

In hoeverre draagt de Wet Arbeid Schijnconstructies bij aan het bestrijden van schijnconstructies op de arbeidsmarkt?

Prof. mr. M.S. Houwerzijl, paper in opdracht van het ministerie van SZW

1. Vraagstelling en insteek van de paper

Aan mij is gevraagd een paper van beperkte omvang te schrijven over de vraag in hoeverre de Wet arbeid schijnconstructies (hierna: Was) heeft bijgedragen aan het terugdringen van schijnconstructies op de arbeidsmarkt. Deze vraag is tevens de hoofdvraag van de evaluatie van de Was door het ministerie van SZW.

Bij het schrijven van deze paper heb ik met behulp van met name de drie monitors van praktijkervaringen met de Was en de twee externe onderzoeken naar respectievelijk de effecten van ketenaansprakelijkheid en openbaarmaking van inspectiegegevens, een goed beeld gekregen van de ontvangst en de impact van de maatregelen uit de Was in de praktijk. Dit beschikbare materiaal laat zien dat het ministerie in de afgelopen jaren reeds het nodige heeft gedaan aan de monitoring van kwantitatieve en kwalitatieve effecten van de Was. Door zo regelmatig de (meningen over de) opbrengsten en maatschappelijke meerwaarde van de maatregelen uit de Was te volgen en te peilen bij de belangrijkste *stakeholders*, legt het ministerie op welhaast voorbeeldige¹ wijze verantwoording af over de lasten en opbrengsten van de Was.

Aan genoemde informatie biedt deze paper slechts een bescheiden toevoeging. Zo gaat het de omvang van deze paper te boven om in te gaan op alle aanpassingen die in het kader van de Was in verschillende wetten zijn aangebracht. Om te voorkomen dat de paper een allegaartje wordt, spits ik de beantwoording van de gestelde vraag naar de bijdrage van de Was aan het bestrijden van schijnconstructies op de arbeidsmarkt voornamelijk toe op de maatregel die naar mijn indruk als de (potentieel) meest ingrijpende maatregel wordt ervaren: ketenaansprakelijkheid. Een aantal andere maatregelen en/of problemen en suggesties voor oplossingen die genoemd zijn in het al beschikbare evaluatiemateriaal komen 'in the slipstream' aan de orde of soms ook in de noten. Ik begin echter met een korte blik in de achteruitkijkspiegel.

2. Aanloop naar en achtergrond van de Was

De Was kwam niet uit het niets. In Nederland zijn vanaf 2006 maatregelen genomen die als voorlopers kunnen worden beschouwd van de negen jaar later aangenomen Was. In de context van een Europeaniserende arbeidsmarkt zette het ministerie bijvoorbeeld in op het bieden van voorlichting (in eigen taal) aan toen nieuwe groepen buitenlandse werknemers over hun rechten en plichten op de Nederlandse arbeidsmarkt. Ook kreeg de soms abominabele huisvesting de aandacht. Verder werd een specifiek programma opgezet om uitzendbureaus aan te pakken die proberen de wet te ontlopen, genaamd 'Aanpak Malafide Uitzendbureaus' (AMU). Daarbij speelde mee dat er inmiddels een heuse (sub)sector van intra-Europese arbeidsbemiddeling was ontstaan. Buitenlandse werknemers worden bijvoorbeeld gerekruteerd in een Oost-Europese lidstaat (vaak Polen) maar via een Nederlandse intermediair tewerkgesteld, of juist gedetacheerd via (uitzend)bedrijfjes die soms alleen op papier in het buitenland zijn gevestigd

¹ De wijze van monitoring en evaluatie lijkt in lijn met de door de WRR in 2013 (WRR, Toezien op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht, 2013) bepleite bredere benadering van handhaving en rijkstoezicht.

