvaardigheid. De opkomst van zzp'ers gaat in beperkte mate gepaard met positieve externe effecten. Daar tegenover staan lagere belasting- en premieopbrengsten en hogere uitgaven aan toeslagen. Per saldo is het effect van de groei van het aantal zzp'ers op de overheidsfinanciën zelf waarschijnlijk negatief. Aldus de IBO-rapportage.

Deze stelt vervolgens dat de grens tussen zzp'erschap en werknemerschap dif-fuus is en aan de kwalificaties grote rechtsgevolgen verbonden zijn, wat schijncon-structies aantrekkelijk maakt. Het huidige beleid maakt onderscheid in de mate van bescherming tussen zelfstandigen en werknemers. Beleid kan beter gericht worden op de behoeften van verschillende groepen werkenden, waarbij de maatvoering af-hankelijk is van de gewenste mate van solidariteit en bescherming.

Als toekomstperspectief stellen de rapporteurs dat daarbij het beleid in mindere mate gericht zou moeten worden op de institutionele vorm waarin gewerkt wordt, maar op de behoefte van verschillende groepen werkenden. Dat wil zeggen: minder beleid gericht op de as werknemer versus zelfstandige, en meer beleid gericht op wer-kenden met differentiatie langs de as afhankelijkheid-zelfredzaamheid. Dit kan door bijvoorbeeld het beleid meer te richten op de werkenden.⁸⁷⁷



Figuur 9.6 Van onderscheid zelfstandige-werknemer naar onderscheid zelfredzaam-afhankelijk⁸⁷⁸

877 Hofs (2016).

878 Ministerie van Financiën (2015), p. xiv.

De fiscale ondernemersfaciliteiten dragen nu niet allemaal effectief bij aan de doelen die met de instrumenten worden nagestreefd (zoals innovatie en creatie van werkgelegenheid). Daarom is het wenselijk om fiscale regimes voor ondernemers (IB-ondernemer en DGA's) en werknemers dichter bij elkaar te brengen.

Opvallend is dat het rapport, dat al 12 april 2015 werd afgerond, tot oktober 2015 in de la heeft gelegen, toen het rapport aan de buitenwereld werd geopenbaard. Inmiddels ziet het IMF het zzp-verschijnsel als een van de bedreigende zwaktes van onze economie. Het biedt weliswaar flexibiliteit, maar tast ook het financieel draagvlak aan.⁸⁷⁹ Het kabinet stelt:

In het IBO-rapport wordt geconstateerd dat er een groot verschil is in institutionele en fiscale behandeling tussen werknemers en zzp'ers. Dit draagt er allereerst aan bij dat aan de onderkant mensen werken als zelfstandige, niet omdat ze dat graag willen, maar omdat ze geen andere keus hebben. Het kabinet neemt daarom maatregelen om schijnconstructies tegen te gaan en het in dienst nemen van mensen met een laag inkomen gericht goedkoper te maken. Daarnaast hebben zelfstandigen meer vrijheid en verantwoordelijkheid dan werknemers om zelf keuzes te maken met de gewenste mate van bescherming.

Het kabinet wil deze zelfstandigen wel ondersteunen om de daarbij behorende verantwoordelijkheden te (kunnen) nemen. Daarnaast heeft het kabinet maatregelen genomen om de kosten van het arbeidscontract te beperken en blijft zij alert op de risico's die werkgevers kunnen ervaren bij het in dienst nemen van werknemers. Daarmee is deze discussie niet afgerond. Het IBO-rapport beschrijft enkele oplossingsrichtingen en tekent daarbij terecht aan dat de selectie van maatregelen, precieze vormgeving en de maatvoering afhankelijk zijn van politieke en maatschappelijke voorkeuren.

Om te komen tot een duurzame en toekomstbestendige oplossing, met breed draagvlak, is het nodig om deze maatschappelijke en politieke discussie te blijven voeren⁸⁸⁰, aldus het kabinet.

Deze discussie kreeg al enigszins vorm als gevolg van het manifest van de AWVN 'een verantwoorde weg naar groei'⁸⁸¹, waarin onder meer gepleit werd voor een uniforme basisregeling voor sociale zekerheid voor alle werkenden, die voorziet in een uitkering bij werkloosheid, ziekte en arbeidsongeschiktheid en bovenop de AOW een uniforme, verplichte basispensioenregeling voor alle werkenden.

