

Vergaderjaar 2009–2010

31 833

Wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek in verband met de totstandbrenging van een inlenersaansprakelijkheid met betrekking tot de voldoening van het toepasselijke minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag

B

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 3 december 2009

1. Inleiding

De regering heeft met waardering kennis genomen van het voorlopig verslag van de vaste commissies voor Justitie en voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij bovengenoemd wetsvoorstel.

De fracties hebben enkele vragen gesteld waarop de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de minister van Justitie, graag wil ingaan.

2. Noodzaak van de regeling

De leden van de VVD-fractie vragen of de bestaande prikkels onvoldoende werken en of daarom een extra prikkel moet worden gegeven aan inleners. Wat geeft de regering, zo vragen deze leden, de garantie dat deze prikkel wel werkt.

De regering is van mening dat de bestaande prikkels een positief effect hebben op inleners. De regering leidt dit af uit het gegeven dat steeds meer uitzendondernemingen zich laten certificeren. Momenteel zijn dit circa 2000 uitzendondernemingen die zijn ingeschreven in het register van de Stichting Normering Arbeid. Het aantal inleners dat bewust gebruikt maakt van gecertificeerde uitzendondernemingen neemt bovendien toe. In collectieve arbeidsovereenkomsten worden ook steeds vaker afspraken gemaakt over het werken met gecertificeerde uitzendondernemingen. De regering gaat ervan uit dat door de aanvullende maatregel het belang voor inleners om met gecertificeerde uitzendondernemingen in zee te gaan nog verder wordt vergroot. Dit is een extra stimulans van de zelfregulering in de branche.

De leden van de PvdA-fractie verzoeken de regering nog eens te willen aangeven wat de privatisering van de certificering en het toezicht in deze branche aan voordelen heeft gebracht. Deze fractie vraagt of dit systeem beter werkt dan het publieke certificeringsstelsel, (ook wel aangeduid als «vergunning»). Ook de leden van de SP-fractie vragen de regering nog eens aan te geven waarom de regering nog steeds veel effect verwacht van zelfregulering.

De regering bereidt een totaalpakket voor waarmee fraude en illegaliteit

kunnen worden aangepakt. Dit totaalpakket bestaat naast de inlenersaansprakelijkheid uit een publiekrechtelijk gedeelte (de registratieplicht) en een privaatrechtelijk gedeelte (de certificering). De keuze voor dit stelsel is ingegeven onder andere in het licht van de constatering indertijd (bij de invoering van de Waadi)¹, dat het systeem van vergunning niet handhaafbaar is. Dat is temeer niet bevredigend, omdat het de verantwoordelijkheid voor de handhaving en de daarbij behorende inzet van middelen geheel bij de overheid legt, terwijl de economische belangen zitten bij de uitzendbedrijven, zowel bij gecertificeerden als bij de niet-gecertificeerden, en bij de inleners. Er wordt nu gekozen voor een aanpak waarbij een combinatie wordt gemaakt. Degenen die de economische belangen hebben, worden geprikkeld om bij te dragen aan de handhaving. Dat ligt dan niet meer alleen bij de overheid. Een onderdeel daarvan is het versterken van het punt van de certificatie zoals dat al functioneert binnen de branche. Juist in de combinatie van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke krachten ligt een grotere waarborg dat het verschijnsel van malafiditeit binnen deze branche beter kan worden bestreden dan dat wanneer het heil geheel bij de overheid wordt gezocht.

De leden van de PvdA-fractie vragen de regering aan te geven wanneer dit private systeem als een succes aangemerkt kan worden en of dat punt al bereikt is. Zo nee, zo vragen deze leden, zijn er indicaties dat dit wel zal gebeuren?

De regering is van mening dat het systeem werkt. Het kan nog versterkt worden door de voorgenomen maatregelen. Het systeem is succesvol wanneer de malafide praktijken worden teruggebracht. De regering tekent hierbij dat malafiditeit een hardnekkig probleem is. Het zal daarom heel ingewikkeld zijn om de malafide praktijken helemaal uit te roeien.

De leden van de SP-fractie verzoeken de regering aan te geven wat het effect is van de maatregel. Hoe vaak zal het voorkomen dat een inlener zal worden aangesproken door een uitzendkracht in het algemeen en door een illegaal tewerkgestelde werknemer in het bijzonder? Hoeveel inleners zullen als gevolg van het wetsvoorstel met gecertificeerde uitzendondernemingen gaan werken en welk percentage bemiddelaars zal alsnog kiezen voor certificering, zo vragen deze leden? Ook vragen zij of deze wetswijziging wel proportioneel is gelet op de positie van de illegale werknemer.

