

Reactie Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP) op internetconsultatie inzake Ontwerpbesluit adequate pensioenregeling voor payrollwerknemers (Baadi)

Bedrijfstakpensioenfonds Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP) geeft in deze notitie zijn reactie naar aanleiding van de internetconsultatie. StiPP voert de verplicht gestelde pensioenregeling voor uitzendkrachten voor het overgrote deel van de werkgevers in de uitzendsector uit. De voorgenoemde wijzigingen ten aanzien van pensioenopbouw van payrollwerknemers zoals weergegeven in het ontwerpbesluit, zullen ingrijpende gevolgen kunnen hebben voor de uitvoeringspraktijk van StiPP. Om die reden geeft StiPP door middel van deze internetconsultatie een opinie over dit ontwerpbesluit. Hierbij gaat StiPP niet in op de meer principiële aspecten van het besluit die betrekking hebben op de vaststelling van arbeidsvoorwaarden, aangezien dit voor StiPP als uitvoerder van pensioenregelingen niet de primaire verantwoordelijkheid is. Evenmin gaat StiPP in op de in het ontwerpbesluit geschetste 'Optie 1' die betrekking heeft op aansluiting van de payrollwerkgever bij de basispensioenregeling van de inlener. StiPP kent voor toepassing van deze optie immers een ruimhartig vrijstellingenbeleid dat de toepassing van deze optie mogelijk maakt.

In deze notitie wordt wel ingegaan op verschillende aspecten van 'Optie 2', ofwel het afsluiten van een adequate pensioenregeling door de payrollwerkgever. Achtereenvolgens zal in deze notitie worden stilgestaan bij de volgende aspecten:

- De samenloop van de pensioenplicht voor payrollwerknemers met de verplichtstelling van StiPP;
- Implementatiedatum;
- Praktische aspecten rond de uitvoering van de regeling;
- Toepasbaarheid en consequenties van de regeling in brede zin.

Samenloop van pensioenplicht voor payrollwerknemers met verplichtstelling StiPP

De voorgestelde regelgeving introduceert (met enige nuancering) een wettelijke pensioenplicht ten aanzien van werknemers die als payrollwerknemer kwalificeren. Deze pensioenplicht geldt ten aanzien van iedere individuele werknemer wiens werkzaamheden kwalificeren als payroll, zoals vast te leggen in artikel 7:692 BW, mits er voor (kort gezegd) werknemers in dienst van de inlener een pensioenregeling van toepassing zou zijn. Ervan uitgaande dat genoemde definitie voldoende onderscheidend vermogen zal bieden, is duidelijk op welke werknemers de payrollpensioenplicht van toepassing is.

StiPP voert sinds 2004 ten behoeve van sociale partners de pensioenregelingen uit die voortvloeien uit de door hen aangevraagde en verkregen verplichtstelling, die toeziet 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.*"

Sinds het arrest van de Hoge Raad inzake de Care 4 Care-zaak (HR 15/00920, 4-11-2016) is duidelijk dat alle vormen van uitzenden, waaronder payroll, onder de definitie van de uitzendovereenkomst en daarmee dus ook binnen de werkingssfeer van StiPP vallen. De komende regels in de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB) rond payroll veranderen daar niets aan en daarom zullen ondernemingen die voldoen aan bovenvermelde definitie ook in de toekomst nog steeds binnen de werkingssfeer van StiPP vallen. Hierdoor is ten aanzien van payrollwerknemers in dienst van (payroll- of uitzendondernemingen) de conclusie dat op hen zowel de verplichtstelling van StiPP als de payrollpensioenplicht van toepassing is. Gegeven de schattingen in onderzoeken over de omvang van payrolling en de aantallen en omvang van aangesloten payrollondernemingen bij StiPP, veronderstelt StiPP dat deze situatie op grote groepen payrollwerknemers van toepassing zal zijn.

StiPP stelt vast dat deze samenloop van pensioenverplichtingen tot grote complicaties zal leiden bij de uitvoering van de beoogde pensioenregeling voor deze payrollwerknemers. In die gevallen waarin de payrollwerknemer verplicht is tot deelname aan beide regelingen, wordt de 'adequate pensioenregeling' namelijk een soort 'kopregeling' bovenop hetgeen in het kader van de verplichtstelling van StiPP al aan pensioenopbouw wordt uitgevoerd.

