

Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
T.a.v. Zijne Excellentie W. Koolmees  
Postbus 90801  
2509 LV DEN HAAG

Oisterwijk, 19 april 2018

Inzake : Wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans  
Onderwerp : Zienswijzen tegen Wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans

Hooggeachte heer Koolmees,

Graag vragen wij uw aandacht voor het navolgende.

VRF Advocaten is een in Nederland (Oisterwijk) gevestigd advocatenkantoor, gespecialiseerd in (nationaal en internationaal) arbeidsrecht, meer in het bijzonder in flexibele arbeid. Wij staan uitzendondernemingen, payrollbedrijven, detacheringsbedrijven en werving en selectie bedrijven bij. De populatie payrollondernemingen die wij bijstaan heeft een substantieel deel van de in Nederland werkzame payrollmedewerkers in dienst. Ons is gebleken dat op 9 april 2018 het Wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans ter internetconsultatie is ingediend, waarin een pakket aan wijzigingen wordt voorgesteld. De wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (hierna Waadi) en het Burgerlijk Wetboek (hierna BW) ter zake payrollmaking maken hiervan onderdeel uit. Gelet op de gevolgen van de voorgestelde wijzigingen voor payrollondernemingen, payrollwerknemers, inleners en in het algemeen belang van werkzekerheid, dienen wij zienswijzen in tegen het Wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans (hierna "Wab / wetsvoorstel"), meer in het bijzonder tegen de voorgestelde wijzigingen ter zake payrollmaking.

In het navolgende zullen wij puntsgewijs onze zienswijzen ten aanzien van het wetsvoorstel terzake payrollmaking uiteenzetten.

- 1. Er komt een definitie van payrollovereenkomst artikel 7:639 BW (nieuw):** *de payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen.*

De voorgestelde definitie in het BW roept allerlei vragen op. Zo wordt in de wettekst expliciet gesproken over een "overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en derde". Hiermee is het bereik van de werking van de payrollovereenkomst gekoppeld aan de totstandkoming van een overeenkomst van opdracht. De vraag is echter hoe dit dient te worden uitgelegd, indien de terbeschikkingstelling plaatsvindt op basis van een andersoortige overeenkomst.

Tevens stelt de definitie van de payrollovereenkomst als eis dat sprake dient te zijn van: *“de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen”*. Onduidelijk is of dit een cumulatieve eis betreft.

**Er komt een definitie van payrolling artikel 1 lid 1 onder g Waadi (nieuw):** *het op basis van een overeenkomst van opdracht als bedoeld in artikel 400 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, die niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, ter beschikking stellen van een arbeidskracht, om onder leiding en toezicht van de opdrachtgever arbeid te verrichten, waarbij de opdrachtnemer alleen met toestemming van de opdrachtgever bevoegd is de arbeidskracht aan een ander ter beschikking te stellen.*

Deze definitie is allereerst niet identiek aan het voorgestelde artikel 7:639 BW (nieuw), waarin niet expliciet wordt verwezen naar artikel 7:400 BW.

Ook het Ontslagbesluit en de Ontslagregeling beperken de definitie van payrolling tot de totstandkoming van de overeenkomst tussen de werkgever en de derde, terwijl het wetsvoorstel dit beperkt tot de overeenkomst van opdracht ex artikel 7:400 BW. Er worden aldus verschillende definities gehanteerd, hetgeen onduidelijkheden met zich meebrengt en bovenal in strijd is met de rechtszekerheid.