Zoals eerder opgemerkt maakt dit wetsvoorstel onderdeel uit van een totaal pakket aan maatregelen². Een belangrijk element daarvan is dat de inlener wordt aangesproken op zijn verantwoordelijkheid om voor een bonafide uitzendonderneming te kiezen. Dit pakket aan maatregelen moet ertoe leiden dat de branche zijn verantwoordelijkheid neemt en via certificering laat zien dat het de branche menens is met de aanpak van dit probleem. De cijfers laten zien dat een steeds groter deel van de branche zich laat certificeren. Een gevolg hiervan is dat steeds meer inleners met gecertificeerde uitzendondernemingen zaken doen. De kans dat een uitzendkracht zonder succes zijn werkgever aanspreekt en dus inderdaad hun inlener zal moeten gaan aanspreken zal hierdoor aanmerkelijk afnemen. Dit geldt ook voor illegaal tewerkgestelden. Uit cijfers van de Arbeidsinspectie blijkt dat de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Wml) zelden door gecertificeerde uitzendbureaus wordt overtreden. Dit neemt niet weg dat er altijd uitzendondernemingen en inleners zullen blijven die via ongeoorloofde middelen economisch voordeel zullen trachten te behalen. In combinatie met een gerichte handhaving, de voorziene registratieplicht voor uitzendondernemingen en een boete voor de inlener die met een niet geregistreerd uitzendbureau zaken doet, zal het voor malafide uitzendondernemingen echter steeds lastiger worden gemaakt en worden de risico's ook voor inleners steeds groter. Zoals in de

¹ Kamerstukken II 1996/97, 25 264, nr. 3, blz. 4.

² Kamerstukken II 2007/08, 17 050, nr. 358
Kamerstukken II 2007/08, 17 050, nr. 366.

memorie van toelichting is aangegeven is de aansprakelijkheid primair bedoeld om inleners ertoe aan te zetten om met gecertificeerde uitzendbureaus zaken te doen, om zo de aansprakelijkheid te vermijden. De regering gaat ervan uit dat de prikkel om met gecertificeerde uitzendbureaus zaken te doen zodanig is dat een groot percentage van de inleners ervoor zal kiezen om met bonafide gecertificeerde uitzendondernemingen zaken te gaan doen. Op deze wijze wordt langs een andere weg hetzelfde effect bereikt.

De regering bestrijdt de opvatting, zoals door de leden van de SP-fractie verwoord, dat dit wetsvoorstel disproportioneel zou zijn als wordt gekeken naar de effecten daarvan voor de positie van de illegale werknemer.

3. Uitwerking van de regeling

Een aantal fracties heeft vragen gesteld omtrent de werking van het systeem.

De leden van de VVD-fractie vragen zich af, of het zo is dat de inlener twee keer moet betalen op het moment dat deze wordt aangesproken door de uitzendkracht.

Het antwoord hierop is «ja», echter de inlener heeft de mogelijkheid om de claim van de uitzendkracht te verhalen op de uitleners. Hierdoor is het gerechtvaardigd dat deze last bij de inlener wordt gelegd. Deze heeft overigens de mogelijkheid om hieraan te ontkomen door te kiezen voor een gecertificeerde uitzendonderneming. Doet hij dit niet, dan loopt de inlener bewust het risico om met dergelijke claims te worden geconfronteerd. Er is voor inleners dus een duidelijke stimulans om te kiezen voor een gecertificeerd uitzendbureau.

Deze leden vragen voorts hoe de inlener kan weten dat de uitzendonderneming inderdaad niet het loon aan de uitzendkracht heeft betaald. Het antwoord hierop is heel eenvoudig. Namelijk de inlener kan de uitlener verzoeken om aan te tonen dat deze het loon aan de uitzendkracht heeft betaald. Is dit inderdaad het geval, dan ontslaat dit de inlener van de plicht om het loon aan de uitzendkracht te betalen. Is het uitzendbureau met de noorderzon vertrokken dan kan de inlener niet meer om een dergelijk bewijs verzoeken. Ook dan kan de inlener aansprakelijk worden gesteld.

Deze leden vragen of met de plicht van de inlener om alsnog het loon uit te betalen niet aan alle elementen van de arbeidsovereenkomst is voldaan waardoor deze werkgever wordt.