De genoemde complicaties worden veroorzaakt doordat de StiPP-regeling en de 'adequate pensioenregeling' verschillen ten aanzien van:

- Wachttermijnen;
- Loonbegrip;
- Franchise;
- Opbouw / premie-inleg.

Praktisch gesproken zou waarschijnlijk alleen StiPP in staat zijn om zonder al te veel administratieve issues een dergelijke 'kopregeling' bovenop de eigen regelingen uit te voeren. Alternatieve aanbieders, zoals PPI's en verzekeraars, zullen immers doorlopend informatie over de StiPP-regeling nodig hebben om de 'kopregeling' correct te kunnen uitvoeren.

Dat maakt niet alleen de administratie voor iedere payrollwerkgever en de betrokken pensioenuitvoerder(s) zeer complex, het leidt er zonder twijfel ook toe dat de payrollwerknemer er niets meer van zal begrijpen. Er is immers sprake van gelijktijdige opbouw van verschillende pensioenen op basis van verschillende uitgangspunten, mogelijk bij verschillende uitvoerders. Ook de verschillende juridische titels die gelden als een payrollwerkgever onverhoopt niet aan de pensioenverplichtingen zou voldoen, zullen het leven voor de payrollwerknemer er niet eenvoudiger op maken. Zo zal hij ten aanzien van de StiPP-opbouw op basis van het beginsel 'geen premie, wel recht' een aanspraak hebben op StiPP ten aanzien van de verplicht gestelde pensioenopbouw. Tegelijkertijd zal hij ten aanzien van de 'payrollopbouw' dat recht echter niet hebben en zal hij zich moeten wenden tot de payrollwerkgever (voor zover deze op dat moment nog bestaat).

Het alternatief is dat payrolling mogelijk door sociale partners wordt uitgezonderd van de verplichtstelling van StiPP. Dit alternatief zou de uitvoering van een aparte payrollpensioenregeling eenvoudiger maken, maar heeft als nadeel dat deze uitzondering voor payrollwerknemers de 'verhaalbaarheid' van de pensioenen mogelijk minder haalbaar wordt, omdat bij de payrollpensioenplicht het principe van 'geen premie, wel recht' in generieke zin dan niet van

toepassing is. Ook bestaat het risico dat uitzendondernemingen die zich momenteel bezig houden met zowel uitzending als payrolling, en als zodanig onder de verplichtstelling van StiPP vallen, op grond van de uitzondering van payrolling en toepassing van het 50%-criterium niet langer onder de verplichtstelling van StiPP vallen; dus ook niet ten aanzien van de 'reguliere' uitzendkrachten.

Het ingewikkelde aan een uitzondering voor payrolling van de verplichtstelling van StiPP is dat StiPP noch de wetgever hierover beslissingsbevoegd zijn. Het is aan cao-partijen in de uitzendsector om gezamenlijk te komen tot besluitvorming over een eventuele aanpassing van de verplichtstelling. StiPP kan niet inschatten of partijen bereid en in staat zijn om tot een dergelijk besluit te komen, maar voorziet wel dat het besluitvormingsproces en de daarop volgende procedure voor aanpassing van de verplichtstelling (inclusief representiviteitstoets en mogelijke bezwaarprocedures) aanzienlijke tijd zullen vergen. Alleen al in dat kader lijkt de beoogde implementatiedatum van 1 januari 2020 niet realistisch.

Op dit moment kan StiPP, mede vanwege de onduidelijkheid over de eventuele samenloop met de verplichtstelling, niet overzien in hoeverre een payrollpensioenregeling door StiPP uitgevoerd kan worden. Wel maakt StiPP op voorhand enkele opmerkingen ten aanzien van praktische zaken, die onderstaand nader uiteen worden gezet.

