

De Rijksoverheid

**Datum** 1 maart 2019  
**Van** mevrouw mr. F.V.I.M. Hoppers, advocaat  
**Inzake** WAB / reactie internetconsultatie (Ontwerpbesluit Waadi en pensioen)  
**Telefoonnummer** (026) 353 84 90  
**Faxnummer** (026) 353 83 59  
**E-mailadres** [hoppers@dirkzwager.nl](mailto:hoppers@dirkzwager.nl)

Geachte wetgever,

Met bijzondere belangstelling heb ik het Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs gelezen. Dit Ontwerpbesluit bevat een nadere invulling van de adequate pensioenregeling als bedoeld in de WAB, die onder meer beoogt de Waadi te wijzigen. Het Ontwerpbesluit roept bij mij verschillende vragen op, welke (geel gearceerde) vragen enerzijds betrekking hebben op de *reikwijdte* van de beoogde pensioenverplichting voor payrollsituaties. Anderzijds hebben mijn vragen betrekking op de *uitvoering*, meer specifiek op welke wijze invulling dient te worden gegeven aan de verplichting voor payrollwerkgevers om een adequate pensioenregeling te treffen. Hoewel de Nota van Toelichting veronderstelt dat de regeling uitvoerbaar is voor payrollwerkgevers en pensioenuitvoerder, vermoed ik - ook vanwege bestaande onduidelijkheden - dat de praktijk weerbarstiger zal zijn.

## 1. Pensioen en Waadi voor payrollsituaties: reikwijdte

De verplichting voor een werkgever te voorzien in een adequate pensioenregeling geldt in de navolgende twee situaties:

- a.) **Er zijn werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlener die recht hebben op een pensioenregeling, of**
- b.) **De inlener heeft geen werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst, maar werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waarin de inlener werkzaam is, hebben wel recht op een pensioenregeling.**

## Ad b:

- Klopt het, dat deze situatie in de praktijk beperkt zal zijn tot Voorbeeld 2, zijnde de situatie waarin de inlener enkel gebruik maakt van payrollkrachten?
  - Zo nee, welke situatie kan hier dan nog meer onder geschaard worden? Juist door de koppeling aan de sector waarin de inlener werkzaam is, ontstaat er mijns inziens onduidelijkheid. Hoe kan er (anders dan bij een Bpf-vrijstelling) geen sprake zijn van een sub a-situatie, maar wel van een sub b-situatie? Immers, sub b impliceert dat voor de betreffende sector een verplichte (bedrijfstak)pensioenregeling geldt.

## Ad a plus b:

- Wanneer is sprake van een situatie waarin werknemers in de betreffende sector “recht hebben op” een pensioenregeling? Wordt met *het recht hebben op uitsluitend* de situatie van een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds bedoeld?
  - Zo ja, dan wordt de doelstelling van de wetgever bij het voorstel (tegengaan oneerlijke concurrentie en verbetering pensioenpositie payroller) voor een aanzienlijk deel niet gerealiseerd. Immers, daar waar werkgevers een pensioenregeling in het verleden (onverplicht) hebben ondergebracht bij bijvoorbeeld een verzekeraar, PPI of ondernemingspensioenfonds, geldt de eis van een adequate pensioenregeling niet. In dat geval kan de werkgever door inschakeling van een payrollkracht (in plaats van rechtstreekse indienstneming) alsnog een bezuiniging op de arbeidsvoorwaarde realiseren c.q. concurrentievoordeel behalen.

Of moet hierin weer onderscheid gemaakt worden tussen verzekerde regelingen die op basis van een cao-bepaling verplicht gelden en verzekerde regelingen die onverplicht in het verleden door een werkgever in het leven zijn geroepen? Is in het eerste geval is sub a of b van toepassing en in het tweede geval niet?

- Zo nee, dan wordt de doelstelling van de wetgever eerder gerealiseerd, echter hoe dan vast te stellen of binnen de sector van het beroeps- of bedrijfsleven recht bestaat op een pensioenregeling? Zo zal de ene werkgever binnen een bepaalde sector wel een verzekerde pensioenregeling hebben en de andere werkgever niet. Welke werkgever is dan maatgevend voor de beoordeling of het hier een sector betreft waar al dan niet een recht

op een pensioenregeling bestaat? Dit is relevant in de sub b-situatie.

- Welke criteria gelden voor de beoordeling of het hier een gelijke of gelijkwaardige functie betreft? Dit is relevant, omdat de situaties a en b niet “dekkend” lijken te zijn.

Een voorbeeld, een bouwbedrijf huurt wat betreft de schoonmaak payrollwerknemers in:

- Sub a is niet van toepassing, want bij het bouwbedrijf zijn geen schoonmakers in dienst;
- Sub b lijkt evenmin van toepassing, want de functie van schoonmaker is niet gelijk of gelijkwaardig aan de functies binnen de bouwsector. In sub b wordt immers de sector gekoppeld aan waar de inlener werkzaam is (bouw), niet aan welke activiteiten de werknemer verricht (schoonmaak).

Een ander voorbeeld, een bouwbedrijf huurt voor de bouwwerkzaamheden (ook) payrollwerknemers in. Voor het bouwbedrijf geldt geen verplichte deelneming in Bpf bouw, omdat in het verleden vanwege een (eigen) verzekerde pensioenregeling een vrijstelling verkregen is:

- Sub b is niet van toepassing, want het betreft juist wel een gelijke/gelijkwaardige functie.
- Echter, is sub a wel van toepassing? Zie de eerdere vraag: wordt met het *recht hebben op* (uitsluitend) bedoeld de situatie van een verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds?

- Waarom wordt het onderscheid, mede gelet op voorgaande implicaties, tussen wel of geen gelijke/gelijkwaardige functie überhaupt gemaakt? Vanuit de systematiek van een verplichte deelneming, is dit bijvoorbeeld vaak niet relevant. Is sprake van een verplichte deelneming, dan geldt deze in de regel voor alle werknemers, althans wordt in de regel geen onderscheid gemaakt tussen werknemers die bedrijfstakeigen activiteiten verrichten en werknemers die dit niet doen.

Kortom: de differentiatie tussen de sub a en b situatie roept de nodige vragen op. Zou het niet (veel) eenvoudiger zijn geweest om als maatstaf voor de verplichte adequate pensioenregeling te hanteren, de situatie waarin de werkgever bij rechtstreekse indienstneming van de payrollkracht (ongeacht diens functie) wèl verplicht de “eigen” pensioenregeling had moeten treffen? Volgens mij zijn alle situaties daarmee ondervangen en sluit dit volledig aan bij de doelstellingen van de wetgever.

## 2. Adequate pensioenregeling: de uitvoering



Er zijn twee opties om aan de eis van een adequate pensioenregeling te kunnen voldoen, te weten:

1. **Aansluiting zoeken bij de (basis)pensioenregeling van de inlener;**
2. **Aansluiting zoeken bij de gemiddelde pensioenregeling in Nederland.**

## Ad 1

Als voordeel van deze optie wordt genoemd dat de payrollwerkgever geen eigen pensioenovereenkomst met de werknemer hoeft te sluiten en geen uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder:

- **Waarom gaat de Minister ervan uit dat een pensioenovereenkomst niet hoeft te worden afgesloten?** Mede gelet op het feit dat op verschillende manieren invulling kan worden gegeven aan de eis van een adequate pensioenregeling en aansluiting bij de pensioenregeling van de inlener geen (wettelijk) automatisme is, zou eerste stap volgens mij juist moeten zijn dat met de payrollwerknemer een pensioenovereenkomst wordt gesloten;
- **Waarom gaat de Minister ervan uit dat een uitvoeringsovereenkomst niet hoeft te worden gesloten?** De bestaande uitvoeringsovereenkomst tussen de uitvoerder en de inlener biedt in ieder geval onvoldoende grondslag om de payrollkrachten te laten aansluiten, nu het werknemersbegrip in de uitvoeringsovereenkomst (net als in het pensioenreglement) geen betrekking zal hebben op de payrollkrachten, maar alleen op eigen personeel. Bovendien kan de ene werkgever niet een andere werkgever (lees: payrollwerkgever) binden aan een uitvoeringsovereenkomst met de verzekeraar. Het betreft hier tussen de werkgever en de uitvoerder uitonderhandelde voorwaarden waaronder de uitvoerder bereid is een bepaalde pensioenregeling uit te voeren.

In de Nota van Toelichting staat vervolgens vermeld dat aansluiting bij de pensioenuitvoerder van de basispensioenregeling van de inlener op twee manieren kan plaatsvinden:

1. Doordat een payrollwerkgever verplicht aangesloten is bij de pensioenuitvoerder van de basispensioenregeling van de inlener, omdat de payrollwerkgever net als de inlener onder de werkingssfeer van het verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfonds valt. Echter, die situatie kan nu al, afhankelijk van de tekst/reikwijdte van het Verplichtstellingsbesluit binnen de bedrijfstak aan de orde zijn. Met name als de payrollwerkgever in hoofdzaak uitzendt naar een bepaalde bedrijfstak, kan op basis van het Verplichtstellingsbesluit een deelneming aan de orde zijn. Het Ontwerpbesluit en het wetsvoorstel brengt hierin geen verandering en staat hier

verder los van. Knelpunt is nu juist de payrollconstructies die niet leiden tot een verplichte deelneming in het fonds dat ook voor de inlener geldt (waardoor een concurrentievoordeel kan worden verschaft). Dit knelpunt is vaak aan de orde, bijvoorbeeld als de payrollonderneming niet in hoofdzaak naar één en dezelfde bedrijfstak uitzendt of als het Verplichtstellingsbesluit niet voorziet in een aansluiting van payrollwerkgevers respectievelijk payrollwerknemers. Dit laatste komt vaak voor, omdat veel Verplichtstellingsbesluiten slechts kijken naar datgene wat de formele werkgever feitelijk aan bedrijfsactiviteiten verricht;

2. Doordat een payrollwerkgever de mogelijkheid van een vrijwillige aansluiting bij een pensioenuitvoerder van de basispensioenregeling van de inlener kan verkennen. Bij deze optie wordt echter voorbij gegaan aan het gegeven dat de eis van een tenminste gelijke loonontwikkeling in de bedrijfstak vaak niet voldaan is, omdat een payrollbedrijf uitzendt naar verschillende bedrijfstakken met ieder weer een eigen loonniveau. Bovendien is aan een vrijwillige aansluiting veelal verbonden om al het personeel (lees: alle payrollkrachten) te laten aansluiten, terwijl dat in geval van uiteenlopende bedrijfstakken waar naar wordt uitgezonden niet haalbaar zal zijn.

Kortom: beide (sub)opties behorende bij het zoeken van aansluiting bij de basispensioenregeling van de inlener lijken niet haalbaar respectievelijk niet omvattend genoeg.

- Voor zover wel haalbaar, roept dit de vraag op of in dat geval de drie eisen behorende bij de andere optie (waaronder geen wachttijd en geen werkgeverspremie tenminste gelijk aan de gemiddelde werkgeverspremie in Nederland) wel of niet gelden? Het lijkt er, getuige de opzet van het Ontwerpbesluit en de tekst van de Nota van Toelichting, op dat die drie eisen dan niet gelden. Betekent dit dan dat de payrollwerkgever in dat geval zelf mag bepalen welke premieverdeling (werkgevers/werknemersbijdrage) zij hanteert? In lang niet alle gevallen staat de premieverdeling tussen de inlenende werkgever en werknemer immers dwingend voorgeschreven.

## Ad 2

Wanneer het de payrollwerkgever niet lukt om aan te sluiten bij de basispensioenregeling van de inlener of de payrollwerkgever dit niet opportuun acht, is de payrollwerkgever verplicht zelf een adequate pensioenregeling te treffen, die aan drie voorwaarden moet voldoen:

1. De pensioenregeling moet voorzien in een ouderdomspensioen- en nabestaandenpensioenregeling;



2. Geen wachttijd- of drempelperiode;
3. De collectieve werkgeverspremie moet gebaseerd zijn op de gemiddelde werkgeverspremie in Nederland.

- Hoe echter met deze drie voorwaarden om te gaan als de payrollwerkgever reeds verplicht is deel te nemen in StiPP (waarvan vaak sprake is)? Zo kent StiPP een wachttijdperiode van een half jaar. Bovendien schrijft StiPP een vast premiepercentage van de pensioengrondslag voor, dat ongetwijfeld niet zal aansluiten bij de gemiddelde werkgeverspremie in Nederland (maar lager ligt).
- Waarom is ervoor gekozen om niet de verplichting op te nemen de pensioenregeling te laten voorzien in een arbeidsongeschiktheidspensioen?
- Heeft de Minister stilgestaan bij de vraag hoe het vereiste van een *minimaal percentage* aan werkgeverspremie zich verhoudt tot de situatie waarin - in het geval dat de payrollwerkgever de vrijheid heeft om de eigen pensioenregeling bij een verzekeraar onder te brengen - de premie varieert per deelnemer conform de leeftijdsafhankelijke premiestaffel? In dat geval ontstaat er al heel snel fiscale bovenmatigheid bij de jongere deelnemers, terwijl het overschot van deze bovenmatigheid - zo maak ik uit de Nota van Toelichting op - evenredig over alle payrollkrachten (door middel van extra salaris) verdeeld wordt. Is dit overigens een verdeling over alle payrollkrachten per sector of moet deze differentiatie niet worden gemaakt (dan dus een verdeling over alle payrollkrachten in dienst van het payrollbedrijf). Voorgaande lijkt mij - nog los van allerlei praktische bezwaren - geen eerlijke verdeling van de middelen, zowel ten opzichte van de jongere payrollkracht die eerder tegen de fiscale bovenmatigheid aanloopt als tegenover het personeel in vaste dienst van de inlener, nog daargelaten of dit misschien niet leeftijdsdiscriminatie zou kunnen opleveren. Bovendien kan de ene payrollkracht een volstrekt andere positie op pensioenterrein hebben in vergelijking tot de andere payrollkracht binnen één payrollbedrijf. Zo kan het voorkomen dat het voor de ene groep payrollkrachten wel lukt om aansluiting te zoeken bij de pensioenregeling van de inlener en voor de andere niet. Een verdeling van een surplus in geval van fiscale bovenmatigheid over alle payrollkrachten lijkt me dan niet billijk.
- Bovendien: hoe verhoudt hantering van één collectieve werkgeverspremie (als wettelijk minimum) zich tot de actuariële premies uit de premiestaffels die beogen voor iedere deelnemer een gelijk pensioenresultaat te realiseren? Of zal de praktijk worden dat deze premiestaffels gewoon gevolgd gaan worden en wanneer vervolgens blijkt dat de totale

collectieve premielast beneden het voorgeschreven minimum aan gemiddelde werkgeverspremie blijft, het verschil als salaris aan alle payrollkrachten moet worden uitgekeerd?

- Tot slot: heeft de Minister er rekening mee gehouden dat het openhouden van de hoogte van een werknemersbijdrage er juist toe kan bijdragen dat de inlenende werkgever zich via een payrollconstructie een betere concurrentiepositie verschafft? Immers, wanneer die werknemersbijdrage laag wordt gehouden of zelfs op nihil wordt gesteld, houdt de werknemer meer salaris over. Werknemers in dienst van de inlener daarentegen kunnen worden geconfronteerd met een voorgeschreven verplichte (minimale) werknemersbijdrage.

## Doelstelling gerealiseerd?

De doelstelling van het wetsvoorstel is het tegengaan van oneerlijke concurrentie door inschakeling van payrollbedrijven en het creëren van een betere pensioensituatie voor de payrollkracht. Deze doelstelling zal nooit volledig gerealiseerd kunnen worden, omdat niet alle situaties met het Ontwerpbesluit gedekt zijn en zelfs al zou dat wel zo zijn, nog steeds verschillen op decentraal niveau mogelijk zijn. Payroll kan, zeker daar waar het gemiddelde premieniveau lager ligt dan de gemiddelde premie op sectorniveau, nog steeds serieuze concurrentievoordelen opleveren.

De vraag is alleen of payrollbedrijven het construct van de payroll straks zelf nog wel zien zitten? Dat brengt mij op de uitvoerbaarheid: ten aanzien van de eerdere overwogen optie om voor te schrijven dat de payrollwerkgever zich (gelijk) verplicht aansluit bij de Plusregeling van StiPP, noemt de Nota van Toelichting dat hiervan is afgezien, mede in het licht van het bezwaar van Stipp dat deze optie niet uitvoerbaar is. Ik ben echter benieuwd of StiPP zich ook in deze internetconsultatie uitlaat over de uitvoerbaarheid. Ik kan me voorstellen dat ook nu weer de nodige vraagtekens bij de uitvoerbaarheid geplaatst worden, zeker daar waar de Nota van Toelichting ook ingrijpt op de inhoud van de pensioenregeling. Daar waar het payrollbedrijf verplicht aangesloten is bij StiPP zal er wellicht noodzaak ontstaan tot aanpassing van de pensioenregeling voor de payrollers, zoals een ophoging van het premieniveau en het schrappen van de wachttijd. Er is dan echter geen sprake meer van één doorsneepremie binnen het fonds (nu deze ophoging voor de uitzendbureaus niet aan de orde zal zijn).  
Moeten sociale partners dus alsnog overgaan tot een inhoudelijke wijziging van de pensioenregeling als gevolg van deze wetgeving? Daar waar juist het primaat voor het ontwerp van de pensioenregeling bij sociale partners ligt, en de overheid tot op heden zich met name beperkt heeft tot het systeem van de verplichte deelneming en het stellen van fiscale begrenzingsen?

Sowieso gaat de invloed van de overheid met het Ontwerpbesluit ver: zeker daar waar het de pensioenpremie betreft, de facto neerkomende op de beloning (een primaire arbeidsvoorwaarde), is de eis van een gemiddeld gelijke werkgeverspremie verstrekkend. Weliswaar noemt de Nota van Toelichting dat met de huidige opzet de onderhandelingsvrijheid van sociale partners behouden blijft, maar van enige afbreuk op deze vrijheid is wel degelijk sprake.

Al met al roept het Ontwerpbesluit de nodige vragen op. Ongetwijfeld zitten er vragen bij die bij een (nog) nauwgezetere lezing wellicht al in enigerlei mate beantwoord zijn. Er echter rekening mee houdend dat een gemiddeld payrollbedrijf niet volledig in de pensioenmaterie thuis is, terwijl alleen al de Nota van Toelichting volstaat met ingewikkelde en technische pensioenmaterie, zou het wenselijk zijn om in begrijpelijke bewoordingen meer duidelijkheid te verschaffen. Dan kan die duidelijkheid beter vooraf gecreëerd worden dan wanneer menig inlener, payrollwerkgever en pensioenuitvoerder het na inwerkingtreding van het voorstel grijze haren bezorgt.

Met vriendelijke groet,

Dirkzwager advocaten & notarissen N.V.



Mr. Frédérique Hoppers CPL

Pensioen- en arbeidsrechtadvocaat