In antwoord op deze vraag merkt de regering op dat met de aansprakelijkheid van de inlener voor de voldoening van het toepasselijke minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag nog niet voldaan is aan het element «loon» als element van de arbeidsovereenkomst. Van dat element is sprake als de verschuldigdheid van het loon voortvloeit uit de overeenkomst. Dat is hier niet het geval. De verplichting voor de inlener om het minimumloon te voldoen vloeit voort uit de wet. Overigens is ook geen sprake van een gezagsverhouding tot de inlener. De verplichting om de instructies van de inlener te volgen vloeien voort uit de gezagsverhouding tot het uitzendbureau.

De leden van de VVD-fractie verzoeken de regering aan te geven wat het effect is van de invoering van de in het onderhavige wetsvoorstel aangekondigde registratieplicht, te meer daar uitzendondernemingen al verplicht zijn zich bij de Kamer van Koophandel in te schrijven.

De regering is het met de leden eens dat de verplichting tot registratie in het handelsregister al bestaat voor uitzendondernemingen met een vestigingsadres in Nederland. Deze verplichting bestaat echter niet voor vanuit

het buitenland werkende uitzendondernemingen en evenmin voor de zogenaamde «mobiele» uitzendondernemingen, ondernemingen dus die in Nederland geen vestigingsadres hebben. Met name om die «mobiele» uitzendondernemingen is het de regering te doen. Zij zijn moeilijk traceerbaar voor handhavende instanties. Door ondernemingen op straffe van een boete te verbieden arbeidskrachten ter beschikking te stellen als zij niet als uitzendonderneming zijn geregistreerd en inleners op straffe van een boete te verbieden arbeidskrachten in te lenen van een niet-geregistreerde uitzendonderneming kunnen niet-geregistreerde uitzendondernemingen gemakkelijker worden opgespoord en gecontroleerd door handhavende instanties. Een voorwaarde voor invoering van deze maatregel van registratieplicht is wel dat een algemene maatregel van bestuur wordt getroffen waardoor bedrijven zonder vestigingsadres eveneens de mogelijkheid krijgen zich te registreren in het handelsregister. Deze mogelijkheid bestaat thans niet.

In antwoord op de vraag van deze leden naar het effect van deze maatregelen geeft de regering aan dat het er om gaat dat niet alleen alle uitzendondernemingen bekend zijn, maar dat hierdoor ook de handhaving wordt vergemakkelijkt. Bovendien wordt de branche zodoende beter in staat gesteld om zelf te handhaven. Zoals hierboven reeds aangegeven is het de regering erom te doen door een combinatie van private en publieke handhaving en toezicht een zo optimaal mogelijk resultaat te bereiken. De door de registratieverplichting verkregen gegevens kunnen worden gebruikt door de Stichting Normering Arbeid die actie kan ondernemen om deze uitzendondernemingen bij de private handhaving te gaan betrekken. Ook inleners kunnen doordat alle uitzendondernemingen zijn geregistreerd gemakkelijker nagaan of zij met een bonafide zakenpartner van doen hebben.

De leden van de VVD-fractie gaan ervan uit dat het gehele pakket aan maatregelen op hetzelfde moment in werking treedt. Zij vragen voorts of zij het goed hebben begrepen dat er sprake is van inschrijving bij de Kamer van Koophandel, van registratie bij de Stichting Normering Arbeid en van certificatie.

In antwoord hierop merkt de regering op dat het gehele pakket aan maatregelen niet gelijktijdig in werking treedt. Hierna wordt aangegeven op welke moment de verschillende onderdelen inwerking treden.

In 2007 is het Register normering arbeid (van de Stichting Normering Arbeid) van start gegaan. Uitzendondernemingen kunnen zich hierin facultatief laten registreren maar moeten dan voldoen aan de NEN 4400 (gecertificeerd zijn). Deze norm is in samenspraak met de ministeries van Financiën en Sociale Zaken en Werkgelegenheid in opdracht van de branche door het Nederlands Normalisatieinstituut ontwikkeld. Het onderhavige wetsvoorstel regelt dat inleners van niet-gecertificeerde uitzendondernemingen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de voldoening van het toepasselijke minimumloon en de toepasselijke minimumvakantiebijslag, bedoeld in de artikelen 7 en 15 van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. De regering streeft er naar dat het onderhavige wetsvoorstel op 1 januari 2010 van kracht zal worden.