Implementatiedatum

Los van de benodigde tijd voor een eventuele aanpassing van de verplichtstelling is op basis van verricht onderzoek met de uitvoeringsorganisatie de conclusie van StiPP dat de implementatie van een specifieke pensioenregeling voor payrolling minimaal vier kwartalen zal vergen. De benodigde aanpassingen in systemen en werkprocessen vergen, vanwege het afwijkende karakter van de pensioenregeling, een zorgvuldige voorbereiding die niet in (minder dan) een half jaar kan worden doorlopen. Gelet op het beoogde tijdschema rond de vaststelling van het definitieve besluit (na het zomerreces) acht StiPP een implementatie van de payrollpensioenregeling niet voor 1 oktober 2020 haalbaar. Een implementatiedatum van 1 januari 2021 ligt daarom meer in de rede.

Praktische aspecten rond de uitvoering van de payrollregeling

Buiten de mogelijke uitvoering door StiPP, signaleert StiPP een aantal praktische zaken rond de toepassing en uitvoering van de voorgestelde payrollpensioenregeling.

Vaststelling hoogte werkgeversbijdrage

In de begeleidende brief bij het ontwerpbesluit wordt uitgebreid ingegaan op de wijze waarop de minimale werkgeversbijdrage aan de adequate pensioenregeling wordt vastgesteld. Daarbij is (vanwege de praktische beschikbaarheid van de benodigde informatie) de keuze gemaakt om de hoogte van de vereiste werkgeversbijdrage te baseren op de statistische gegevens over twee kalenderjaren daarvoor. StiPP signaleert dat deze grote tijdspanne met name in geval van wijziging van fiscale pensioenrichtleeftijden of stelselwijzigingen kan leiden tot ongewenste effecten. De payrollwerkgever wordt dan immers geacht een werkgeversbijdrage te hanteren op een tegen die tijd achterhaald stelsel.

Loonbegrip en franchise

Voor de vaststelling van het loonbegrip wordt in het ontwerpbesluit aangehaakt bij de definitie van het fiscale loon. Hoewel de ogenschijnlijke eenvoud en uniformiteit van dit loonbegrip zeker

aanspreken, signaleert StiPP dat hantering van dit begrip zonder verdere nuancering mogelijk leidt tot ongewenste neveneffecten. Zo zal bij onverkorte toepassing van dit loonbegrip ook loon uit vroegere dienstbetrekking onder het loonbegrip komen te vallen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan transitievergoedingen die op deze wijze pensioengevend worden. Dit is hoogst ongebruikelijk. Daarnaast kan ook afgevraagd worden of het de bedoeling van de wetgever is om alle loon uit tegenwoordige dienstbetrekking, zoals loon in natura en bruto vergoedingen, mee te willen nemen in het loonbegrip. In ieder geval maken genoemde loonbestanddelen gebruikelijk geen deel uit van het pensioengevend loon. Hoe dan ook maakt de hantering van een loonbegrip dat afwijkt van hetgeen gebruikelijk is in pensioenregelingen de uitvoering van een 'kopregeling' complex.

De voorgestelde uniforme franchise is gebaseerd op de enkele AOW voor gehuwden (in 2019 € 13.785). In veel pensioenregelingen (onder andere verschillende regelingen die in de begeleidende brief worden genoemd) worden lagere franchises gehanteerd. Dit, met het oog op een hogere pensioenopbouw voor werknemers met lage salarissen. De voorgeschreven franchise voor de payrollregeling ontnemt deze prikkel aan payrollwerkgevers. Daarnaast wordt opgemerkt dat het hanteren van verschillende franchises voor de StiPP regeling (binnen de verplichtstelling) en de 'kopregeling' buiten de verplichtstelling als onwenselijk geldt.