In het verlengde daarvan is onduidelijk wat verstaan dient te worden onder “het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt”. In de MvT<sup>1</sup> wordt aangegeven dat “bij payrolling geen sprake is van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt”. Dit is incorrect, omdat er diverse vormen van payrolling zijn en bij bepaalde vormen van payrolling er wel gesproken kan worden van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Dit wordt overigens in de MvT<sup>2</sup> ook bevestigd. Blijkens de MvT<sup>3</sup> zou het bij “het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt” gaan om een actieve rol. De vraag is hoe “een actieve rol” moet worden uitgelegd. Hoe verhoudt zich dat bijvoorbeeld tot de “vierpartijenverhoudingen”, waarbij een broker / recruitment agency / management provider de opdracht verstrekt aan de payrollonderneming (en wel rekruteert)? Dat zou een vorm van werving en selectie c.q. het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt zijn. Immers, de broker, recruitment agency of management provider is niet de inlener en kan dat mede in opdracht van de formeel werkgever/payrollonderneming doen. Een andere vraag is hoe dit moet worden gezien in het licht van aanbestedingen. Bij een aanbesteding kan het personeel overgaan indien sprake is van een overgang van onderneming ex artikel 7:662 e.v. BW. In een dergelijk geval ontbreekt ook een zogenoemde allocatiefunctie. Betekent dit dat in een dergelijk geval de verkrijgende partij dan zou worden aangemerkt als een payrollonderneming, omdat het niet voldoet aan de allocatiefunctie? Diezelfde vraag

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II, 34837, nr. 6, p. 47.

<sup>2</sup> Kamerstukken II, 34837, nr. 6, p. 38.

<sup>3</sup> Kamerstukken II, 34837, nr. 6, p. 49.

rijst bij de personeelsvennootschappen die meer dan alleen personeel in dienst hebben. Er zijn personeelsvennootschappen die niet alleen het personeel in dienst hebben, maar bijvoorbeeld ook de back office doen, de werving en selectie of human resource diensten verlenen aan de overige vennootschappen. De vraag die het wetsvoorstel oproept is of deze vennootschappen ook onder de definitie van de payrollovereenkomst vallen.

Voorts geldt dat met de nieuwe payrolldefinitie in het BW en de Waadi, de vraag rijst of nog sprake is van een gezagsverhouding als de payrollonderneming geen functie meer heeft bij het samenbrengen van vraag en aanbod. Dit zou betekenen dat door de wettelijke verankering van de payrollovereenkomst, geconcludeerd zou kunnen worden dat mede gelet op het feit dat het gezag ontbreekt, er geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW. Immers, één van de wezenlijke kenmerken van een arbeidsovereenkomst is gezag (gezagsverhouding).

**2. Er wordt op individueel niveau gekeken of sprake is van payrolling en niet op bedrijfsniveau.**

De MvT<sup>4</sup> vermeldt:

*“De overeenkomst tussen de payrollwerknemer en de payrollwerkgever en de overeenkomst van opdracht van de payrollwerkgever met een derde bepaalt of er sprake is van payrolling. Dit betekent dat er niet per bedrijf gekeken wordt of er sprake is van payrolling of van uitzenden, maar dat dit afhankelijk is van de individuele driehoeksrelatie.”*

De voornoemde uitleg heeft consequenties voor de huidige werkingssfeer van de ABU/NBBU-cao en de verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds StiPP. Een vraag die in dit kader opkomt is of een bedrijf die 50% of meer van haar loonsom op jaarbasis uitzendt in de zin van de ABU/NBBU-cao, en voor 50% (of minder) aan payrolling doet, voor het ene deel de ABU-cao of NBBU-cao dient toe te passen en voor de andere helft niet. Indien de wetgever dit beoogt, zal dit een ongelijke beloning en behandeling van werknemers binnen één en hetzelfde bedrijf tot gevolg hebben. In de praktijk kan dit betekenen dat een payrollwerknemer en uitzendkracht hetzelfde werk doen bij dezelfde werkgever, maar anders beloond worden. Deze ongelijke behandeling is in strijd met de bescherming van de uitzendkracht op grond van Europees recht. Bovendien rijst de vraag wat dit betekent voor gevallen waarin sprake is van internationale detachering. Ook op internationaal en Europees niveau levert dit ongelijkheid op. Buitenlandse bedrijven kunnen met dit wetsvoorstel concurreren op arbeidsvoorwaarden met in Nederland gevestigde ondernemingen. Dit belemmert het vrij verkeer van diensten.

