

Jachthavenweg 121  
1081 KM Amsterdam  
Postbus 75265  
1070 AG Amsterdam

**Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid**  
**Ministerie van Justitie en Veiligheid**

J.W. de Bruin, E.C.A. Pronk  
Advocaten  
bruin@vandoorne.com  
t 020 6789 237  
f 020 7954 237

Datum 7 mei 2018  
Inzake Reactie op consultatiedocument Wet arbeidsmarkt in balans

Geachte heer Koolmees,

Met belangstelling en waardering hebben wij kennis genomen van het Voorontwerp Wet arbeidsmarkt in balans (het **Voorontwerp**), bestaande uit het Concept wetsvoorstel (**Wetsvoorstel**) en de Concept Memorie van Toelichting (**MvT**). Het Arbeidsrecht- en Pensioenteam van Van Doorne N.V. maakt graag gebruik van de gelegenheid om te reageren op de inhoud van het Voorontwerp.

In deze reactie geven wij geen oordeel over het antwoord op de vraag in hoeverre de voorgenomen wijzigingen wenselijk zijn: immers, dat is deels een politieke afweging. Bovendien beschikken wij niet over arbeids-economisch inzicht. Wij beperken ons dan ook tot beoordeling van de juridisch(-technische) aspecten van dit Voorontwerp en de inbedding van dit Voorontwerp binnen het huidige arbeids- en pensioenrecht.

Inhoudelijk beperken wij ons tot bespreking van de arbeidsrechtelijke en pensioenrechtelijke aspecten van de wijzigingen die het Voorontwerp op het gebied van *payrolling* wil aanbrengen.

Kort samengevat geven wij u het volgende in overweging.

*Ten aanzien van de beoogde wijziging van het Burgerlijk Wetboek*

- Wij adviseren de huidige verhouding tussen 'uitzendovereenkomst' en 'payrollovereenkomst' te heroverwegen, nu (i) de door het Voorontwerp voorgestane verhouding niet spoort met de verhouding tussen 'uitzendwerkgever' en 'payrollwerkgever' in de Ontslagregeling en (ii) de payrollovereenkomst niet een uitzendovereenkomst zonder allocatiefunctie kan zijn, nu de Hoge Raad reeds heeft geoordeeld dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst het vervullen van een allocatiefunctie *niet* vereist is.
- Het Voorontwerp zou aan kracht winnen indien het duidelijker tot uitdrukking brengt wat bedoeld is met de term 'allocatiefunctie'.

Van Doorne N.V. is gevestigd te Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 34199342. Van Doorne N.V. is de enige opdrachtnemer van alle werkzaamheden. Op deze werkzaamheden en alle rechtsverhoudingen met derden zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Van Doorne N.V. en haar dochtermaatschappijen, waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze Voorwaarden die zijn gedeponereerd ter griffie van de rechtbank te Amsterdam, kunnen worden geraadpleegd op [www.vandoorne.com](http://www.vandoorne.com) en worden op verzoek toegezonden.

*Van Doorne N.V. has its registered offices in Amsterdam and is registered with the Commercial Register under number 34199342. Van Doorne N.V. is the exclusive contracting party in respect of all commissioned work. This work and all legal relations with third parties shall be governed by the General Terms of Van Doorne N.V. and its subsidiaries which include a limitation of liability. These Terms, which have been filed with the District Court at Amsterdam, may be consulted at [www.vandoorne.com](http://www.vandoorne.com) and will be forwarded upon request.*

Ten aanzien van de beoogde wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs

- Het Voorontwerp zou aan kracht winnen wanneer de MvT explicieter duidelijk maakt wanneer sprake is van het werkzaam zijn in een 'gelijke of gelijkwaardige' functie.
- Wij geven in overweging om artikel 8a lid 2 Waadi voor opdrachtgevers in ongeorganiseerde bedrijfstakken te heroverwegen, nu de voorgestelde regeling de contractsvrijheid van zowel payrollwerkgever als payrollwerknemer beknoot.
- Het Voorontwerp kan verbeterd worden door duidelijker op te nemen wat de ratio is achter artikel 8a lid 3 Waadi. Het verdient daarbij aanbeveling wanneer verduidelijkt wordt in de MvT of de payrollwerknemer recht heeft op de aanspraken, die hij zou hebben gehad wanneer hij deelnam aan de regeling van het sociale fonds, of dat de payrollwerknemer slechts recht heeft op uitbetaling van de ten behoeve van hem gemaakte reservering.
- Voor wat betreft de arbeidsvoorwaarde pensioen zal payrolling doorgaans goedkoper blijven dan het in dienst nemen van eigen personeel. Een andere oplossing, waarbij payrollwerknemers ook recht krijgen op deelname aan dezelfde of een gelijkwaardige pensioenregeling, lijkt binnen de huidige wettelijke kaders echter niet voor handen.
- De MvT kan juister worden geformuleerd door op te nemen dat de mogelijkheden voor payrollwerkgevers – in elk geval voor zover zij voldoen aan het 50%-criterium – om zich aan te sluiten bij de bedrijfstakeigen verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen vermoedelijk beperkt zijn. Voor payrollwerkgevers die niet onder StiPP vallen zijn de mogelijkheden ruimer. Het zal voor hen echter nagenoeg onmogelijk zijn om zich toch vrijwillig aan te sluiten bij StiPP.