879 De Weerd (2015).

880 Aanbiedingsbrief IBO zzp van 2 oktober 2015.

881 AWVN (2014), p. 5

FNV-voorman Heerts⁸⁸² wees het rapport radicaal af, omdat het zou leiden tot afbraak van sociale zekerheid. Van der Heijden⁸⁸³ stelt:

De grondwaarden voor het arbeidsrecht en de sociale zekerheid zijn bestaanszekerheid, eigen verantwoordelijkheid en solidariteit. Deze waarden zijn een beetje geërodeerd. We moeten daarom de nieuwe waarden voor de 21e eeuw onderzoeken.

Ten slotte stelt hij dat er in de sociale zekerheid allerlei variabelen met keuzemogelijkheden te bedenken zijn. 'Als er maar wel wat gebeurt. Want de kaalslag in de rechtsbescherming is een feit.'⁸⁸⁴

Uiteindelijk gaat het om politieke keuzes. De vvd koestert de zzp'er. Zijlstra stelt:⁸⁸⁵

Als liberaal vind ik het geweldig als iemand voor eigen risico en rekening aan het werk gaat. Op zulke ondernemingszin is onze welvaart gebouwd.

Sprekend over de inmiddels 35% van de werkenden als zzp'er of op basis van een flexcontract stelt Asscher:⁸⁸⁶

Het is een grote groep die niet meeprofiteert van de welvaartsgroei. Zo veel mensen die steeds meer in twijfel leven over hun baan. Die zich een vervangbaar radertje voelen in de machinerie van de wereldeconomie. En die helaas maar al te vaak bevestigd wordt in dit gevoel (...) Bij ons is de onzekerheid door flexwerk een grotere bedreiging van de middenklasse.

De woorden staan duidelijk voor twee tegenovergestelde visies, waarbij een oplossing nog lang niet in zicht lijkt. Inmiddels vindt het cda dat alle werkenden, inclusief de zzp'ers, verzekerd moeten zijn tegen ziekte. Minister Asscher heeft hierover advies gevraagd aan de ser.⁸⁸⁷

Voorlopig is de var-verklaring afgeschaft en is nieuwe wetgeving (de nieuwe Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties) in aantocht.⁸⁸⁸ Deze wet, inmiddels aangenomen door het Parlement, beoogt duidelijkheid te scheppen tussen echte zzp'ers en vermeend zzp'erschap. Gevreesd wordt voor te veel bureaucratie en onduidelijkheid.⁸⁸⁹

882 Interview met FNV-voorzitter T. Heerts in *Het Financieele Dagblad* van 9 juni 2015.

883 Interview met P.F. van der Heijden in *NRC* van 2 oktober 2015. Zie ook: Dekker e.a. (2012).

884 Hofs (2016).

885 Tekst Halbe Zijlstra, Algemene beschouwingen, www.vvd.nl/algemene-beschouwingen, p. 6

886 Asscher (2015).

887 Herdersche (2015); zie ook: Buma & Heerma (2015).

888 Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties, EK 2015–2016, 34.036.

889 Leupen (2016c).

9.10 Cijfers

Het vraagstuk van uitzendarbeid heeft inmiddels, zo valt te constateren, een veel breder kader gekregen. Uitzendarbeid is slechts één van de flexvormen. We zagen al dat parallel aan de internationale ontwikkelingen, waar zich een discussie is gaan voordoen over contracting, precarious work en non-standard forms of employment (NSFE) ook in Nederland langs de lijnen van payrolling, contracting en zzp een gelijke discussie gaande is. Het is van belang om op het niveau van Nederland een goed inzicht te hebben in de omvang van deze flexvormen en de groeitrends die zich voordoen.

Op grond van de flexbarometer⁸⁹⁰, die door TNO op basis van hun eigen en CBS-gegevens is ontwikkeld met medewerking van de ABU en FNV Flex, valt het volgende te constateren. Vanaf 2003 tot 2015 (vierde kwartaal) is de arbeidsmarkt van vast en flex tezamen gegroeid van 7.783.000 tot 8.294.000 werkenden, dat wil zeggen met 511.000 werkenden (7%). Over die periode nam het aantal vaste medewerkers met 598.000 af. Eind 2015 benaderde het aantal vaste medewerkers in ons land bijna de 5 miljoen. De flexvormen groeiden echter vanaf 2003 van 1.171.000 tot 1.896.000 werkenden, dat wil zeggen met 725.000 (+62%).

Dit betekent dat de flex-schil inmiddels vanaf 2003 gegroeid is van 15% naar 23% van de werkenden. Tel je daar de zzp'ers bij op, die met 66% toenamen van 634.000 naar 1.022.000 en die dus qua marktaandeel gegroeid zijn van 8% naar 12% van de werkenden, dan neemt momenteel flex 35% van de werkenden voor haar rekening.