(postbusondernemingen). Ook worden ze bemiddeld als (schijn-)zelfstandige. (Oude) Verdienmodellen onder nieuwe namen zoals ‘contracting’² raakten in zwang, mede door de sterkere focus op kostenbesparingen vanaf het begin van de economische crisis rond 2009.³

In 2007 was al gestart met bestuursrechtelijke handhaving van de WML. De controle op betaling van het minimumloon is per 1 januari 2013 verder uitgebreid op grond van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving. Er kwamen meer controleurs en hogere boetes, met daarnaast mogelijkheden zoals het innemen van administratie en het preventief stilleggen van werkzaamheden bij herhaalde overtredingen van de WML. Mede met het oog op buitenlandse uitzendbureaus is ook de inlenersaansprakelijkheid voor het wettelijke minimumloon ingevoerd (art. 7:692 BW). Bovendien mocht het minimumloon sinds 2011 niet meer verrekend worden met kosten, de kosten van huisvesting⁴ en van de premie ziektekostenverzekering daargelaten. Pas in het kader van de Was (en na een verloren rechtszaak⁵) zou dit beleid per 1 januari 2017 een wettelijke grondslag krijgen.

Genoemde ‘reparatiemaatregel’ is meteen een voorbeeld van de weerbarstigheid van de problematiek. Ondanks de extra inzet op handhaving, bleek het wet- en regelgevend kader steeds opnieuw allerlei mazen te bevatten die de handhaafbaarheid bemoeilijkten. Het aantal (gemelde) misstanden nam toe, vooral onder invloed van de almaar toenemende ‘search of cheap labour’, in arbeidsintensieve sectoren als de bouw, wegtransport, vleesverwerkende industrie en land- en tuinbouw.⁶

In het sociaal akkoord van april 2013 is vervolgens afgesproken de aanpak van schijnconstructies te intensiveren. Dit resulteerde in 2015 in de Was, die zoals bekend op gefaseerde wijze acht maatregelen⁷ heeft ingevoerd ter bestrijding van schijnconstructies. Met de term schijnconstructies wordt in dit kader bedoeld dat een situatie wordt voorgespiegeld die niet overeenkomt met de feitelijke situatie.⁸ Dat zijn al dan niet grensoverschrijdende constructies waarmee bepaalde werkgevers de randen van de wet opzoeken en daar soms ook overheen gaan. De feitelijke situatie wijkt bij die schijnconstructies af van de papieren situatie.⁹ Doel voor de werkgevers die het betreft is om via schijnconstructies de kosten van arbeid te verlagen of met een valse voorstelling van zaken hun winst te maximaliseren.

3. Invoering van ketenaansprakelijkheid

² L. Bijpost, *Contracting: een nieuw fenomeen in het stelsel van arbeidsrelaties?* TRA 2015, 4. Anno 2019 is er (terecht) veel aandacht voor misstanden met ‘contracting’ en (internationale) ‘payroll-constructies’. Zie met name publicaties van F. Laagland en zie Brief regering; Contracting en voortgang verkenning naleving Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi), Tweede Kamer, 2018-2019, 29544, nr. 914.

³ M.S. Houwerzijl, ‘Naar een *fair and genuine European labour market?*’, TRA 2013, 90.

⁴ FNV merkt terecht op dat daarbij een relatie moet worden gelegd tussen de kwaliteit en het huurbedrag. Ook moet het SNF keurmerk op dit punt worden aangevuld.

⁵ Rb. ’s-Gravenhage, 11 december 2013, X Uitzendbureau B.V. / minister van SZW, met noot J.H. Even, ‘Transnationale arbeid in de EU: race to the top or to the bottom?’, *AR Updates* 18 februari 2014.

⁶ J. Cremers, *In search of cheap labour in Europe*, Brussels: CLR studies 6 2011.

⁷ Voor een overzicht zie de bijlagen bij de Monitor Was.

⁸ Eerste Kamer, 2018–2019, 35 074, O 7.

⁹ Tweede Kamer, 2017–2018, 25 883, nr. 333, p. 26.