In het navolgende zullen wij dit nader toelichten.

## 1 Inleiding

- 1.1 Kortgezegd beoogt het Voorontwerp flex-arbeid en vaste arbeid beter in balans te brengen. Voor wat betreft payrolling beoogt het Voorontwerp concurrentie op arbeidsvoorwaarden tegen te gaan, maar tegelijkertijd te borgen dat de ontzorgende functie van payrolling behouden blijft.<sup>1</sup> Het uitgangspunt dat concurrentie op arbeidsvoorwaarden onwenselijk is, ligt reeds ten grondslag aan verschillende arbeidsrechtelijke wetten.<sup>2</sup> In zoverre kan deze ambitie ingebed worden binnen bestaande wetgeving.
- 1.2 Eind 2016 oordeelde de Hoge Raad dat "*uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:690 BW niet kan worden afgeleid dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst andere vereisten gelden dan vermeld in deze bepaling. De tekst van art. 7:690 BW eist niet dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is, noch impliceert deze een beperkende 'allocatiefunctie' als door het onderdeel bepleit. Uit de toelichting op het artikel blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat ook andere driehoeksrelaties dan de – kort gezegd – 'klassieke uitzendrelatie' onder de reikwijdte van de bepaling zouden vallen mits aan de begripsomschrijving wordt voldaan. (Kamerstukken II 1996-1997, 25 263, nr. 3, p. 9-10).*"<sup>3</sup> Daarmee lijkt gegeven dat ook payrollbedrijven die werknemers ter beschikking stellen aan opdrachtgevers onder de werkingssfeer van artikel 7:690

---

<sup>1</sup> MvT, p. 47: "De regering benadrukt dat payrolling als instrument om werkgevers te ontzorgen, mogelijk moet blijven. Payrolling mag echter niet als instrument gebruikt worden om te concurreren op arbeidsvoorwaarden."

<sup>2</sup> Zonder volledig te willen zijn, bijvoorbeeld de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten en de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000.

<sup>3</sup> HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (*Care4Care*), HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2496 en ECLI:NL:HR:2016:2757 (*Leerorkest*).

BW vallen en dus gebruik zouden kunnen maken van het uitzendregime, zoals neergelegd in artikel 7:691 BW.<sup>4</sup> Dat regime voorziet onder andere in:

- 1.2.1 de mogelijkheid voor de payrollonderneming gebruik te maken van het uitzendbeding,
- 1.2.2 de uitgestelde werking van de ketenbepaling en de mogelijkheid om bij cao af te wijken van de wettelijke ketenbepaling, en
- 1.2.3 de uitgestelde werking van de loondoorbetalingsplicht.

1.3 Daarnaast zal een payrollonderneming op dit moment veelal onder de werkingssfeer van één van de uitzendcao's (ABU of NBBU) vallen en verplicht zijn aangesloten bij StiPP. Dit terwijl personeel direct in dienst van de opdrachtgever (volledig) onder de bedrijfseigen arbeidsvoorwaardelijke regelingen valt.

## 2 Voorgenomen wijziging Burgerlijk Wetboek

### Plaats van de payrollovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek en definitie artikel 7:692 BW

2.1 Het Voorontwerp voorziet in de introductie van de payrollovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek, als species van de genus uitzendovereenkomst. De uitzendovereenkomst zelf is reeds een species van de genus arbeidsovereenkomst.

2.2 Het Voorontwerp bevat de volgende definitie van de payrollovereenkomst:

*"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."*

2.3 Uit de MvT begrijpen wij dat beoogd is aan te sluiten bij de definitie van 'payrollwerkgever' uit de Ontslagregeling.<sup>5</sup> Die stelling is echter maar ten dele waar. De nu gekozen terminologie kan verwarrend werken en bovendien valt de beoogde invoeging van de payrollovereenkomst vanuit wettssystematisch perspectief slecht in te bedden binnen de bestaande regeling van de uitzendovereenkomst. Dit lichten wij toe.

2.3.1 De Ontslagregeling maakt expliciet onderscheid tussen enerzijds de 'uitzendwerkgever', die vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar brengt, en anderzijds de 'payrollwerkgever', die *niet* vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar brengt. Dit terwijl het Voorontwerp de payrollovereenkomst als species van de genus uitzendovereenkomst definieert. Die voorstelling van zaken is lastig inpasbaar: het Voorontwerp wijzigt immers artikel 7:690 BW niet. Als gevolg blijft de uitleg van de Hoge Raad van dit artikel – gegeven in bovengenoemde arresten – staan, namelijk

<sup>4</sup> Vergelijk in dat kader expliciet de overwegingen van de Hoge Raad in HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356 (Care4Care): "Voor zover de toepassing van de regels van art. 7:691 BW in nieuwe driehoeksrelaties als payrolling zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met hetgeen de wetgever bij de regeling van de art. 7:690-7:691 BW voor ogen heeft gestaan, is het in de eerste plaats aan de wetgever om hier grenzen te stellen. Dat neemt niet weg dat de rechter bij de toepassing de mogelijkheid heeft de regels van art. 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio van die regels wordt voorkomen, dan wel dat hij een beroep op die regels naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen. In het onderhavige geval is een en ander echter niet aan de orde."

<sup>5</sup> MvT, p. 48: "Deze definitie van payrolling is niet nieuw en is gelijk aan de definitie van payrollwerkgever zoals opgenomen in de Ontslagregeling." En MvT p. 113: "Deze definitie sluit aan bij de definities die in het Ontslagbesluit zijn opgenomen en die per 1 januari 2015 in werking zijn getreden en in de Ontslagregeling die op 1 juli 2015 in werking is getreden."

dat het vervullen van een allocatiefunctie geen voorwaarde is voor het aannemen van een uitzendovereenkomst. Tegen die achtergrond zijn verschillende onderdelen van de MvT niet houdbaar in zijn huidige vorm, namelijk die onderdelen waar gesuggereerd wordt dat het vervullen van een allocatiefunctie wel degelijk een vereiste is voor het aannemen van een uitzendovereenkomst.<sup>6</sup>

2.3.2 Voor zover het Voorontwerp wel beoogt de uitleg van artikel 7:690 BW te wijzigen – en wel in die zin dat het vervullen van een allocatiefunctie een voorwaarde wordt voor het aannemen van een uitzendovereenkomst – zou dit onzes inziens explicieter naar voren moeten komen in (ten minste) de MvT, maar bij voorkeur ook in het Wetsvoorstel zelf door de tekst van artikel 7:690 BW te wijzigen, althans aan te vullen. Daarbij wijzen wij erop dat de Raad van State in zijn reactie op het initiatiefwetsvoorstel van Gijs van Dijk, Özdil en Van Kent ook heeft aangegeven een voorkeur te hebben voor het opnemen van alternatieve of aanvullende eisen in de definitie van de uitzendovereenkomst.<sup>7</sup>

2.3.3 In het verlengde van het voorgaande verdient het volgens ons aanbeveling wanneer de wetgever explicieter zou omschrijven wat hij verstaat onder de term 'allocatiefunctie'.<sup>8</sup> In dat kader merken wij op dat Advocaat-Generaal Van Peurse in zijn conclusie bij het Care4Care-arrest<sup>9</sup> twee varianten van de allocatiefunctie onderscheidt, namelijk de *ruime* allocatiefunctie (waarmee volgens hem niet meer wordt bedoeld dan dat de werkgever zich bedrijfs- of beroepsmatig bezighoudt met de terbeschikkingstelling van werknemers aan opdrachtgevers) en de *traditionele* allocatiefunctie (waarbij sprake is van het actief bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt van (in de regel) werk van tijdelijke aard, ook wel aangeduid als het opvangen van 'ziek of piek'). Wanneer een nadere invulling van de frase "*die niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt*" ontbreekt, zal hierover onduidelijkheid ontstaan, zoals ook het geval was bij de uitleg van het begrip 'uitzendovereenkomst'.<sup>10</sup>

2.4 De voorgenomen invoeging door het Voorontwerp van artikel 7:692 BW leidt dus tot de nodige wetssystematische problemen die onduidelijkheid in de hand werken. Het Voorontwerp zou wat ons betreft aan kracht winnen wanneer de payrollovereenkomst duidelijker gepositioneerd wordt tegenover de uitzendovereenkomst (en niet als species). Dat doet onzes inziens recht aan wat feitelijk beoogd wordt en sluit voorts aan op het begrippenkader zoals gehanteerd in de Ontslagregeling.

---

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld MvT, p.39: "*Dat betekent dat de werkgever de werknemer ter beschikking stelt aan een derde, maar niet in het kader van uitzending, waarbij samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, de zogenoemde allocatiefunctie op de arbeidsmarkt een belangrijk kenmerk is.*" en MvT p. 43: "*Daarom is het onwenselijk dat bij payrolling gebruik gemaakt kan worden van het lichtere arbeidsrechtelijk regime in artikel 7:691 BW waarvan reguliere werkgevers geen gebruik kunnen maken. Dit regime is namelijk met de Wfz in 1999 geïntroduceerd om zo recht te doen aan de flexibiliteit die kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de allocatiefunctie van de uitzendwerkgever. Het payrollbedrijf vervult echter geen actieve functie ten aanzien van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt.*" en MvT p. 111: "*Het onderscheid tussen de uitzendovereenkomst en de payrollovereenkomst is dat de werkgever bij payrolling geen allocatiefunctie vervult.*"

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2017-2018, 34 837, nr. 4, p. 16.

<sup>8</sup> Nu definieert de MvT de allocatiefunctie slechts als "*de uitzendwerkgever moet een actieve rol in het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt hebben*".

<sup>9</sup> PHR 15 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:238, rov. 3.8 e.v.

<sup>10</sup> Ook de Raad van State vraagt hier aandacht voor in zijn reactie op het initiatiefwetsvoorstel van Gijs van Dijk, Özdil en Van Kent. Zie *Kamerstukken II 2017-2018, 34 837, nr. 4, p. 7 e.v.*

### Ontwikkingsmogelijkheden

- 2.5 Volledigheidshalve wijzen we erop dat de voorgestelde definitie niet waterdicht is. Het kan aantrekkelijk zijn voor ondernemingen om hun arbeidsovereenkomsten zodanig op te stellen dat deze niet voldoen aan het laatste gedeelte van de definitie van payrollovereenkomst, namelijk *"en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen"*. Denkbaar is bijvoorbeeld dat niet alleen de opdrachtgever maar ook een andere groepsvennootschap, gelieerd aan de opdrachtgever, contractueel de hiervoor bedoelde bevoegdheid krijgt de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen. Daarnaast is denkbaar dat de onderneming en opdrachtgever schriftelijk overeenkomen dat ook zonder toestemming van de opdrachtgever, de werknemer ter beschikking van een derde partij mag worden gesteld, zonder dat partijen ooit uitvoering geven aan deze mogelijkheid.
- 2.6 Mocht de betreffende werknemer aannemelijk kunnen maken dat dergelijke afspraken slechts gemaakt zijn ter ontwijking van de extra rechtsbescherming, dan zou een rechter kunnen oordelen dat sprake is van misbruik van recht. Dat is echter een hoge lat. Bovendien rust dan op de werknemer een forse bewijslast.

### **3 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs**

- 3.1 Het Voorontwerp wijzigt naast het Burgerlijk Wetboek ook de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs. Daartoe wordt onder andere ingevoegd een definitie voor payrollrolling in artikel 1 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (**Waadi**). Deze definitie lijkt in hoge mate op de definitie van artikel 7:692 BW. Nu de wetgever er bewust voor heeft gekozen om de Waadi niet slechts van toepassing te laten zijn op uitzendovereenkomsten, maar bijvoorbeeld ook niet-arbeidsverhoudingen onder het toepassingsbereik vallen, <sup>11</sup> is onvermijdelijk dat niet één op één kan worden aangesloten bij de systematiek van de Ontslagregeling. Dat laat onverlet dat voor de afbakening wat payrollrolling in zin de van Waadi is, geldt dat een duidelijkere invulling van het begrip allocatiefunctie wenselijk is, en dat voorts de hiervoor gesignaleerde ontwikkingsmogelijkheden ook in dit kader een aandachtspunt zijn.
- 3.2 Het nieuwe artikel 8a Waadi bevat een gelijke-behandelingsvoorschrift *"op grond waarvan de payrollwerkgever verplicht wordt de arbeidsvoorwaarden toe te passen die van toepassing zouden zijn geweest als de payrollwerknemer rechtstreeks in dienst zou zijn geweest bij de werkgever/opdrachtgever aan wie hij ter beschikking wordt gesteld"*, aldus de MvT. <sup>12</sup> Op deze stelling valt echter het nodige af te dingen.
- 3.3 Onderstaand gaan wij hier nader op in en staan wij ook stil bij andere aandachtspunten.

### Niet-repliceerbare arbeidsvoorwaarden en de informatieplicht

- 3.4 Op grond van artikel 8a lid 1 Waadi heeft de payrollwerknemer recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als de arbeidsvoorwaarden die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Deze verplichting strekt zich – naar de letter in elk geval – ook uit tot niet-repliceerbare arbeidsvoorwaarden. Dat betekent dat wanneer een bank haar werknemers een

---

<sup>11</sup> Kamerstukken II 1996-1997, 25 264, nr. 3, p. 17: "Er is aangesloten bij de bestaande omschrijving van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de Arbeidsvoorzieningswet 1990. Het begrip is ruimer dan het voorzien in uitzendovereenkomsten als bedoeld in titel 7.10 van het Burgerlijk Wetboek (na aanneming van het wetsvoorstel Wet Flexibiliteit en zekerheid). Voor deze omschrijving is niet van belang of de persoon, die ter beschikking gesteld wordt, in een arbeidsverhouding tot de ter beschikkingstellende staat, hoewel dat meestal wel het geval zal zijn."

<sup>12</sup> MvT, p. 52.

hypotheekrentekorting aanbiedt, de payrollwerkgever die payrollwerknemers ter beschikking stelt aan deze bank, ook deze hypotheekrentekorting moet aanbieden. Vanzelfsprekend kan de payrollwerkgever bedingen bij de bank dat zij ook de hypotheekrentekorting moet aanbieden aan de payrollwerknemers die aan haar ter beschikking zijn gesteld. Terecht voorziet het Voorontwerp daarom in artikel 12a Waadi in een informatieplicht. De vraag is wat rechtens is als de opdrachtgever geen, onvolledige en/of onjuiste informatie verschafft aan de payrollwerkgever en/of de payrollwerknemer. Wie draait hiervoor op? Kan de payrollwerknemer met succes de geleden schade verhalen op de payrollwerkgever? Hoe zit het met de wettelijke verhoging (artikel 7:625 BW)? Dient ter voorkoming hiervan een prikkel te worden ingebouwd voor de opdrachtgever om deze informatie te verschaffen? Deze vragen zijn met het onderhavige Wetsvoorstel en de MvT onvoldoende beantwoord.

- 3.5 Los daarvan merken wij op dat vooralsnog onduidelijk is wat bedoeld is met 'werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies'. Moet dan acht worden geslagen op de functie-inhoud, de inschaling zelf en/of met de ervaringsjaren? Wij begrijpen dat open normen niet zijn te voorkomen, maar het geven van enige richting zou waardevol kunnen zijn voor de sector.

Beknotting van de contractsvrijheid in ongeorganiseerde bedrijfstakken

- 3.6 Heeft de opdrachtgever geen eigen werknemers in dienst, dan heeft de payrollwerknemer op grond van artikel 8a lid 2 Waadi recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als de arbeidsvoorwaarden die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven, waarin die onderneming werkzaam is. Dit is opmerkelijk want wanneer geen sprake is van bedrijfstakeigen arbeidsvoorwaardelijke regelingen geniet de payrollwerknemer op dit punt méér bescherming dan de reguliere werknemer. Voor die laatste geldt immers dat de werknemer geacht wordt zelf met werkgever te onderhandelen over zijn arbeidsvoorwaarden: het staat hen in beginsel vrij om mindere arbeidsvoorwaarden overeen te komen dan de arbeidsvoorwaarden die gemiddeld genomen gelden binnen de bedrijfstak. Bij dergelijke ongeorganiseerde bedrijfstakken is bovendien de vraag hoe bepaald zou moeten worden op welke arbeidsvoorwaarden de payrollwerknemer recht heeft. De praktijk wijst uit dat arbeidsvoorwaarden in ongeorganiseerde sectoren nogal uiteen kunnen lopen. Deze verplichting lijkt dan ook niet uitvoerbaar. Wij vragen ons af of deze beknotting van de contractsvrijheid van zowel payrollwerkgever als payrollwerknemer voorzien is.

Bijdragen sociaal fonds wanneer aansluiting niet mogelijk is

- 3.7 Het derde lid van artikel 8a Waadi voorziet in een regeling voor het geval de opdrachtgever is aangesloten bij een fonds – zoals kennelijk een opleidingsfonds of een fonds dat voorziet in bovenwettelijke WW-aanspraken of ziekte-aanspraken –, maar de payrollwerkgever niet bij dat fonds kan aansluiten. In dat geval moet de payrollwerkgever een gelijke geldelijke bijdrage reserveren voor de werknemer.
- 3.7.1 Het is ons niet duidelijk wat de wetgever beoogt met deze tekst: uiteindelijk heeft de payrollwerknemer niets aan een 'reservering'. Kan de werknemer aanspraak maken op uitbetaling van de gereserveerde gelden? En zo ja, onder welke voorwaarden dan? Worden de gereserveerde gelden bij einde dienstverband uitbetaald, en dan als een bruto bedrag? Of leidt het einde van het dienstverband slechts tot het vrijvallen van een reservering bij de payrollwerkgever?
- 3.7.2 De MvT biedt slechts summierlijk verheldering op dit punt: "De werkgever is dan zelf verantwoordelijk voor bijvoorbeeld de aanvulling op de WW en de scholingsbijdragen aan de werknemer (in plaats van de verplichting om een bijdrage in een fonds te

storten)." <sup>13</sup> Op basis van deze tekst is ons niet duidelijk of de payrollwerknemer aanspraak kan maken op de onderliggende arbeidsvoorwaarde (bijvoorbeeld: aanvulling van de WW-uitkering voor kosten van werkgever, alsof de payrollwerknemer deze van het desbetreffend fonds zou hebben ontvangen) of slechts aanspraak heeft op de door payrollwerkgever gereserveerde gelden. Het verdient aanbeveling om dit te verhelderen, bij voorkeur in de wet zelf. De gevolgen voor de payrollwerkgever kunnen immers verstrekkend zijn.

- 3.7.3 Tot slot bestaan er verschillende sociale fondsen die tot doel hebben om het imago van de bedrijfstak te verbeteren of die tot doel hebben de arbeidsverhoudingen binnen de bedrijfstak te verbeteren. Hebben payrollwerknemers recht op betaling van de bijdragen die anders aan desbetreffend sociaal fonds zouden zijn verricht? In dat geval zijn payrollwerknemers op dit punt beter af.

#### Adequate pensioenregeling

- 3.8 Het vierde lid van artikel 8a Waadi bepaalt dat wanneer de werknemers van de opdrachtgever deelnemen in een pensioenregeling, een *adequate* pensioenregeling voor de payrollwerknemer geldt. De payrollwerknemer heeft ook recht op deelname aan die *adequate* pensioenregeling wanneer de opdrachtgever zelf geen werknemers in dienst heeft, maar werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven wel deelnemen in een pensioenregeling. Bij algemene maatregel van bestuur wordt bepaald wat een adequate pensioenregeling is. Een concept besluit ontbreekt vooralsnog.

- 3.8.1 Vooropgesteld vragen wij ons af hoe wenselijk het is dat de wetgever definieert wat in zijn ogen een adequate pensioenregeling is. Het overeenkomen van arbeidsvoorwaarden van arbeidsvoorwaarden is het primaat van sociale partners. Het is in beginsel aan hen om te bepalen wat een *adequate* pensioenregeling is.
- 3.8.2 Daarnaast geldt dat ook hier – net als bij het tweede lid van artikel 8a Waadi – onduidelijk is hoe binnen ongeorganiseerde sectoren moet worden vastgesteld of de payrollwerknemer, die ter beschikking wordt gesteld aan een opdrachtgever zonder eigen werknemers, recht heeft op deelname aan een adequate pensioenregeling. Neem bijvoorbeeld een payrollwerkgever die payrollwerknemers ter beschikking stelt aan een opdrachtgever in de ICT-bedrijfstak, zonder eigen werknemers. Verschillende grote ICT-ondernemingen hebben eigen pensioenfondsen (bijvoorbeeld IBM, Atos, CapGemini en Hewlett-Packard). Daarnaast is binnen de bedrijfstak sprake van een niet-verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds (True Blue). Onze indruk is echter dat het merendeel van de ICT-ondernemingen geen pensioenregeling heeft. Moet een payrollwerkgever actief in deze bedrijfstak zijn werknemers nu wel of niet een adequate pensioenregeling aanbieden? Het zou de kracht van het Voorontwerp ten goede komen indien de wetgever hier meer handvatten zou bieden.
- 3.8.3 Op dit moment is de inhoud van het besluit, waarnaar het vijfde lid van artikel 8a Waadi verwijst nog onbekend. Wel volgt uit de MvT dat "*naar verwachting*" de door Stichting Pensioenfonds voor de Personeelsdiensten (**StiPP**) uitgevoerde Plusregeling zal gaan gelden als adequate pensioenregeling, mits de payrollwerknemer hieraan direct vanaf de eerste dag van de terbeschikkingstelling kan deelnemen. Die laatste voorwaarde betekent dat StiPP zou moeten faciliteren dat payrollwerkgevers direct vanaf de eerste dag van payrolling hun payrollwerknemers

---

<sup>13</sup> MvT p. 55.

moeten kunnen aanbieden om deel te gaan nemen in de pensioenregeling van StiPP. Wij vragen ons af of op voorhand met StiPP afgestemd is of het fonds hiertoe bereid is. StiPP is hier immers niet toe gehouden.

- 3.8.4 De verplichtstelling van StiPP is uitsluitend van toepassing op *"de natuurlijke of rechtspersoon die voor ten minste 50 procent van het totale premieplichtig loon in de zin van artikel 8 en 11 Wfsv (Wet van 16 december 2004, Staatscourant 2005, 708) op jaarbasis uitzendkrachten ter beschikking stelt van (uitzendt naar) opdrachtgevers, zijnde de werkgever in de zin van artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek (Wet van 14 mei 1998, Staatscourant 300), niet zijnde de personeelsvereniging."*<sup>14</sup> Nu beoogd is om in het Burgerlijk Wetboek de payrollovereenkomst als species van de uitzendovereenkomst (ex artikel 7:690 BW) op te nemen, blijven payrollondernemingen die – kort gezegd – voor meer dan 50% payrollen onder de werkingssfeer van StiPP vallen. Deze ondernemingen zijn dan ook verplicht tot aansluiting bij StiPP.<sup>15</sup>

Payrollwerkgevers die niet voldoen aan het 50%-criterium (en gelet op artikel 8a lid 7 Waadi overigens ook personeelsverenigingen) zijn niet van rechtswege aangesloten bij het fonds. Binnen de kaders die artikel 121 Pensioenwet biedt, kunnen zij echter wel vrijwillig aangesloten raken bij StiPP.<sup>16</sup> Nu het niet aannemelijk is dat de payrollwerkgever die niet aan het 50%-criterium voldoet, voorheen wel onder de verplichtgestelde werkingssfeer van StiPP viel en voorts het niet aannemelijk is dat de payrollwerkgever in een groepsverhouding staat met een onderneming die onder de werkingssfeer van StiPP valt, biedt slechts de mogelijkheid van artikel 121 onderdeel a Pensioenwet soelaas: dat vereist dat de payrollwerkgever aangesloten raakt bij de sociale fondsen van de uitzendbedrijfstaking en (ten minste) de loonontwikkeling van die bedrijfstaking volgt. Aan die voorwaarden kan de payrollwerkgever echter niet voldoen. Deze voorwaarden staan immers haaks op de overige gelijke-behandelingsvoorschriften van artikel 8a Waadi.

Daarnaast kan de payrollwerkgever zich aansluiten bij StiPP wanneer hij binnen de statutaire werkingssfeer van het fonds valt. Artikel 3 Statuten StiPP bepaalt dat de werkingssfeer van het fonds uitzendondernemingen omvat. Artikel 1 onder f Statuten StiPP definieert de uitzendonderneming echter als "de natuurlijke of rechtspersoon die voor tenminste 50 procent (50%) van het totale premieplichtig loon op jaarbasis uitzendkrachten ter beschikking stelt van opdrachtgevers, zijnde de werkgever in de zin van artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek, niet zijnde de personeelsvereniging." Opnieuw loopt de payrollwerkgever die niet voldoet aan het 50%-criterium hier tegen dit criterium aan, met als gevolg dat hij zich niet kan aansluiten bij StiPP.

De payrollwerkgever die dus niet voldoet aan het 50%-criterium zal op zoek moeten naar een andere pensioenuitvoerder. An sich behoeft dat niet een probleem te zijn: vermoedelijk zijn er tal van premiepensioeninstellingen en verzekeraars bereid om hem een min of meer identiek pensioenproduct te verkopen.

---

<sup>14</sup> Vgl. *Stcrt.* 2016/37623-n1.

<sup>15</sup> StiPP stelt ten onrechte in haar reactie op het consultatiedocument van 7 mei 2018, dat haar werkingssfeer wordt uitgebreid door het Voorontwerp. Dat is niet het geval: de verplichtgestelde werkingssfeer van het fonds ligt vast in het verplichtstellingsbesluit (*Stcrt.* 2016/37623-n1). Laatstgenoemd besluit wordt niet gewijzigd door het Voorontwerp. Het ligt ook niet voor de hand dat de wetgever op een dusdanige wijze zou ingrijpen in de bepaling van de werkingssfeer van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, zoals StiPP. Dit is immers des sociale partners of – zoals de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 het noemt – het georganiseerd bedrijfsleven. Mocht de wetgever *desondanks* beogen zelf de werkingssfeer van StiPP te wijzigen – voor welke gedachte wij geen aanleiding zien in het Voorontwerp – dan onderschrijven wij de zorgen van StiPP dat dat leidt tot een onwerkbaar situatie, nu deze uitbreiding van de werkingssfeer voor het fonds niet te handhaven is.

<sup>16</sup> Vgl. artikel 7 lid 2 [Statuten StiPP](#).



- 3.8.5 Naast de door StiPP uitgevoerde Plusregeling zal de algemene maatregel van bestuur ook bepalen dat de bedrijfstakeigen pensioenregeling kwalificeert als een adequate pensioenregeling. Een dergelijke bepaling is in lijn met de gedachte dat de payrollwerknemer zoveel mogelijk in dezelfde positie moet worden gebracht als de eigen werknemers van de opdrachtgever. Bovendien is denkbaar dat de payrollwerkgever in aanmerking komt om zich vrijwillig aan te sluiten bij het bedrijfstakeigen bedrijfstakpensioenfonds.<sup>17</sup> Daarbij zij aangetekend dat de desbetreffende payrollwerkgever dan wel werkzaam zal dienen te zijn binnen één bedrijfstak, hetgeen lang niet altijd het geval is. Het voorgaande laat onverlet dat een payrollwerkgever die voldoet aan het 50%-criterium (en die geen personeelsvereniging is) wettelijk verplicht is tot aansluiting bij StiPP. Hij zal zich slechts willen aansluiten bij een ander verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds wanneer StiPP bereid is zijn payrollwerknemers vrij te stellen van verplichte deelname in StiPP.<sup>18</sup> Een dergelijk vrijstellingsverzoek zal doorgaans gegrond zijn op "vrijstelling om andere redenen".<sup>19</sup> StiPP is niet verplicht om een dergelijk vrijstellingsverzoek te honoreren. Het vrijstellingsbeleid van StiPP luidt als volgt:<sup>20</sup>

*"Het fonds voert een terughoudend beleid bij het verlenen van vrijstellingen op onverplichte grond. Het fonds zal bij haar besluit om een vrijstelling op onverplichte grond toe te kennen of af te wijzen de belangen van het fonds en de werkgever afwegen. Het fonds stelt hierbij de bescherming van de solidariteit en collectiviteit van het fonds voorop en zal slechts ingeval een uitzonderlijk belang van de werkgever prevaleert boven het belang van het fonds vrijstelling verlenen."*

Slechts in uitzonderlijke gevallen zal StiPP dus vrijstelling verlenen aan payrollwerkgevers die onder zijn werkingssfeer vallen. Dit beleid is overigens reeds getoetst en kan – terecht – de toets der kritiek doorstaan.<sup>21</sup> Het voorgaande betekent dat payrollwerkgevers die onder de verplichtgestelde werkingssfeer van StiPP vallen slechts zeer beperkt mogelijkheden zullen hebben om hun pensioenregeling onder te brengen bij het bedrijfstakeigen verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds.

- 3.8.6 Meest materieel is echter dat te voorzien valt dat deelname aan de Plusregeling leidt tot aanmerkelijk lagere pensioenuitkeringen dan de pensioenregeling van het bedrijfstakeigen verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds. Van een gelijkwaardige pensioenregeling zal dus zelden sprake zijn. Op dit punt blijft concurrentie op arbeidsvoorwaarden dus mogelijk. Als gevolg zal ook na implementatie van dit Voorontwerp van payrolling een aanzuigende werking blijven uitgaan. Tegelijkertijd zien wij binnen de huidige kaders weinig mogelijkheden om te realiseren dat payrollwerknemers gaan deelnemen aan de pensioenregelingen van verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds in de bedrijfstak waarin zij werkzaam zijn.

\*\*\*

---

<sup>17</sup> Overigens, anders dan de MvT suggereert op pagina 54 is daarvoor niet slechts voldoende dat de payrollwerkgever de loonontwikkeling volgt van de bedrijfstak. Ook dient de payrollwerkgever – conform artikel 121 Pensioenwet – aangesloten te zijn bij de bedrijfstakeigen sociale fondsen.

<sup>18</sup> Op de voet van artikel 13 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 en met inachtneming van de voorwaarden uit het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

<sup>19</sup> Ex artikel 6 Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

<sup>20</sup> Vgl. <https://www.stippensioen.nl/media/1486/beleid-vrijstellingsbeleid-2017.pdf>.

<sup>21</sup> CbB 2 april 2013 ECLI:NL:CBB:2013:BZ8253.

Tot verdere toelichting zijn wij uiteraard graag bereid

Met vriendelijke groet,

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke at the bottom.

namens het Arbeidsrecht- en Pensioenteam

**Van Doorne N.V.**

Jorn de Bruin en Cara Pronk  
*advocaten*