Toepassing van de 'terugploegsystematiek' is onduidelijk en complex

Als er sprake zou zijn van fiscale bovenmatigheid van de payrollpensioenregeling ten aanzien van een deel van de payrollwerknemers, krijgt de payrollwerkgever de verplichting om het meerdere als loon uit te betalen aan de payrollwerknemers voor wie de pensioenregeling geldt. En dit dan op basis van een evenredige verdeling. StiPP voorziet hierbij twee problemen. Allereerst dat het ontwerpbesluit niet duidelijk maakt hoe het begrip evenredige verdeling moet worden geïnterpreteerd. Hiervoor zijn vele varianten denkbaar. Het tweede en meer materiële probleem is dat in de wereld van uitzending en payrolling – met korte, sterk wisselende dienstverbanden, veelal wekelijkse variatie in arbeidsduur en soms wisselende beloning – de uitvoering van een dergelijke 'terugploegsystematiek' over het gehele werknemersbestand tot een onoplosbare puzzel zal leiden. Iedere mutatie of correctie leidt tot aanpassingen in de berekeningen op ondernemingsniveau die ten grondslag moeten liggen aan de uiteindelijke bruto vergoeding. Daarnaast is dit proces, dat op ondernemingsniveau plaatsvindt, volledig oncontroleerbaar voor de individuele werknemer.

Hoe scherp is de afbakening tussen payroll en andere vormen van uitzenden in de praktijk?

De wetgever tracht door middel van de introductie van een wettelijke definitie in artikel 7:692 BW het begrip payrolling duidelijk te onderscheiden van andere vormen van uitzendarbeit in de zin van artikel 7:690 BW. Het is echter de vraag of dit onderscheid in de praktijk werkelijk zo scherp te maken is. Ter vergelijking: in 1999 meende de wetgever met de wettelijke definitie van uitzendarbeit eveneens een duidelijke definitie te hebben gegeven, waarna vervolgens tot 2016 werd geprocedeerd over de uitleg ervan. Het is niet onlogisch om te veronderstellen dat de definitie van het begrip payrolling een vergelijkbaar lot beschoren zal zijn.

De duidelijk afwijkende positie van payrolling ten opzichte van uitzenden (onder andere ten aanzien van pensioen) zal er in de praktijk toe kunnen leiden dat de grenzen van het begrip payroll bewust op de proef zullen worden gesteld. Daarbij is de payrollwerknemer mogelijk in het nadeel, omdat deze zelf zal moeten aantonen dat er sprake is van payrolling.

Toepasbaarheid en consequenties van de regeling in brede zin

StiPP stelt vraagtekens bij de praktische toepasbaarheid en uitwerking van het gestelde in het ontwerpbesluit. De regelgever geeft in het ontwerpbesluit, afgezien van de gestelde minimale vereisten aan de regeling, ruime mogelijkheden voor toepassing van keuzes aan de payrollwerkgever. Zo kan er gekozen worden tussen verschillende pensioenovereenkomsten en is er ruimte voor bepaling van opbouwpercentages, premiestaffels op basis van rekenrentes, financieringssystematieken en pensioensoorten. Deze vrijheden zullen naar de verwachting van StiPP ertoe leiden dat payrollwerkgevers zullen kiezen voor vormgeving van pensioenregelingen die in hun specifieke situatie tot het meest gewenste resultaat leiden. Onderstaand wordt een inzicht gegeven in de gevolgen die dit kan hebben.

Adequaat is niet altijd beter

Hoewel de regelgever een eigen minimaal kader voor de adequate pensioenregeling wenst in te voeren omdat de Plusregeling van StiPP niet aan het niveau van een adequate regeling zou voldoen, is de consequentie van genoemde vrijheden dat een payrollwerknemer bij hantering van een adequate regeling van de payrollwerkgever slechter af zou kunnen zijn dan als uitzendkracht in de Plusregeling van StiPP. Met name voor oudere werknemers kan dit aan de orde zijn. StiPP kent in de Plusregeling een lagere franchise en een leeftijdsafhankelijke premiestaffel. Kiest de payrollwerkgever voor toepassing van een premiereregeling met een leeftijdsafhankelijke premie-inleg, dan leidt voor deze payrollwerknemers de overgang naar een adequate pensioenregeling tot een verlaging van de toekomstige pensioenopbouw.