---

<sup>4</sup> Kamerstukken II, 34837, nr. 6, p. 49.

3. De payrollwerknemer heeft recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst van de opdrachtgever artikel 8a Waadi (nieuw). Als er geen personeel is bij de opdrachtgever, dan dient dit te worden bepaald aan de hand van hetgeen gebruikelijk is in het beroeps- of bedrijfsleven van de opdrachtgever.

Recht hebben betekent niet dat payrollwerknemers ook hun recht krijgen. In het navolgende zetten wij uiteen op welke punten dit van toepassing kan zijn.

Allereerst is onduidelijk wat verstaan dient te worden onder een gelijke of gelijkwaardige functie. De vraag is door wie en hoe dit zal worden bepaald. Dit zal in de praktijk voor veel problemen zorgen, omdat het veelal onduidelijk is of het gaat om gelijke of gelijkwaardige functies, de payrollonderneming afhankelijk is van de informatie van de inlener en hetgeen feitelijk aan werkzaamheden wordt verricht en de payrollonderneming vaak niet of nauwelijks op de hoogte is van de hetgeen de payrollonderneming daadwerkelijk aan werkzaamheden op de werkvloer door de payrollwerknemer feitelijk laat verrichten. Dit geldt te meer nu payrollwerkgevers (klaarblijkelijk volgens de wetgever) niet de vraag en aanbod van arbeid bij elkaar brengen en derhalve slechts "uitvoerder" zijn. In de ABU/NBBU-cao is op dit moment opgenomen dat de uitzendonderneming zich onder bepaalde voorwaarden mag verschuilen achter de informatie van de inlener, hetgeen ook in de rechtspraak is bevestigd.<sup>5</sup> De vraag is of een payrollwerkgever zich met de voorgestelde wetswijziging ook kan "verschuilen" achter de informatie gegeven door de inlener, zoals ook gebruikelijk is bij het vaststellen van de inlenersbeloning en is voorzien in de ABU/NBBU-cao. Zeker in payrollverhoudingen en als de voorgestelde wetswijziging een feit zou worden, is de payrollonderneming afhankelijk van de correctheid van de door de inlener verstrekte informatie. Dit wordt ook onderschreven door de wetgever<sup>6</sup>, echter alleen voor het looncomponent. De payrollwerknemer kan echter niet met eventuele claims zich wenden tot de inlener, indien het andere arbeidsvoorwaarden betreft dan het loon. Indien de payrollonderneming zich niet zou mogen verschuilen achter de door de inlener verstrekte informatie, zou dit de positie van de payrollonderneming verder uithollen en kan ook de payrollwerknemer in zijn belangen worden geschaad.

Stel dat er geen werknemers in dienst zijn van de inlener, dan biedt het wetsvoorstel recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waarin de opdrachtgever werkzaam is. Wat "het beroeps- en bedrijfsleven" betekent is onduidelijk. Als het loon van het beroeps- of bedrijfsleven leidend is, maar de inlener niet gebonden is, zal dit onwenselijke gevolgen hebben. Immers een ongebonden inlener wordt dan langs de band van dit aspect indirect gebonden. Dit is naar onze mening in strijd met het systeem van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst

---

<sup>5</sup> <https://www.flexmarkt.nl/flexwerkers/inlenersbeloning-toepassen-voorkom-gezeur-achteraf/>

<sup>6</sup> Kamerstukken II, 34837, nr. 6, p. 55.

en de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten.

Door de definitie van de payrollovereenkomst in het BW en Waadi en de gelijke behandeling als hiervoor genoemd, wordt het recht van werkgevers om bijvoorbeeld een eigen cao te sluiten ontnomen. Dit is in strijd met het recht op collectief onderhandelen.