Een van de meest verstrekkende maatregelen in het kader van de Was betreft de ingevoerde ketenaansprakelijkheid, die tevens een implementatie vormt van artikel 12 Richtlijn 2014/67.¹⁰ De richtlijn is medio 2016 in de WagwEU omgezet.¹¹ Met de Was is Nederland hierop vooruitgelopen. De Was heeft de inlenersaansprakelijkheid die tot dan toe gold vervangen door een per 1 juli 2015 ingevoerde ketenaansprakelijkheid die op drie punten een uitbreiding behelsde. Allereerst ging de ketenaansprakelijkheid gelden voor alle sectoren,¹² in plaats van alleen voor de uitzendsector. Ten tweede, waar de inlenersaansprakelijkheid alleen gold voor het wettelijke minimumloon, strekt de ingevoerde ketenaansprakelijkheid zich ook uit tot het loon dat tussen partijen is afgesproken. Ten derde kan een werknemer, nadat hij eerst zijn werkgever en/of diens directe wederpartij (ex art. 7:616a BW) tevergeefs heeft aangesproken op betaling van het verschuldigde loon,¹³ de eerstvolgende schakel in de keten en vervolgens steeds een schakel hoger in de keten aanspreken (ex art. 7:616b BW). Op deze wijze is een volgtijdelijk systeem gecreëerd. Wanneer de loonvordering bij genoemde partijen niet kan worden geëffectueerd, kan de werknemer achtereenvolgens naar alle volgende schakels in een opdrachtketen gaan. Uiteindelijk kan hij de hoofdopdrachtgever aansprakelijk stellen voor de voldoening van het achterstallige loon.

4. Vergelijking met buitenlandse ketenaansprakelijkheidsregelingen

Blijkens de toelichting op het wetsvoorstel Was, verwachtte de regering van de ingevoerde ketenaansprakelijkheid een sterk preventieve werking.¹⁴ Op basis van succesvolle ervaringen in Duitsland, waar al sinds 1996 een volledige ketenaansprakelijkheid geldt (in eerste instantie beperkt tot de bouwsector), lijkt dit gerechtvaardigd. Daarbij moet echter worden aangetekend dat in Duitsland alle schakels in de keten gelijktijdig aansprakelijk zijn. De werknemer hoeft niet eerst de werkgever of diens directe wederpartij aan te spreken maar kan zich meteen tot de meest solvente partij richten. Ook is er geen vrijwaring van ketenaansprakelijkheid mogelijk. Nederland heeft op deze punten Duitsland niet gevolgd.

Met de noodzaak eerst de werkgever en/of de directe wederpartij aan te spreken en de mogelijkheid van een niet-verwijtbaarheidsverweer, lijkt een variant op het

¹⁰ M. Govaert en A.J.P. van Beers, 'Handhaving detacheringsrichtlijn: hoe te ontkomen aan ketenaansprakelijkheid?', TRA 2013/8-9.

¹¹ Zie over het verband tussen Was en WagwEU en de achterliggende Europese regelgeving: J.H. Even en A. Zwanenburg, Schijnconstructies, constructies en de WagwEU, TAO 2017/4; Mijke Houwerzijl, 'Aanpak van schijnconstructies op de Europeaniserende Nederlandse arbeidsmarkt', in: Saskia Bonjour, Laura Coello Eertink, Jaco Dagevos, Chris Huinder, Arend Odé en Karin de Vries (red.), *Open grenzen, nieuwe uitdagingen. Arbeidsmigratie uit Midden- en Oost-Europa*, AUP 2015, p. 79 – 103.

¹² Met betrekking tot vervoersovereenkomsten voor beroepsgoederenvervoer over de weg echter pas vanaf 1 januari 2017. FNV vraagt m.i. terecht om uitbreiding naar alle vervoersovereenkomsten. Er is, gelet op het doel van de Was, geen goede reden om bepaalde sectoren uit te zonderen, zeker geen sectoren waar regelmatig onderbetaling plaatsvindt, zoals de taxibranche.

¹³ De FNV bepleit m.i. terecht dat in art. 7: 616a BW het 'verschuldigde loon' de kernarbeidsvoorwaarden van artikel 2 lid 6 Wet AVV moet omvatten. Ook is van belang dat art. 7: 616c BW en overigens ook de WML worden aangepast op de situatie in het transnationale wegvervoer, waarbij veelal niet (alleen) 'in' Nederland maar 'vanuit' Nederland wordt gewerkt. Dit kan mogelijk meegenomen in de Verkenning effectievere handhaving Wml in wegtransport, Tweede Kamer 2018-2019, 25883 nr. 348.

¹⁴ Zie Kamerstukken 34108, nr. 3 en nr. 6. Zie tevens E.J.A. Franssen, 'De Wet Aanpak Schijnconstructies: de ketenaansprakelijkheid', AR 2015/40 en H. de Kort & A. van Rijs, 'Ketenaansprakelijkheid inzake loonbetaling, een verdere stap, een verbetering?', TAO 2015/04.