Tabel 9.2 Toename vast/flex 2003–2015 4e kwartaal (× 1000)

	2003	2015	Toename in%
Vast	5.612	5.014	-11%
Flex	1.171	1.896	+62%
Zzp	634	1.022	+61%
Zmp	366	362	-1%
	7.783	8.294	+7%

Tabel 9.3 Omvang in % beroepsbevolking

	2003	2015
Vast	72%	61%
Flex	15%	23%
Zzp	8%	12%
Zmp	5%	4%

890 Flexbarometer, initiatief van TNO die op grond van hun eigen en CBS-cijfers periodiek arbeidsmarktgegevens met medewerking van ABU en FNV Flex publiceert

TNO voorziet een verdere groei van flex van 23% nu naar 30% in 2020.⁸⁹¹ Kijken we naar de flexontwikkeling op zich dan valt vast te stellen dat oproep-/invalarbeid relatief van alle flexvormen het meest gegroeid is, dat wil zeggen met 120%. Uitzendarbeid is daarbij achtergebleven met een groei van 32%. Dit leidde tot een groeiend marktaandeel van oproep-/invalarbeid, dat ook ten koste ging van uitzendarbeid, dat haar marktaandeel zag afnemen van 16% naar 13%.

Een prognose van het UWV geeft mogelijk herstel aan voor uitzendarbeid in 2016. Voorzien wordt een banengroei (inclusief ook krimp) van 96.000, waarvan er 65.000 voor rekening zullen komen van uitzendarbeid en 33.000 van zzp'ers.⁸⁹²

Tabel 9.4 Toename flex 2003-2015 4e kwartaal (× 1.000)

	2003	2015	Toename in%
tijdelijk/uitzicht vast	306	426	+ 40%
tijdelijk > 1 jaar	90	163	+ 81%
tijdelijk < 1 jaar	153	163	+ 7%
oproep/invalkracht	255	560	+120%
uitzendkracht	182	240	+ 32%
vast/geen vaste uren	67	126	+ 88%
tijdelijk/geen vaste uren	118	218	+ 85%
	1.171	1.896	+ 62%

Tabel 9.5 Omvang in % flex

	2003	2015
	4e kwartaal	
tijdelijk/uitzicht vast	26%	22%
tijdelijk > 1 jaar	8%	9%
tijdelijk < 1 jaar	13%	9%
oproep/invalkracht	22%	30%
uitzendkracht	16%	13%
vast/geen vaste uren	6%	7%
tijdelijk/geen vaste uren	10%	11%

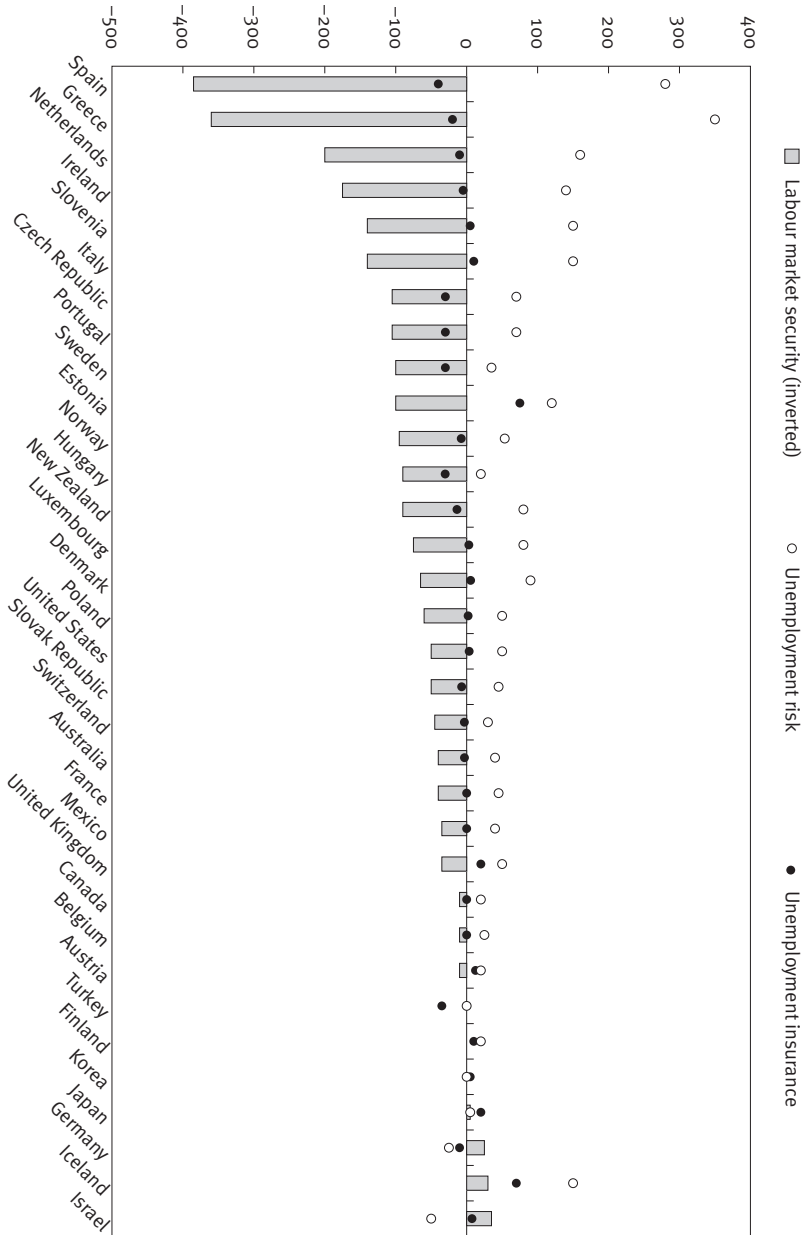
De groeiende flexibilisering van de Nederlandse arbeidsmarkt leidt tot een waarne-
ming van de OECD⁸⁹³ dat in de periode 2007–2013 de baanonzekerheid zeer sterk is
toegenomen. Nederland behoort daarbij tot de top 3-landen, met Spanje en Grieken-
land, waar de baanonzekerheid het sterkst is toegenomen.

