

Vergaderjaar 2017–2018

34 837

Voorstel van wet van de leden Gijs van Dijk, Özdil en Van Kent tot wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs teneinde te bewerkstelligen dat voor arbeidskrachten die in het kader van payrolling ter beschikking zijn gesteld aan een opdrachtgever dezelfde arbeidsvoorwaarden gelden als voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de opdrachtgever waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt

Nr. 4

ADVIES VAN DE AFDELING ADVISERING VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INITIATIEFNEMERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 19 februari 2018 en de reactie van de initiatiefnemers d.d. 6 april 2018, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 23 november 2017 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden Gijs van Dijk, Özdil en Van Kent tot wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs teneinde te bewerkstelligen dat voor arbeidskrachten die in het kader van payrolling ter beschikking zijn gesteld aan een opdrachtgever dezelfde arbeidsvoorwaarden gelden als voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de opdrachtgever waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, met memorie van toelichting

Het voorstel beoogt te bereiken dat payrollers voortaan onder dezelfde arbeidsvoorwaarden vallen als hun collega's met een arbeidsovereenkomst in dienst van de opdrachtgever. Hiertoe wordt voorgeschreven dat voor de werknemers van een payrollbedrijf de arbeidsvoorwaarden gaan gelden die van toepassing zouden zijn geweest indien met de opdrachtgever een arbeidsovereenkomst zou zijn gesloten.

De Afdeling adviseert de in het voorstel gekozen aanpak, afbakening en vormgeving te heroverwegen. De Afdeling acht de gekozen aanpak ontoereikend, nu deze miskent dat de problematiek rondom payrolling slechts in samenhang met het verminderen van de verschillen tussen verschillende vormen waarin arbeid wordt georganiseerd effectief

tegengegaan kan worden. Daarnaast is de Afdeling van oordeel dat de criteria die gebruikt worden om te bepalen voor welke werknemers het uitzendregime geldt onvoldoende rekening houden met de diversiteit van vormen van terbeschikkingstelling en, als gevolg hiervan, onderscheidend vermogen missen.

Ten slotte merkt de Afdeling op dat de keuze om payrollwerknemers als werknemers van de opdrachtgever te behandelen complex, belastend en kostenverhogend is en tot ongelijke behandeling kunnen leiden. De behoefte aan flexibiliteit en beheersing van risico's zal naar verwachting dan ook via andere wegen worden gerealiseerd. De gemaakte opmerkingen over de gekozen afbakening en vormgeving van het voorstel onderstrepen dat alleen wanneer de bescherming van payrollwerknemers in samenhang gezien wordt met de ook elders op de arbeidsmarkt bestaande disbalans tussen flexibiliteit en zekerheid, de door het voorstel signaleerde problematiek effectief aangepast kan worden.

De initiatiefnemers hebben kennis genomen van het advies van de Raad van State en danken de Afdeling advisering voor de snelle reactie. Naar aanleiding van het advies hebben de initiatiefnemers redenen gezien voor wijzigingen aan te brengen. Deze zijn verwerkt in het gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting, die gelijktijdig met dit stuk zijn uitgebracht. In reactie op het advies van de Afdeling merken de initiatiefnemers het volgende op.

1. Achtergrond wetsvoorstel; samenhang brede arbeidsmarktproblematiek

Payrolling is een specifieke vorm van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Deze vindt plaats op basis van een overeenkomst van opdracht tussen een payrollbedrijf en een inlenend bedrijf.¹ Net als bij traditionele uitzendarbeid is er bij payrolling sprake van een driehoeksverhouding tussen payrollwerkgever/uitlener, opdrachtgever/inlener en werknemer. Anders dan bij het traditionele uitzendwerk – waar uitzendbureau/uitlener vanwege een tijdelijke behoefte aan extra arbeidskrachten («piek of ziek») actief vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bijeenbrengt – komt het steeds vaker voor dat de werkgever/uitlener werknemers ter beschikking stelt die geworven en geselecteerd zijn door de inlener (of een andere partij).² Dergelijke vormen van terbeschikkingstelling worden in het spraakgebruik aangeduid met (backoffice) uitzending, payrolling en detachering. De kwalificatie als uitzendovereenkomst is niet exclusief voorbehouden aan de klassieke uitzendrelatie: van een dergelijke overeenkomst kan ook in verhoudingen als payrolling of detachering sprake zijn.³

De initiatiefnemers beogen te komen tot een oplossing voor het probleem dat de vorm van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten die het wetsvoorstel aanduidt en definieert als payrolling in toenemende mate gebruikt kan worden als instrument voor oneigenlijke concurrentie op

¹ Ter beschikking stellen wordt in de Waadi gedefinieerd als: het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten van arbeid. Artikel 1, eerste lid, onderdeel c, Waadi.

² Dit zal meestal de opdrachtgever/inlener zijn, maar het kan ook geschieden door een andere (vierde) partij. Bij het zogenoemde backoffice payrolling is bijvoorbeeld sprake van een uitzendbureau dat werft en selecteert op basis van een opdrachtovereenkomst met het payrollbedrijf. Het payrollbedrijf sluit een arbeidsovereenkomst met de werknemer en het uitzendbureau stelt als doorlener de werknemer ter beschikking aan de inlener.

³ HR 4 november 2016, nr. 15/00920, ECLI:NL:HR:2016:2356.

arbeidsvoorwaarden.⁴ De flexibiliteit en lagere kosten die de toepasbaarheid van de regels aangaande uitzendarbeid (uitzendregime) voor werkgevers met zich brengen,⁵ kan in de praktijk tot omzeilen van werknemersbescherming en oneigenlijk gebruik leiden. Dit doet zich met name voor wanneer het werkgeverschap van de uitlener (bijvoorbeeld een payrollbedrijf) louter voortvloeit uit een administratieve constructie, het «werkgeverschap» van de uitlener niets toevoegt en het werkgeverschap in materiële zin wordt uitgeoefend door de opdrachtgever/inlener.

Het voorstel verklaart het soepele uitzendregime voor payrollwerknemers buiten toepassing en geeft hen recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als de werknemers van de opdrachtgever/inlener. Bezien vanuit de uitholling van de arbeidsrechtelijke werknemersbescherming die oneigenlijk gebruik van terbeschikkingstelling van werknemers tot gevolg kan hebben, valt dat te begrijpen.

De Afdeling wijst er evenwel op dat het oneigenlijk gebruik van het flexibele uitzendregime dat het wetsvoorstel beoogt tegen te gaan onderdeel is van een bredere problematiek op de Nederlandse arbeidsmarkt. De arbeidsmarkt lijkt, mede door de betrekkelijk grote tweedeling in beschermingsniveau tussen categorieën werkenden, thans onvoldoende ingericht om werkgevers en werkenden te faciliteren bij het vormgeven van een arbeidsrelatie die op hun behoeften en de aard van het werk aansluit. Werknemers met een vast dienstverband kennen een grote mate van bescherming en zekerheid; voor flexwerkers en zzp'ers geldt dit veel minder. De afgelopen jaren zijn weliswaar maatregelen getroffen om deze problematiek te verminderen en te komen tot een betere balans tussen flexibiliteit en zekerheid voor verschillende groepen, maar de trend naar verdere flexibilisering heeft zich tot op heden voortgezet. Gelet op de behoefte aan flexibiliteit op de arbeidsmarkt is de vraag hoe de gerechtvaardigde behoefte aan zekerheid van werknemers adequaat wordt georganiseerd en de tweedeling tussen verschillende groepen werknemers wordt verkleind.

