

Vergaderjaar 2018–2019

35 074

Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, de Wet financiering sociale verzekeringen en enige andere wetten om de balans tussen vaste en flexibele arbeidsovereenkomsten te verbeteren (Wet arbeidsmarkt in balans)

Nr. 5

BRIEF VAN DE MINISTER VAN SOCIALE ZAKEN EN WERKGELEGENHEID

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 8 november 2018

In het Algemeen Overleg Arbeidsmarkt/DBA van 27 juni jl. (Kamerstuk 29 544, nr. 840) is het fenomeen contracting ter sprake gekomen. Ik heb uw Kamer toen toegezegd om in de zomer gesprekken te voeren met sociale partners over contracting en hierover uw Kamer te informeren. Met deze brief doe ik de toezegging gestand, zodat de brief kan worden betrokken bij de behandeling van het wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans (hierna: Wab, Kamerstuk 35 074).

Graag maak ik ook van de gelegenheid gebruik om uw Kamer te informeren dat in week 46 (de week van 12 november 2018) voorgenomen lagere regelgeving van het wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans gepubliceerd zal worden op www.internetconsultatie.nl.

Voor het kabinet staat het belang van een goed werkende arbeidsmarkt vast, waarbij werkenden gelijke kansen hebben. Doel van de regering bij het wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans is dat het voor werkgevers aantrekkelijker moet worden om werknemers in (vaste) dienst te nemen, en waarbij werkenden perspectief op zekerheid hebben. Hieronder zal ik eerst in algemene zin ingaan op het fenomeen contracting. Daarna zal ik ingaan op de gesprekken die in de zomer zijn gevoerd met de sociale partners en een appreciatie geven ten aanzien van voornoemd fenomeen. Tot slot, zal ik in deze brief stil staan bij de mogelijkheden die de huidige wet biedt en de maatregelen die genomen zullen worden met de Wab om oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen.

Uiteenzetting contracting

Contracting is geen nieuw fenomeen, maar doet zich al voor sinds de jaren «80. Bij contracting worden werkzaamheden uitbesteed, waardoor aangenomen of overgenomen werkzaamheden uitgevoerd worden door

werknemers in dienst van een ander bedrijf. Werkgevers kunnen hiervoor kiezen uit verschillende overwegingen, bijvoorbeeld omdat ze zich willen richten op hun kernactiviteiten. Bekende voorbeelden zijn het uitbesteden van beveiliging, schoonmaak, catering en logistieke werkzaamheden.

Op zichzelf staat het een bedrijf vrij om te bepalen hoe werkzaamheden worden verricht, welke activiteiten in eigen beheer worden verricht en welke activiteiten door andere, hierin gespecialiseerde, bedrijven worden verricht. Het is immers de vrijheid van een ondernemer om zelf het bedrijf in te richten en daar keuzes in te maken.

Mijn ambtsvoorganger heeft uw Kamer in zijn brief uit 2015¹ uiteengezet, dat de vraag tegen welke arbeidsvoorwaarden de uitbestede of aanbestede werkzaamheden worden verricht, mede afhankelijk is van de vraag of hier sprake is van overgang van onderneming en of de werkgever onder de werkingssfeer valt van een cao of van algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een cao.

Overgang van onderneming

Indien bij de aanbesteding of uitbesteding de werknemers en/of productiemiddelen worden overgenomen en er sprake is van het behoud van identiteit van de onderneming zal veelal sprake zijn van overgang van onderneming.² In dat geval gaan de rechten en plichten die de oorspronkelijke werkgever had ten opzichte van zijn werknemers van rechtswege over op de verkrijgende onderneming/werkgever. Dit geldt ook voor de verplichtingen die voortvloeien uit de cao.

Indien er geen sprake is van overgang van onderneming is mede bepalend of op deze werkgever een cao van toepassing is. Welke arbeidsvoorwaarden gelden indien er geen cao van toepassing is, is alleen afhankelijk van de afspraken die de nieuwe werkgever met de werknemers maakt in de individuele arbeidsovereenkomsten, waarbij de werkgever en de werknemer zich hebben te houden aan hun wettelijke verplichtingen.