891 TNO-onderzoek onder 900 ondernemingen in opdracht van de ABU. Zie *flexmarkt* (2014).

892 UWV (2016), p. 10.

893 OECD (2016a), p. 4.

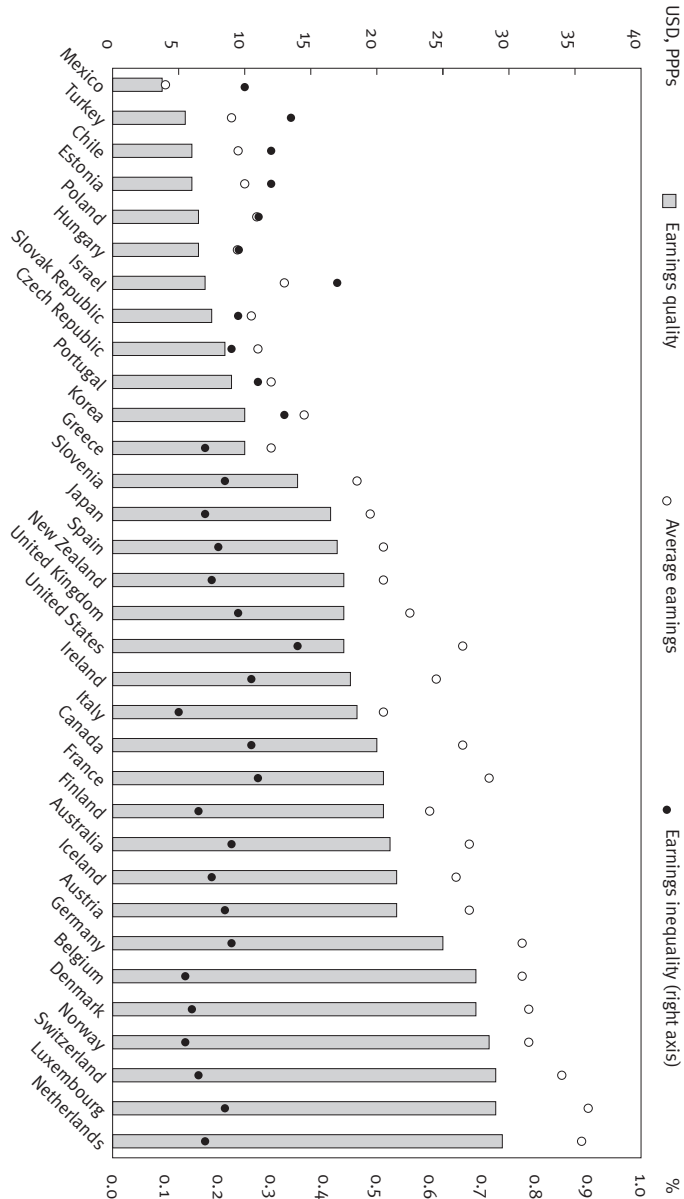
Als echter de inkomensonzekerheid wordt meegenomen, dan staat Nederland op de elfde plaats qua onzekerheid, tussen België en Duitsland in, die op de twaalfde en tiende plaats staan (figuur 9.7).