Het voorstel beziet de problemen rond payrolling evenwel onafhankelijk van de bredere problematiek, en de gekozen vormgeving leidt er, zoals hierna onder punt 4 zal worden uiteengezet, bovendien toe dat het gebruik van payrolling in de praktijk beduidend duurder en complexer wordt. Deze aanpak, die zich uitsluitend richt op het terugdringen van payrolling, brengt logischerwijs dan ook met zich dat, gelet op de arbeidsmarktproblematiek, andere wegen zullen worden gezocht en gevonden om op arbeidskosten te concurreren. Soms zullen opdrachtgevers/inleners arbeidskrachten in dienst nemen wanneer payrolling duurder wordt, maar er blijven nog tal van alternatieven: het uitbesteden van productie, het inhuren van bedrijven, het uitbreiden van de werktijden van vast personeel, tijdelijke arbeidsovereenkomsten en het inhuren van uitzendwerknemers of zzp'ers. Daarnaast kan de beoogde bescherming voor payrollwerknemers ontweken worden door via alternatief vormgegeven payrollovereenkomsten de in het voorstel gehanteerde afbakening (op basis van allocatiefunctie en exclusiviteitsbeding) tussen payrolling en uitzending te omzeilen. Alleen het wegnemen van de grote verschillen in rechtsregime tussen de diverse

⁴ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 4 «Beoordeling».

⁵ De belangrijkste van het reguliere arbeidsrecht afwijkende regels van dit uitzendregime zijn te vinden in artikel 7:691 BW. Indien de payrollovereenkomst is aangemerkt als uitzendovereenkomst zijn hierop ook de collectieve regelingen van de uitzendbranche van toepassing. Jegens de ingeleende arbeidskracht hoeft dan niet voldaan te worden aan de in de sector van de opdrachtgever van kracht zijnde cao, maar slechts aan de uitzend-cao, die veelal minder gunstige arbeidsvoorwaarden kent.

vormen waarin arbeid wordt georganiseerd, zal de prikkel om via constructies werknemersbescherming te omzeilen effectief verminderen.

In het licht hiervan acht de Afdeling de benadering in het wetsvoorstel om de problematiek rondom payrolling te bezien los van de bredere arbeidsmarktproblematiek, onvoldoende om de door het voorstel gesignaleerde oneigenlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden effectief tegen te gaan. De Afdeling adviseert alsnog te komen tot een effectieve oplossing voor het probleem van oneigenlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden waarbij de problematiek rondom payrolling wordt aangepakt als onderdeel van een breder pakket maatregelen. Zo kunnen onder meer maatregelen gericht op beperking van de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte en versoepeling van het ontslagrecht de prikkel om werknemersbescherming via constructies van terbeschikkingstelling te omzeilen verminderen.

De initiatiefnemers zijn ingenomen met de gedeelde conclusie van de Afdeling dat er bij payrolling in de praktijk sprake kan zijn van het omzeilen van werknemersbescherming en oneigenlijk gebruik. De initiatiefnemers pogen dit oneigenlijke gebruik door dit wetsvoorstel aan te pakken.

De initiatiefnemers delen de opmerking van de Afdeling dat er sprake is van een bredere problematiek op de Nederlandse arbeidsmarkt. De tweedeling op de arbeidsmarkt, waarbij flexwerkers en zzp'ers een zeer beperkte mate van bescherming kennen. Dit gebrek aan bescherming dient opgelost te worden, onder andere door een gelijkjer speelveld te creëren tussen vaste en flexibele dienstverbanden. De oneigenlijke concurrentie, waarbij de kosten voor flex en zzp te laag zijn, moeten inderdaad worden aangepakt. Dit initiatiefwetsvoorstel is daarbij een van de oplossingen om werknemers met een flexibel dienstverband meer zekerheid te geven. De geboden politieke voorstellen door de Afdeling (versoepeling van het ontslagrecht en beperking van de loondoorbetalingsplicht) worden door de initiatiefnemers pertinent afgewezen. Deze voorstellen leiden juist tot slechtere arbeidsvoorwaarden en meer onzekerheid voor werknemers. De initiatiefnemers beogen onder andere met dit voorstel een deel van het flexibele werk duurder te maken dan vast werk. Dit voorstel bouwt verder door op het Sociaal Akkoord uit 2013 waarin werkgevers- en werknemersorganisaties gezamenlijk en sociale partners met het kabinet constateren dat oneigenlijk gebruik van flexibele arbeid, zoals payrolling, tegen dient te worden gegaan. De initiatiefnemers zien hiermee een breed draagvlak om payrollwerknemers ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden te bieden als collega's die hetzelfde werk verrichten.

Over de inhoud van het voorstel zelf merkt de Afdeling het volgende op.

2. Geschiktheid gekozen afbakening

Het voorstel kiest ervoor om, ter afbakening van de categorie arbeidskrachten waarvoor gebruik gemaakt mag worden van het soepele uitzendregime, de allocatiefunctie van de opdrachtnemer en zeggenschap van de opdrachtgever centraal te stellen. Volgens de definitie in het voorstel is sprake van payrolling indien terbeschikkingstelling plaatsvindt op basis van een overeenkomst van opdracht die niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en de opdrachtnemer slechts met toestemming van de opdrachtgever bevoegd is de arbeidskracht aan een ander ter beschikking

te stellen.⁶ Een dergelijke bijzondere vorm van uitzending blijft formeel aangemerkt worden als uitzendovereenkomst, waarbij de werknemer in dienst is van payrollbedrijf/uitlener, maar het uitzendregime is daarop materieel niet van toepassing door de in het voorstel opgenomen gelijke behandelingsbepaling; hij wordt behandeld als ware hij werknemer van de opdrachtgever/inlener.

De Afdeling merkt over het criterium dat is gekozen om gebruik van het uitzendregime af te bakenen het volgende op.

a. Bruikbaarheid gekozen afbakeningscriteria

De toelichting gaat, ter rechtvaardiging van het verschil in behandeling tussen wat aangeduid wordt als «payrolling» en «uitzending», nader in op het verschil tussen deze categorieën terbeschikkingstelling van werknemers. Bij payrolling zou sprake zijn van langdurige of permanente exclusieve terbeschikkingstelling aan de opdrachtgever/inlener en werving en selectie door en namens deze partij. Bij uitzending zou veelal slechts sprake zijn van het tijdelijk verrichten van werkzaamheden bij één of meer derden, verzorgt het uitzendbureau de werving en selectie en is bevoegd om de betreffende werknemer ook aan anderen ter beschikking te stellen.⁷ De reden voor het wetsvoorstel om «payrolling» anders te behandelen dan «uitzending» is derhalve dat daarbij het door het payrollbedrijf – de opdrachtnemer/uitlener – vervulde werkgeverschap weinig zou inhouden, er dus slechts sprake zou zijn van een zeer beperkte band tussen de formele werkgever/uitlener/payrollbedrijf en de werknemer, en de opdrachtgever/inlener derhalve het materiële werkgeverschap vervult.⁸

De Afdeling wijst erop dat de verschillende vormen van terbeschikkingstelling van werknemers die in het spraakgebruik als payrolling respectievelijk uitzending worden aangeduid een grote variatie laten zien, en dat het onderscheid tussen payrolling en uitzending minder eenvoudig is te trekken dan voorstel en toelichting suggereren.

i. Diversiteit payrolling

Zoals ook de toelichting terecht constateert zijn er verschillende vormen van payrolling. In de praktijk is vaak sprake van werving en selectie van een werknemer door een opdrachtgever, waarna een payrollbedrijf de beoogd werknemer in dienst neemt en deze vervolgens exclusief en in beginsel langdurig ter beschikking stelt aan de opdrachtgever (die ook de werving en selectie heeft verzorgd).⁹ Ook komt het voor dat het gehele personeelsbestand van een werkgever aan het payrollbedrijf wordt overgedragen, waarna deze vervolgens door de oorspronkelijke werkgever weer van het payrollbedrijf «teruggeleend» worden om langdurig en exclusief aan die oorspronkelijke werkgever ter beschikking gesteld te worden. De toelichting lijkt vooral van deze vormen van payrolling uit te gaan, waarbij het payrollbedrijf (vrijwel) geen toegevoegde waarde heeft en er in feite sprake is van een «papieren» werkgeverschap.¹⁰

⁶ Voorgesteld artikel 1, eerste lid, onderdeel g van de Waadi.

⁷ Toelichting, algemeen, paragraaf 2.2. «Onderscheid payrolling en uitzenden».

