

114. De wetgever en payrolling: waar staan we nu?

MR. A. BRIEJER

In april 2018 is in dit tijdschrift uitgebreid stilgestaan bij het fenomeen payrolling binnen het Nederlandse arbeidsrecht.¹ In het betreffende artikel is het initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Waadi, mede aan de hand van diverse opvattingen in de literatuur en jurisprudentie over payrolling, besproken. Na verschijning van dat artikel heeft een aantal interessante ontwikkelingen plaatsgehadt in relatie tot payrolling.

1. Inleiding

Minister Koolmees heeft op 7 november 2018 het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (WAB), met daarin onder andere voorstellen ten aanzien van payrolling, bij de Tweede Kamer ingediend. Ondanks de kritische noot van de Raad van State is de WAB vrijwel ongewijzigd op 5 februari 2019 door de Tweede Kamer aangenomen.² Het is nu aan de Eerste Kamer zich uit te laten over het wetsvoorstel.³ Daags voordat de WAB werd aangenomen is het eerder besproken initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Waadi ingetrokken.⁴ In dit artikel wordt stilgestaan bij deze ontwikkelingen.

2. De introductie van de payrollovereenkomst in het BW

Het kabinet heeft in april 2018 een start gemaakt met de uitvoering van hetgeen is overeengekomen in het regeerakkoord 'Vertrouwen in de toekomst' door het conceptwetsvoorstel WAB in consultatie te brengen. De VAAN en de VvA hebben in dat kader de krachten gebundeld, hetgeen heeft geresulteerd in een op 4 mei 2018 ingediende kritische notitie.⁵ Uiteindelijk is de WAB op 7 november 2018 door minister Koolmees ingediend bij de Tweede Kamer. Tegelijkertijd is door dezelfde minister de Commissie Regulering van werk ingesteld met als taak (uiterlijk 1 november 2019) advies uit te brengen over de toekomst van het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en de fiscaliteit.⁶ Een

van de onderwerpen waarover advies zal worden gegeven – naast bijvoorbeeld platformarbeid – betreft payrolling.

Op basis van de tekst van de WAB is het voorstel een nieuw artikel (7:692) in het Burgerlijk Wetboek (BW) op te nemen met daarin de volgende definitie van payrolling:

'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 de 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.'

Op grond van de voorgestelde wettekst geldt op de payrollovereenkomst een regime vergelijkbaar met het 'standaard' arbeidsrecht. Het ex artikel 7:691 BW verlichte arbeidsrechtelijk regime is op grond van het wetsvoorstel uitdrukkelijk niet van toepassing op de arbeidsrelatie die valt onder de definitie van de payrollovereenkomst. Indien de formele werkgever geen actieve rol heeft gespeeld in het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt is er volgens de regering sprake van payrolling.⁷ De overeenkomst tussen de formele werkgever en de derde is bepalend voor de vraag of hiervan sprake is.⁸ Het wetsvoorstel probeert derhalve door de introductie van de payrollovereenkomst, met daaraan gekoppelde criteria, de arbeidsrelatie tussen partijen te duiden en daaraan het toepasselijke arbeidsrechtelijke regime te koppelen.

3. De allocatieve functie en payrolling

Op dit moment speelt de vraag of sprake is van een allocatieve functie bij de totstandkoming van een payrollovereenkomst geen rol van betekenis bij beoordeling van

1 A. Briejer, 'Euforie in de payrollsector na Care4Care, maar voor hoelang?', TAP 2018/2.

2 De zogenoemde 'proeftijd XL'-bepaling heeft het niet gehaald.

3 Kamerstukken I 2018/19, 35074, A.

4 Kamerstukken II 2018/19, 34837, nr. 11.

5 Zie de bijdrage van J.P.H. Zwemmer in: VAAN-VvA Werkgroep Internetconsultatie WAB, onder redactie van A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, 'VAAN-VvA-WAB', TAP 2018/4.

6 Kamerstukken II 2017/18, 31311, nr. 207 (Commissie-Borstlap).

7 Partijen kunnen aan de hand van indicaties zien of sprake is van een allocatieve functie. De regering benoemt in de memorie van toelichting een aantal van die indicaties (Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 40).