Figuur 9.7 Changes in earnings quality (percentage change, 2007–2013)⁸⁹⁴

894 OECD (2016a), p. 4.

De OECD kijkt ook naar de inkomenskwaliteit, dat wil zeggen het inkomensniveau en de inkomensverdeling. Nederland staat op dit punt op de eerste plaats (figuur 9.8).⁸⁹⁵



Figuur 9.8 Earnings quality (PPP-adjusted gross hourly earnings in USD, 2013 or the latest year available)⁸⁹⁶

895 OECD (2016a), p. 2.

896 OECD (2016a), p. 2.

Al met al is het aantal vaste banen aanzienlijk afgenomen en is flex behoorlijk gegroeid. Uitzendarbeid heeft met de flexgroei geen gelijke tred gehouden. Tijdelijke contracten, oproep/invakkrachten en zzp'ers groeiden aanzienlijk sneller. Alleen de laatste jaren lijkt uitzendarbeid zijn achterstand ten opzichte van andere flexvormen weer wat in te halen.

9.11 *Vergelijking met Conventie 181*

In het voorafgaande is er een schets gegeven van de ontwikkeling en verwikkeling van het regelgevend uitzendkader in Nederland. De vraag is nu wat deze schets ons laat zien ten aanzien van de vraag of Conventie 181 (nog) toereikend is vanuit dit Nederlands perspectief. Daarvoor zullen we allereerst nog eens de elementen van Conventie 181 toetsen aan de Nederlandse regelgeving. Duidelijk wordt daarbij dat de core-issues van Conventie 181, te weten 'non-discriminatie', vrijheid van organiseren en onderhandelen, 'dwangarbeid' en 'kinderarbeid', allen een plaats hebben gevonden in het Nederlands recht. De Grondwet (art. 1) en de AWGB (Algemene wet gelijke behandeling) waarborgen de *non-discriminatie* en ook geeft artikel 3, lid 3, Waadi aandacht hieraan. De vakbondsvrijheid is verankerd in het algemeen verenigingsrecht van Boek 2 BW en de spelregels voor het cao-proces zijn opgenomen in de Wet op de cao. Dwangarbeid wordt aan banden gelegd doordat de Nederlandse Grondwet in artikel 19 bepaalt dat het recht van iedere Nederlander op een vrije arbeidskeuze wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.

Kinderarbeid is geregeld in de Arbeidstijdenwet, waarin een verbod op arbeid door personen van jonger dan 16 jaar is neergelegd. Er zijn uitzonderingen voor arbeid van niet-industriële aard door kinderen van 13 jaar of ouder en voor het bezorgen van kranten door kinderen van 15 jaar.

De werknemersbescherming ten aanzien van de *werktijden* is geregeld in de arbeidstijdenwetgeving. De arbeidsvoorwaarden zijn inmiddels uitgebreid geregeld in met name de twee uitzend-cao's die bestaan.

De *lonen* zijn geregeld in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, die de minima voorschrijven, en artikel 8 Waadi dat voorschrijft dat de bij de inlener geldende lonen moeten worden betaald, tenzij een cao anderszins iets regelt. Beide uitzend-cao's geven loonvoorschriften die inmiddels deze 'inleennorm' in principe volgen. De ABU-cao heeft daarnaast nog een eigen loonparagraaf die voor specifieke groepen gehanteerd mag worden. Sociale zekerheid is geregeld in de ww, zw, wia en wao en de uitzend-cao's die aanvullingen regelen op de loondoorbetalingsplicht bij ziekte.

Veiligheid en gezondheid zijn geregeld in de Arbowetgeving en artikel 11 Waadi, waarin een informatieplicht is opgenomen voor het uitzendbureau ten aanzien van

de vereiste beroepskwalificatie en de beschrijving bedoeld in artikel 5, lid 5, van de Arbeidsomstandighedenwet. Het onderwerp training is uitvoerig geregeld in de uitzend-cao's (in art. 63 ABU-cao en art. 30 NBBU-cao).

Insolventie is geregeld doordat de ww uitkeringsrechten geeft bij het onvermogen van het uitzendbureau om te betalen in geval van faillissement. En inmiddels geeft de ketenaansprakelijkheid van de Wet werk en zekerheid hier nu ook extra waarborgen.

De *juridische status* heeft inmiddels een expliciete verankering gekregen in de registratieplicht opgenomen in artikel 7a Waadi. Artikel 12 Waadi geeft nog een specifiek regime waarbij sectorale verboden mogelijk zijn. Artikel 10 Waadi verbiedt de uitzending bij een arbeidsconflict.