Als er geen sprake is van overgang van onderneming, kan het inderdaad zo zijn dat er een verschil is in arbeidsvoorwaarden direct na uit- of aanbesteden. Bijvoorbeeld als een onderneming met een ondernemingscao bepaalde taken uitbesteedt aan een derde. Hierdoor is de ondernemingscao van de uitbesteder niet meer van toepassing op de werkzaamheden. Het kan dan voorkomen dat het bedrijf dat de uitbestede werkzaamheden uitvoert niet gebonden is aan een andere cao. Als er geen sprake is van overgang van onderneming, is dit een verschil in arbeidsvoorwaarden dat op grond van de huidige wet mogelijk is. Dat ligt natuurlijk anders indien er sprake is van terbeschikkingstelling van arbeid en niet van uitbesteding.

Oneigenlijke vormen van uitbesteden

Sinds 2013 zijn een aantal voorbeelden in de media gekomen, waarbij de vraag was of de keuze om werkzaamheden uit te besteden het gevolg was van overwegingen die relatie hebben met concurrentie op arbeidsvoor-

¹ Kamerstuk 29 544, nr. 604.

² HvJ EG 19 mei 1992, Dr. Sophie Redmond Stichting/Bartol, NJ 1992, 476.

waarden.³ Onlangs ben ik hier ook op ingegaan in mijn reactie op schriftelijke vragen.⁴ In het rapport van de WRR «Voor de zekerheid» is het fenomeen contracting kritisch onder de loep genomen.⁵

Er kan sprake zijn van concurrentie op arbeidsvoorwaarden als een constructie in de praktijk een vermomming is voor de situatie waarbij niet de te leveren dienst of het te bereiken resultaat centraal staat, maar het leveren van mensen, uitzendwerk derhalve.⁶ Het doel van een dergelijke constructie is veelal om de inlenersbeloning in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi), of de regelingen voor arbeidsvoorwaarden in één van de uitzendcao's of in de cao van de inlener te ontlopen. De toepasselijkheid van deze regelingen is namelijk afhankelijk van de vraag of er sprake is van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (uitzenden). Bij uitzenden ligt de verantwoordelijkheid van het houden van het toezicht en leiding bij de inlener. Bij aanneming van werk of van het uitvoeren van werkzaamheden ligt en valt het houden van toezicht en leiding onder de verantwoordelijkheid van het bedrijf dat het aangenomen of uitbestede werk verricht. Er is sprake van een schijnconstructies als de situatie wordt voorgespiegeld alsof er sprake is van uitbesteden van werkzaamheden, terwijl er feitelijk sprake is van uitzenden. Het is in strijd met de wet indien er daadwerkelijk sprake is van het ontduiken van de regelingen voor uitzendkrachten. De werknemers hebben in dat geval recht op de regelingen die gelden voor uitzendkrachten, zoals bijvoorbeeld geregeld is in de Waadi. Dit leidt ook tot oneerlijke concurrentie tussen bedrijven.

Uitkomst gesprekken met het veld over contracting

Met de verschillende organisaties, namelijk de vakorganisaties FNV, CNV, VCP en werkgeversorganisaties VNO-NCW MKB Nederland, AWWN, NBBU en ABU zijn gesprekken gevoerd over het fenomeen contracting. Uit de gesprekken komt naar voren dat de partijen verschillende visies hebben op het fenomeen contracting en hoe om te gaan met ongewenste vormen van contracting.

Over de omvang van het fenomeen contracting of de ontwikkeling hiervan zijn bij partijen geen cijfers bekend. Hoewel een eerder rapport⁷ een toename van contracting voorspelde, zien de werkgeversorganisaties geen sterke toename. In tegenstelling tot de werkgeversorganisaties is naar de mening van de vakorganisaties de laatste jaren echter wel sprake van een toename van (contracting) constructies waarbij contracting in hun ogen wordt gebruikt om te concurreren op arbeidsvoorwaarden, soms opgezet door bv's die in concernverband gelieerd zijn aan uitzendbureaus. Er zijn gevallen bekend waarin deze bv's ook gebruik maken van uitzendkrachten in dienst van de zuster-bv. Ook hebben vakbonden signalen gekregen dat contracting een verdere vlucht zal nemen zodra payrollling nader is gereguleerd.