⁸ Toelichting, algemeen, paragraaf 2.2. «Onderscheid payrolling en uitzenden».

⁹ J.P.H. Zwemmer, «De uitzendkracht, de gedetacheerde en de payrollwerknemer», in: G.W. van der Voet (red.), Arbeidsrechtelijke thema's – Bijzondere arbeidsverhoudingen, Den Haag: Boom juridisch 2017, blz. 739.

¹⁰ Toelichting, algemeen, paragraaf 2.2.

In de praktijk gaan echter ook verschillende andere vormen van dienstverlening achter de benaming payrolling schuil.¹¹ Deze diversiteit kan mede worden verklaard door de verschillende motieven die opdrachtgevers hebben om gebruik te maken van dit instrument.¹² Zo zijn er ook varianten van dienstverlening waarbij geen sprake is van een louter papieren constructie en heeft het payrollbedrijf bij de totstandkoming en/of uitvoering van de terbeschikkingstelling een serieuze toegevoegde waarde. Daarbij kan gedacht worden aan vormen van payrolling waarbij de payrollwerknemer ter beschikking gesteld wordt om na enige tijd bij die opdrachtgever in dienst te treden. Eveneens kan – mede ingegeven door de onduidelijkheid die ontstaan is na de afschaffing van de VAR-verklaring – payrolling gebruikt worden om zekerheid te bieden omtrent het ontbreken van de werknemersstatus van een ingehuurd arbeidskracht. Daarnaast kunnen – zeker in het midden- en kleinbedrijf – payrollbedrijven actief werkgeversfuncties vervullen. Als via deze bedrijven bijvoorbeeld betere scholingsmogelijkheden, vervangende werkgelegenheid (via arbeidspools) of re-integratiefaciliteiten voor zieke payrollwerknemers georganiseerd kunnen worden, heeft payrolling voor zowel opdrachtgever als werknemer toegevoegde waarde.¹³

Deze voorbeelden maken duidelijk dat in de praktijk veel minder eenduidigheid bestaat dan de toelichting suggereert. Afhankelijk van de precieze vormgeving en doelstelling van de terbeschikkingstelling zal het door het payrollbedrijf uitgeoefende formele werkgeverschap al dan niet ook materieel betekenis hebben. Zo kan er, ook al vervult het payrollbedrijf bij de totstandkoming van de uitzendovereenkomst geen allocatieve functie, bij de uitvoering van deze overeenkomst sprake zijn van een sterke band tussen het payrollbedrijf en de werknemer en van materieel werkgeverschap van het payrollbedrijf.

ii. Verschil met uitzending

De in de toelichting gegeven rechtvaardiging voor het verschil in behandeling tussen payrolling en uitzending wekt daarnaast de indruk dat de getrokken grens tussen «echte» uitzendwerknemers en payrollwerknemers scherp is afgebakend. De Afdeling wijst er echter op dat beide vormen zowel qua inrichting als qua onderliggende arbeidsrelatie sterk op elkaar kunnen lijken. Anders dan de toelichting veronderstelt, kan payrolling ook kortere perioden van tewerkstelling omvatten.¹⁴ Daarnaast komt het voor dat werknemers in dienst bij een payrollbedrijf bij verschillende inleners tegelijkertijd (in deeltijd) arbeid verrichten.¹⁵ Het gaat bij payrolling derhalve niet per definitie om werknemers die langdurig of

¹¹ Y.A.E. van Houte, «Uitzending en payrolling: overeenkomst en verschil», *Arbeidsrecht* 2011/36. De variant waarbij een onderneming die zich payrollbedrijf noemt louter de salarisadministratie verzorgt voor de opdrachtgever en de werknemer in dienst is bij de opdrachtgever blijft hier buiten beschouwing omdat daarbij geen sprake is van een driehoeksverhouding.

¹² Uit onderzoek blijkt dat er met name van payrolling gebruik wordt gemaakt vanwege behoefte aan flexibiliteit in het personeelsbestand, beheersing van werkgeversrisico's (rondom ontslag, ziekte en wachtgeld) en het vereenvoudigen en verbeteren van administratieve processen. Zie: Panteia, *Payrolling in Nederland, de huidige bekendheid, markt en marktpotentie*, 2015, blz. 21–22.

¹³ Zie: L.G. Verburg, «De uitzendwereld na C4C: bespiegelingen over heden en toekomst», *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2017/1, blz. 96 en J.P.H. Zwemmer, «De uitzendkracht, de gedetacheerde en de payrollwerknemer», in: G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017, blz. 745.

¹⁴ Opvallend is dat degenen die payrollwerknemers inlenen deze nogal eens typeren als vakantiekrachten. Zie: Panteia, *Payrolling in Nederland, de huidige bekendheid, markt en marktpotentie*, 2015, blz. 26.

¹⁵ De toelichting wijst er zelf op dat een payrollwerknemer bij meerdere opdrachtgevers ter beschikking gesteld kan worden, toelichting, algemeen deel, paragraaf 5.1. «gelijke arbeidsvoorwaarden».

permanent ter exclusieve beschikking worden gesteld aan één opdrachtgever. Anderzijds kan bij uitzending sprake zijn van langdurig ter beschikking stellen aan één werkgever, van overeenkomsten voor onbepaalde tijd en van afspraken in de zin dat de werknemer niet zonder instemming van de opdrachtgever elders ter beschikking kan worden gesteld. Gelet hierop is het zeer wel mogelijk dat de band tussen de werknemer en de opdrachtnemer (het payrollbedrijf of uitzendbureau) in bepaalde situaties nauwer is bij payrolling dan bij uitzending.

iii. Conclusie

In het voorgaande is gebleken dat verschillende situaties waarin arbeidskrachten aan een opdrachtgever ter beschikking worden gesteld, gekenmerkt worden door een diversiteit in vormgeving. Daarmee verschilt de arbeidsverhouding tussen formele werkgever (het payrollbedrijf) en werknemer per situatie. Het voorstel miskent deze variëteit en scheert enerzijds verschillende vormen van payrolling teveel over één kam terwijl anderzijds te weinig oog is voor de overeenkomsten die tussen payrolling en uitzending kunnen bestaan.

Om van het uitzendregime gebruik te kunnen maken, dient de opdrachtnemer op grond van het voorstel een allocatiefunctie te vervullen en dient deze geen instemming te behoeven van de opdrachtgever bij het elders ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Dit criterium is evenwel niet beslissend voor de vraag of het door een opdrachtnemer vervulde werkgeverschap louter administratief van aard en gericht is op concurrentie op arbeidsvoorwaarden. Ook andere factoren spelen daarbij een rol, zoals de duur van de terbeschikkingstelling, de aard van de uitgevoerde werkzaamheden en de bij de uitvoering van de uitzendovereenkomst door het payrollbedrijf geleverde inspanningen. Het voor afbakening gehanteerde criterium mist derhalve onderscheidend vermogen. Gelet op de gevolgen die verbonden zijn aan toepassing van het ter afbakening gehanteerde criterium, acht de Afdeling het noodzakelijk dat dit criterium leidt tot een adequaat onderscheid tussen werknemers waarvoor toepassing van het uitzendregime wel en werknemers waarvoor dit niet gerechtvaardigd wordt geacht.¹⁶

De Afdeling adviseert alsnog te voorzien in een criterium dat duidelijk is en onderscheidend vermogen heeft zodat sprake is van een adequaat en gemotiveerd onderscheid tussen verschillende categorieën uitzendwerknemers.

b. Onduidelijkheid criterium «allocatieve functie»

Naast de problematiek van de afbakening van payrolling ten opzichte van uitzending mist de Afdeling in het criterium van de allocatieve functie scherpte en duidelijkheid. De toelichting maakt niet duidelijk wat dient te worden verstaan onder het «samenbrengen van vraag en aanbod». Wordt daar niet aan voldaan wanneer de ter beschikking gestelde werknemer eerst in dienst was bij de opdrachtgever/inlener; of wordt een allocatieve functie altijd geacht te ontbreken indien de opdrachtnemer niet zelf het gehele proces van werving en selectie op zich heeft genomen? Uit het voorstel en de toelichting blijkt ook niet wat te gelden heeft bij het

¹⁶ Zij acht dit mede van belang in het licht van de onderbouwing omtrent de noodzaak en evenredigheid van de getroffen maatregel die is vereist in het licht van de door het voorstel gecreëerde belemmering van het vrij verkeer van diensten (artikel 56 VWEU), voor zover althans deze maatregel gunstiger is dan wel anderszins buiten de reikwijdte van de Uitzendrichtlijn (richtlijn 2008/104/EG van het Europees parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, PB 2008, L 327, blz. 9) valt.

zogenoemde backoffice payrolling waarbij door een vierde partij (een deel van) de werving en selectie plaatsvindt.

