



De praktische gevolgen van de nieuwe payrollregels uit de Wet Arbeidsmarkt in Balans voor de uitlener, inlener, werknemer en pensioenuitvoerder.

Nieuw payrollregime raakt niet alleen de payrollwerkgever!

MET PAYROLL CONCURREREN OP ARBEIDSVOORWAARDEN

Voor onder meer de wetgever was een doorn in het oog dat payrollkrachten een veel mindere positie hadden dan het 'eigen' personeel dat gewoon in dienst is van de inlenende partij. Juist vanwege deze mindere positie konden werkgevers met payrollkrachten concurreren op arbeidsvoorwaarden. Aan die concurrentie wilde de wetgever met de Wet Arbeidsmarkt in Balans (WAB) paal en perk stellen door aan payrollkrachten een sterkere arbeidsrechtelijke en arbeidsvoorwaardelijke positie toe te kennen dan tot 1 januari 2020 het geval was.

NIEUW PAYROLLREGIME PER 1 JANUARI 2020 EN 2021

Aan de betere bescherming van payrollkrachten wordt onder meer invulling gegeven door in art. 8a van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) op te nemen dat in bepaalde situaties (1) gelijke arbeidsvoorwaarden als bij de inlener moeten worden toegepast en (2) een adequate pensioenregeling door de payrollwerkgever getroffen moet worden. Afwijking bij cao is niet toegestaan. De eerste eis geldt al sinds 1 januari jl. De tweede eis met betrekking tot pensioen geldt per 1 januari 2021.

Het is maar goed dat de pensioeneis pas per 2021 gaat gelden

Deze tweede eis is uitgewerkt in het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Baadi).

Het is maar goed ook dat de pensioeneis pas per 1 januari 2021 gaat gelden, want er zal nog een heleboel door werkgever, inlener, pensioenuitvoerder en wellicht ook sociale partners moeten gebeuren. Eenvoudig zal het naar verwachting zeker niet worden, want het betreft hier wet- en regelgeving die verschillende praktische knelpunten blootlegt.

WANNEER PAYROLL, WANNEER UITZENDING?

Door het nieuwe payrollregime wordt het belangrijker dan ooit dat een juridisch onderscheid kan worden gemaakt tussen uitzenden en payroll. Het nieuwe regime geldt immers alleen voor situaties van payroll.

In juridische zin laat het onderscheid tussen payroll en uitzending zich aan de hand van de navolgende twee cumulatieve criteria samenvatten:

- 1 Bij payroll vervult de uitzendwerkgever **geén allocatiefunctie**. Met andere woorden: vraag en aanbod worden niet actief door de werkgever samengebracht.
- 2 Bij payroll zal sprake zijn van **exclusiviteit**. Met andere woorden: alleen met toestemming van de inlener mag de derde aan een ander ter beschikking worden gesteld.

Houd er rekening mee dat wezen voor schijn zal gaan! Op papier kan het natuurlijk altijd zo ingericht worden dat het vooral niet lijkt op payroll, maar (juist) op uitzending. Echter als de realiteit een andere blijkt of wordt, zal de Arbeidsinspectie en/of de rechter aan de hand van de realiteit beoordelen. Ook doorlening, waarbij er dus een vierde partij betrokken raakt bij de uitlening, zal de beoordeling van de allocatiefunctie niet doorkruisen. Weliswaar is het in de regel niet de inlener maar de doorlener die dan vraag en aanbod bij elkaar brengt, maar dat maakt voor de beoordeling van de allocatiefunctie niet uit. Immers, bij payroll gaat het erom dat de allocatiefunctie in ieder geval niet bij de formele werkgever ligt.

In de praktijk zal het niet altijd eenvoudig zijn om vast te stellen of aan beide criteria is voldaan, zeker niet op voorhand. Koolmees heeft daarom per criterium indicaties geformuleerd. Koolmees heeft hiermee praktische handvatten willen aanreiken die behulpzaam kunnen zijn voor de beoordeling.

BEOORDELING NIET OP WERKGEVERSNIVEAU, MAAR PER SITUATIE VAN UITLENING

De beoordeling of sprake is van payroll of uitzending moet per individuele situatie plaatsvinden. Het kan dus zo zijn dat de werkgever in de ene situatie van uitlening wel kwalificeert als payrollwerkgever en in de andere situatie niet. De wettelijke gevolgen van payroll gelden evenzeer per individuele situatie. Ook werkgevers die dus normaal gesproken niet payrollen, maar in een individuele situatie wel, moeten bedacht zijn op het nieuwe payrollregime uit de Waadi.

DUS OOK BIJ INCIDENTELE UIT- EN INLEEN...?