Partijen hebben een verschillende appreciatie van het fenomeen contracting. De verschillende werkgeversorganisaties zijn van mening dat het uitbesteden van werkzaamheden een natuurlijk fenomeen is, dat

³ Bijvoorbeeld de Zembla-uitzending: «de kilosjouwens van PostNL» van woensdag 6 juni jl.: <https://zembla.bnnvara.nl/nieuws/de-kilosjouwens-van-postnl> en het artikel van de Groene Amsterdammer van 19 september 2018, «Terug naar de keukentafel»: <https://www.groene.nl/artikel/terug-naar-de-keukentafel>.

⁴ Aanhangsel Handelingen II 2017/18, nr. 2660.

⁵ WRR (2017) «Voor de zekerheid»; De toekomst van flexibel werkenden en de moderne organisatie van arbeid.

⁶ Dit komt ook naar voren in de brief van de Stichting van de Arbeid dd. 1 november 2013, nr. S.A.13.045.52 JM/JS.

⁷ Birch 2015.

inherent is aan de ondernemings- en onderhandelingsvrijheid van bedrijven uitbesteding en aanbesteding leidt tot nieuwe vormen van bedrijvigheid en soms tot nieuwe sectoren. Als contracting tot gevolg heeft dat er na de uitbesteding geen cao meer van toepassing is, zijn werkgeversorganisaties van mening dat het aan de sociale partners in de verschillende sectoren en bedrijven is om nieuwe regelingen te treffen voor arbeidsvoorwaarden. Zij zien dan ook geen noodzaak om wettelijk in te grijpen.

Voor de werkgeversorganisaties moet in situaties waar feitelijk sprake is van uitzenden, maar waarbij gedaan wordt of er sprake is van contracting wel worden ingegrepen, op basis van de bestaande wetgeving. Het gaat hierbij om een schijnconstructie die moet worden aangepakt om een ongelijk speelveld en oneerlijke concurrentie door ontduiking van cao-voorwaarden te voorkomen. Het uitgangspunt moet duidelijkheid en een level playing field zijn. Door de werkgeversorganisaties wordt opgemerkt dat de grens tussen contracting en uitzenden heldere criteria kent en dat de rechter zo nodig kan ingrijpen.

De zorgen van de werknemersorganisaties over het fenomeen contracting zijn echter breder. Zij maken zich in algemene zin zorgen over het gebruik van contracting als daardoor op (de mix van) specifieke werkzaamheden geen cao van toepassing is. De werknemersorganisaties maken zich zorgen dat kernactiviteiten worden uitbesteed, waardoor er geen cao van toepassing is op die activiteiten. Volgens FNV leidt dat tot een ongelijk speelveld en oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden tussen bedrijven. Bovendien maken de werknemersorganisaties zich zorgen dat contracting wordt gebruikt om de regelingen voor uitzendwerk te ontduiken.

Daarnaast zien de werknemersorganisaties steeds vaker voorbeelden van contracting en fenomenen als intra-concern uitzenden met doorleenschuifconstructies waarbij een zodanige situatie wordt gecreëerd dat het onduidelijk wordt welke arbeidsvoorwaarden toegepast moeten worden en wie welke verantwoordelijkheid heeft (bijvoorbeeld wie toezicht en leiding over de werkzaamheden uitoefent). Zij zijn van mening dat in veel gevallen feitelijk sprake is van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten onder leiding en toezicht van de opdrachtgever. Dit betekent dat daarmee sprake is van uitzenden. Hierdoor zou een werknemer op grond van de Waadi recht hebben op de inlenersbeloning en onder de werkingssfeer van een uitzendcao kunnen vallen. Voor verschillende partijen is het een tijdrovend en arbeidsintensief proces om vast te kunnen stellen of er sprake is van uitzenden of van contracting.