8 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 42.

de vraag of het verlichte arbeidsrechtelijk regime ex artikel 7:691 BW van toepassing is. Het wetsvoorstel brengt daarin verandering. Payrolling komt, als vorm van terbeschikkingstelling, onder de WAB niet meer te vallen onder voornoemd regime. De aard van de arbeidsrechtelijke driehoeksrelatie is derhalve van doorslaggevende betekenis om te bepalen welk arbeidsrechtelijk regime toepasselijk is (de 'gewone' of de 'light' versie). Het voorstel tracht dit helder te krijgen door de introductie van de payrollovereenkomst in het BW. De regering heeft in dit kader de suggestie van de VAAN-VvA werkgroep dat de definitie van de uitzendovereenkomst zelf zou moeten worden aangepast door de allocatiefunctie op te nemen in deze definitie, maar geen specifiek regime moet worden getroffen voor payrolling, niet overgenomen. Dit zou volgens de regering tot rechtsonzekerheid leiden wat betreft de vraag of payrolling nog mogelijk blijft, nu er bij payrolling immers geen sprake is van een allocatiefunctie. Dit laatste valt te betwijfelen. Er zijn namelijk vormen van payrolling denkbaar waarbij (in enige mate) wel degelijk sprake is van een allocatiefunctie.⁹ De regering meent verder dat, wanneer de suggestie wordt overgenomen, *'in dat geval de payrollwerkgever mogelijk niet meer als werkgever zal worden aangemerkt, maar zal de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt als werkgever in de zin van artikel 7:610 BW gekwalificeerd worden, nu deze immers feitelijk toezicht en leiding blijft uitvoeren.'*¹⁰ Een van de vereisten om te kunnen spreken van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW is dat sprake is van toezicht en leiding van de inlener. Wanneer hieraan en aan de overige in artikel 7:690 BW opgenomen vereisten is voldaan, wordt de deur naar het verlichte arbeidsrechtelijk regime van artikel 7:691 BW geopend. Gelet op het dwingendrechtelijk karakter van artikel 7:610 BW kan de inlenende partij altijd worden aangemerkt als de formele werkgever. Aanscherping van artikel 7:690 BW maakt dit niet anders. Daarentegen zou aanscherping er mijns inziens wel toe leiden dat eerder duidelijk is wanneer sprake is van een uitzendovereenkomst. Door payrolling als *aparte* uitzendovereenkomst in het BW op te nemen, maakt de regering het in mijn optiek nodeloos ingewikkeld.

Het opnemen van de allocatiefunctie als vereiste in artikel 7:690 BW, conform de bedoeling van de wetgever bij de totstandkoming van dat artikel, zou het mijns inziens minder complex maken. De Hoge Raad oordeelde in *Care4Care* anders, maar geeft tegelijkertijd aan dat voor zover de toepassing van artikel 7:691 BW bij payrolling zou leiden tot ongewenste situaties, het in de eerste plaats aan de wetgever is om hier grenzen aan te stellen.¹¹ Die grens kan de wetgever stellen door de allocatiefunctie in

artikel 7:690 BW als constitutief vereiste op te nemen. Uit de toelichting op de WAB blijkt overigens dat de regering eenzelfde visie heeft als de wetgever destijds bij de introductie van de uitzendovereenkomst en het daaraan gekoppelde arbeidsrechtelijke regime: *'er is sprake van uitzenden als de uitzendwerkgever de allocatie functie heeft vervuld en de werkgeverstaken op zich neemt'*.¹² Anderzijds kan worden gesteld dat de huidige tekst een goede basis vormt voor de driehoeksrelatie in het algemeen. In het verlengde daarvan is het standpunt dat hoe specifiek de wettekst wordt geformuleerd, hoe eenvoudiger het zal zijn constructies op te tuigen die daar net buiten vallen, goed verdedigbaar. Laagland stelt voor de allocatiefunctie te koppelen aan de onderneming van de werkgever en niet aan de individuele driehoeksrelatie. Zij stelt voor op te nemen dat artikel 7:691 BW enkel geldt voor bedrijven die bijvoorbeeld meer dan 50% van het totale premieplichtige loon op jaarbasis halen uit het actief samenbrengen van vraag en aanbod. Ook daar valt wel iets voor te zeggen, zij het, zo constateert Laagland, dat ook aan deze oplossing nadelen kleven.¹³ Dit toont maar weer eens aan hoe complex het is payrolling vorm te geven. Het feit dat payrolling in de praktijk vele gezichten kent, maakt het er niet gemakkelijker op.