Oostenrijkse model gevolgd te zijn. Uit vergelijkend onderzoek volgt echter dat een dergelijke afgezwakte vorm van ketenaansprakelijkheid meer administratieve lasten voor ondernemers oplevert terwijl het minder effectief is dan volledige ketenaansprakelijkheid, zoals geldt in Duitsland.¹⁵ Gelet op de opmerkingen van werkgeverskant in de monitors over de administratieve lasten van de ingevoerde regeling en de opmerkingen van werknemerskant over de wenselijkheid om meteen ook de hoofdopdrachtgever (en andere partijen hoger in de keten) te kunnen aanspreken, zou het invoeren van een volledige gelijktijdige ketenaansprakelijkheid zoals in Duitsland, in feite twee vliegen in een klap slaan.¹⁶

5. Preventieve werking van de ketenaansprakelijkheidsregeling

In hoeverre gaat er - ondanks de mindere doelmatigheid dan de Duitse regeling - van de Nederlandse volgtijdelijke ketenaansprakelijkheidsregeling daadwerkelijk een preventieve werking uit? Leidt de huidige regeling tot een ontmoediging (en dus een bestrijding) van schijnconstructies? Of hebben de werkgevers gelijk en is het vooral een administratieve last?

Uit de bestudeerde stukken blijkt dat grote publieke en private opdrachtgevers in een aantal sectoren waar veel in ketens wordt gewerkt, zich er goed van bewust zijn dat zij sinds de invoering van de ketenaansprakelijkheid meer risico's lopen. Zij kunnen immers aangesproken worden als de werkgever die voor hen werkt zijn verplichtingen jegens de werknemer niet nakomt. Opdrachtgevers proberen dit risico te verminderen door garanties te vragen van contractspartijen.¹⁷ Dat is ook precies de bedoeling. Het onderzoek van Bureau Bartels en ook de opmerkingen van een aantal organisaties van werkgeverskant in de monitors bevestigen dit gedragseffect, dat op zichzelf bijdraagt aan de preventieve werking en daarmee aan de effectiviteit van de ketenaansprakelijkheid. Wel lijkt de insteek vooral defensief te zijn; met contractuele maatregelen juridisch indekken, terwijl nauwelijks actief wordt gecheckt op de juiste loonbetaling om zo misstanden actief uit te bannen.¹⁸

Als de preventieve werking niet zichtbaar is omdat er geen procedures worden gevoerd, kan de effectiviteit van ketenaansprakelijkheid voor partijen die puur uit instrumentele (defensieve) overwegingen risicobeperkende maatregelen nemen, wellicht verzwakken. Mede daarom is het belangrijk dat ketenaansprakelijkheid aan werkgeverszijde ook op inhoudelijke gronden wordt geaccepteerd en rechtvaardig wordt gevonden. Bureau Bartels constateert dat veel geraadpleegde organisaties zich inderdaad kunnen vinden in de gedachte achter ketenaansprakelijkheid. Ze waarderen het feit dat de overheid - via een gedeelde verantwoordelijkheid voor ketenpartners - wil bijdragen aan het terugdringen van oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden door het bevorderen

¹⁵ Houwerzijl & Peters, 2008; Jorens, Peters & Houwerzijl, 2012; Houwerzijl & Wilkinson, 2013.

¹⁶ Een tussenoplossing kan zijn om volledige ketenaansprakelijkheid alleen in te voeren in de sectoren die het meest met (deels transnationale) lange ketens werken, zoals de bouwsector. Daar levert immers de volgtijdelijkheid de meeste vertraging op, hetgeen ontmoedigend werkt op het instellen van vorderingen.

¹⁷ De overheid is de sector waar relatief gezien de meeste organisaties contractuele maatregelen treffen (67%).

