



**PELLICAAN**

ADVOCATEN & ADVISEURS

Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
Zijne Excellentie drs. W. Koolmees  
Parnassusplein 5  
2511 VX DEN HAAG

Rotterdam, 7 mei 2018

Betref: Reactie conceptwetsvoorstel arbeidsmarkt in balans

Hooggeachte heer Koolmees,

Het conceptwetsvoorstel arbeidsmarkt in balans streeft naar een nieuwe balans op de arbeidsmarkt. In dat kader stelt het kabinet onder meer voor om concurrentie op arbeidsvoorwaarden via payrolling te voorkomen.

Pellicaan Advocaten N.V. is een middelgroot advocatenkantoor in Nederland met een bijzondere focus op flexibele arbeid. Wij voorzien – in nauwe samenwerking met Mazars Paardekooper Hoffman N.V. – een aanzienlijke hoeveelheid uitzendondernemingen, detachingsbureaus, payrollorganisaties en inleners van juridisch advies en onderhouden bovendien nauw contact met werkgeversorganisaties en private controle-instanties in de uitzendbranche. Tegen de achtergrond van onze expertise en ervaring voorzien wij u graag van aanbevelingen ter zake het conceptwetsvoorstel, meer specifiek met betrekking tot de beoogde wijzigingen op het gebied van payrolling.

## PAYROLLING

### ALLOCATIEFUNCTIE

Payrolling mag naar oordeel van het kabinet niet worden gebruikt om te concurreren op arbeidsvoorwaarden. Om dit te voorkomen wordt voorgesteld om werkgevers te verplichten de werknemers met een payrollovereenkomst dezelfde arbeidsvoorwaarden aan te bieden als die zouden gelden wanneer de werknemer rechtstreeks in dienst zou zijn bij de opdrachtgever/inlener. Daartoe wordt een wettelijke definitie van de payrollovereenkomst geïntroduceerd in artikel 7:692 BW:

7 mei 2018  
90061/JVO/INDIR/18-00522366/74460/jvo

*"De payrollovereenkomst is de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de 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."*

In de kern lijkt het kabinet doorslaggevende betekenis toe te kennen aan de vraag of de formeel werkgever betrokken is geweest bij het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt (de allocatiefunctie), hetgeen per individuele arbeidsverhouding dient te worden getoetst. Indien de formeel werkgever geen allocatiefunctie verricht, dan is er bij het ter beschikking stellen van werknemers in beginsel sprake van een payrollovereenkomst en niet een uitzendovereenkomst.

Het uitgangspunt dat de formeel werkgever een allocatiefunctie dient te verrichten, leidt ertoe dat er in het geval van diverse uitzend- en bemiddelingsvormen niet langer gebruik kan worden gemaakt van flexibele arbeidscontracten. In dat kader kan worden gedacht aan het UWV en/of gemeenten die werknemers middels de inschakeling van uitzendondernemingen naar arbeidsplaatsen bemiddelen, alsmede aan payrollondernemingen die de backoffice van uitzendondernemingen verzorgen en gespecialiseerd zijn in de juiste toepassing van de cao voor Uitzendkrachten, in combinatie met de geldende inlenersbeloning.

De voorgestelde definitie van de payrollovereenkomst maakt voornoemde dienstverlening praktisch onuitvoerbaar, nu de inzet van een geprofessionaliseerde werkgever (de payrollonderneming) door de bemiddelaar ertoe leidt dat de werknemer niet langer flexibel kan worden ingezet. Bemiddelaars zullen alsdan zelf het formeel werkgeverschap op zich dienen te nemen, waar zij niet altijd voldoende kennis en kunde voor bezitten. Wij adviseren in dat kader om de allocatiefunctie niet bij de formeel werkgever neer te leggen, doch van doorslaggevend belang te achten of de opdrachtgever/inlener de werknemer feitelijk heeft geworven en geselecteerd.

7 mei 2018  
90061/JVO/INDIR/18-00522366/74460/jvo

Indien de opdrachtgever/inlener een werknemer inleent die zij zelf heeft geworven en geselecteerd, dan is er sprake van een payrollovereenkomst op basis waarvan een dergelijke werknemer aanspraak kan maken op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor een werknemer in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst van de opdrachtgever/inlener. Indien de formeel werkgever dan wel een derde<sup>1</sup> de werving en selectie van de betrokken werknemer heeft verzorgd en uit dien hoofde een allocatiefunctie heeft verricht, dan is er sprake van een uitzendovereenkomst.