**4. De payrollwerknemer heeft recht op tenminste een gelijkwaardige pensioenregeling als de werknemers in dienst bij de opdrachtgever artikel 8a Waadi (nieuw).**

In de MvT is bepaald dat de payrollwerknemer zijn pensioenregeling op grond van de verplicht gestelde pensioenregeling van StiPP behoudt, als de opdrachtgever geen pensioenregeling heeft en in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waar deze werkzaam is geen beroeps- of bedrijfstakpensioenregeling geldt. Dit roept vragen op, omdat de payrollonderneming in beginsel niet langer meer zou vallen onder de werkingssfeer van StiPP, maar langs de band van de Waadi dan wel gebonden zou zijn. Bovendien rijst een andere vraag, in hoeverre de reguliere werknemer in dienst van de inlener ongelijk behandeld wordt op het aspect van pensioen. De reguliere werknemer zou in een dergelijk geval geen recht hebben op pensioen, terwijl zijn collega payrollwerknemer dat wel zou hebben. Ook ten opzichte van de reguliere werknemer in dienst van de inlener levert het wetsvoorstel ongelijke behandeling op, in gelijke gevallen. De voorgestelde wetwijzing levert in combinatie met de toelichting van de wetgever op dat op individueel niveau dient te worden gekeken of sprake is van payrolling waardoor ook op dit punt ongelijke behandeling van gelijke gevallen ontstaat en een administratieve lastenverzwaring voor payrollondernemingen ontstaat. Naar onze mening is dit in strijd met de geldende leer van de Hoge Raad dat gelijke arbeid, in gelijke omstandigheden, gelijk moet worden beloond, tenzij er sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond. In dit geval kan de ongelijkheid onzes inziens niet worden gerechtvaardigd.

De vraag is ook hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot de werkingssfeer van het StiPP alsmede tot de wettelijke regels in de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.

**5. Uitzendrichtlijn en sociale rechten**

De Uitzendrichtlijn<sup>7</sup> vereist geen allocatiefunctie. Het is begrijpelijk dat met het wetsvoorstel ten positieve wordt afgeweken ten behoeve van de payrollwerknemer. De vraag is echter of dat wel kan, gezien de definitie van een uitzendkracht (waar ook een payrollwerknemer kan vallen) en werknemer in de Uitzendrichtlijn. Door het wetsvoorstel zou een uitzendkracht ten opzichte van de payrollwerknemer op arbeidsvoorwaarden gediscrimineerd worden, omdat zijn collega die hetzelfde werk

---

<sup>7</sup> Richtlijn 2008/104/EG

doet en via dezelfde werkgever werkzaam is gunstigere rechten heeft.<sup>8</sup> Dat heeft ongelijke behandeling van gelijke gevallen tot gevolg, hetgeen onwenselijk is in het huidige klimaat waar andere vormen van arbeid zoals platformwerk en zelfstandigen oprukken en dit wetsvoorstel dat alleen maar meer zal aanmoedigen.

Ook mist de voorgestelde wetswijzing ter zake payrolling een lange termijn visie in een Europese context. Op 26 april 2017 heeft de Europese Commissie de aanbeveling voor een Europese pijler van sociale rechten gepubliceerd. Deze pijlers leggen de lat hoger dan het Handvest van de Grondrechten. Eén van die (5) pijlers is "Billijke arbeidsvoorwaarden", inhoudende:

*"Ongeacht de aard en de duur van hun arbeidsrelatie hebben werknemers recht op een billijke en gelijke behandeling wat betreft arbeidsvoorwaarden, toegang tot sociale bescherming en opleiding. De overgang naar arbeidsrelaties voor onbepaalde duur wordt bevorderd.*

*In overeenstemming met de geldende wetgeving en collectieve overeenkomsten wordt gewaarborgd dat werkgevers over de nodige flexibiliteit beschikken om zich snel aan te kunnen passen aan veranderingen in de economische context.*

*Innovatieve vormen van werk die goede arbeidsvoorwaarden waarborgen, worden bevorderd. Ondernemerschap en werken als zelfstandige worden gestimuleerd. Arbeidsmobiliteit wordt vergemakkelijkt."*