Onder de WAB is het arbeidsrecht 'light' regime niet van toepassing op de payrollovereenkomst

Op basis van de voorgestelde wijziging van artikel 8a Waadi worden bedrijven, die zich met payrollen bezighouden, verplicht werknemers die zij ter beschikking hebben gesteld dezelfde arbeidsvoorwaarden te bieden als die zouden gelden als een payrollwerknemer rechtstreeks in dienst zou zijn bij de inlener. In dit kader benadrukt de regering dat payrolling als instrument om werkgevers te ontzorgen, mogelijk moet blijven. De negatieve gevolgen voor payrolling dienen echter wel ongedaan te worden gemaakt.¹⁴

4. Kritische noot van de Raad van State

De Afdeling advisering van de Raad van State ('de Afdeling') heeft zich kritisch uitgelaten over de in de WAB opgenomen voorstellen. Nu de Eerste Kamer de taak heeft te beoordelen of het wetsvoorstel rechtmatig, handhaafbaar en uitvoerbaar is, wordt hieronder ingegaan op die kritiek. De Afdeling concludeert dat de in het wetsvoorstel gehanteerde probleembeschrijving en probleemaanpak onvoldoende recht doen aan de fundamentele aard, brede effecten en concrete urgentie van de problematiek op de arbeidsmarkt.¹⁵ In het op 11 oktober 2018 verschenen adviesrap-

9 Voor een overzicht van verschillende vormen van payrolling: Y.A.E. van Houte 'Uitzenden en payrolling; overeenkomst en verschil', *ArbeidsRecht* 2011/36 en ook: M. Tanja & J. den Hoed, 'De uitzendovereenkomst: een beperkende uitleg, met verruimde gevolgen', *TRA* 2017/15.

10 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 108.

11 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *NJ* 2017/370, m.nt. E. Verhulp.

12 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 108.

13 F.G. Laagland, 'Payrolling: het initiatiefwetsvoorstel maar dan net iets anders', *TRA* 2018/75.

14 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 38.

15 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 4, p. 10.

port laat de Afdeling zich ook kritisch uit over het deel van het wetsvoorstel dat ziet op payrolling. De Afdeling benadrukt dat het van belang is een adequaat en geschikt criterium te kiezen om uitzendwerk en payrolling af te bakken. Het criterium ‘*geen allocatiefunctie en exclusieve terbeschikkingstelling*’ leidt naar de mening van de Afdeling niet tot een geschikt onderscheid tussen beide vormen van terbeschikkingstelling. Daarbij wijst de Afdeling erop dat er tal van situaties denkbaar zijn waarin niet aan beide van de in het voorstel opgenomen criteria wordt voldaan, ook al is de terbeschikkingstelling louter gericht op het ontduiken van de arbeidsvoorwaarden van de uitzendwerkgever. En dat dient nu juist voorkomen te worden. Bij het onderscheiden van vormen van terbeschikkingstelling, zo stelt de Afdeling, spelen ook andere factoren een rol. Ter illustratie noemt de Afdeling de duur van de terbeschikkingstelling, de aard van de uitgevoerde werkzaamheden en de bij de uitvoering van de payrollovereenkomst door het payrollbedrijf geleverde inspanningen.

Payrolling als aparte uitzendovereenkomst in het BW opnemen maakt het ingewikkelder

Verder benadrukt de Afdeling dat de eis van het vervullen van een allocatieve functie geen eenduidige eis is. Het is niet altijd even duidelijk of sprake is van ‘het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt’ (de allocatieve functie). De Afdeling stelt dat het bijvoorbeeld mogelijk is de werving en selectie van uitzendwerknemers formeel door een uitzendonderneming te laten geschieden, terwijl de inlener als voormalig werkgever van deze werknemers (informeel) heeft laten weten dat bepaalde werknemers aangenomen moeten worden om aan de inlener ter beschikking gesteld te worden.

Terecht merkt de Afdeling op dat het omzeilen van de payrollovereenkomst voor een werknemer lastig aan de orde te stellen zal zijn, zeker indien hij in een afhankelijke positie verkeert. Zolang de werknemer (in rechte) niet aan de belt trekt, zal de werkgever in de regel slechts nakomen wat tussen partijen is afgesproken.¹⁶ Tot slot uit de Afdeling kritiek op het voorstel om een adequaat pensioen toe te kennen aan payrollwerknemers die werkzaam zijn bij een onderneming of in een sector waarin werknemers in een vergelijkbare functie recht hebben op een pensioenregeling. Een van de kritiekpunten is dat door het voorstel het tot op heden geldende uitgangspunt in de Pensioenwet – het maken van afspraken over pensioen wordt in beginsel aan werkgevers en werknemers overgelaten – wordt doorbro-

ken. Het voorstel beperkt in die zin dan ook de onderhandelingsvrijheid van de payrollwerkgever.¹⁷