Zodoende kunnen uitzendondernemingen voldoen aan hun allocatiefunctie en werknemers werven en selecteren voor inleners/opdrachtgevers, zonder dat zij het formeel werkgeverschap op zich dienen te nemen om de werknemers flexibel in te kunnen zetten.

## **ONTWIJKING**

In de praktijk worden vraag en aanbod op de arbeidsmarkt op veel verschillende manieren bij elkaar gebracht, hetgeen in de memorie van toelichting ook ten dele wordt onderkend. Een bemiddelaar kan een werknemer selecteren, onderbrengen bij een payrollonderneming en, al dan niet middels in- en doorlenen, ter beschikking (laten) stellen aan een opdrachtgever/inlener. Ook in een dergelijke situatie bestaat er behoefte aan flexibiliteit, welke flexibiliteit middels de voorgestelde definitie van payrolling niet langer tot de mogelijkheden behoort.

Niet valt uit te sluiten dat partijen alsdan op zoek zullen gaan naar alternatieve samenwerkingsvormen. In dat kader kan worden gedacht aan de bemiddelaar die als formeel werkgever kwalificeert, doch waarbij vrijwel alle aspecten verband houdende met het werkgeverschap (contractbeheer, loonadministratie, verzuimbegeleiding, mogelijk zelfs de loonbetaling, etc.) door de payrollonderneming worden verzorgd. Een dergelijke wijze van samenwerking lijkt gelet op de memorie van toelichting nog steeds toegestaan, doch het is de vraag waar het kantelpunt ligt en wanneer het "loonadministratiekantoor" als formeel werkgever kwalificeert.

Voorts is het de vraag hoe de arbeidsverhouding van de werknemer dient te worden gekwalificeerd, indien er een driepartijenovereenkomst wordt gesloten tussen de opdrachtgever/inlener, de bemiddelaar en de payrollonderneming, waarbij de bemiddelaar en de payrollonderneming gezamenlijk een geschikte kandidaat dienen te vinden voor de opdrachtgever/inlener.

---

<sup>1</sup> Een derde die niet aan de opdrachtgever/inlener is verbonden als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek dan wel kwalificeert als een dochtermaatschappij als bedoeld in artikel 24a van dit Boek.

7 mei 2018

90061/JVO/INDIR/18-00522366/74460/jvo

Het zal voor een werknemer zeer moeilijk en omslachtig worden om te bewijzen dat hij is geselecteerd door de bemiddelaar, met name indien er uitsluitend vanuit de payrollonderneming contact is onderhouden met de werknemer.

Tot slot kunnen partijen de mogelijkheden verband houdende met contracting of het bemiddelen van zzp'ers overwegen.

Het verdient aanbeveling om thans niet uitsluitend de focus op payrolling te leggen, doch om het bredere spectrum aan flexibele samenwerkingsvormen gezamenlijk te onderzoeken en waar nodig aan te passen.

## **UITVOERBAARHEID**

### **CONTROLE**

Het conceptwetsvoorstel maakt dat er een vergaand juridisch onderscheid wordt gerealiseerd tussen 'uitzenden' en 'payrollen', op basis waarvan de vraag gerechtvaardigd lijkt wie er zal toezien op voornoemd onderscheid. De payrollovereenkomst zal dusdanig gaan verschillen van de uitzendovereenkomst, dat deze vermoedelijk niet langer door de cao voor Uitzendkrachten kan worden gereguleerd en naleving niet langer door een private controleinstantie (de Stichting Naleving Cao voor Uitzendkrachten) kan worden gecontroleerd.

De Wet aanpak schijnconstructies sorteert in de rechtspraak nauwelijks enig effect. Indien een opdrachtgever/inlener, bemiddelaar en payrollonderneming hun rolverdeling op papier op een juiste manier verdelen, dan zal het zeer moeilijk worden voor een werknemer, dan wel een werknemersorganisatie om op de toepassing van de juiste arbeidsvoorwaarden te controleren. De rechtspositie van de payrollwerknemer kan dan onvoldoende worden gewaarborgd, met name omdat de toets per individuele werknemer dient plaats te vinden.