En zelfregulering heeft zijn plaats veroverd. Een, tevens mondiaal gezien, unieke vorm van publieke en private samenwerking heeft in de loop van de tijd gestalte gekregen. Na ferme ondersteuning van de ministers Vermeend, Donner en Kamp ging minister Asscher hierbij weer vraagtekens zetten. Maar een redelijk succesvol programma van verbetermaatregelen bracht hem ertoe om het op zijn minst unieke systeem toch de gunst van de twijfel te geven. Overigens hield Conventie 181 al rekening met certificering als regime van uitzendregulering (art. 3, lid 2).

De *privacyregels* zijn gewaarborgd in de Wet Bescherming Persoonsgegevens.

Het *'no fee to worker'-principe* is verankerd in artikel 9 Waga. Migranten hebben via de detacheringsrichtlijn met name in de Waadi extra waarborgen gekregen naast die welke het Europees recht al in zijn algemeenheid biedt.

Er bestaat inmiddels een langdurige en uitgebreide *samenwerking tussen private uitzendbureaus en de uvw alsmede de gemeenten*. Daarbij bestaat niet alleen aandacht voor zogenaamde 'geen-werk-naar-werktrajecten', maar ook voor zogenaamde 'van-werk-naar-werktrajecten'.⁸⁹⁷

Geschillenregelingen zijn opgenomen in de uitzend-cao's (art. 70 ABU en art. 45 NBBU). De Arbeidsinspectie is door de minister ingevolge artikel 13 Waadi aangewezen als toezichthouder. Deze kan ingevolge artikel 14a Waadi gegevens uitwisselen met andere betrokken bestuursorganen ter versterking van de handhavingsmogelijkheden. Ook kunnen ingevolge artikel 14b Waadi gegevens verstrekt worden aan erkende certificerende instellingen zoals de SNA, hetgeen de private certificering duidelijk versterkt.

Ook kan de *arbeidsinspectie* onderzoek verrichten naar de naleving van de Waadi-bepalingen en hierover rapporteren aan de betrokken arbeidskracht, werkgever, de OR en relevante werknemers- en werkgeversorganisaties. De ketenbepaling kent inmiddels ook nog een mogelijkheid van 'naming and shaming'.

897 Oosterwaal e.a. (2015).

Als we kijken naar de knelpunten zoals die in eerdere hoofdstukken aan de orde kwamen, zoals ten aanzien van ‘stability of work’, ‘unequal pay’, ‘weakened position of trade unions’ en ‘excessive use of agencywork’ kan nog het volgende vastgesteld worden.

‘*Stability of work*’ is bij uitzendarbeid voor het eerst geregeld in het uitzendconvenant behorend bij het flexakkoord, door invoering van een zogenaamd fasensysteem. De uitzend-cao’s hebben dit uitvoerig uitgewerkt (ABU: art. 12 e.v., NBBU: art. 13 e.v.). De Wet werk en zekerheid heeft hierin materieel geen wijziging aangebracht. Wel is ook een transitievergoeding vereist na twee jaar uitzenddienstverband.

Inmiddels is de situatie zo dat na 78 weken uitzending met het zogenaamde uitzendbeding (‘einde opdracht is einde uitzending’) een periode aanbreekt van maximaal vier jaar met maximaal zes contracten voor bepaalde tijd, die meer vastigheid bieden dan gedurende de voorafgaande uitzendperiode. Hierna moet een contract voor onbepaalde tijd aangeboden worden, wil het werk voortgezet kunnen worden. Bij de tweede evaluatie van het flexarrangement bleek 15 à 20% van de uitzendkrachten zich in deze fase te bevinden, waarvan 4 à 7 procentpunten inmiddels een contract voor onbepaalde tijd had verkregen.

De problematiek van de *lonen* is in de Nederlandse verhoudingen opgelost via artikel 8 Waadi en de loonvoorschriften in de uitzend-cao’s (ABU: art. 18 e.v., NBBU: art. 22 e.v.). Het feit dat vakbonden en werkgevers vanaf 1971 in staat zijn geweest om steeds steviger uitzend-cao’s uit te onderhandelen doet de vraag rijzen of de positie van de vakbeweging ten aanzien van uitzendarbeid in Nederland wel zo zwak is.