5. Payrollregime versus uitzendregime

Minister Koolmees is het eens met de Afdeling dat de verschillende vormen van terbeschikkingstelling een grote variatie laten zien. Het onderscheid tussen payrolling en uitzending is dan ook niet altijd eenvoudig te trekken, aldus de minister. Naar aanleiding van deze constatering heeft de minister aanleiding gezien de memorie van toelichting aan te passen. In de toelichting zijn indicaties opgenomen waarmee kan worden bepaald of sprake is van een allocatieve functie van de werkgever en of er sprake is van (feitelijke) exclusieve terbeschikkingstelling.¹⁸ Dit komt in mijn optiek de rechtszekerheid ten goede. Dankzij de in de toelichting (aanvullend) opgenomen indicaties zijn partijen beter in staat te beoordelen of het voorgestelde payrollregime (waarbij geen sprake is van een allocatieve functie) dan wel het uitzendregime (waarbij wél sprake is van een allocatieve functie) op de arbeidsrelatie van toepassing is c.q. zal zijn. Dit laat mijns inziens onverlet dat het meer voor de hand ligt om de in de memorie van toelichting opgenomen indicaties specifiek aan artikel 7:690 BW te koppelen. Dit is niet alleen in lijn met de wetsgeschiedenis, maar maakt het vele malen minder complex dan voorliggend wetsvoorstel. Het is daarnaast nog maar de vraag of ontwijking van toepasselijkheid van het payrollregime wordt tegengehouden door het wetsvoorstel. Volgens minister Koolmees zou duidelijkheid over de aard van de arbeidsrelatie ervoor moeten zorgen dat de werkgever zelf het toepasselijke regime volgt. Hiermee zou moeten worden voorkomen dat de werknemer zich tot een rechter moet wenden teneinde aanspraken te effectueren.¹⁹ Wellicht een te optimistisch standpunt; kwaadwillende werkgevers zullen naar alle waarschijnlijkheid blijven zoeken naar constructies om het payrollregime te ontwijken.

6. Een adequate pensioenvoorziening voor de payrollwerknemer

Het deel van de WAB dat ziet op payrolling, vertoont bijzonder veel gelijkenissen met het eerder in dit tijdschrift besproken initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Waadi.²⁰ Op basis van beide wetsvoorstellen wordt payrolling aangepakt door deze vorm van terbeschikkingstelling aan te merken als een bijzondere vorm van uitzending, zonder dat gebruik kan worden gemaakt van het ex artikel 7:691 BW verlichte arbeidsrechtelijke regime. Het grootste verschil is dat de WAB in dit kader een geheel nieuw type uitzendovereenkomst in het BW introduceert, namelijk de payrollovereenkomst. Op een paar kleine onderdelen is een afwijking zichtbaar. Op basis van de WAB heeft de payroll-

16 In mijn onder voetnoot 1 aangehaalde artikel over payrolling werd ook al verwezen naar het gemaakte onderscheid tussen de uitzendwerknemer en de payrollwerknemer. Dit staat mijns inziens haaks op de strekking van de Uitzendrichtlijn.

17 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 4, p. 22-24.

18 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 40.

19 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 4, p. 21.

20 *Kamerstukken II* 2017/18, 34837, nr. 2.

werknemer recht op een *adequate* pensioenregeling, het inmiddels ingetrokken initiatiefwetsvoorstel sprak over een *gelijkwaardige* pensioenregeling. Het komt er kort gezegd op neer dat de payrollwerknemer onder de WAB (onder voorwaarden) aanspraak heeft op een adequaat pensioen waarbij, als niet wordt aangesloten bij de pensioenregeling van de inlener, de payrollwerkgever ten minste moet voldoen aan de voorwaarden die bij algemene maatregel van bestuur worden gesteld. Tijdens de behandeling van de WAB in de Tweede Kamer is een motie aangenomen waarin de Kamer de regering verzoekt de doelstelling van ‘geen concurrentie op pensioenkosten’ (als een belangrijke arbeidsvoorwaarde) leidend te laten zijn bij de uitwerking van de algemene maatregel van bestuur en te zorgen dat een payrollwerkgever bij de adequate pensioenregeling verplicht is om ten minste de gemiddelde werkgeverspremie in Nederland af te dragen, zorg te dragen voor een ouderdoms- en nabestaandenpensioen en geen wachttijd te hanteren.²¹ In reactie op deze motie heeft minister Koolmees op 15 februari 2019 een ontwerpbesluit, waarin de voorwaarden voor een adequate pensioenregeling voor payrollwerknemers zijn opgenomen, ingediend.²²

