

De Minister van Sociale Zaken en werkgelegenheid
de heer Dr. L.F. Asscher
Postbus 90801
2509 LV DEN HAAG

Datum 17 december 2014
Referentie -
Betreft Wet Aanpak Schijnconstructies

Geachte heer Asscher,

Inleiding

Het wetsvoorstel voor de Wet Aanpak Schijnconstructies (verder: WAS) is ingediend bij de Tweede Kamer. Middels deze brief willen wij op het voorstel reageren. De NEPROM vertegenwoordigt projectontwikkelaars; de professionele opdrachtgevers verantwoordelijk voor het grootste percentage van (alle nieuwbouw)projecten. Het gaat dus om een aanzienlijke en een buitengewoon relevante groep betrokkenen.

Daarom betreuren wij het dat wij -ondanks gelegde contacten- niet nader betrokken zijn bij gesprekken over dit onderwerp en dat een eerste ambtelijk ontwerp niet ter consultatie gepubliceerd is. Het voorstel raakt onze leden namelijk in belangrijke mate en heeft aanzienlijke consequenties voor hun. Het voorstel brengt een aanzienlijke en ondoenlijke verzwarende van de aansprakelijkheid, bewijslast en administratieve lasten met zich mee. Uit efficiencyoverwegingen beperken wij ons in deze brief tot de onderwerpen ketenaansprakelijkheid en de identiteitsvaststelling van (buitenlandse) werknemers. Het eerste gaat om de (introductie van de) mogelijkheid om achterstallig loon te vorderen bij andere opdrachtgevers in de keten. Het tweede om uitbreiding van de huidige verplichtingen op grond van de Wet Arbeid Vreemdelingen (verder: Wav). Wij gaan dus niet in op de volgende onderwerpen: de openbaarmaking van sanctiebesluiten en toezichtgegevens, minimumloon en AOW-leeftijd, verstrekking van toezichtgegevens voor naleving van cao's en de girale betaling van het minimumloon.

Achtergrond

Vooraf merken wij op, dat wij achter de doelstelling van de wet staan. Wij willen ook dat uitbuiting van werknemers en oneerlijke concurrentie tussen bedrijven voorkomen wordt. Wel voelen wij ons op het verkeerde been gezet door de onjuiste titel van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel ziet niet op bewuste schijnconstructies waarbij sprake is van uitbuiting van werknemers en verdringing op de arbeidsmarkt maar heeft een veel bredere werking. Het is wel tegen de achtergrond van deze constructies dat we dit voorstel zouden moeten lezen, volgens de toelichting. Wij vinden dan ook dat het wetsvoorstel alsnog beperkt moet worden tot deze constructies. Het gaat nu (simpelweg) om iedere loonbetaling. Dat blijkt ook uit de omschrijving van het begrip 'duidelijke misstand van onderbetaling', die in het voorstel wordt gegeven. Het gaat (vol-

gens de toelichting) om iedere achterstallige betaling. De definitie van het begrip “duidelijke misstand van onderbetaling” dient dan ook aangepast te worden in het licht van het bovenstaande.

Ketenaansprakelijkheid

Op grond van het voorstel blijven hogere schakels dan de werkgever en diens opdrachtgever volgtijdelijk aansprakelijk voor het loon van de werknemer. Een duidelijke definitie van wie in de keten als opdrachtgever aangemerkt dient te worden, ontbreekt echter. Zo is niet duidelijk of onmiddellijke vertegenwoordigers uitgesloten zijn en/of middellijke vertegenwoordigers er wel of niet onder vallen. Wij verzoeken u hierover meer duidelijkheid te verschaffen. Dat is met name voor institutionele beleggers van belang. Wat betekent het wetsvoorstel voor pensioenfondsen die nog te bouwen woningen kopen van ontwikkelaars die opdracht geven aan een aannemer? En wat is de positie van consumenten die een woning laten bouwen en hoofdopdrachtgever zijn?

Het wetsvoorstel gaat in de volgende situaties uit van een zogenoemd ‘volgtijdelijk’ systeem. Een hogere schakel kan worden aangesproken voor de voldoening van het verschuldigde loon indien:

- 1) de werkgever en/of diens opdrachtgever, of een volgende schakel geen bekende woon- of verblijfplaats heeft en zodoende niet kan worden aangesproken;
- 2) de werkgever en/of diens opdrachtgever, of een volgende schakel niet ingeschreven is bij de Kamer van Koophandel of in enig buitenlands register voor ondernemingen;
- 3) de werkgever en/of diens opdrachtgever, of een volgende schakel, failliet verklaard is;
- 4) na een onherroepelijke uitspraak van de rechter, waarin de werkgever en/of diens opdrachtgever is veroordeeld tot voldoening van het loon, de werknemer zijn recht op voldoening van het loon jegens de werkgever (of een volgende schakel) niet kan effectueren;
- 5) de rechter heeft bepaald dat een aansprakelijk gestelde opdrachtgever niet kan worden verweten dat het aan de werknemer verschuldigde loon niet is voldaan.