¹⁸ Bureau Bartels rapporteert dat veel organisaties het uitvoeren van controles niet nodig vinden. Ze schatten de kans op onderbetaling in hun keten laag in (overheid, metaal en techniek), of werken altijd met dezelfde bekende en vertrouwde partijen (landbouw en bouw) of gecertificeerde bedrijven (transport) en/of hebben nog nooit klachten over onderbetaling gehad (alle sectoren).

van een correcte loonbetaling. Echter, onduidelijkheid of, waar en hoe vaak zich misstanden rond loonbetaling in de keten voordoen, leidt tot het als belastend ervaren dat de regelgeving geldt voor alle (bonafide) partijen in alle sectoren.

Vakbonden rapporteren dat dreigen met ketenaansprakelijkheid veelal genoeg is om werkgevers tot correcte betaling van het loon te doen overgaan. Bovendien is inmiddels de eerste procedure gevoerd die (mede) stoelde op art. 7:616a BW. Hierin is opdrachtgever PostNL met succes op een schijnconstructie aangesproken.¹⁹ Deze uitspraak van 7 mei 2019 kon in de onderzoeken en de monitors nog niet worden meegenomen. Aannemelijk lijkt echter dat de preventieve werking hiervan een 'boost' krijgt.²⁰

6. Collectieve loonvordering

De procedure tegen PostNL was aangespannen ex art. 3:305a BW. Deze rechtsingang heeft meerwaarde ten opzichte van het cao-rechtelijk instrumentarium, maar kent ook beperkingen. Een daarvan is dat de uitspraak alleen gezag van gewijsde heeft voor de formele procespartijen. Dit gaat in de toekomst veranderen. Op een nader te bepalen moment wordt gebondenheid aan de uitspraak van alle belanghebbenden de norm met een opt-out mogelijkheid.²¹ FNV bepleit een uitdrukkelijk op te nemen zelfstandige bevoegdheid van werknemersorganisaties (en paritaire cao-nalevingsorganisaties?) om het verschuldigde cao-loon collectief te kunnen vorderen. Dit verdient nader onderzoek. Volgens Messoussi zou een met waarborgen omklede wettelijke constructie die aan vakbonden de mogelijkheid biedt anoniem een geaggregeerde collectieve loonvordering in te stellen, meerwaarde hebben.²² Werknemers willen immers meestal niet met naam en toenaam onderbetaling aan de kaak stellen, onder andere uit angst om hun baan te verliezen.²³

7. Melding vermoeden niet-naleving cao door Inspectie SZW

Een grote rol bij succesvolle claims van de vakbonden, zowel buiten als in rechte, speelt een andere maatregel die in het kader van de Was is genomen. Het doorgeven van vermoedens van ontduiking van de cao aan sociale partners ex art. 18p lid 7 WML, in combinatie met de mogelijkheid van het aanvragen van onderzoeken ex art. 10 Wet Avv

¹⁹ Ktr. Enschede, 7 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1538. De kantonrechter in Enschede oordeelt dat PostNL hoofdelijk aansprakelijk is voor achterstallig loon aan pakketsorteerders die het bedrijf inleende via een met uitzendbureau In Person opgezette 'contracting'-constructie. Het pakketbedrijf handelde onrechtmatig en profiteerde bewust van de onderbetaling van arbeidskrachten en de contracting-constructie die het met In Person had opgezet.

²⁰ Zie ook FD 16 augustus 2019, 'Flexwerkers kunnen onbetaalde facturen mogelijk verhalen op ING', waarbij gespeculeerd wordt op aansprakelijkheid krachtens de Was mits het de als zzp-ers aangenomen medewerkers van het in problemen geraakt payrollbedrijf TCP lukt om aan te tonen 'dat hun relatie met TCP eigenlijk een arbeidsovereenkomst betreft, dan kan ING wel degelijk aansprakelijk worden gesteld.'

²¹ Tweede kamer, 2016-2017, 34 608, nr. 3.

²² I. Messoussi, Publiek-private samenwerking en gegevensuitwisseling in het kader van de Wet aanpak schijnconstructies, TRA 2018, 85.