‘*Excessive use of agencywork*’ is in Nederland enigszins geregeld in inleen-cao’s die regelmatig quoteringen voorschrijven. Dit is echter wel omstreden, omdat werkgevers dit in strijd vinden met artikel 4 van de Europese uitzendrichtlijn. Ook hebben deze quoteringen inmiddels aandacht van de politiek.⁸⁹⁸

De uitzendrichtlijn heeft verder nog meer verplichtingen met zich meegebracht die allen (inmiddels) in de Waadi geregeld zijn, zoals de toegang tot ‘*bedrijfsvoorzieningen of diensten* in inlenende ondernemingen’ (art. 8a Waadi), de *vacaturemelding* (art. 8b) en de *wor* in artikel 1, lid 2, sub b (meetellen uitzendkrachten), en *wor* artikel 31b, lid 1 (informatieverstrekking *wor*). De Waadi regelt voorts ook de bestuurlijke handhaving (art. 16 e.v.). Het zijn onderwerpen die verdergaand geregeld zijn dan Conventie 181 voorschrijft.

De Nederlandse wetgeving blijkt geheel in overeenstemming met Conventie 181. De Conventie 181 heeft in feite gefungeerd als een toereikende agenda om uitzendarbeid een adequaat wettelijk regime te bieden. Desondanks zien we in de hiervoor beschreven

898 Mulder (2015).

schets inmiddels ook zaken die problematisch zijn. Onderwerpen als payrolling, contracting en zzp'ers zijn nieuwe vormen van flexwerk waar ook uitzendbureaus inmiddels bemoeienis mee hebben. Uit onderzoek onder ABU-leden blijkt dat 92% zich bezighoudt met uitzending, maar 66% met detachering van professionals, 64% met payrolling en 76% met werving en selectie. Men verwacht de komende jaren diensten te gaan toevoegen als zzp-dienstverlening, reïntegratie, outsourcing en outplacement. Er is dus duidelijk sprake van een verbreding van het dienstenportfolio.⁸⁹⁹

Interessant is dat de huidige Nederlandse discussie zich met name concentreert op de nieuwe vormen als payrolling, contracting en zzp'erschap. Het doet denken aan de discussie bij de ILO eind 90-er jaren. Enerzijds werd Conventie 181 met brede ondersteuning aangenomen; anderzijds liep er parallel een discussie over contract labour, die uiteindelijk faalde en werd omgezet in een discussie over de employment relationship. In hoofdstuk 3 is hier uitvoerig bij stilgestaan.

In feite gaat het in internationaal verband om de reikwijdte van Conventie 181. De vraag is of deze aangepast moet worden en uitgebreid naar zowel drie- als tweepartijen-contracting of dat er toch opnieuw een discussie moet ontstaan over contracting en hoe dit adequaat te regelen, rekening houdend met de verdiensten van Conventie 181.

Interessant is dat in Nederland al in 1982 erop werd gewezen dat 'verscherpte en strakkere regulering van uitzendarbeid substitutie door andere 'losse' arbeidsverhoudingen tot gevolg zal hebben. Immers, zo stelden de onderzoekers in opdracht van de minister van sociale zaken en werkgelegenheid: 'De conclusie die hieruit getrokken kan worden is dat er alternatieven zijn, zowel met als zonder inschakeling van derden. Uitzendarbeid is dus één van de vele vormen van 'losse' arbeidsverhoudingen'. Aanbevolen wordt om tot een meer geïntegreerd beleid ten aanzien van 'losse' arbeidsverhoudingen te komen. Nu, zo veel jaren later lijkt deze conclusie nog steeds valide.⁹⁰⁰

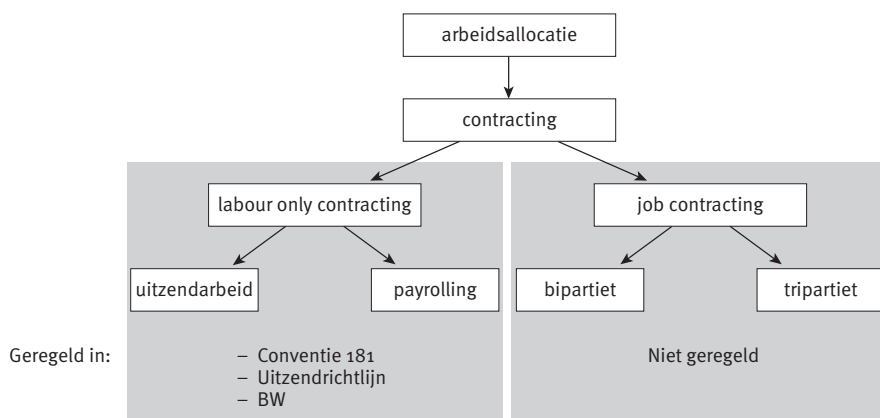
Het zou derhalve van moed getuigen als voorlopig sociale partners in de uitzendsector om voor zowel twee- als driepartijen-contracting de mogelijkheid van een cao te verkennen. Overigens werd in de zojuist aangehaalde studie uit 1982 ook al gewezen op de negatieve werkgelegenheidseffecten die uitzendbeperkingen kunnen hebben.