### **PENSIOEN**

In het kader van pensioen wordt er in het conceptwetsvoorstel gesproken over het aanbieden van een pensioenregeling, die *ten minste gelijkwaardig* is aan de pensioenregeling bij de opdrachtgever/inlener. De beoordeling van de actuariële en financiële gelijkwaardigheid is in de praktijk niet altijd eenvoudig. Het kan daarnaast voorkomen dat een werknemer voor twee verschillende bedrijven werkt en daardoor verplicht moet deelnemen aan twee bedrijfstakpensioenfondsen. Voor de werknemer betekent dit dat er via meerdere pensioenregelingen pensioen opgebouwd gaat worden.

7 mei 2018

90061/JVO/INDIR/18-00522366/74460/jvo

Wij geven daarom in overweging om voor payrollondernemingen een eigen pensioenregeling te realiseren, die vanaf dag één van toepassing is en die inhoudelijk aansluit bij de huidige Plusregeling van STIPP. Dit komt de uitvoerbaarheid van de plannen ten goede, zonder dat een en ander tot een aanzienlijk concurrentievoordeel voor payrollondernemingen behoeft te leiden.

### **INTERNATIONALE IN- EN DOORLEENCONSTRUCTIES**

Voorts is het de vraag welke arbeidsvoorwaarden er dienen te worden toegepast, indien een bemiddelaar, gevestigd in een andere lidstaat, werknemers werft en selecteert en onderbrengt bij een werkgever, eveneens gevestigd in een andere lidstaat, waarna de werknemers middels in- en doorlening aan een Nederlandse werkgever ter beschikking worden gesteld. De formeel werkgever kwalificeert dan in feite als een payrollonderneming.

Deze werknemers kunnen in beginsel geen aanspraak maken op het volledige Nederlandse arbeidsrecht. Hun rechtspositie wordt bepaald door de Detacheringsrichtlijn<sup>2</sup> en de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie, op basis waarvan zij (slechts) aanspraak kunnen maken op de minimale bescherming van bepaalde 'harde kern aan arbeidsvoorwaarden'. Het Hof van Justitie heeft in verschillende arresten bepaald dat deze minimale bescherming ook direct de maximale bescherming betreft die de werknemers toekomt, uit hoofde van het vrij verkeer van diensten.<sup>3</sup> De aan de payroll-overeenkomst gekoppelde rechtsgevolgen lijken zich dan ook niet te verdragen met het vrij verkeer van diensten.

Op basis van het voorgaande verdient het verduidelijking op welke arbeidsvoorwaarden deze werknemers aanspraak kunnen maken, met name indien zij op grond van het toepasselijke recht van de andere lidstaat reeds aanspraak kunnen maken op een eigen (sober) pensioenregeling ex artikel 97 lid 2 Pensioenwet. Dient de buitenlandse werkgever, ondanks voornoemde wet- en regelgeving, dan de eigen pensioenregeling aan te passen en/of aan te sluiten bij een Nederlandse pensioenregeling?

---

<sup>2</sup> Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten.

<sup>3</sup> HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, HvJ EG 3 april 2008, C-346/06.

7 mei 2018  
90061/JVO/INDIR/18-00522366/74460/jvo

## CONCLUSIE

Het conceptwetsvoorstel arbeidsmarkt in balans voorziet in vergaande wijzigingen op het gebied van payrolling.

Wij verzoeken u om de gekozen methodiek, waarin van doorslaggevend belang wordt geacht of de formeel werkgever per individuele arbeidsovereenkomst een allocatiefunctie heeft verricht, te heroverwegen. Een dergelijke benaderingswijze leidt ertoe dat payrolling in de praktijk onnodig wordt belemmerd. Een alternatief is om de allocatiefunctie te verleggen naar de opdrachtgever/inlener, waarbij de werknemer van de payrollonderneming recht heeft op dezelfde arbeidsvoorwaarden, indien hij feitelijk is geworven en geselecteerd door de opdrachtgever/inlener.

Wij zijn graag bereid om een nadere toelichting te verschaffen.

Met vriendelijke groet,



J. van der Voet