²³ Messoussi wijst er in dit verband terecht op dat de toegang tot de rechter de afgelopen jaren niet gemakkelijker is geworden, zie o.a. Verslag EK 2017/2018, nr. 19, item 10. Zo zijn de griffierechten de afgelopen jaren verhoogd, rechtsbijstandssubsidies verlaagd en zijn rechtbanken gesloten. Vele werknemers zullen een (individuele) civiele procedure om die reden mijden.

of art. 8 Waadi,²⁴ heeft onmiskenbaar een positieve invloed op de aanpak van misstanden en schijnconstructies. Het aantal verzoeken van vakbonden op basis van deze wetsbepalingen is sterk toegenomen in de laatste jaren. Bij aansprakelijkheidstelling met cao- of Waadi-nalevingsonderzoeken in 'de achterzak', lukt het de vakbonden blijkens de tweede en derde Was monitor vaak om zonder te procederen onderaannemers en opdrachtgevers te bewegen tot het (na)betalen van de correcte lonen. FNV heeft in het kader van de evaluatie een aantal suggesties gedaan ter versterking van dit instrument die mijns inziens inderdaad de werking van de melding aan sociale partners nog verder kunnen verbeteren. Belangrijk is uiteraard ook dat de Inspectie SZW voldoende middelen behoudt om het faciliteren van cao- en Waadi-naleving op dezelfde voet voort te zetten als in de periode 2014-2018, toen hier tijdelijk extra middelen voor waren uitgetrokken.²⁵

8. Privacy obstakels

Een van de verbeterpunten die FNV aandraagt voor het doorgeven van vermoedens van ontduiking van de cao, heeft betrekking op het wegens privacy niet-delen van persoonsgegevens die wel essentieel zijn voor de effectiviteit van het instrument.²⁶ Mogelijk kan dit knelpunt opgelost worden door de melding ex art. 18p lid 7 WML op dezelfde manier vorm te geven als de gegevensuitwisseling tussen de Inspectie SZW en een erkende certificerende instelling voor de uitzendbranche in het kader van de Waadi. Hierbij is in een afweging tussen het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het verstrekken van gegevens van bedrijven die onder andere de WML hebben overtreden, overwogen dat gegevensverstrekking aan private handhavende instanties een duidelijke meerwaarde heeft en dat het niet mogelijk is met minder verstrekking maatregelen op even adequate wijze misbruik te voorkomen, aldus de Memorie van Toelichting bij de Waadi.²⁷

Werkgeversvertegenwoordigers geven aan dat ze een 'botsing' ervaren tussen de regelgeving rond ketenaansprakelijkheid en de privacywetgeving. Wellicht kan ook hier een redenering à la de Waadi uitkomst bieden.

9. Intransparante ketens en oneerlijke concurrentie

Dat brengt mij op het onderwerp van (te) lange, moeilijk doorgrondelijke (en deels transnationale) ketens, waardoor de kans op onderbetaling toeneemt. (Hoofd)opdrachtgevers hebben zicht op de eerste schakels, maar niet altijd op onderaannemers lager in de keten, zo bleek uit de monitors. Zowel om het risico op ketenaansprakelijkheid te verminderen wegens een intransparante keten (op welk belang van werkgeverszijde wordt gewezen), als om de werknemer het aanspreken van soms 'meer dan 100 BV's' te besparen (op welk belang van werknemerszijde wordt

²⁴ De procedure van FNV tegen Post-NL was gebaseerd op een art. 8 Waadi-onderzoek waarmee de schijnconstructie kon worden aangetoond. Overigens kunnen sociale partners naar aanleiding van de melding van I-SZW ook zelf onderzoek starten naar de cao-naleving.

²⁵ J.H. Bennaars, 'Artikel 10 Wet Avv: over recht hebben en recht krijgen', TRA 2018, 38; J. Cremers (mmv H. Bennaars), Drie jaar ervaring met intensievere cao-naleving. Een analyse van de nalevingsdossiers n.a.v. het Sociaal Akkoord 2013, Tilburg University, 2017.

²⁶ Tweede Kamer 2017-2018, 34108, 29, p. 2 (tweede monitor Was).