In het algemeen gaat deze vorm van volgtijdelijkheid eraan voorbij dat iemand in principe niet tot meer gehouden kan worden dan waartoe hij zich gecommiteerd heeft. Volgtijdelijkheid houdt volgens ons in dat men alleen verantwoordelijk gehouden kan worden voor zijn deel in de schakel. Ons voorstel is de ketenaansprakelijkheid daartoe te beperken. Het voorstel dat werknemers zich na zes maanden altijd tot de hoofdopdrachtgever kunnen wenden, past hier niet in. In onze visie hoort men niet een trede over te kunnen slaan of hoger op te kunnen in de keten als een vordering niet slaagt.

Voor alle genoemde aspecten geldt (in meer of mindere mate) dat zij bij het aangaan van de overeenkomst bij de rechtstreekse contractspartij misschien nog te controleren zijn of navraag gedaan kan worden, maar wat er daarna gebeurt, kan nooit voor de verantwoordelijkheid van de hele keten komen. Het is ondoenlijk en onverantwoord daarvoor de verantwoordelijkheid te nemen. Neem het moment van contracteren daarom als uitgangspunt in het wetsvoorstel (dus niet de hele uitvoering en daarna).

Om voorts de hele branche op te laten draaien voor faillissementen in de sector, is onacceptabel. Veel deugdelijke ondernemingen in de sector zijn de afgelopen jaren failliet gegaan door slechte economische omstandigheden. Men kan in gemoede niet betogen dat er sprake was van schijnconstructies in de zin van de WAS. Een toets aan het begrip 'verwijtbaarheid' (van de hogere schakel) biedt onvoldoende comfort.

Weliswaar is ook voor betrokken werknemers een faillissement erg vervelend maar zij worden op grond van een doorbetalingsverplichting door het UWV voldoende beschermd.

Bovendien is het onacceptabel andere partijen in de keten als zekerheid, achtervang of incasso-bureau te laten fungeren indien een vonnis niet geëxecuteerd kan worden. Het is te makkelijk om het gebrek aan verhaalsmogelijkheden zo maar op de keten af te wenden. Het gaat tenslotte om verschillende partijen en vermogens. Ook dit heeft (wederom) niets met schijnconstructies van doen.

Daarnaast is het onredelijk en weinig kansrijk om hogere schakels in te laten staan voor niet verwijtbaar gedrag van een (andere) opdrachtnemer. Als eenmaal is vast komen te staan dat er geen sprake is van verwijtbaarheid, dan is het toch niet opportuun de mogelijkheid open te laten een hogere schakel aan te spreken? Dat ligt toch niet in de rede? Dat wekt enkel opportunistisch gedrag in de hand.

Verwijtbaarheid

Op het punt van de invulling van het begrip verwijtbaarheid, slaat het voorstel door. Het voorstel brengt zoveel bureaucratie, administratieve rompslomp en inbreuk op privacy en vertrouwelijkheid van bedrijfs- en persoonsgegevens met zich mee, dat het voorstel nauwelijks reëel te noemen is. Werkgevers verworpen zo tot inspectiedienst. Het zou evenwichtiger zijn geweest als de pijlen van het voorstel (ook) gericht waren op de Inspectie SZW.

Waarom zou niet als uitgangspunt kunnen gelden dat men bij het aangaan van een overeenkomst een (recente) verklaring (van een register accountant of de belastingdienst) moet kunnen overleggen waaruit volgt dat niet is gebleken van het stelselmatig verontachtzamen van loonbetalingsverplichtingen?

Het wetsvoorstel gaat er nu vanuit dat vooraf een (thans niet bestaand!) certificaat wordt geëist. Los van het feit dat het voorstel niet ingaat op de eisen waaraan de certificaathouder moet voldoen, brengt certificering altijd een groot aantal nadelen met zich mee. We doelen dan op schijnzekerheid die het biedt, de stapels papierwerk die ermee gemoeid zijn, standaardisatie die tot een gebrek aan maatwerk leidt en een woud aan ondoorgroendelijke en onvergelykbare regelingen. Zonder de garantie vooraf dat het 'dan goed en genoeg is' kan de werkvloer niet met deze eis uit de voeten.