De vraag is ook waartoe dit alles qua wetgeving uiteindelijk noodzaakt. In Nederland wordt ruimschoots voldaan aan de normen van Conventie 181. 'Labour only contracting' is daarmee dus geregeld. Wat niet is geregeld is de 'job contracting', zowel de tweepartijen- als driepartijen-jobcontracting. Zowel internationaal als nationaal bestaat hier een lacune, waar actie op ondernomen zou moeten worden.

899 ABU (2015).

900 Andersson, Elfvers & Felix (1982).

Nodig is ook dat het arbeidsrecht zich ontkoppelt van de arbeidsovereenkomst als basis van het arbeidsbestel. Het arbeidsrecht zal zich meer moeten concentreren op de pluraliteit van arbeidsvormen die inmiddels is ontstaan. Naast ‘labour only contracting’ behoort daarbij ook ‘job contracting.’ Het arbeidsrecht moet zich losmaken van de werknemer en zich gaan richten op alle werkenden in wat voor arbeidsvorm dan ook. Het arbeidsrecht dat zich alleen op de arbeidsovereenkomst richt, moet arbeidsverhoudingenrecht worden!⁹⁰¹



Figuur 9.9

Tabel 9.6 Vergelijking Conventie 181 – Nederlands arbeidsrecht

	<i>C 181</i>	<i>Dutch regulations</i>
I Core issues		
a Non-discrimination	Art 5	Art.1 GW AWGB, art. 3, lid 3 Waadi
b Freedom of association and collective bargaining	Art. 4, Art. 11 a, b Art. 12 a	II BW, Wet cao 1927
c Forced labour	Preambule	Art. 19
d Child labour	Art. 9	ATW art. 1; 2,art. 3:1,2
II Worker protections		
a Right to work		Art. 19 GW
b Free choice of employment		Art. 19 GW
c Working time (rest and leisure, limitation hours and periodic holidays)	Art. 11 d, Art. 12 c	ATW
d Conditions of work (just and favourable conditions)	Art. 11 d Art. 12 c	Uitzend cao's

901 Van der Heijden (2014b).

	<i>C 181</i>	<i>Dutch regulations</i>	
e	Minimum (wages) and equal pay for equal work/favourable remuneration	Art. 11 c Art. 12 b	WML Art. 8 Waadi
f	Adequaat standard of living		
g	Social security protection (occasional accidents, diseases, maternity, parental protection, benefits protection against unemployment, sickness, disability, widowhood, old age)	Art. 11 e Art. 12 d	WW, ZW, WIA, WAO, WAZ Uitzend-cao's ABU art. 53 NBBU art. 25
h	Health and safety	Art. 11 f Art. 12 f	Arbowet, art. 7:658 BW. Waadi art. 11
i	Training	Art. 11 f Art. 12 e	Uitzend-cao's ABU art. 63 NBBU art. 30
j	Insolvency	Art. 11 i Art. 12 h	WW
III Specific issues			
a	Legal status	Art. 3 par.1,2	Waadi art. 7a, 10, 12
b	Privacy and protection personal informations	Art. 6	WBP
c	No fee to worker	Art. 7	Waadi art. 9. EU-verdrag
d	Migrant workers	Art. 8	Waga
e	Cooperation public/private agencies	Art. 13	Diverse afspraken
f	Access to remedy	Art. 14, lid 3	Waadi art. 13; 14a,b,c; 15. Uitzend-Cao's ABU: art. 70 NBBU: art. 45
IV Other specific issues			
a	Stability of work		Uitzend-cao's ABU: art. 12 e.v. NBBU: art. 1 e.v.
b	Unequal pay		Uitzend-cao's ABU: art. 18 e.v. NBBU: art. 22 e.v. Waadi: art. 8
c	Weakened position trade unions		Uitzend-cao's
d	Excessive use of agency work		Quoteringsregelingen inleen-cao
V Other European issues			
a	Access to employment, collective facilities, vocational training		Waadi: art. 8a, b
b	Representation of temporary agency workers		WOR, art. 1, lid 3 Onderdeel b
c	Information of workers representatives		WOR, art. 31b lid 1
d	Favourable provisions	Art. 15	
e	Penalties	Art. 14, lid 3	Waadi art. 16 e.v.
f	Implementation and review	Art. 18	Waadi art. 23
g	Free placement	Ilo-conv. 88	