Daarnaast wijst de Afdeling erop dat in de praktijk ook uitzendbureaus die van oudsher een actieve rol bij arbeidsbemiddeling vervulden, de werving en selectie van uitzendwerknemers thans (deels) uitbesteden aan gespecialiseerde bureaus of deze laten plaatsvinden via online platforms. De geworven werknemers worden vervolgens via het uitzendbureau aan derden ter beschikking gesteld. Afhankelijk van een ruime of strikte uitleg van het criterium «samenbrengen van vraag en aanbod» kan het wetsvoorstel tot gevolg hebben dat dergelijke vormen van terbeschikkingstelling, die tot op heden als uitzending worden aangemerkt, voortaan onder de voorgestelde beperkingen van het payrollregime vallen.

De Afdeling adviseert scherpte en duidelijkheid te bieden inzake het criterium van de «allocatieve functie» en inzichtelijk te maken in welke situaties een dergelijke functie al dan niet aanwezig wordt geacht.

c. Ontwikking

Om oneigenlijk gebruik van het uitzendregime te voorkomen, kiest het voorstel ervoor een tweetal cumulatieve criteria op te nemen aan de hand waarvan wordt bepaald of het uitzendregime al dan niet van toepassing is. Als geen sprake is van een allocatiefunctie en als de werknemer niet zonder instemming van de opdrachtgever aan een ander ter beschikking gesteld mag worden, is het uitzendregime niet van toepassing. De Afdeling wijst er evenwel op dat gepoogd zal worden om via alternatief vormgegeven payrollovereenkomsten de in het voorstel gehanteerde afbakening tussen payrolling en uitzending te omzeilen. Gelet op de hogere kosten die bij invoering van het voorstel voor het payrollbedrijf en daarmee ook de opdrachtgever verbonden zullen zijn aan het aanmerken van een arbeidsrelatie als payrolling, is het plausibel dat gepoogd zal worden om een allocatiefunctie te construeren, of voor te spiegelen dat er geen sprake is van exclusieve terbeschikkingstelling aan de opdrachtgever, opdat gebruik gemaakt kan blijven worden van het goedkopere, meer flexibele uitzendregime.¹⁷

De Afdeling adviseert in de toelichting alsnog aandacht te besteden aan het vorenstaande.

De Afdeling merkt op dat in het algemeen spraakgebruik verschillende vormen van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten onder de noemer van de term payrolling worden gebracht. Uiteraard zijn ook de initiatiefnemers zich daarvan bewust. In feite is dat ook een onderdeel van het probleem dat zij constateren en dat zij menen te kunnen oplossen met hun voorstel van wet. Zij onderkennen de noodzaak om in het brede scala van varianten van flexibele arbeidsverhoudingen elke variant nauwkeurig te omschrijven. Anders dan de Afdeling lijkt te veronderstellen, is de wetgever de initiatiefnemers daar feitelijk reeds in voorgegaan ten aanzien van de payrollovereenkomst. De Ontslagregeling definieert immers in artikel 1, onderdeel f, de payrollwerkgever als: de werkgever, die op basis van een overeenkomst met een derde, welke niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, een werknemer ter beschikking stelt om in opdracht en onder toezicht en leiding van die derde arbeid te verrichten, waarbij de

¹⁷ Het is bijvoorbeeld mogelijk de werving en selectie van uitzendwerknemers formeel door een payrollonderneming te laten geschieden, terwijl de voormalig werkgever van deze werknemers (informeel) heeft laten weten dat bepaalde werknemers aangenomen moeten worden om vervolgens ter beschikking gesteld te worden.

werkgever die de werknemer ter beschikking stelt alleen met toestemming van die derde gerechtigd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen.

Deze definitie is in de Ontslagregeling opgenomen om te voorzien in de voor payrollconstructies – ten opzichte van andere driehoeksrelaties – specifieke regeling met betrekking tot het verval van een arbeidsplaats wegens bedrijfseconomische redenen. Aan de hand van de omstandigheden bij de opdrachtgever bepalen het UWV en de rechter of aan de voorwaarden voor het verlenen van toestemming is voldaan. Anders dan het geval is bij uitzendkrachten dient de payrollwerkgever die toestemming vraagt de arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer te beëindigen, zijn verzoek te staven met redenen van bedrijfseconomische aard bij de opdrachtgever. Ook met betrekking tot de wederindiensttreddingsvoorwaarde stelt artikel 22 van de Ontslagregeling dat als de opdrachtgever binnen 26 weken na opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst een ander in dienst neemt, de payrollwerknemer door de opdrachtgever (al dan niet via de payrollwerkgever) in de gelegenheid gesteld moet worden zijn vroegere werkzaamheden te hervatten. Als daar niet aan wordt voldaan, kan de payrollwerknemer de rechter verzoeken de opzegging te vernietigen, of de payrollwerkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst met de payrollwerknemer te herstellen, dan wel aan hem een billijke vergoeding toe te kennen ten laste van de payrollwerkgever. Conform de toelichting op de bepaling wordt hiermee bereikt dat de bescherming van payrollwerknemers niet afwijkt van de bescherming van andere werknemers in dienst van de opdrachtgevende werkgever¹⁸.

In bovengenoemde regeling zien initiatiefnemers een bevestiging dat de wetgever reeds eerder aanleiding heeft gezien de payrollwerknemers te vereenzelvigen met hun dagelijkse collega's, die hun arbeid verrichten op grond van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever. De onrechtvaardige situatie dat bij verval van arbeidsplaatsen de payrollwerknemers ongeacht de duur van hun arbeidsverband bij die werkgever, als vanzelfsprekend als eerste het veld zouden moeten ruimen, werd daarmee gecorrigeerd. Het onderhavige wetsvoorstel kent diezelfde grondslag. Ook ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en omstandigheden is een ongelijke behandeling onrechtvaardig, net als in het ontslagrecht.

Gelijke behandeling met collega's die op grond van een dienstverband werken is niet alleen rechtvaardig op zich, maar ook de enige manier om onderbieding op grond van oneerlijke grondslagen tegen te gaan.

De Afdeling geeft aan vragen te hebben bij het criterium van de allocatieve functie. De initiatiefnemers pogen via dit wetsvoorstel duidelijkheid te bieden. De Hoge Raad geeft in zijn arrest van 4 november 2016 aan dat de wetsgeschiedenis geen aanleiding geeft om te veronderstellen dat de allocatiefunctie deel uitmaakt van de artikelen 7:690 en 691 BW. Echter in zijn overweging geeft de Hoge Raad duidelijk aan dat indien «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, [...] het in de eerste plaats aan de wetgever [is] om hier grenzen te stellen.». In de ogen van de initiatiefnemers leiden driehoeksrelaties, zoals payrolling, tot ongewenste situaties waar werknemers met hetzelfde werk slechtere arbeidsvoorwaarden hebben. Doordat de Hoge Raad aangeeft dat het aan de wetgever is om hier grenzen aan te stellen, pakken de initiatiefnemers deze rol op.

¹⁸ Stcrt. 2015, 12685, p. 26.

De Afdeling geeft aan dat door het toevoegen van de twee cumulatieve criteria uit dit wetsvoorstel er mogelijk sprake zal zijn van het ontstaan van alternatief vormgegeven payrollovereenkomsten die de afbakening tussen uitzending en payroll mogelijk gaan omzeilen.