²⁷ Tweede Kamer 2010-2011, 32872, nr. 3, p. 13-16. Art. 8 sub f Wbp (art. 6 sub f AVG) zou voldoende grond bieden tot verstrekking van persoonsgegevens. Zie uitgebreid I. Messoussi, Publiek-private samenwerking en gegevensuitwisseling in het kader van de Wet aanpak schijnconstructies, TRA 2018, 85.

gewezen), zou in cao's of misschien zelfs wettelijk een limiet aan het aantal schakels gesteld kunnen worden. Dit gebeurt ook in sommige (sectoren in) andere lidstaten, zoals in Spanje. Bureau Bartels meldt dat een kleine groep (10% van de geraadpleegde organisaties) naar aanleiding van de invoering van ketenaansprakelijkheid de noodzaak zag het aantal opdrachtnemers/schakels binnen de keten te verminderen. Een kleiner aantal partijen heeft in hun ogen als voordeel dat de keten overzichtelijker en beter te controleren wordt en dat daarmee ook de (administratieve) belasting van de organisatie wordt beperkt. Vermindering van het aantal schakels wordt gerealiseerd door opdrachtnemers beperkingen op te leggen wat betreft het verder uitbesteden van werk aan derden.

Bovendien kan beperking van het aantal schakels wellicht ook op andere wijze bijdragen aan vermindering van schijnconstructies; er kan een hoger loon betaald worden als de totale aanneemsom onder minder contractspartijen verdeeld hoeft te worden. Daarmee zou het achterliggende probleem van schijnconstructies, namelijk oneerlijke concurrentie, beter geadresseerd worden. Zowel vakbonden als koepelorganisaties die ondernemers in de midden-segmenten van de keten vertegenwoordigen, signaleren in dit verband dat de in de Was genomen maatregelen (nog) niet het gewenste effect hebben op de hoogte van de tarieven/prijzen.²⁸ In een aantal sectoren (o.a. post en logistiek) is de prijsdruk nog vrij hoog, waardoor het voor opdrachtnemers lastig kan zijn het toepasselijke cao-loon te betalen. De uitzendbranche geeft daarnaast aan dat inleners niet altijd de juiste informatie over de inlenersbeloning verstrekken, wat het risico van niet-correcte betaling met zich brengt.²⁹

10. Openbaarmaking van inspectieresultaten

Een ander onderdeel van de Was, het openbaar maken van inspectiegegevens, heeft evenmin het gewenste effect gesorteerd. Aan SEO is gevraagd te onderzoeken of de huidige openbaarmaking van de Inspectie SZW in het kader van de Wav, de WML, de Waadi en inspecties naar asbest de beoogde nalevingseffecten heeft. Uit het onderzoek bleek dat de huidige praktijk van het openbaar maken van inspectieresultaten via een centrale website wat betreft de WML en de Wav zijn doel voorbij schiet, aangezien de website te weinig inzichtelijk is ingericht. Het is dus zaak aan de functionaliteit van de website het een en ander te verbeteren. Mocht vervolgens blijken dat de website nog altijd (te) weinig impact heeft, dan verdient overweging (daarnaast) een veel gerichtere maatregel te nemen, zoals onder meer in Duitsland geldt. Daar kunnen werkgevers die in het verleden veroordeeld zijn voor overtreding van arbeidswetgeving op een 'zwarte lijst' komen, waardoor zij (voor een bepaalde periode) niet meer kunnen meedingen in aanbestedingsprocedures.

11. Aandacht voor arbeidsomstandigheden in (meertalige) ketens

Uit het SEO rapport blijkt dat de openbaarmakingsmaatregel het beste werkt inzake de inspecties naar asbest. Mogelijk wordt de openbaarmaking in de toekomst uitgebreid naar (alle) Arbowedgeving.³⁰ Het lijkt mij dat hier reden toe is in het licht van ernstige

²⁸ De opmerking van AFNL in de derde monitor (p. 6) dat 'bouwbedrijven niet alleen moeten gaan voor de laagste prijs', vertoont gelijkenis met de observatie van FNV inzake het wegvervoer dat 'de tarieven niet omhoog [gaan], terwijl dit voor de ondernemers noodzakelijk is om de cao te kunnen naleven' (p 8).

²⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 34 108, nr. 30, p. 2.