Door verschillende partijen is opgemerkt dat het voor private en publieke handhavingsorganisaties, zoals de SNCU en de Inspectie SZW, lastig kan zijn om in de praktijk te achterhalen en aan te tonen dat er feitelijk sprake is van het ter beschikking stellen van arbeid (uitzenden).⁸ Zo zijn de mogelijkheden voor private paritaire nalevingsorganisaties beperkt om te controleren op de locatie waar de werkzaamheden feitelijk worden uitgevoerd. Voor de individuele werknemer kan het lastig zijn om een schijnconstructie door te prikken.

Appreciatie

Zolang contracting in eigenlijke zin (waarbij het gaat om uit- of aanbesteden van werkzaamheden) plaatsvindt, acht ik dat een toegestane activiteit. Het staat bedrijven vrij om te bepalen hoe werkzaamheden

⁸ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 10-1-2018, SNCU t. Synapsis BV.

worden verricht. Dit behoort tot de verantwoordelijkheid van de ondernemer.

In het algemeen is het aan sociale partners om te bepalen hoe ver de werkingssfeer van hun cao reikt en of de cao onder omstandigheden ook van toepassing dient te zijn op werkzaamheden die uitbesteed worden. Ook kunnen in cao's afspraken gemaakt worden over de (correcte) toepassing van de cao bij uitbesteding van werkzaamheden, of bij overgang naar een ander bedrijf bij heraanbesteding van werkzaamheden. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in de Cao Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf en de Cao Bouw & Infra. Kortom, het is in eerste instantie aan de cao-partijen om te bepalen op wie of welke werkzaamheden de cao van toepassing is.

Anders is het, als constructies worden opgetuigd om wettelijke verplichtingen te omzeilen en op die manier werkenden slechtere arbeidsvoorwaarden te bieden. In het regeerakkoord is daarom ook opgenomen dat oneerlijke concurrentie voorkomen moet worden, zodat bedrijven die fatsoenlijk met hun werknemers omgaan geen concurrentienadeel ondervinden van bedrijven die constructies bedenken om onder hun wettelijke verplichtingen uit te komen. Deze situatie doet zich voor indien er constructies worden opgetuigd om te doen voorkomen dat er sprake is van contracting (aanneming van werk of het uitbesteden van werkzaamheden), terwijl er feitelijk sprake is van het ter beschikking stellen van personeel, en dus van uitzenden.

Huidige wettelijke mogelijkheden

Nu zijn er reeds, op grond van de huidige regelgeving mogelijkheden om dergelijke constructies aan te pakken. In de eerste plaats hebben de nalevingsinstanties van sociale partners hierbij een belangrijke rol. Op basis van hun onderzoek heeft de rechter bij bepaalde constructies geoordeeld dat er feitelijk sprake is van uitzenden en dat er nabetaling moet plaatsvinden indien er te weinig loon is betaald.⁹

Indien de werknemer niet het loon heeft ontvangen waar hij recht op heeft, dan kan de betrokken werknemer daarnaast, zowel in het geval er sprake is van aanneming van werk als van uitzenden, een loonvordering instellen en zijn werkgever of de (directe) opdrachtgever aanspreken op voldoening van het loon (de zgn. ketenaansprakelijkheid voor loon).¹⁰

Ook de Inspectie SZW kan, bijvoorbeeld op verzoek van sociale partners of van de werknemer, onderzoek doen naar de toepasselijkheid en de naleving van de Waadi. Zij zal na een onderzoek verslag uitbrengen als naar haar oordeel de wet is overtreden. Dit verslag wordt gedeeld met onder andere de partij die om het onderzoek heeft verzocht.¹¹ De betrokken werknemers en eventueel de betrokken vakbond kunnen in dat geval een vordering voor nabetaling doen, inclusief een vordering tot wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW bij te late loonbetaling.