Het verbinden van nadere condities aan een bepaalde contractvorm kan er in sommige gevallen toe leiden dat deze contractvorm minder wordt gebruikt en dat werkgevers uitwijken naar andere contractvormen. Dit weerhoudt de initiatiefnemers er niet van om de ongelijkheid tussen payrollwerknemers en werknemers met hetzelfde werk aan te pakken. Bovendien is de vrees van de Afdeling dat werkgevers grootschalig zullen uitwijken dat het beoogde effect van de maatregelen ongedaan wordt gemaakt, naar het oordeel van de initiatiefnemers, niet terecht.

3. Ongelijke behandeling en recht op collectief onderhandelen

a. Ongelijke behandeling

Het voorstel gaat er vanuit dat payrollbedrijven niet daadwerkelijk werkgeversfuncties vervullen en bepaalt daarom dat deze bedrijven integraal de arbeidsvoorwaarden dienen toe te passen die gelden voor werknemers van de opdrachtgever. Tegelijkertijd blijft deze dienstverlening mogelijk omdat aan payrolling een «ontzorgende functie» wordt toegekend.¹⁹ Zodoende wordt payrolling behandeld als een driehoeksverhouding voortvloeiend uit een uitzendovereenkomst, maar de payroll-werkgever wordt feitelijk behandeld als soort uitvoerder van een arbeidsovereenkomst tussen de opdrachtgever en de werknemer. Payrolling wordt derhalve formeel nog steeds als een vorm van uitzending beschouwd, maar het uitzendregime blijft bij payrollverhoudingen buiten toepassing. Daartoe wordt in de Waadi een gelijke behandelingsnorm opgenomen op grond waarvan payrollwerknemers recht krijgen op dezelfde arbeidsvoorwaarden als werknemers van de opdrachtgever.²⁰

De gekozen vormgeving brengt met zich dat twee verschillende typen uitzendovereenkomsten ontstaan. Naast de «gewone» uitzendovereenkomst, waarop het uitzendregime van artikel 7:691 BW en de cao's voor uitzendkrachten van toepassing zijn, ontstaat een «bijzondere» uitzendovereenkomst specifiek voor payrollwerknemers, waarvoor de bij de inlener geldende cao en het «algemene» regime van de titel over de arbeidsovereenkomst in het BW van toepassing zijn.

Deze systematiek leidt ertoe dat twee groepen werknemers, die elk op basis van een uitzendovereenkomst ter beschikking worden gesteld, materieel ongelijk behandeld worden. Dat is in zoverre problematisch, nu – zoals onder punt 2 reeds is uiteengezet – de arbeidsverhouding tussen payrollwerknemers en payrollbedrijf in de praktijk zeer vergelijkbaar kan zijn met die tussen (andere) uitzendkrachten en uitzendbureau. De band tussen de werknemer en het payrollbedrijf (formele werkgever) kan daarbij in bepaalde gevallen zelfs nauwer zijn dan bij uitzending. De gegeven rechtvaardiging²¹ voor het verschil in behandeling van payrollwerknemers ten opzichte van uitzendwerknemers overtuigt in zoverre onvoldoende.

De Afdeling adviseert deze mogelijke ongelijke behandeling tussen vergelijkbare categorieën werknemers die op basis van een uitzendovereenkomst ter beschikking gesteld zijn alsnog dragend te motiveren en duidelijk te maken waarom het gehanteerde onderscheid noodzakelijk en evenredig is.

¹⁹ Toelichting, algemeen, paragraaf 4 «Beoordeling».

²⁰ Voorgesteld artikel 8a van de Waadi.

²¹ Toelichting, algemeen, paragraaf 2.2. «Onderscheid payrolling en uitzenden».

b. Recht op collectief onderhandelen

De verplichting die het voorstel voor opdrachtnemers (payrollwerkgevers) meebrengt om de arbeidsvoorwaarden toe te passen die gelden voor werknemers van de opdrachtgever roept vragen op in het licht van het recht op collectief onderhandelen, zoals gewaarborgd door verschillende verdragen van de International Labour Organisation, artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest, artikel 11 EVRM en artikel 28 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Arbeidsvoorwaardenvorming vindt doorgaans plaats in onderhandelingen tussen de werkgever(s) en werknemers. In deze onderhandelingen wordt beoogd te komen tot een totaalpakket van arbeidsvoorwaarden, waarbij een evenwicht wordt gezocht tussen de belangen van werknemers en werkgever(s). Aangenomen mag worden dat een dergelijk pakket aan arbeidsvoorwaarden is toegesneden op de bedrijfstak of het bedrijf, doordat vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers hierover overleggen en tot overeenstemming komen.

Het voorstel leidt er echter toe dat de payrollwerkgever arbeidsvoorwaarden dient toe te passen die zijn opgenomen in (collectieve) regelingen waarover hij niet heeft kunnen onderhandelen en dat de regelingen waarover hij wel heeft kunnen onderhandelen de facto niet kunnen worden toegepast. Binnen zijn bedrijf of bedrijfstak (de uitzenden/of payrollbranche) zijn (collectieve) arbeidsvoorwaarden tot stand gekomen in onderhandeling met (vertegenwoordigers van) werknemers, die echter aan de kant worden gezet door de gelijke behandelingsnorm van artikel 8a Waadi. Daarmee wordt de payrollwerkgever afhankelijk van het resultaat van de onderhandelingen in de bedrijfstak en in de onderneming van de opdrachtgever. Hij kan slechts deelnemen aan de onderhandelingen over de arbeidsvoorwaarden die hij op grond van artikel 8a Waadi in acht moet nemen indien hij zich heeft aangesloten bij de werkgeversorganisatie van de desbetreffende bedrijfstak of mede partij wordt bij een ondernemings-cao. In het bijzonder wanneer de payrollwerkgever in diverse sectoren werknemers ter beschikking stelt, zal dat alleen al praktisch moeilijk te realiseren zijn. De toelichting besteedt hieraan ten onrechte geen aandacht.

De Afdeling adviseert in de toelichting alsnog op het vorenstaande in te gaan.

De Afdeling merkt op dat er een verschil wordt gemaakt tussen twee verschillende typen uitzendovereenkomsten. Hoewel de mate van een band tussen de formele werkgever en werknemer inderdaad kan verschillen, blijft er volgens de initiatiefnemers een fundamenteel verschil tussen een payrollbedrijf en een uitzendbureau. Omdat de werving voor de indiensttreding bij een werkelijk uitzendbureau via de formele werknemer gaat, in plaats van door de opdrachtgever, is er sprake van een andere verhouding tussen payrollwerkgever, opdrachtgever en werknemer. De arbeidsvoorwaarden die vastgelegd worden in de arbeidsovereenkomst worden in het geval van werving van de opdrachtgever altijd doorgerekend aan de opdrachtgever. Omdat de opdrachtgever als werver de enige afnemer is van de arbeid van de werknemer, zou volgens de initiatiefnemers ook de collectieve arbeidsvoorwaarden van diens sector bindend moeten zijn.

Voorts stelt de Afdeling dat de payrollwerkgever het recht heeft te onderhandelen over de collectieve arbeidsvoorwaarden met zijn werknemers. De initiatiefnemers vinden het genoemde recht op collectief onderhandelen een belangrijk recht. De initiatiefnemers willen benadrukken dat in payrollovereenkomsten de kosten van de gedane arbeid altijd worden betaald door de opdrachtgever. In de gevallen dat er

sprake is van werving door de opdrachtgever zelf, is het volgens de initiatiefnemers duidelijk dat de werknemer zal werken in de sector van de opdrachtgever. Het is dan ook het recht van die werknemer om mee te delen in de collectieve arbeidsvoorwaarde van die sector.

De werknemer zal dat ook vallen onder de collectieve arbeidsvoorwaarde van de opdrachtgever. De initiatiefnemers verwachten dat een verschil in werkgeverslasten of werknemersverplichtingen door het payrollbedrijf mee kan worden genomen in de prijs die het payrollbedrijf vraagt aan de opdrachtgever. Op deze manier wordt rekening gehouden met de arbeidsomstandigheden in de sector waar de daadwerkelijke arbeid van de payrollwerknemer plaatsvindt. Volgens de initiatiefnemers wordt het recht op collectief onderhandelen daarmee versterkt, niet verzwakt.