Vanaf 1 januari 2010 gaat de basisregistratie van de Kamer van Koophandel van start. In deze basisadministratie zijn de zogenaamde authentieke gegevens opgenomen van alle bedrijven in Nederland met een vestigingsadres. In de loop van 2010 zal, zoals hierboven aangegeven, een algemene maatregel van bestuur worden getroffen, waardoor ook bedrijven zonder vestigingsadres de mogelijkheid krijgen om zich in het handelsregister te registreren.

In 2010 zal de regering een wetsvoorstel indienen waarin alle uitzendondernemingen die in Nederland werken worden verplicht op straffe van een bestuurlijke boete zich te registreren in het handelsregister. Bij dit

wetsvoorstel zal tevens worden geregeld dat inleners alleen zaken mogen doen met geregistreerde bedrijven. Ook deze inleners krijgen een bestuurlijke boete wanneer zij in overtreding zijn.

Deze leden vragen de regering aan te geven welke gegevens in het register van de Stichting Normering Arbeid worden opgenomen en hoe zich deze registratie verhoudt tot de inschrijving bij de Kamer van Koophandel.

Het register is ervoor bedoeld om de gebruiker te tonen welke uitzendondernemingen over een certificaat beschikken of in een aanvraagprocedure zitten. Het register bevat dan ook alleen de adresgegevens en het registratienummer van de Kamer van Koophandel. Dit laatste impliceert dat een voorwaarde voor opname in het Register Normering Arbeid is dat men is geregistreerd in het handelsregister. Andersom kan een uitzendonderneming wel zijn in geschreven in het handelsregister maar niet zijn geregistreerd in het Register normering arbeid.

Deze leden vragen zich af wat de inlener moet concluderen in een situatie dat het uitzendbureau wel geregistreerd en niet gecertificeerd is of andersom, te meer daar de regering herhaalde malen heeft gezegd dat geregistreerde en niet-gecertificeerde uitzendbureaus niet per definitie niet bonafide of malafide zijn. Ten aanzien van de eerste situatie kan de inlener concluderen dat de uitzendonderneming niet de bedoeling heeft zich in het zwarte circuit te begeven. Hij kan niet concluderen dat die uitzendonderneming zich niet aan regels zou houden omdat het niet over een certificaat beschikt. Uit het hebben van een certificaat kan de inlener begrijpen dat ook een derde onafhankelijke partij heeft kunnen vaststellen dat de uitzendonderneming zich houdt aan de relevante wet- en regelgeving. Omdat inschrijving in het handelsregister een voorwaarde is voor registratie in het Register Normering Arbeid doet zich de omgekeerde situatie, dat wil zeggen wel gecertificeerd, maar niet geregistreerd bij de Kamer van Koophandel, niet voor.

De leden van de PvdA-fractie zijn niet overtuigd van de stelling in de memorie van toelichting (p. 7) dat de certificerende instellingen private organisaties zijn en «dus» geen publiekrechtelijke taken uitvoeren. Is de achterliggende bedoeling van het systeem waarvan dit wetsvoorstel een vervolgstap is, niet het tegengaan van malafiditeit in de uitzendbranche? Zo ja, waarom is dat geen publiek belang, zo vragen deze leden. Naar aanleiding van deze vragen merkt de regering het volgende op. Het enkele feit dat de achterliggende bedoeling van het systeem waarvan dit wetsvoorstel een vervolgstap is, het tegengaan van malafiditeit in de uitzendbranche, een publiek belang is, brengt nog niet met zich mee dat de verstrekking van dat certificaat zelf een publiekrechtelijke taak wordt.

Het voorliggende wetsvoorstel verbindt stevige consequenties aan de besluiten van deze instellingen, zowel voor de bedrijven zelf als voor degenen die zaken met hen doen, en dit mogelijk al geruime tijd doen en daar misschien om hen moverende redenen mee door willen gaan. In dit verband dringt de term derde-belanghebbende zich op. Is de regering het hiermee eens, zo vragen de leden van de PvdA-fractie.

De regering kan zich in die zin vinden in de opmerking van de leden van de PvdA-fractie, dat een inlener die zaken doet met een uitzendonderneming die een certificaat aanvraagt, er belang bij heeft dat dat certificaat ook verkregen wordt door de uitzendonderneming. Dit betekent overigens niet dat het hierbij gaat om een belanghebbende in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.