Als alternatief schetst het voorstel een combinatie van mogelijkheden. Daarbij wordt de prijs als uitgangspunt genomen voor een adequate opdrachtverlening. De prijs en het loon staan echter niet in (voldoende) causaal verband tot elkaar. De prijs wordt door zo veel meer dingen bepaald dan het loon alleen. Bovendien is nooit zeker dat de prijs aan het loon besteed wordt. Dit maakt de prijs tot een onbruikbare (juridische) maatstaf.

De geschetste contractbepalingen die daarbij horen, gaan verder dan (een voor marktpartijen aanvaardbare invulling van) een inspanningsverplichting. Zij vereisen certificeringen, audits, controles, validaties, informatie en inzage in registers en (vertrouwelijk) persoons- en bedrijfsgegevens. Dit niet alleen bij het aangaan van de overeenkomst maar ook bij de uitvoering en het aangaan bij iedere opvolgende overeenkomst. Tevens moet worden voorzien in een procedure bij eventuele misstanden. Daarbij wordt kennelijk verwacht dat men zelfs naar (vaak) disproportionele middelen als ontbinding van de overeenkomst grijpt. Als partijen voor een verkeerde toepassing kiezen omdat zij zich daartoe onder druk van de WAS genoopt zien, kan dat tot fikse schadevergoedingen leiden.

Daarnaast zijn zelfs de grootste (en door de crisis inmiddels sterk afgeslankte) bedrijven niet geequiperd om aan deze (stapelning van) eisen te voldoen.

Het voorstel bevat geen reële mogelijkheden om zich te disculperen en daarom is er eigenlijk per definitie sprake van verwijtbaarheid. Wij verzoeken u dit aspect te herzien en herschrijven.

Wav

De werkgever wordt op grond van het voorstel verplicht om binnen 48 uur na een vordering van een toezichthouder de identiteit vast te stellen en te verstrekken van de persoon waarvan op grond van feiten en omstandigheden het vermoeden bestaat dat hij arbeid voor hem verricht of heeft verricht (NB: met terugwerkende kracht). Hoe ziet de wetgever dat voor zich?

Ondanks alle zorgvuldigheid en inspanningen die onze leden (serieus!) verrichten is de ervaring dat 1) de gestelde vermoedens (van de inspectie) niet altijd objectief en gegrond zijn; 2) de spreekwoordelijke vogel al gevlogen is (omdat werknemers niet meer op de werkplaats verschijnen als er een inspecteur langs geweest is) of 3) overgelegde identiteitspapieren (ondanks de toegepaste controle) uiteindelijk onecht kunnen blijken te zijn. Het is ondoenlijk de echtheid in alle gevallen met 100% zekerheid vast te stellen. In sommige landen worden veel soorten identiteitspapieren uitgegeven en de echtheidskenmerken zijn niet altijd (eenvoudig) te controleren.

Toch doen de leden alles wat redelijkerwijs van hen verwacht mag worden. Anders worden zij met een disproportioneel hoge boete geconfronteerd. Het is onredelijk om in het voorstel toch uit te gaan van een risicoaansprakelijkheid. Het onmogelijke wordt gevraagd.

Wij verzoeken u dan ook met klem van deze aanscherping af te zien. Dit onderdeel van het voorstel dient geschrapt te worden. Wij zouden het hoogste opmerkelijk en onwenselijk vinden als op dit punt van het (duidelijke) advies van de Raad van State afgeweken zou worden. Als dit punt onverhoopt niet gehonoreerd wordt, vinden wij dat sowieso afgezien dient te worden van iedere vorm van risicoaansprakelijkheid en terugwerkende kracht.

Tot slot

In deze brief hebben wij onze (grote) bezwaren tegen het voorstel van de WAS geuit. Het is te ingewikkeld, duur en weinig trefzeker. Wij verzoeken u aan deze bezwaren tegemoet te komen. Wel kunnen wij instemmen met de evaluatiebepaling die in het voorstel opgenomen is. We stellen het op prijs betrokken te worden bij deze evaluatie (drie jaar na inwerkingtreding van de wet).

Wij zijn graag bereid tot een gesprek over deze brief. Dan wisselen we graag verder van gedachten met u onder andere over de aard, oorzaak en omvang van de (vermeende) schijnconstructieproblematiek en alternatieve oplossingen. We willen een oplossing die recht doet aan de situatie, maar niet te veel lasten met zich meebrengt. Daarbij zou aansluiting gezocht kunnen worden bij reeds bestaande oplossingen.

met vriendelijke groet,



Jan Fokkema
Directeur

c.c. Tweede Kamer - vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid