

Is het gesjacher met payroll nu eindelijk voorbij?

30-08-2019 | Door Jasper Commandeur
werkzaam bij Brainnet B.V.



“Payroll is gesjacher van de bovenste plank waar een fatsoenlijk land zich voor moet schamen. In België en Duitsland is het verboden”

Deze dringende boodschap kregen de leden van de Eerste Kamer, voordat zij besloten in te stemmen met de Wet Arbeidsmarkt in Balans¹ (WAB)². Kennelijk was er jarenlang iets goed mis met de arbeidscontracten van ongeveer 200.000³ werknemers, die langdurig voor een bedrijf werken dat niet hun werkgever is. Deze groep heeft een arbeidsovereenkomst met een ‘payrollbedrijf’, dat hen ter beschikking stelt aan een ander bedrijf: een inlener.

Om iets aan dit probleem op de arbeidsmarkt te doen, krijgen deze werknemers volgend jaar recht op exact dezelfde arbeidsvoorwaarden als hun collega’s op de werkplek. Met uitzondering van de pensioenregeling. Eén jaar later, vanaf 1 januari 2021, moet echter ook de pensioenregeling ten minste gelijk zijn. Of in ieder geval ‘adequaat’. Concurrentie op arbeidsvoorwaarden mag dan niet meer. Bedrijven die arbeidskracht aan derden ter beschikking stellen, doen er goed aan om nu vast te bepalen of zij een payrollorganisatie (kunnen) zijn en na te denken in hoeverre zij maatregelen moeten treffen. Want, als straks blijkt dat er ‘gesjacherd’ is, is één ding duidelijk: de financiële gevolgen zullen groot zijn. In deze bijdrage stel ik mezelf de vraag of gesjacher inderdaad een zekerheid is bij payrollovereenkomsten, waar een payrollwerknemer straks recht op heeft, in het bijzonder met betrekking tot pensioen en wat de juridische gevolgen zijn als niet naar de nieuwe regels wordt gehandeld.

¹ Kamerstukken I 2018/19, 35 074, Wet arbeidsmarkt in balans. Voor een verkort overzicht van de wijzigingen zie: <https://www.zipconomy.nl/2019/05/wab-nog-geen-gelopen-race-voor-koolmees/>

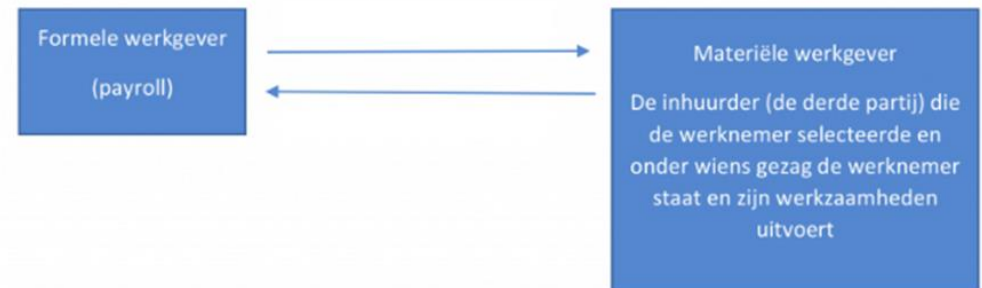
² Kamerstukken I 2018/19, 35 074, C herdruk.

³ Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, 5.3.2.

Wat is een payrollovereenkomst en hoe wordt er gesjacherd?

Op dit moment verschilt een payrollovereenkomst in juridische zin bijna niet van een uitzendovereenkomst⁴. Een payrollbedrijf is de formele werkgever maar feitelijk werkt de werknemer voor een bedrijf waarmee de werknemer geen contract heeft. De werknemer werkt voor een zogenoemde ‘materiële werkgever’, ook wel inhuurder of inlener genoemd.

Schematisch:



Uitzendwerkgevers hebben een belangrijke rol bij het ontzorgen van bedrijven met een behoefte aan flexibele arbeid, zodat zij snel kunnen reageren op veranderende marktomstandigheden⁵. Een werkgever is onder de huidige regels al verplicht om ten minste dezelfde primaire beloning te betalen aan vergelijkbare werknemers in de organisatie van de opdrachtgever. Welke arbeidsvoorwaarden een payrollbedrijf ten minste moet hebben is met de vakbonden afgesproken in een collectieve arbeidsovereenkomst (cao).

⁴ Hoge Raad, 4 november 2016, 15/00920, ECLI:NL:HR:2016:2356 (Care4Care-arrest). Een belangrijk onderscheid tussen uitzenden en payroll wordt wel gemaakt in het Ontslagbesluit: de regels op basis waarvan het UWV een ontslag wel- of niet goedkeurt.

⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 4 e.v.

Daarin staat dat een payrollwerknemer grofweg ten minste recht heeft op het zelfde loon als een gelijke- of gelijkwaardige werknemer, die in dienst is van de inlener⁶. Een compensatie in geld kan eventueel afgesproken worden voor arbeidsvoorwaarden die niet in het vaste maandsalaris zijn opgenomen. Bijvoorbeeld voor een korting op hypotheekrente voor medewerkers van een bank of een fietsenplan.

Wat is het probleem dan? Het probleem is dat nu niet bij wet is vastgelegd dat alle arbeidsvoorwaarden ten minste exact gelijk zijn. Daarnaast is er minder ontslagbescherming, zolang een uitzendbeding van toepassing is of een uitzend-cao wordt toegepast⁷. Als geen compenserende afspraken met de vakbond zijn gemaakt, zijn de arbeidsvoorwaarden van een payrollmedewerker uiteindelijk slechter dan de voorwaarden van het personeel van de inlener zelf. Zie bijlage 1 voor een overzicht van arbeidsvoorwaarden die nu niet wettelijk verplicht zijn voor payrollbedrijven en straks dus wél verplicht zullen zijn. De naar verwachting meest voorkomende verschillen in arbeidsvoorwaarden betreffen de zogenoemde 13^e maand, loondoorbetaling bij ziekte en aanvullingen op de WW en ZW/WIA-uitkering⁸. Dat verschil in arbeidsvoorwaarden kan een payrollbedrijf een concurrentievoordeel opleveren.

Uit de stelling van de in de inleiding aangehaalde deskundigen dat sprake is van 'gesjacher', leid ik af dat sommige inleners, payrollbedrijven en vakbonden in de praktijk vaak geen compensatie afspreken. Maar toegegeven, een besparing op de loonkosten zal het werk inderdaad goedkoper maken. Tenminste, als het resultaat van de salarisonderhandeling tot een minder goede uitkomst heeft geleid. Buiten de cao om kunnen ook juist (veel) betere arbeidsvoorwaarden worden afgesproken. Om het concurrentievoordeel bij minder succesvolle salarisonderhandelingen weg te nemen, moeten de arbeidsvoorwaarden straks dus verplicht exact gelijk zijn aan de arbeidsvoorwaarden van het personeel van de inlener of in de sector⁹ of geldelijk

⁶ Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, artikel 8 jo ABU cao, p. 8 e.v. of NBBU cao p. 22 e.v.

⁷ 7:691 jo 7:668a BW

⁸ Kamerstukken I 2018/2019, 35 074, D, 1.12.

⁹ Dus ook voor vergelijkbare werknemers in de sector. Zie artikel 8a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs. In de parlementaire behandeling is in dit kader opgemerkt dat de beloning in vergelijking met werknemers in de sector niet slechts gelijk moet zijn aan hetgeen bij cao is overeengekomen maar ook ziet op eventuele rechtspositieregelingen, standaardvoorwaarden en gewoonterecht dat heersend is in de sector (Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 145).

gecompenseerd worden¹⁰. Afwijkingen bij cao, ten nadele van de werknemer, zijn niet meer mogelijk.

De nieuwe definitie van de payrollovereenkomst

Gelijke arbeidsvoorwaarden zijn straks verplicht als een arbeidsovereenkomst de volgende kenmerken heeft¹¹:

(...) **de uitzendovereenkomst**, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde **niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen**.

Een arbeidsovereenkomst is vanaf 1 januari a.s. dus een payrollovereenkomst als (cumulatief):

- 1- Een overeenkomst tot stand is gekomen met een organisatie die werknemers aan derden ter beschikking stelt, in het kader van een beroep of bedrijf;
- 2- de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft, waarin staat dat hij of zij aan die derde (de inlener) ter beschikking wordt gesteld, om daar onder leiding en toezicht werkzaam te zijn¹²;
- 3- het payrollbedrijf met de inlener heeft afgesproken dat *deze mag bepalen of het payrollbedrijf deze werknemer ook aan anderen ter beschikking mag stellen*; en
- 4- Waarbij daarnaast van belang is dat de overeenkomst niet tot stand is gekomen in het kader van het *samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt*.

Na een eerste lezing zal het u 'globaal' duidelijk zijn om wie het gaat. De 'sacheraars'. Veel meer dan globaal kunt u echter niet weten voor wie de wet is bedoeld¹³. Dat is problematisch.

¹⁰ Zie over de (geldelijke) compensatie Kamerstukken II 2018/19, 35 074, 3, 2.4.3.7.

¹¹ 7:692 BW (nieuw)

¹² 7:690 BW

¹³ Zie Raad van State, 11 oktober 2018, nr. W12.18.0178/III. De wetgever heeft niet aangegeven waar precies de grens ligt tussen 'gewoon uitzenden' en het payrollcontract. Zie in dit kader ook: Stichting van de Arbeid, 11 mei 2012, kenmerk: S.A.12.028.36 JM/JS.

Uit de wettekst volgt dat geen sprake is van payroll als een bedrijf vraag en aanbod bij elkaar brengt. Bedrijven ontzorgen, door te voorzien in arbeidskracht als dat nodig is, mag wel en moet mogelijk blijven. Een behoefte aan terbeschikkingstelling van personeel bij een inlener en het leveren door een werkgever is dan al snel voldoende om tot de conclusie te komen dat van payrollen *geen sprake* is. Aangenomen dat de betreffende werkgever méér is dan alleen een contractueel verlengstuk van de inlener¹⁴. Een ruime meerderheid in de Tweede Kamer verwierp niet voor niets een voorstel om werving en selectie expliciet een voorwaarde te maken voor het bestaan van een ‘normale uitzendovereenkomst’¹⁵.

Bij het lezen van de toelichting bij de wet ontstaat echter de indruk dat met name het wel- of niet werven en selecteren van werknemers van essentieel belang is, bij het maken van onderscheid tussen ‘normaal uitzenden’ en ‘payrollen’. Als de inlener de werving en selectie van de werknemer zelf heeft gedaan, lijkt er - uitgaande van die teksten - juist wél al snel sprake van een payrollovereenkomst. Ongeacht of de formele werkgever daadwerkelijk reële werkgeverstaken vervult¹⁶. Daarmee lijkt de wetgever gelijktijdig twee sporen te bewandelen, waarbij de wettekst naar mijn mening doorslaggevend zou moeten zijn. Enerzijds mogen marktpartijen zelf bepalen hoe zij voorzien in hun arbeidsbehoefte, anderzijds lijkt de wens te bestaan om uitzendbedrijven te verplichten om zelf de werving en selectie uit te voeren. Maar als werving en selectie de norm is, waarom staat dat dan niet in de wettekst?

Hoe komt de praktijk te weten om wie het gaat?

Nu de wetgever geen scherpe definitie van de payrollovereenkomst heeft gegeven, zullen rechters dat moeten doen. Rechters zullen de relevante feiten en omstandig-

heden moeten wegen, per situatie. De intenties van partijen zijn daarbij van belang¹⁷ en volgens de toelichting bij de wet moet de rechter met name letten op de volgende indicaties:

	<i>Inlener bepaalt of ook aan anderen ter beschikking mag worden gesteld (exclusiviteit)</i> ¹⁸	<i>In het kader van samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt (allocatiefunctie)</i> ¹⁹
1	De werkgever en de inlener hebben exclusiviteit afgesproken (al dan niet schriftelijk).	De werkgever heeft zelf geworven en geselecteerd. Bijvoorbeeld door plaatsing van een vacature, het actief benaderen van potentiële arbeidskrachten en het actief benaderen van inleners. ²⁰
2	De arbeidskracht is medegedeeld dat hij exclusief ter beschikking wordt gesteld en feitelijk is dat ook gebeurd.	De inlener heeft beperkt bemoeienis gehad met de werving en selectie of een derde partij daartoe opdracht gegeven.
3	De arbeidskracht is al lange tijd (exclusief) voor één inlener ter beschikking gesteld en/of voorheen werkzaam geweest.	De inlener heeft geen bemoeienis gehad bij de werving van arbeidskrachten die eerder al in dienst bij de inlener waren.

¹⁴ Door de Vereniging voor Arbeidsrechtadvocaten Nederland (VAAN) en de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) is op 3 mei 2018 het standpunt ingenomen dat de rol van een uitzendwerkgever vooral meer moet zijn dan een contractueel verlengstuk van de opdrachtgever (zelfstandige uitvoering van werving/scholing/herplaatsing/re-integratie), waarbij de relatie niet bedoeld mag zijn om juridische/financiële verplichtingen te omzeilen.

¹⁵ Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 27. Voorgesteld is om de speciale regels voor uitzendbureaus alleen nog van toepassing zouden zijn als zij aan werving en selectie doen. Zie ook Conclusie AG mr. Van Peusem van 15 april 2016, ECLI:NL:PHR:2016:238. Daarin merkt hij op dat in de ruime zin met allocatiefunctie niet meer wordt bedoeld dan dat de werkgever zich bedrijfs- of beroepsmatig bezighoudt met de terbeschikkingstelling van werknemers aan opdrachtgevers.

¹⁶ Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 30 e.v., Memorie van toelichting.

¹⁷ Zie in relatief recente rechtspraak bijvoorbeeld Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 13 september 2017, nr. 5700738 CV EXPL 17-637, ECLI:NL:RBZWB:2017:6294. In deze uitspraak was de bedoe-ling van partijen voldoende duidelijk, hoewel een aantal werkgeverstaken bij de inlener lag.

¹⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 42.

¹⁹ Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 39.

²⁰ Of de werknemers vervolgens na doorlening aan een derde ter beschikking worden gesteld, maakt daarbij niet uit. De minister schrijft dat van belang is dat de formele werkgever de werving en selectie op zich heeft genomen (Kamerstukken I 2018/19, 35 074, D, p. 44).

4	De arbeidskracht moet praktische zaken met de inlener afspreken, zoals vakanties (en andere aan de arbeidsvoorwaarden gerelateerde zaken).	De werkgever houdt zich voornamelijk bezig met het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van tijdelijke arbeid en de overeenkomst is van tijdelijke aard. Bijvoorbeeld bij vervanging van werknemers tijdens ziekte of andere afwezigheid, het opvangen van piekuren of soortgelijke plotseling opkomende werkzaamheden.
5	De inlener heeft bemoeienis met het personeelsbeleid met betrekking tot de arbeidskracht, zoals functionerings- en beoordelingsgesprekken.	De werkzaamheden bij de inlener zijn niet van structurele aard. Het gaat om een tijdelijke vraag naar arbeid ²¹ .
6	De inlener heeft controle op het beloningsbeleid van de werkgever.	De werkgever heeft in het geheel geen 'allocatieve' activiteiten. Bijvoorbeeld het hebben van een vacaturesite en intercedenten in dienst, die actief werven en selecteren.

De rechter kan met deze indicaties beoordelen of een payrollovereenkomst is afgesloten. Dat is het geval als exclusief aan één inlener ter beschikking is gesteld (2^e kolom), waarbij de uitlener geen allocatiefunctie heeft (3^e kolom). Merk op dat de schriftelijke, contractuele werkelijkheid dus niet leidend is en de praktijk vele grijstinten kent. In het contract met de inlener kan staan dat een werknemer ook aan anderen ter beschikking gesteld mag worden. Maar denkt u dat het veel voorkomt dat een inlener (en de werknemer) geen enkele inspraak heeft op overplaatsing? Of dat het de inlener om het even is wie er bij hem komt werken? In de vroegere cao voor pay-

²¹ In een uitspraak van Rechtbank Amsterdam werd bijvoorbeeld na werving door een uitzendbureau een allocatiefunctie aangenomen. In die uitspraak was het de bedoeling dat werknemers na 1.000 uur uitlenen in vaste dienst zouden treden (Rechtbank Amsterdam, 20 juli 2015, nr. 2829596, ECLI:NL:BBAMS:2015:10268).

rollondernemingen was het ook van belang dat sprake is van een 'in beginsel langdurige opdracht'²². Dat kenmerk lijkt me concreter en daardoor gemakkelijker bij de uitvoering dan de kenmerken waar nu op getoetst zal moeten worden.

Hoe dan ook: iedere werkgever moet op 1 januari a.s. kleur bekennen en verklaren of hij zichzelf als payrollwerkgever ziet²³. Een lastige opgave.

Waar heeft een payrollwerknemer straks recht op?

Zoals hiervoor al opgemerkt, krijgt een payrollmedewerker recht op exact dezelfde arbeidsvoorwaarden als de arbeidsvoorwaarden die gelden bij de inlener. Bij aanvang van het werk kan als het ware de personeelsgids van de inlener vast in de handen worden gedrukt. En daarna snel op zoek naar 'gelijke- of gelijkwaardige functies' bij de inlener of in de sector. Voor de pensioenaanspraken krijgt een payrollwerkgever één jaar langer de tijd. Vanaf 1 januari 2021, moet deze arbeidsvoorwaarde ook minimaal gelijk zijn²⁴. Op drie manieren kan de payrollwerkgever aan zijn (nieuwe) pensioenverplichting voldoen. De werkgever kan:

- 1- de werknemer een basispensioenregeling geven²⁵ die ten minste gelijk is aan de regeling van werknemers in gelijke- of gelijkwaardige functies bij de inlener (indien aanwezig) of in de sector;
- 2- de werkgeversbijdrage aan de werknemer uitbetalen, als deelname aan het pensioenfonds van de inlener niet mogelijk is²⁶;
- 3- een adequate pensioenregeling toezeggen.

Een payrollwerkgever kan dus kiezen voor vrijwillige aansluiting bij het pensioenfonds van de inlener, indien mogelijk. Kan dat niet? Dan is een compensatie in geld, een aanvullende toezegging of 'adequate pensioenregeling' een alternatief.

²² Collectieve Arbeidsovereenkomst voor Werknemers van Payroll-ondernemingen 2008-2009.

²³ Werkgevers zijn verplicht om werknemers te informeren of de arbeidsovereenkomst een uitzendovereenkomst is of een payrollovereenkomst (7:655 BW en 12a Waadi).

²⁴ 8a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi).

²⁵ Als bedoeld in artikel 1 van de pensioenwet: de collectieve pensioenregeling of het deel van de pensioenregeling waaraan de werknemer op basis van de pensioenovereenkomst gehouden is om deel te nemen.

²⁶ Als vrijwillige aansluiting een bedrijfstakpensioenfonds niet mogelijk is (121 PW).

Toegelicht is dat een payrollwerkgever alleen dan geen pensioenregeling hoeft te treffen als de inlener geen vergelijkbare werknemers heeft en overigens in de sector geen beroeps- of bedrijfspensioenregeling geldt²⁷. En voor die laatste situatie moet dan vastgesteld worden of er een beroeps- of bedrijfspensioenregeling voor de sector is. Als dat het geval is, is het doen van een pensioentoezegging dus verplicht.

Wat is een adequaat pensioen?

Een payrollwerkgever heeft een adequate pensioenregeling als de regeling ten minste voorziet in²⁸:

- 1- Ouderdomspensioen en nabestaandenpensioen;
- 2- Zonder wachttijd of drempelperiode; waarbij
- 3- De totale door de werkgever te betalen premie ten minste 13,7% van de som van de pensioengrondslag van de arbeidskrachten die in het kader van payrollrolling ter beschikking worden gesteld.

De regeling moet dus - naast ouderdomspensioen - ten minste voorzien in partnerpensioen of wezenpensioen. Hoe de regeling verder wordt vormgegeven is aan werkgevers en werknemers zelf. Binnen de wettelijke kaders kunnen aanvullende risico's worden afgedekt, bijvoorbeeld premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid. De normpremie ziet op de totale bekostiging van de integrale pensioenregeling, inclusief de aanvullende dekkingen²⁹. Desgewenst kan een additionele werknemersbijdrage afgesproken worden.

De pensioengrondslag wordt bepaald aan de hand van de fiscaal maximale pensioengrondslag van de Wet op de loonbelasting, waarbij een pensioenfranchise geldt van 100/75 maal de AOW voor een gehuwde, zonder toeslag³⁰. Specifieke bepalingen over demotie, ziekte en arbeidsongeschiktheid blijven daarbij buiten beschouwing.

²⁷ Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, p. 48, Memorie van toelichting.

²⁸ Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 65, Ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs in verband met het vastleggen van een andere invulling van een adequate pensioenregeling als bedoeld in artikel 8a, vierde lid, van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, 6 juni 2019.

²⁹ Kamerstukken I 2018/19, 35 074, F, Nadere memorie van antwoord.

³⁰ Artikel 1:1a, 2, Ontwerpbesluit (...) Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs jo artikel 18a, lid 7, Wet op de loonbelasting 1964 jo artikel 9, lid 1 Algemene ouderdomswet.

Het percentage voor de minimaal door de werkgever verschuldigde bijdrage wordt jaarlijks aangepast om aan te sluiten bij de gemiddelde werkgeverspremie in Nederland. En een eventueel verschil tussen de feitelijke premie en de normpremie moet worden verloond als de pensioenregeling al fiscaal maximaal is.

Voorbeeld uit parlementaire behandeling: Arbeidsvoorwaarden Gemeente
In de arbeidsvoorwaardenregeling voor gemeentelijk personeel is bepaald dat payrollkrachten een extra beloning van 7% van het salaris krijgen, ter compensatie van pensioen. Daarbij geldt dat gemeenten payrollwerknemers in beginsel een ABP-pensioen moeten laten opbouwen. Als dat niet lukt, zijn zij verplicht om met de payrollwerkgever een 'StiPP Plus pensioen', vanaf de eerste dag af te spreken, vermeerderd met een loontoeslag van 7% van het salaris. Deze payrolltoeslag compenseert het verschil tussen ABP-werkgeverspremie en StiPP Plusregeling pensioen. Vanaf 1 januari 2021 zou de werkgever -in theorie- een werkgeversbijdrage in de StiPP Plusregeling pensioen verschuldigd zijn van 8%³¹ en een aanvullende toeslag van 7%. Met de aanvullende payrolltoeslag zou de minimale eigen bijdrage aan het ABP-pensioen gecompenseerd kunnen zijn³².

Van uitzend-cao en StiPP naar... Wie zal het zeggen?

Onder de huidige regels zal een payrollwerknemer veelal nog verplicht aangesloten zijn bij het pensioenfonds van StiPP³³. Het ziet er naar uit dat hierin geen verandering komt³⁴.

³¹ Uitgaande van 2/3 van de door de werkgever verschuldigde premie van 12% van de pensioengrondslag in het Uitvoeringsreglement Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP), artikel 2.1, lid 2. Merk op dat de werkgeverspremie in het Uitvoeringsreglement volledig door de werkgever verschuldigd is. In de ABU- en NBBU-cao is echter bepaald dat de inhouding bij de werknemer maximaal 1/3 mag zijn.

³² Kamerstukken I 2018/19, F, Nadere memorie van antwoord, 1.30 en 1.31.

³³ Veel payrollwerkgevers zullen verplicht bij het pensioenfonds van StiPP aangesloten zijn maar niet allemaal, bijvoorbeeld omdat een werkgever minder dan 50% van het loon uitzendkrachten ter beschikking stelt. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Besluit van de Staatssecretaris (...) verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor Personeelsdiensten van 18 december 2014, Sct.11 maart 2016, nr. 37623-n1. Zie in dit kader ook: Hoge Raad, 4 november 2016, 15/00920, ECLI:NL:HR:2016:2356 (Care4Care-arrest) en Gerechtshof Amsterdam, 12 september 2017, nr. 200.190.037/01, ECLI:NL:GHAMS:2017:3723 (Percival-arrest: waarin is bepaald ook een uitzend/payrollovereenkomst tot stand kan komen bij doorlenen, vanwege het doorgeven van de instructiebevoegdheid).

³⁴ Kamerstukken I 2018/19, 35 074, J, p. 9 (pensioen payrollmedewerkers).

Een aanvullende pensioentoezegging of compensatie kan dan nodig zijn, voorzover de pensioenregeling van StiPP niet voldoet aan de eisen van een adequaat pensioen, bijvoorbeeld vanwege de wachttijd of een te lage werkgeversbijdrage.

Vooralsnog lijkt het er op dat de eigen bijdrage van werknemers met een payrollcontract vanaf 1 januari 2020 vervalt. Vanaf die datum is de NBBU- of ABU-cao niet langer op deze groep werknemers van toepassing³⁵. In die cao is afgesproken dat de werknemer maximaal bijdraagt voor 1/3 van de premie.

Gevolgen als niet naar de nieuwe regels wordt gehandeld

Vaststellen sectorindeling Ziektewet en WGA kan ingewikkeld zijn

De Belastingdienst is straks één van de belangrijkste toezichthouders voor de nieuwe regeling. In ieder geval één van de eerste partijen die met de nieuwe regels voor de vaststelling van de premie voor de werknemersverzekeringen gaat werken. Zij zal invulling moeten geven aan het nieuwe begrip 'payrollovereenkomst'. Met name voor de sectorindeling, die gebruikt wordt om de Ziektewet- en WGA-premies vast te stellen. Daarbij wordt vanaf 1 januari onderscheid gemaakt tussen payrollbedrijven (sector 45) en uitzendbedrijven (sector 52). In het handboek loonheffingen staat nu een definitie van de payrollovereenkomst, die niet overeenkomt met de wettelijke definitie en een bijkomend probleem zal zijn dat het daadwerkelijke bestaan van een payrollovereenkomst pas achteraf kan worden vastgesteld, aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden (holistisch).

Om discussie met de Belastingdienst te voorkomen, is het van belang om vooraf (uitgebreid) afstemming met de Belastingdienst te zoeken en afspraken te maken als dat kan. Zoals we hiervoor zagen, kan het anders knap lastig zijn om de voor de sectorindeling relevante vraag te beantwoorden in hoeverre een bedrijf kwalificeert als 'payrollbedrijf'³⁶. Daartoe zal inhoudelijk en feitelijk naar de verhouding van de verschillende soorten contracten in een organisatie gekeken moeten. Het is niet uitgesloten dat een organisatie zowel gewone uitzendovereenkomsten als payrollovereenkomsten heeft.

³⁵ <https://www.abu.nl/cao/>

³⁶ Artikel 96 Wet financiering sociale verzekeringen. Zie voor een beschouwing van de WAB in dit verband ook de beschouwing van Stevens en Weger in WFR 2018/210.

Vaststellen ww-premie straks (ook) op basis van contract

De heffing van de WW-premie wordt volgend jaar eenvoudiger vastgesteld: aan de hand van het al dan niet onbepaald zijn van de looptijd van arbeidsovereenkomsten. Voor arbeidscontracten voor onbepaalde tijd gaan werkgevers een lagere premie afdragen dan voor andere contracten³⁷. Voor de premie voor de werknemersverzekeringen is straks dus zowel de looptijd van contracten van belang als het wel- of niet hebben van payrollcontracten. Dat zal bewerkelijk zijn. Het kabinet ziet als gezegd 200.000 payrollovereenkomsten maar de meeste van die werkgevers ziet zichzelf niet als payrollwerkgever³⁸. Potentieel worden er dan op 1 januari a.s. direct 200.000 'beoordelingsfouten' gemaakt in de aangifte loonheffingen. Als werkgevers, misschien vooruitlopend op de nieuwe wetgeving, hun werkzaamheden aanpassen, zijn zij in ieder geval verplicht om de Belastingdienst hiervan op de hoogte te brengen³⁹. Gelet op de gevolgen van de WAB voor de loonaangifte lijkt het er op dat de uitleg van de payrolldefinitie zowel een fiscaalrechtelijk- als een strafrechtelijk aspect krijgt. Desalniettemin ziet de Belastingdienst zelf weinig problemen⁴⁰.

Wat later in 2020 kunnen werknemers (aan de rechter) vragen om verbetering van hun arbeidsvoorwaarden, als zij van mening zijn ten onrechte een uitzendovereenkomst te hebben gekregen, waar feitelijk sprake was van een payrollovereenkomst. In dit kader houdt de Inspectie SZW toezicht op de naleving van de nieuwe verplichting tot gelijke behandeling in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi)⁴¹.

³⁷ Artikel 27 Wet financiering sociale verzekeringen (nieuw) en Besluit van 24 juni 2019 tot wijziging van het Besluit Wfsv in verband met aanpassing van de premiedifferentiatie voor de WW en afschaffing van de sectorfondsen. Het verschil tussen de hoge en lage ww-premie wordt vastgesteld op 5 procentpunt.

³⁸ Veel payrollorganisatie zullen hun werkwijze en contracten met werknemers en opdrachtgevers zodanig aanpassen dat zij een uitzendbureau worden:

<https://www.nrc.nl/nieuws/2019/05/19/plannen-om-payrollwet-te-omzeilen-a3960824>

³⁹ 97 Wet financiering sociale verzekeringen

⁴⁰ Kamerstukken II 2018/19, 35 074, nr. 3, 4.4/5.4.4, Memorie van toelichting en Ministerie SZW, 8 juli 2019, nr. 2019-0000100495, Wijziging Regeling Wfsv i.v.m. aanpassing premiedifferentiatie werknemersverzekeringen.

⁴¹ Artikel 15 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs. De uitzendkracht die van mening is dat hij/zij een payrollovereenkomst heeft, kan een klacht indienen bij de Inspectie SZW en na het 'positief' oordeel van de inspectie kan hij/zijzelf of de vakbond een civiele procedure starten.

Merk daarbij overigens op, dat voor de Waadi een ruimere definitie van payroll geldt, waarbij het niet van belang is of sprake is van een arbeidsovereenkomst en of de ter beschikkingstelling plaatsvindt in het kader van de uitoefening van een bedrijf of beroep. Dit gegeven kan op termijn nog van belang worden⁴².

Gelet op het voorgaande is het voor een werkgever verstandig om goed op te letten of gewerkt wordt met contracten die voldoen aan de nieuwe payrolldefinitie. Maar wees gerust, als u zichzelf geen sjacheraar vindt en niet concurreert op arbeidsvoorwaarden, denkt de minister dat de nieuwe regels allemaal wel mee zullen vallen⁴³.

Conclusie

Met de WAB geeft de wetgever een boodschap aan de arbeidsmarkt die te begrijpen is. Als vergelijkbare werknemers jarenlang ongelijk worden behandeld, roept dat wrevel op. Een payrollcontract zou op zichzelf niet de reden moeten zijn van ongelijke behandeling.

De stelling dat met een payrollovereenkomst per definitie gesjacherd wordt gaat mij echter te ver. Sociale partners hebben tot dusver, na goed overleg (naar ik aanneem), steeds ingestemd met de bestaande manier van werken, waarbij niet zelden juist betere arbeidsvoorwaarden zijn afgesproken. De inlener, uitlener en de werknemer spelen dit (sjacher-)spel met z'n drieën. De groep waar we over praten, is niet voor niets relatief klein, zo begrijp ik⁴⁴. De maatregelen die getroffen zijn, zijn daar-

⁴² Lees: kan ook gelden voor (incidentele en/of intra-concern) detachering of zzp-bemiddeling. Je kunt daar op het oog praktisch weinig mee. Als de Inspectie vast zou stellen dat op basis van de ruimer definitie in de Waadi-definitie sprake is van payroll, zal vervolgens (via de rechter) gevraagd moeten worden om toepassing van de beperktere payrolldefinitie in 7:692 BW. In een brief van 13 mei 2019 heeft de minister echter aangekondigd de Tweede Kamer in de zomer van 2020 te zullen informeren over het bestaan van constructies, die bedoeld zijn om niet onder een cao te vallen en welke maatregelen nodig zijn. Mogelijk kan dat betekenen dat in de toekomst een boete wordt opgelegd bij niet naleving van het gelijkebehandelingsvoorschrift voor payroll in de Waadi (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 13 mei 2019, referentie: 2019-0000051616).

⁴³ Kamerstukken I 2018/2019, 35074, D, 2.4.2.

⁴⁴ Bij een deskundigenbijeenkomsst werd opgemerkt dat 90 á 95% van alle payrollbedrijven niet concurreert op arbeidsvoorwaarden (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 5 april 2019, kenmerk: 2019-0000051513, Memorie van antwoord bij wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans, 2.4.2). In een brief aan de Tweede Kamer over dit onderwerp wordt geen aantal genoemd (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 13 mei 2019, referentie: 2019-0000051616).

entegen stevig en gaan logischerwijs ook verder dan nodig, om deze problemen op de arbeidsmarkt te verhelpen.

Maar goed, wat we er verder ook van vinden, 'payrollen' wordt complexer en risico-voller. Arbeidsvoorwaarden moeten voor iedere klant worden gespiegeld en helemaal zeker weten of je het goed doet is moeilijk vooraf vast te stellen. Payrollbedrijven zullen meer moeite moeten doen om meerdere klanten tegelijk te ontzorgen. En salarisonderhandelingen zullen salarisonderhandelingen blijven. In payrollsituaties moet bij die onderhandelingen nu gesproken worden met een nieuwe ondergrens in het achterhoofd. Een hoger 'minimumloon' zo u wilt. Het vervolg laat zich raden: de kosten stijgen en de vraag naar payrollwerknemers daalt. De economische wetmatigheden doen volgend jaar gewoon weer wat ze altijd doen. Over deze wetten wordt niet gestemd.

Bijlage

Arbeidsvoorwaarden	CAO ABU	CAO gemeenten	CAO primair Onderwijs	CAO Boekhandel en kantoor-vakhandel	CAO Detailhandel aardappelen, groente en fruit
Loon					
Onkostenvergoedingen					
Arbeids- en rusttijden					
ATV/ADV-dagen					
Toeslagen¹					
Vakantiedagen					
Vakantiedagen ivm leeftijd/lengte dienstverband					
Collectieve feestdagen					
Vakantiegeld					
Eenmalige uitkering²					
Vaste eenmalige uitkering					
Pensioenregeling					
Scholing					
Aanvulling ZW/LDB bij ziekte en wachtdagen					
Aanvulling WW					
Aanvulling WIA					
Aanvulling WAZO					
Na-wettelijke uitkering WW					
Kinderopvang					
Jubilea					
Fietsenplan³					
Fitness					
Vakbondscontributie					

Legenda

	Gelijke arbeidsvoorwaarden als opdrachtgever
	Eigen bepalingen in de cao
	Niet geregeld bij cao

¹ Onder toeslagen wordt verstaan: toeslagen als het gaat om overwerk, verschoven uren, onregelmatigheidstoelage (waaronder feestdagtoelage) en ploegtoelage.

² Hieronder wordt o.m. verstaan: overlijdensuitkering of bijvoorbeeld uitkering vanwege het lange tijd uitblijven van een nieuwe cao.

³ De werkkostenregeling is per 1 januari 2015 verplicht voor elke werkgever. Binnen deze regeling kan de werkgever maximaal 1,2% van zijn totale fiscale loon (de vrije ruimte) besteden aan onbelaste vergoedingen en verstrekkingen voor zijn werknemers. Het kan hier gaan om o.m. fitness, fietsenplan, vakbondscontributie of verstrekkingen in natura. Dit kan ook tussen individuele werkgever en werknemer worden afgesproken.

De vlakken met een raster geven aan dat hier dezelfde arbeidsvoorwaarden gelden. In alle overige gevallen is er verschil in arbeidsvoorwaarden, hetzij omdat er verschillende regelingen gelden (horizontale strepen), hetzij omdat er in de betreffende cao in dat geval geen regeling of recht is opgenomen (blanco vlakken). Hierbij is wel van belang om te vermelden dat het onderling vergelijken van cao's lastig is, mede omdat los van het verschil tussen de daarin geregelde arbeidsvoorwaarden ook de mate waarin die bepalingen de individuele contractsvrijheid beperken,