Payrollwerknemer mogelijk beter af dan vaste werknemer

Ook ten opzichte van deelnemers van andere verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds kunnen er als gevolg van de toepassing van een adequate pensioenregeling van de payrollwerkgever opzienbarende effecten optreden. Zo zal de jonge payrollwerknemer met pensioenopbouw in een adequate pensioenregeling op basis van een premiereregeling met een leeftijdsafhankelijke premie-inleg mogelijk een hogere pensioenopbouw genieten dan zijn even oude tegenvoeter bij het Bpf in de betreffende sector. Daarnaast zal de Bpf-deelnemer in veel gevallen ook nog eens een forse eigen bijdrage verschuldigd zijn, waar de payrollwerknemer die verplichting niet heeft. Meer pensioen en een hoger nettoloon dus.

Hoe gaat de payrollwerknemer zijn recht halen?

De conclusie van het ontwerpbesluit is dat de pensioensituatie van de payrollwerknemer er op papier aanzienlijk op vooruitgaat ten opzichte van de huidige situatie. Zoals aangegeven bij het commentaar op de praktische aspecten van de payrollpensioenregeling, gaat zijn positie er echter niet op vooruit als het gaat om de mogelijkheden om in de praktijk zijn recht te halen. Bij aanpassing van de verplichtstelling van StiPP is 'geen premie, wel recht' niet meer aan de orde voor de payrollwerknemer. Aantonen dat er sprake is van payrolling, aantonen dat er sprake is van een verplichting om een adequaat pensioen aan te bieden, vaststellen of de 'terugploegsystematiek' correct wordt gehanteerd: het wordt allemaal op het bordje van de payrollwerknemer gelegd. Met daarnaast een onervaren toezichthouder die in het labyrint van uitzend- en payrollondernemingen verantwoordelijk wordt voor de handhaving. Recht hebben is één, recht krijgen is twee.

Conclusie

StiPP concludeert dat de regelgever tracht om op macroniveau de verschillen in arbeidskosten (waaronder pensioen) tussen reguliere werkgevers en payrollwerkgevers te verkleinen. Het voorstel slaagt in deze opzet. Waar het voorstel minder in slaagt, is om de pensioensituatie van de individuele payrollwerknemer daadwerkelijk te verbeteren. Dat streven wordt in de Nota van toelichting dan ook niet als eerste doelstelling genoemd. StiPP zit echter aan de praktische kant en constateert dat de regelgever tot op heden onvoldoende oog heeft gehad voor de uitvoeringstechnische aspecten van de beoogde pensioenregeling. Op een aantal vlakken is nadere duiding en concretisering gewenst.

De regelgever gaat met de vaststelling van een besluit als het onderhavige als het ware met één bil op de stoel van sociale partners zitten en zet de grove lijnen van de gewenste pensioenregeling uit. Zoals sociale partners en pensioenuitvoerders echter weten, zit bij de uitvoering van pensioenregelingen "the devil in the details". Normaal gesproken is het aan die partijen om gezamenlijk (aan de hand van constructen als opdrachtaanvaarding) op een voor alle partijen aanvaardbare wijze uitleg en uitvoering te geven aan de beoogde pensioenregeling. Het dilemma bij de adequate payrollpensioenregeling is dat dit niveau van nadere uitwerking hier niet aanwezig is. Iedere voorgeschreven regel nodigt uit tot verdere detaillering om de beoogde effecten van de adequate payrollpensioenregeling te kunnen waarborgen en dwingt de regelgever als het ware om ook de tweede bil op de stoel te trekken.

Voor StiPP geldt dat het al dan niet aanpassen van de verplichtstelling door sociale partners grote impact heeft op de implementatie van een payrollpensioenregeling en op de uitvoeringsrisico's die hiermee samenhangen. In ieder geval zal een ruimere implementatietermijn vereist zijn om de beoogde regeling uit te kunnen voeren. StiPP heeft daarbij een datum van 1 januari 2021 voor ogen. Daarnaast zal het ontwerpbesluit naar de mening van StiPP op een aantal plaatsen verduidelijkt en uitgebreid moeten worden om de beoogde regeling uitvoerbaar te maken. De principiële afwegingen over de rol van de regelgever bij de vormgeving en invulling van de adequate payrollpensioenregeling laat StiPP aan de regelgever.

Nader overleg en afstemming

Uiteraard is het bestuur van StiPP gaarne bereid om deze reactie nader toe te lichten en in overleg te gaan over de vormgeving van een definitief besluit.