4. Toepassing «dezelfde arbeidsvoorwaarden» door payrollbedrijven

De consequentie van de in punt 3 reeds aan de orde gestelde gekozen vormgeving is dat de payrollwerkgever arbeidsvoorwaarden moet toepassen die gelden voor de werknemers die bij de opdrachtgever in dienst zijn. Dit ziet op alle arbeidsvoorwaarden: primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden, alsmede sectorale of ondernemingsregelingen.²² Het voorstel bepaalt dat afwijking bij cao niet mogelijk is,²³ dit in afwijking van het gelijke behandelingsvoorschrift voor uitzendkrachten dat thans reeds bestaat in artikel 8 Waadi.

De Afdeling maakt opmerkingen over de onduidelijkheid en complexiteit die bovenstaande systematiek met zich brengt voor payrollbedrijven en maakt, in verband daarmee, ten slotte een opmerking over de effectiviteit van de in het voorstel gekozen vormgeving.

a. Onduidelijkheid criterium «dezelfde arbeidsvoorwaarden»

Het wetsvoorstel bepaalt dat de payrollwerknemer recht heeft op «dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de opdrachtgever».²⁴ De voorgestelde tekst van het wetsvoorstel suggereert dat telkens van volledig gelijke arbeidsvoorwaarden sprake dient te zijn. De toelichting maakt evenwel niet duidelijk of daarmee beoogd wordt dat in bepaalde situaties de positie van de payrollwerknemers kan verslechteren. Indien het payrollbedrijf bijvoorbeeld op het gebied van scholing of re-integratie faciliteiten aanbiedt die de opdrachtgever niet aan werknemers biedt, zou dat met zich brengen dat payrollwerknemers die worden ingeleend ook geen aanspraak meer mogen hebben op die faciliteiten. Wil een eventuele (partiële) verslechtering van de positie van payrollwerknemers voorkomen worden, dan zal het wetsvoorstel dienen te bepalen dat voor payrollwerknemers ten minste recht bestaat op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers in dienst bij de opdrachtgever/inlener.

Daarnaast is onduidelijk welke arbeidsvoorwaarden moeten worden toegepast indien bij de inlener geen werknemers in dienst zijn en ook geen cao van toepassing is. Weliswaar bepaalt het tweede lid van het voorgestelde artikel 8a van de Waadi dat de arbeidskracht dan recht heeft op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het

²² Toelichting, artikelsgewijs, onderdelen B en C.

²³ Voorgesteld artikel 8a, zesde lid, Waadi.

²⁴ Voorgesteld artikel 8a, eerste lid, Waadi.

beroeps- of bedrijfsleven waarin de opdrachtgever werkzaam is. De vraag is evenwel of, indien in die sector geen cao van kracht is, het payrollbedrijf een zelfstandig onderzoek moet (doen) uitvoeren naar de in de sector gangbare arbeidsvoorwaarden. De toelichting verwijst hierbij naar «rechtspositieregelingen, standaardarbeidsvoorwaarden en gewoonterecht dat heersend is», maar vermeldt niet op welke wijze hierin inzicht dient te worden verkregen door het payrollbedrijf.

De Afdeling adviseert in het licht van het vorenstaande nader te verduidelijken wat verstaan wordt onder toepassing van dezelfde arbeidsvoorwaarden en het voorstel aan te passen.

b. Complexiteit voor payrollwerkgevers

De realisatie van het aan payrollwerknemers toegekende recht op gelijke behandeling ten opzichte van werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij de opdrachtgever vergt in de eerste plaats, dat de payrollwerkgever voor elke werknemer een vergelijking moet maken met werknemers die in dienst zijn bij de opdrachtgever en een vergelijkbare functie uitoefenen. De payrollwerkgever zal de werkzaamheden van beide werknemers moeten vergelijken. Wanneer er bij de inlener door werknemers geen met de door de payrollwerknemer uitgeoefende functies zijn, dient vergeleken te worden met werknemers die werkzaam zijn in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector waarin de opdrachtgever werkzaam is. Dit zal in de praktijk een ingewikkelde opgave zijn, waarbij de payrollwerkgever afhankelijk is van door de opdrachtgever aangeleverde informatie over de aldaar geldende arbeidsvoorwaarden. Het voorstel maakt daarnaast niet duidelijk in hoeverre bij de beoordeling van «gelijke of gelijkwaardige functies» rekening gehouden mag worden met omstandigheden als ervaring, expertise etc.

Indien de vergelijking tussen functies heeft plaatsgevonden moet de payrollwerkgever vervolgens de arbeidsvoorwaarden toepassen van de werknemer ten opzichte waarvan de payrollwerknemer een vergelijkbare functie uitoefent. Alle arbeidsvoorwaarden waarop eerstgenoemde werknemer recht heeft, dienen ook op de payrollwerknemer te worden toegepast. Dit vergt veel van de payrollwerkgever. Immers ook regelingen op het niveau van de specifieke onderneming (of onderdeel van die onderneming) dienen toegepast te worden. Het recht op «dezelfde arbeidsvoorwaarden» dat aan payrollwerknemers wordt toegekend, impliceert dat de payrollwerkgever moet zorgen voor gelijkheid met werknemers van de opdrachtgever tot op het niveau van kerstgeschenken etc.

Het voorstel brengt daarnaast met zich dat payrollwerkgevers die werknemers ter beschikking stellen aan verschillende opdrachtgevers, een grote variëteit aan arbeidsvoorwaardelijke regelingen dienen toe te passen. Wanneer zij actief zijn in diverse bedrijven en bedrijfstakken, hetgeen geen uitzondering is, zullen de uit de verschillende cao's voortvloeiende en op ondernemingsniveau geldende arbeidsvoorwaarden toegepast moeten worden op ter beschikking gestelde payrollwerknemers.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het vorenstaande in te gaan en nader te verduidelijken op welke wijze payrollwerkgevers kunnen voldoen aan de aan hen gestelde eisen.

c. Gelijkwaardige pensioenregeling

De hiervoor geschetste problematiek doet zich in versterkte vorm voor ten aanzien van de te treffen pensioenregeling. Het voorstel kiest ervoor payrollwerknemers het recht toe te kennen op een pensioenregeling die ten minste gelijkwaardig is aan de pensioenregeling van een werknemer in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst bij de opdrachtgever. Bij algemene maatregel van bestuur zullen regels worden gesteld omtrent de voorwaarden waaraan voldaan moet worden wil sprake zijn van een gelijkwaardige pensioenregeling. De toelichting maakt duidelijk dat van een dergelijke regeling sprake is indien de payrollwerkgever zich aansluit bij het bedrijfstakpensioenfonds van de opdrachtgever dan wel bij een andere pensioenuitvoerder een pensioenregeling treft die ten minste actuarieel gelijkwaardig is aan de pensioenregeling van de opdrachtgever.²⁵

De bereidheid van de payrollwerkgever om aansluiting bij een bedrijfstak- of ondernemingspensioenfonds te realiseren is echter niet voldoende om dit resultaat te bereiken. Vrijwillige aansluiting is alleen mogelijk indien de werkingssfeer van het fonds waarbij aansluiting gezocht wordt dit toelaat.²⁶ Daarnaast is het payrollbedrijf afhankelijk van de medewerking van het fonds waarbij aansluiting wordt gezocht. Indien er sprake is van een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, zoals het fonds voor de uitzendsector, dient daarenboven ook vrijstelling te worden gevraagd van deze verplichtstelling.

Is aansluiting bij het pensioenfonds van de inlener niet mogelijk, dan is de door de toelichting geformuleerde eis van een actuarieel gelijkwaardige pensioenregeling van belang. Daaraan zal in elk geval voldaan moeten worden om van een «vergelijkbare pensioenregeling» te kunnen spreken. De Afdeling merkt over deze eis op dat, alhoewel over de vergelijkbaarheid van pensioenregelingen nadere regels gesteld zullen worden, op voorhand duidelijk is dat deze eis lastig hanteerbaar zal zijn voor payrollwerkgevers. Pensioenregelingen zijn naar hun aard immers lastig met elkaar te vergelijken. Het gaat om aanspraken met betrekking tot opgebouwd kapitaal die in de toekomst zullen leiden tot een pensioenuitkering van een zekere hoogte. Dat maakt het voor werkgevers buitengewoon lastig om te beoordelen of sprake is van vergelijkbare regelingen. Bijvoorbeeld wanneer de payrollwerkgever een vergelijking moet maken tussen een beschikbare premie regeling (dc-regeling) en een uitkeringsregeling (db-regeling) is de eis van actuariële vergelijkbaarheid voor hem moeilijk te hanteren. Waar moet de vergelijkbare pensioenregeling aan voldoen om dit te bereiken? Bij een uitkeringsregeling verkrijgt een werknemer aanspraken op toekomstig pensioen van een bepaalde toegezegde hoogte, terwijl bij een premieregeling juist geen toezegging wordt gedaan over de hoogte van de uiteindelijke uitkering en alleen kapitaal wordt opgebouwd dat op het moment van pensioneren wordt omgezet in een uitkering. Genoemde regelingen verschillen derhalve zodanig dat niet in te zien valt hoe deze op een zinvolle wijze door een payrollwerkgever vergeleken kunnen worden opdat vastgesteld kan worden dat ze actuarieel vergelijkbaar zijn.

In het licht van het voorgaande is het zeer de vraag in hoeverre payrollwerkgevers de eis van actuarieel gelijkwaardige pensioenregelingen ten aanzien van hun werknemers kunnen realiseren. Weliswaar kunnen afzonderlijke kenmerken van een pensioenregeling worden vergeleken, zoals de premie-inleg, maar vervolgens is het actuariële resultaat

²⁵ Toelichting, algemeen, paragraaf 5.3 «Pensioen».

²⁶ Zie artikelen 121 en 121a Pensioenwet.

afhankelijk van parameters zoals de samenstelling van het deelnemersbestand, de hoeveelheid deelnemers, de in een regeling georganiseerde solidariteit, het beleggingsbeleid en de beleggingsresultaten. Wanneer de payrollwerkgever eenzelfde premie-inleg hanteert voor zijn werknemers als de opdrachtgever/inlener hanteert, kan het resultaat van die inleg niettemin zeer verschillend zijn, zonder dat de payrollwerkgever daarop invloed heeft.

De Afdeling adviseert, gelet op het vorenstaande, de eis van het voorstel om een pensioenregeling te treffen die actuariael gelijkwaardig is aan de regeling van de opdrachtgever te laten vervallen nu deze eis voor payrollwerkgevers niet te realiseren zal zijn.

d. Effectiviteit van de gekozen vormgeving

In het voorgaande is er reeds op gewezen dat, alhoewel het voorstel er vanuit gaat dat payrollbedrijven niet daadwerkelijk werkgeversfuncties vervullen, ze formeel toch worden beschouwd als werkgever. Uit de toelichting blijkt dat de keuze voor de vormgeving van het voorstel samenhangt met de wens om de ontzorgende functie te behouden die payrolling op de arbeidsmarkt kan vervullen.²⁷ Gelet op de knelpunten waartoe de voorgestelde systematiek leidt en de complexiteit die het vereiste van toepassing van dezelfde arbeidsvoorwaarden als die van werknemers van de opdrachtgever/inlener voor payrollwerkgevers met zich brengt, is het evenwel de vraag in hoeverre deze functie in de praktijk door payrollbedrijven nog vervuld zal kunnen worden als onderhavig voorstel in werking treedt. Het toepassen van het arbeidsvoorwaardelijk regime zal voor payrollwerkgevers bewerkelijk en complex zijn. De tijd en kosten die daarmee samenhangen zullen ook doorberekend worden aan opdrachtgevers. Die toename van kosten komt bovenop de kostenstijging die de gelijke behandeling van payrollwerknemers met werknemers van de opdrachtgever, mede gelet op de daar veelal gunstiger arbeidsvoorwaarden, toch al met zich brengt.²⁸ Gelet hierop lijkt het – in weerwil van de ratio achter de gekozen vormgeving – weinig waarschijnlijk dat in de toekomst nog gebruik gemaakt zal worden van de ontzorgende functie van payrolling die het wetsvoorstel zegt te willen behouden.

Naar verwachting zullen andere, goedkopere wegen gezocht worden om de functies die payrollbedrijven thans vervullen vorm te geven. Afhankelijk van het motief dat een opdrachtgever heeft om payrolling te gebruiken, bestaan alternatieven voor payrolling zoals het uitbesteden van productie aan andere bedrijven, het inhuren van bedrijven voor bepaalde dienstverlening, het tijdelijk uitbreiden van de werktijden van het vaste personeel, het aangaan van tijdelijke arbeidsovereenkomsten, het inhuren van zzp'ers of het aangaan van vaste arbeidsovereenkomsten. Daarnaast bestaat er nog de mogelijkheid dat de door het voorstel gekozen afbakening wordt omzeild (punt 2c). Het gevolg is dat de positie van degenen die thans als payrollwerknemer werkzaam zijn, niet noodzakelijkerwijs zal verbeteren ten opzichte van de huidige situatie.

Het vorenstaande illustreert dat een geïsoleerde aanpak van payrolling niet in staat zal zijn om het probleem van het omzeilen van werknemersbescherming op te lossen. Ongeacht de vormgeving zal ieder voorstel om de problematiek van oneigenlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden

²⁷ Toelichting, algemeen, paragraaf 4 «Beoordeling».

²⁸ Payrollwerknemers worden voor een opdrachtgever/inlener duurder dan uitzendkrachten en naar verwachting ook duurder dan werknemers die bij de opdrachtgever in dienst zijn. Payrollwerknemers hebben immers recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden, maar daarnaast zal het payrollbedrijf nog een vergoeding moeten worden betaald.

door constructies van terbeschikkingstelling aan te pakken, leiden tot een «waterbed-effect» als de op de arbeidsmarkt ervaren disbalans tussen flexibiliteit en zekerheid niet breder wordt aangepakt.

De Afdeling wijst erop dat het bovenstaande ook geldt indien een alternatieve vormgeving gekozen zou worden om onderscheid te maken tussen verschillende categorieën ter beschikking gestelde arbeidskrachten, bijvoorbeeld door in de definitie van de uitzendovereenkomst alternatieve of aanvullende eisen op te nemen.²⁹ Enerzijds zou een dergelijke vormgeving, waarbij bijvoorbeeld eisen opgenomen worden over de duur van de terbeschikkingstelling of invulling van het werkgeverschap, beter inpasbaar zijn in het bestaande wettelijke stelsel en op minder praktische bezwaren stuiten dan de in het voorstel gehanteerde vormgeving. Maar ook indien een dergelijke vormgeving gekozen wordt, blijft in de praktijk behoefte bestaan om nieuwe constructies te ontwikkelen om grotere flexibiliteit te realiseren. Voornoemde vormgeving doet immers niets af aan de – ook bij andere partijen dan payrollwerknemers – bestaande behoefte aan meer balans tussen flexibiliteit en zekerheid en laat eveneens de onder punt 2 gemaakte opmerkingen over de afbakening van de doelgroep onverlet.

De Afdeling wijst erop dat het wetsvoorstel bepaalt dat de payrollwerknemer recht heeft op «dezelfde arbeidsvoorwaarden» en dat dit er in de praktijk ook op neer kan komen dat dit een verslechtering betekent van de positie van de payrollwerknemer. De suggestie van de Afdeling om in het voorstel daarom «ten minste» op te nemen, nemen de initiatiefnemers graag over. Het voorstel en de toelichting zullen op dit punt worden aangepast.