Het opvallende aan deze pijler is dat alle vormen van arbeidsrelaties hiermee toegang krijgen tot de gelijke behandeling. De geïntroduceerde pijlers zijn niet vrijblijvend en dienen als werkprogramma voor de lidstaten. Dit betekent dat lidstaten het niet links kunnen laten liggen. De vraag is dan ook in hoeverre het ingediende wetsvoorstel zal bijdragen aan de voornoemde pijlers op korte en langere termijn, nu het wetsvoorstel behoorlijk wat onzekerheden oproept voor payrollwerknemers en payrollwerkgevers in de verhouding tot uitzendondernemingen en uitzendkrachten. Bovendien zal het wetsvoorstel invloed hebben op het recht van werkgevers om te beschikken over de nodige flexibiliteit om zich snel aan te kunnen passen aan veranderingen in de economische context.

## **6. Overige**

De sectorindeling voor de ZW- en WGA-premies wordt met dit wetsvoorstel niet aangepast. Dit zou betekenen dat huidige payrollwerkgevers die thans zijn ingedeeld in sector 52 voor wat betreft de ZW- en WGA- premies ontnomen worden gebruik te maken van de voordelen van de uitzendovereenkomst en daarmee ook van de flexibiliteit, maar tegelijkertijd wel hoge premies blijven betalen. Dit is onrechtvaardig en levert oneerlijke concurrentie op. Payrollwerkgevers worden hiermee zwaar geraakt.

---

<sup>8</sup> <http://www.flexnieuws.nl/2017/12/15/aanpassing-waadi-payrolling-strijd-uitzendrichtlijn/#.WsTzJH8uCUk>

## 7. Slot

De wetgever geeft aan dat payrolling niet onmogelijk wordt gemaakt. Het feit wil echter wel dat payrolling met de voorgestelde wijzigingen wordt uitgehold. Door middel van payrollondernemingen werken er jaarlijks circa tweehonderdduizend werknemers in Nederland.<sup>9</sup> De vraag is dan ook of het wetsvoorstel recht doet aan werkzekerheid en flexibiliteit van ondernemingen om zich snel aan te kunnen passen aan veranderingen in de economische context. Payrollondernemingen worden met dit wetsvoorstel benadeeld ten opzichte van uitzendondernemingen en zelfs ten opzichte van reguliere werkgevers. Ook de uitzendkracht wordt op arbeidsvoorwaarden benadeeld ten opzichte van de payrollwerknemer, maar de reguliere werknemer in dienst van de inlener ook ten opzichte van de payrollwerknemer wanneer het aankomt op pensioen.


Wij zijn uitdrukkelijk van mening dat het wetsvoorstel;


- a. behoorlijke onduidelijkheden bevat hetgeen de rechtszekerheid niet ten goede komt;
- b. strijdigheden bevat met de geldende wet- en regelgeving, zowel op nationaal als Europees niveau, alsmede de geldende jurisprudentie van de Hoge Raad; en
- c. tot onnodige "uitholling" leidt van payrolling, hetgeen niet alleen teniet doet aan Europees sociaal beleid, maar ook aan de Nederlandse werkgelegenheid.

Wij vertrouwen erop dat u naar aanleiding van het voorgaande het ingediende wetsvoorstel grondig zal herzien. Het spreekt voor zich dat wij altijd bereid zijn om deze zienswijzen nader toe te lichten - hetzij schriftelijk, hetzij mondeling - en u te voorzien van alle informatie / stukken die terzake nuttig zouden kunnen zijn en waarvan wij u zouden kunnen voorzien. Onze contactgegevens treft u aan op de eerste pagina van deze brief.

Wij zien uw reactie met belangstelling tegemoet.

Hoogachtend,  
VRF Advocaten

  
mr. H. Mouselli  
Advocaat - partner

  
mr. S.A.J. van Riel  
Advocaat - partner

---

<sup>9</sup> Winnebust, Vroonhof, Tom, Payrolling in Nederland, De huidige bekendheid, markt en marktpotentie, Panteia 2015, p. 21.