De huidige Waadi voorziet in waarborgen tegen het ontduiken van de wettelijke verplichtingen door verschillende bv's en tussenaannemers in te schakelen, terwijl de uiteindelijke inlener toezicht en leiding uitoefent over de werkzaamheden. Op grond van de huidige Waadi geldt het recht

⁹ Bijvoorbeeld: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 21-10-2014, (Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten/Qatro).

¹⁰ Artikel 7:616a e.v. BW.

¹¹ Een voorbeeld van een dergelijk onderzoek is het onderzoek dat ten grondslag heeft gelegen aan de Zembla uitzending.

op hetzelfde loon en overige vergoedingen zoals deze gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt (ongeacht tussenschakels). Dit hoeft niet degene te zijn met wie de formele werkgever een contract heeft. Dit is ook het geval indien er gebruik is gemaakt van doorlening via zuster-bv's. De rechter heeft geoordeeld dat er dan sprake is van uitzenden, waardoor het recht op de inlenersbeloning in de Waadi van toepassing is.¹²

Zo bezien constateer ik dat er al veel mogelijkheden zijn voor de werknemer en sociale partners om naleving en handhaving van de Waadi te borgen en voor de Inspectie SZW om onderzoek te doen naar de toepassing van de Waadi ter ondersteuning daarvan. Wel ben ik voornemens om een verkenning te starten of de bovenstaande geschetste huidige mogelijkheden voldoende zijn of dat versterking van de mogelijkheden tot optreden bij niet-naleving en handhaving van de Waadi wenselijk zou zijn.

Maatregelen in de Wab

In de Wab zijn maatregelen opgenomen die de verplichtingen en mogelijkheden in de Waadi aanscherpen. Zo zijn in de Wab maatregelen voorgesteld om te voorkomen dat payrolling gebruikt kan worden om te concurreren op arbeidsvoorwaarden. Voorkomen moet worden dat bedrijven die wel vaste contracten aangaan concurrentie op arbeidsvoorwaarden ondervinden door werkgevers die gebruik maken van constructies om de kosten te drukken en/of risico's af te wentelen en rechten van werkenden te omzeilen. Kortom, de Wab bevat maatregelen om ongewenste situaties te voorkomen. Zo is onder andere in het voorstel ten aanzien van payrolling geregeld dat voor het bepalen van de arbeidsvoorwaarden die gelden het niet van belang is of er wordt doorgeleend. Ook verdient vermelding dat met de Wab het toezicht door de Inspectie SZW zal worden versterkt, doordat de Inspectie na onderzoek naar de naleving van de Waadi in alle gevallen een verslag zal uitbrengen, ongeacht of de Inspectie heeft kunnen constateren of er sprake is van een overtreding of niet.

Wel ben ik voornemens om een verkenning te starten of de bovenstaande geschetste huidige mogelijkheden voldoende zijn of dat versterking van de mogelijkheden tot optreden bij niet-naleving en handhaving van de Waadi wenselijk zou zijn.

Conclusie

Naar aanleiding van gesprekken met sociale partners kan worden geconcludeerd dat het fenomeen contracting en de vraag hoe om te gaan met ongewenste vormen van contracting dus door de partijen divers wordt gewaardeerd. In deze brief heb ik uitgebreid stilgestaan bij de mogelijkheden die de huidige wet biedt en de maatregelen die genomen zullen worden met de Wab om oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen. Ik meen dat er momenteel voldoende mogelijkheden zijn voor betrokken werknemers en sociale partners om tegen oneigenlijke vormen van contracting op te treden. Dat laat onverlet dat ik een verkenning zal starten of de huidige mogelijkheden tot optreden bij

¹² Rechtbank Noord-Holland 28-03-2018, 5933933 \ CV EXPL 17-4031 en Rechtbank Noord-Holland 19-09-2018, 5933933.

niet-naleving van de Waadi verder versterkt kunnen worden. Ik wil vooralsnog niet op de conclusie van deze verkenning vooruitlopen. Ik vertrouw erop uw Kamer hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
W. Koolmees