4. Gevolgen maatregel

Wat betreft de verhouding tot art 49 EG-verdrag (vrijheid van dienstverrichting) merkt de regering op dat, omdat certificering niet verplicht is, de maatregel niet kan worden aangemerkt als een beperking van de vrijheid van dienstverrichting. Aan niet-gecertificeerde uitzendbureaus worden immers geen beperkingen opgelegd. De leden van de VVD-fractie vinden dit op zijn zachtst gezegd geen sterke redenering. De bedoeling is toch dat de maatregel het aanbieden van diensten door buitenlandse uitzendbureaus in Nederland minder aantrekkelijk maakt?

De bedoeling van de maatregel is niet dat het aanbieden van diensten door buitenlandse uitzendbureaus in Nederland op zich minder aantrekkelijk wordt gemaakt. Ook buitenlandse uitzendondernemingen kunnen immers een certificaat verkrijgen als zij voldoen aan NEN 4400-2.

De regering heeft aangegeven dat dezelfde overtredingen (in de sfeer van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) of de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Wml) zowel bij gecertificeerde als bij niet-gecertificeerde uitzendbureaus voorkomen. Als dit ook geldt voor het niet uitbetalen van het loon hebben sommige werknemers meer mogelijkheden om het (minimum-)loon te krijgen dan anderen. Is de regering dit met hen eens, zo vragen de leden van de VVD-fractie. En is de regering het ermee eens dat dit dan ongelijke behandeling is?

De regering is het niet eens met deze leden. Uit cijfers van de Arbeidsinspectie blijkt dat de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag zelden wordt overtreden door gecertificeerde uitzendondernemingen. Bovendien maakt de controle op juiste uitbetaling van het minimumloon onderdeel uit van het certificeringsproces. De kans dat een gecertificeerd uitzendbureau niet meer traceerbaar is, is zeer gering. Daardoor kunnen uitzendkrachten bij gecertificeerde uitzendondernemingen hun werkgever veel gemakkelijker aanspreken indien zij niet het wettelijke minimum loon hebben ontvangen dan uitzendkrachten van een niet-gecertificeerde uitzendonderneming. Een extra mogelijkheid om de inlener aan te spreken is hier dan ook niet nodig..

5. Rechtsbescherming

De leden van de PvdA-fractie vragen hoe het door de branche ontwikkelde bezwaar- en beroepssysteem er precies uitziet. Zij vragen naar de schorsende werking van bezwaar, de openbare toegankelijkheid van beslissingen, of in hoger beroep wordt toegezien op rechtseenheid en «onpartijdigheid» van beslissende instanties. Kortom, voldoet het systeem aan de voorwaarden van artikel 6 EVRM, zo vragen deze leden.

Iedere certificerende instelling heeft een bezwaarprocedure met een eigen reglement. Hangende het bezwaar en beroep is het certificaat ingetrokken en kan er geen sprake zijn van opname in het Register normering arbeid. Het beroep is geregeld in het reglement «College van beroep» van de Stichting Normering Arbeid. Het College van Beroep bestaat uit drie onafhankelijke leden die geen directe binding hebben met de Stichting Normering Arbeid of certificatie-instellingen die NEN 4400-inspecties uitvoeren. De beslissing van het College van Beroep wordt neergelegd in de vorm van een gemotiveerde en schriftelijke uitspraak. De uitspraak is bindend voor beide partijen en wordt door het College van Beroep aan beide partijen toegezonden. Hoewel tegen deze uitspraak geen hoger beroep open staat, blijft het voor partijen natuurlijk altijd mogelijk om zich te wenden tot de burgerlijke rechter. Daarmee is voldaan aan de voorwaarden van artikel 6 EVRM.

Ook vragen deze leden wat de regering ertoe heeft gebracht de beslissing een certificaat te weigeren of in te trekken niet aan te merken als een

besluit dat appellabel is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Waarom neemt hij überhaupt het risico dat de rechter die conclusie op enig moment wel zal trekken (31 833, nr. 6, p. 13) en dat er dus, tot het zover is, is uitgegaan van een rechtens onjuist regiem, zo vragen deze leden.

De regering heeft in het door de leden van de fractie van de VVD aangehaalde kamerstuk uiteengezet waarom zij van oordeel is dat de beslissing een certificaat te weigeren of in te trekken níet aan te merken is als een besluit in de zin van de Awb.

Met de door de leden van de VVD-fractie aangehaalde passage heeft de regering enkel willen aangeven dat het niet de regering is die daar het laatste woord over heeft, maar de rechter. Dat geeft evenwel geen aanleiding om een dergelijke beslissing thans bij wet te duiden als besluit in de zin van de Awb.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
J. P. H. Donner