³⁰ Inclusief de Arbeidstijdenwet.

arbeidsongevallen die zich voordoen bij (onder meer) het werken in ketens. Uitzendkrachten zouden 70% meer kans hebben op een ernstig ongeval dan andere werknemers.³¹ Daarbij is van belang dat veel uitzendkrachten tegenwoordig uit het buitenland komen. Deze ‘flexmigranten’ zijn extra kwetsbaar, onder meer op het punt van het (niet) begrijpen van instructies.³² Dit vraagt tevens om een hervatting van de discussie die in de jaren 2014-2015 is gevoerd over de wenselijkheid van ketenaansprakelijkheid voor gezond en veilig werken.³³ Destijds is de mogelijkheid van een bestuursrechtelijke ketenaansprakelijkheid verkend. De conclusie van toen dat dergelijke maatregelen te ver gingen nu de omvang van de problematiek onvoldoende scherp was, lijkt toe aan heroverweging.

Daarnaast verdienen soms regels op een heel ander rechtsgebied aandacht om te voorkomen dat flexmigranten in een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure³⁴ rechteloos raken: onlangs vernam ik over een casus van een Litouwse man die via een Litouws uitzendbureau bij een Nederlandse inlener werkte. Hij raakte bij een arbeidsongeval buiten kennis en kwam ook na diverse operaties niet meer bij. Opdat een advocaat namens hem de Nederlandse inlener aansprakelijk kan stellen ex 7:658 lid 4 BW, heeft het ziekenhuis geprobeerd hem onder curatele te stellen. Dit ging echter niet omdat de man niet in de Basisregistratie Personen was ingeschreven; de kantonrechter heeft daardoor geen rechtsmacht.³⁵

12. Conclusie

Niet veranderd ten opzichte van de in paragraaf 2 kort beschreven situatie in aanloop tot de Was, is de weerbarstigheid van de problematiek. Ook vier jaar na de gefaseerde invoering van maatregelen in het kader van de Was, blijkt het wet- en regelgevend kader steeds opnieuw allerlei (vaak kleine) mazen te bevatten die de handhaafbaarheid bemoeilijken. Wat betreft de bijdrage van de Was aan het terugdringen van schijnconstructies op de arbeidsmarkt meen ik dan ook dat het glas zowel halfvol als half leeg is; de Was heeft de meest voor de hand liggende tekorten in de handhaafbaarheid en de daadwerkelijke handhaving van de geldende normen weggenomen, waardoor duidelijk een bijdrage is geleverd aan de preventie en bestrijding van schijnconstructies én waardoor de maatschappelijke bewustwording en afkeuring van ontduik- en ontwijkconstructies is toegenomen. Alhoewel de Was dus zijn nut bewijst, is de problematiek nog immer actueel. Dat mag blijken uit nieuwe initiatieven die op stapel staan, onder meer ter bestrijding van transnationale

³¹ Tweede Kamer, 2017-2018, 25883, nr. 333, p. 10.

³² Art. 8 lid 1 Arbwet verplicht de werkgever om werknemers doeltreffende voorlichting te geven over alle veiligheids- en gezondheidsaspecten van het werk. Onder meer wegens schending van deze bepaling werden opdrachtgevers op de bouwplaats bij Hoog Catharijne onlangs strafrechtelijk aansprakelijkheid geacht voor de dood van een Poolse bouwvakker.

<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Amsterdam/Nieuws/Paginas/Bouwbedrijven-verantwoordelijk-voor-fatale-val-bouwvakker-Hoog-Catharijne.aspx>

³³ Tweede kamer, 2014–2015, 25 883, nr. 254.

³⁴ Op grond van art. 7:658 lid 4 BW.

³⁵ Misschien kan dit worden meegenomen in het overleg tussen de ministers van SZW en BZK over ‘spookmigranten’, die wel ergens wonen en werken, maar niet staan ingeschreven in de Basisregistratie Personen. Zie Aanhangsel Tweede Kamer 2018-19, kamervragen 2955, antwoord op vraag 23.

schijnconstructies en misstanden.³⁶ Voor het substantieel terug dringen van schijnconstructies, is een lange adem nodig. In dat licht is elk maasje in het regelgevend kader er een te veel en verdienen de Was maatregelen een blijvende plaats in het instrumentarium dat sociale partners en inspectie ter beschikking staat.

³⁶ Maatregelen ter versterking van grensoverschrijdende handhaving, zijn of worden nog genomen in het kader van (implementatie van) de Handhavingsrichtlijn (2014), de herziene Detacheringsrichtlijn (2018) en de Europese Arbeidsautoriteit (2019).