7. Ontwerpbesluit

In het ontwerpbesluit wordt toegelicht dat een payrollwerkgever de verplichting heeft om te voorzien in een adequate pensioenregeling voor payrollwerknemers indien werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de inlener recht hebben op deelname in een pensioenregeling. Voorts geldt die verplichting indien de inlener geen werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst heeft, maar werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waarin de inlener werkzaam is, recht hebben op een pensioenregeling. Indien geen sprake is van een van de hiervoor genoemde situaties, dan geldt er derhalve géén verplichting tot het treffen van een adequate pensioenregeling voor de payrollwerknemers. Dit lijkt mij overigens, gelet op de reikwijdte van het wetsvoorstel op dit punt, een uitzonderingssituatie. Wanneer de verplichting geldt, heeft de payrollwerkgever in feite twee opties: basispensioenregeling van de inlener of het afsluiten van een adequate pensioenregeling. Aan beide opties zitten de nodige haken en ogen. Een payrollwerkgever kan verplicht, op basis van de werkingssfeer, zijn aangesloten bij de pensioenuitvoerder van de basispensioenregeling van de inlener. In dat geval zal geen sprake zijn van (praktische) bezwaren. Die verplichting bestond immers al. Wanneer een payrollwerkgever niet verplicht is aangesloten, is het aan de payrollwerkgever om te verkennen of vrijwillige aansluiting bij de pensioenuitvoerder mogelijk is.²³ Het is evident dat dit een (kostbare) administratieve last voor de payrollwerkgever met zich

brengt. Die last wordt zwaarder wanneer aansluiting bij de pensioenuitvoerder van de basispensioenregeling van de inlener (op basis van de Pensioenwet) niet mogelijk is (of daar niet voor is gekozen). In dat geval is de payrollwerkgever verplicht zelf een adequate basispensioenregeling voor de payrollwerknemer af te sluiten.

Zoals reeds toegelicht moet een dergelijke pensioenregeling voldoen aan een aantal voorwaarden. Die voorwaarden – opbouw van een ouderdomspensioen en nabestaandenpensioen, geen wachttijd of drempelperiode als bedoeld in artikel 14 lid 2 Pensioenwet en een collectieve werkgeverspremie gebaseerd op de gemiddelde werkgeverspremie in Nederland – zijn nader geconcretiseerd in het ontwerpbesluit. De in het ontwerpbesluit genoemde suggestie, dat sociale partners in de payrollbranche ervoor kunnen kiezen een pensioenregeling voor de gehele bedrijfstak payrollwerknemers vorm te geven zou mijns inziens moeten bijdragen aan een vermindering van de regeldruk voor de payrollwerkgever. Voor de payrollwerkgever die nog niet verplicht is aangesloten bij een pensioenregeling lijkt het treffen van één uniforme pensioenregeling voor alle payrollwerknemers de aangewezen (meest praktische en waarschijnlijk minst kostbare) route om aan de voorgestelde verplichting te voldoen.

8. Tot slot

De beoogde inwerkingtreding van de WAB is 1 januari 2020. Dit lijkt het antwoord te zijn op de vraag hoe lang nog sprake is van euforie in de payrollsector na *Care4Care*. Wanneer het wetsvoorstel door de Eerste Kamer wordt aangenomen – hetgeen ik aannemelijk acht – zal dit een zware tegenslag zijn voor de payrollbranche. Het euforische gevoel na *Care4Care* zal plaatsmaken voor bezinning over een nieuwe modus operandi. Payrolling blijft mogelijk als instrument om werkgevers te ontzorgen. De vraag is tegen welke prijs. Het ligt voor de hand dat vooral de kleine payrollwerkgever wordt getroffen wegens een toename aan regeldruk en niet in de laatste plaats vanwege de voorgestelde (kostbare) verplichting zorg te dragen voor een adequate pensioenregeling voor de payrollwerknemer. Het lijkt er dan ook op dat straks, onder de voorgestelde wetgeving, alleen de grote payrollwerkgevers kunnen profiteren van de door de wetgever geboden mogelijkheid om het formele werkgeverschap te outsourcen.

Over de auteur



Mr. A. Briejer

Advocaat bij Florent te Amsterdam.

²¹ Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 44.

²² Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 64 (het ontwerpbesluit is als bijlage bij dit kamerstuk opgenomen).

²³ Ontwerpbesluit, p. 6.