Voorts vraagt de Afdeling of het payrollbedrijf, indien bij de inlener geen werknemers in dienst zijn en er ook geen cao van toepassing is in de sector, een zelfstandig onderzoek moet doen naar de in de sector gangbare arbeidsvoorwaarden. De initiatiefnemers wijzen erop dat dit wetsvoorstel er mede op gericht is het misbruik van payrollen terug te dringen, teneinde dat het weer daarvoor wordt ingezet, waarvoor het oorspronkelijk is bedoeld: het ontlasten van met name kleine bedrijven, zowel qua administratie als werkgeversrisico's.

Gelet op de explosieve groei van payrollen bij met name grote bedrijven, concluderen de initiatiefnemers dat payrollen momenteel te vaak misbruikt wordt als verdienmodel door te concurreren op arbeidsvoorwaarden. In dat licht bezien zijn de initiatiefnemers van mening dat een administratieve lastenverzwaring voor payrollbedrijven, bijvoorbeeld doordat het betreffende bedrijf eigen onderzoek moet doen, niet per definitie negatief is. In tegendeel: gelet op het misbruik en de explosieve groei van payrollen, kan juist geconcludeerd worden dat deze vorm van flexibele arbeid momenteel te goedkoop wordt aangeboden en zo oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden in de hand werkt.

De Afdeling wijst op de mogelijke onduidelijkheid bij de beoordeling van «gelijke of gelijkwaardige functies». De initiatiefnemers erkennen dat dit inderdaad mogelijk is. Zij wijzen er echter ook op dat dergelijke onduidelikheden gelden bij elke vorm van gelijke behandeling, waaronder gelijke betaling voor mannen en vrouwen. Hiervoor is uitgebreide jurisprudentie beschikbaar die uitkomst kan bieden.

²⁹ Uit de brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 15 december 2017 blijkt dat het kabinet voornemens is na te denken over de vraag of via aanpassing van de definitie van de uitzendovereenkomst bij payrolling het formeel en materieel werkgeverschap dichter bij elkaar kan worden gebracht, Kamerstukken II 2017/18, 29 544, nr. 813, blz. 4.

De Afdeling merkt op dat het payrollbedrijf afhankelijk is van de medewerking van het pensioenfonds waarbij aansluiting wordt gezocht. De initiatiefnemers wijzen er hierbij op dat er ook voor kan worden gekozen om aan te sluiten bij een andere pensioenuitvoerder, zolang de te treffen pensioenregeling ten minste actuariel gelijkwaardig is aan de pensioenregeling van de opdrachtgever. De initiatiefnemers delen niet de mening van de Afdeling dat het niet mogelijk zou zijn voor payrollwerkgevers om actuariële gelijkwaardigheid aan te tonen. De doelstelling van dit voorstel is om payrollwerknemers ten minste een gelijkwaardige pensioenregeling aan te bieden. In de praktijk geeft dit werkgevers juist de ruimte om maatwerk te leveren.

De constatering van de Afdeling dat indien er sprake is van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds, zoals in de uitzendsector, er dan een vrijstelling moet worden gevraagd, is juist.

De Afdeling stelt dat het toepassen van een arbeidsvoorwaardelijk regime, voor payrollwerkgevers bewerkelijk en complex is. De initiatiefnemers erkennen dat. Zij benadrukken echter dat dit noodzakelijk is om de oneigenlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden tussen payrollwerknemers en werknemers die in dienst zijn bij het inlenende bedrijf, een halt toe te roepen. Het ontmoedigen van oneigenlijk gebruik van payrollen, bijvoorbeeld door extra administratieve verplichtingen, is volgens de initiatiefnemers daarom acceptabel. Dat er hierdoor in zijn geheel geen gebruik meer zal worden gemaakt van payroll zoals de Afdeling suggereert, achten de initiatiefnemers niet waarschijnlijk. Er zal behoefte blijven bestaan aan de ontzorgende functie van payrollen. Het verschil ten opzichte van de huidige situatie zal echter zijn dat er een eerlijke prijs voor deze vorm van flexibele arbeid wordt betaald en dat misbruik ervan aan banden wordt gelegd.

De initiatiefnemers verwachten evenals de Afdeling dat er altijd naar nog goedkopere wegen gezocht zal worden om de functie die payrollbedrijven nu vervullen, vorm te geven. Dit is voor de initiatiefnemers echter geen aanleiding om het misbruik van payrollen en daarmee de oneigenlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden tussen werknemers die hetzelfde werk doen, dan maar oogluikend toe te staan.

5. Conclusie

Bezien vanuit de uitholling van de arbeidsrechtelijke werknemersbescherming die oneigenlijk gebruik van terbeschikkingstelling tot gevolg kan hebben, valt het te begrijpen dat het voorstel payrollwerknemers poogt te beschermen en voor hen het soepele uitzendregime buiten toepassing verklaart. De Afdeling komt evenwel tot de conclusie dat de door het voorstel gekozen aanpak om de behandeling van payrollwerknemers afzonderlijk te bezien, los van de breder bestaande disbalans tussen flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt, ontoereikend is om de gesignaleerde problematiek effectief tegen te gaan. De door het voorstel nagestreefde bescherming van payrollwerknemers kan en zal via andere wegen worden ontweken.

De Afdeling concludeert tevens dat de voorgestelde criteria ter afbakening van het soepele uitzendregime niet geschikt zijn omdat zij onvoldoende onderscheidend vermogen hebben. Daarnaast leidt de door het voorstel gehanteerde systematiek volgens de Afdeling tot juridische knelpunten en is deze voor payrollwerkgevers bewerkelijk, complex en maakt payrolling veel duurder. Deze opmerkingen maken duidelijk dat het ook na inwerkingtreding van het wetsvoorstel aantrekkelijk blijft om de beoogde

aanvullende bescherming voor payrollwerknemers te ontwijken. Daarvoor bestaan ook na inwerkingtreding van het voorstel nog tal van mogelijkheden.

In het licht hiervan adviseert de Afdeling de problematiek van het omzeilen van werknemersbescherming door constructies van terbeschikkingstelling te bezien in samenhang met de bredere arbeidsmarktdiscussie, gericht op verkleining van de verschillen tussen vaste en flexibele arbeidsrelaties.

De initiatiefnemers zijn het met de Afdeling eens dat er in sommige gevallen sprake is van uitholling van de arbeidsrechtelijke werknemersbescherming. Zij proberen het oneigenlijk gebruik van terbeschikkingstelling aan te passen en erkennen met de Afdeling, dat er meerdere oplossingen nodig zijn om een goede balans op de arbeidsmarkt te herstellen. Daarom willen de initiatiefnemers graag wijzen op hun voorstel over het creëren van verschillende ww-tarieven voor vaste arbeid en flexarbeid. Dat er wellicht meerdere oplossingen nodig zijn, doet volgens de initiatiefnemers geen afbreuk aan dit voorstel op zich.

De Afdeling is van mening dat het voorstel voor payrollbedrijven bewerkelijk en complex is en dat payrolling veel duurder wordt. De initiatiefnemers erkennen dat voor payrollbedrijven de systematiek met betrekking tot het vaststellen van de collectieve regelingen ingewikkelder wordt. Zij erkennen tevens dat het uitlenen van werknemers via een payrollconstructie duurder wordt. Zij menen echter dat het vanzelfsprekend is dat een ontzorgende service, zoals payrolling, kosten met zich meebrengt en dat flexibele werknemers duurder zijn dan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In de huidige situatie komen deze kosten terecht bij de werknemer die verslechterde arbeidsomstandigheden kent en minder vaak een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft. De initiatiefnemers willen in hun voorstel de kosten neerleggen bij de opdrachtgever en payrollwerkgever.

De Afdeling adviseert de discussie te bezien in samenhang met de bredere arbeidsmarktdiscussie. De initiatiefnemers sluiten niet uit verdere initiatieven te ontplooiën of te steunen, maar zien deze initiatiefwet als een eerste stap in de richting van een eerlijke arbeidsmarkt.

6. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De initiatiefnemers nemen deze wijziging over.

*De Vice-President van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

De initiatiefnemers,
Gijs van Dijk
Özdil
Van Kent