Ja, want niet is vereist dat het gaat om werkgevers die payrolling als beroeps- of bedrijfsactiviteit hebben. De wetgever heeft namelijk twee pay-

rolldefinities bedacht. De ene definitie is voor het Burgerlijk Wetboek en ziet op de toepasselijkheid van het uitzendregime; daar geldt wel het criterium van het beroeps- of bedrijfsmatig ter beschikking stellen. Voor de definitiebepaling voor de Waadi geldt dat criterium daarentegen niet. Het nieuwe payrollregime uit de Waadi raakt dus zeer veel werkgevers. Er wordt immers bijna overal wel eens in- en uitgeleend.

EIS VAN DE ADEQUATE PENSIOENREGELING: WANNEER AAN DE ORDE?

De werkgever hoeft niet altijd een adequate pensioenregeling aan de payrollkracht te bieden. Per situatie van payroll zal beoordeeld moeten worden of sprake is van een verplichting. Hiervan is alleen dan sprake wanneer:

- 1 werknemers van de inlener die werkzaam zijn in een gelijke of gelijkwaardige functie een pensioenregeling hebben; of
- 2 bij de inlener geen werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies werkzaam zijn, maar binnen de sector van de inlener wel recht bestaat op een pensioenregeling voor werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies.

In alle andere gevallen geldt er dus geen pensioenplicht richting de payrollkracht.

EIS VAN DE ADEQUATE PENSIOENREGELING: WANNEER AAN EIS VOLDAAN?

De werkgever kan richting de payrollkracht op twee manieren aan de eis van de adequate pensioenregeling voldoen:

- 1 de werkgever kan deelnemen in de basispensioenregeling van de inlener; of
- 2 de werkgever kan een eigen pensioenregeling toepassen, maar die moet in dat geval wel voldoen aan een drietal voorwaarden, te weten:
 - a de hoogte van de werkgeverspremie moet gelijk aan zijn aan de gemiddelde werkgeverspremie in Nederland, te weten 14,6 % van de pensioengrondslag;
 - b er mag geen drempel- of wachttijd gehanteerd worden;
 - c de pensioenregeling moet in een nabestaandenpensioen voorzien (mag zowel op opbouw- als op risicobasis).

De drie inhoudelijke voorwaarden gelden dus niet op het moment dat de werkgever aansluiting zoekt bij de

eerste uitvoeringswijze, dus de pensioenregeling van de inlener gaat toepassen. Misbruik ligt daardoor op de loer, denk bijvoorbeeld aan de inlener die een enkele werknemer rechtstreeks in dienst neemt en een zeer karige pensioenregeling toepast, waarna voor de payrollkracht diezelfde karige pensioenregeling wordt toegepast.

Er zijn veel praktische knelpunten

KNELPUNTEN

De designaleerde knelpunten waren ten tijde van de internetconsultaties al talrijk. Helaas zijn niet alle knelpunten weggenomen. Knelpunten die nog steeds aan de orde zijn:

- Onduidelijkheid over wanneer de eisen van art. 8a Waadi wel of niet gelden. Het begint al bij de 'voordeur', door de juridisch lastige afbakening van payroll ten opzichte van uitzending. Vervolgens is er onduidelijkheid over wanneer één van de twee situaties uit art. 8a Waadi aan de orde zijn. Wat wordt bijvoorbeeld bedoeld met 'het recht hebben op' een pensioenregeling? Gaat het hier alleen om verplichte bedrijfstakpensioenregelingen? Of ook om verzekerde regelingen? In geval van dit laatste: hoe dit binnen een sector vast te stellen? De ene werkgever binnen die sector zal wel een verzekerde regeling hebben, maar de andere niet.
- Het op individueel niveau bepalen of sprake is van payroll en zo ja, het op individueel niveau voldoen aan de eisen van art. 8a Waadi zal in de praktijk tot complexe en bewerkelijke situaties leiden. Een werkgever die met payrollkrachten werkt, zou dan bij verschillende pensioenregelingen moeten aansluiten (uitvoeringswijze 1) of zal een eigen pensioenregeling moeten inrichten (uitvoeringswijze 2), maar dan veelal wel met de complicerende factor dat die werkgever door de pensioenuitvoerder verplicht wordt om het voor al haar personeel te laten gelden, ook als niet alle werknemers of slechts een enkele werknemer payrollkracht is.

- De eerste mogelijkheid van het deelnemen aan de basispensioenregeling van de inlener in de praktijk zal vaak illusoir zijn. Automatisch deelnemen aan die basispensioenregeling zal niet aan de orde zijn, nu de regeling destijds in de relatie tussen pensioenuitvoerder en de inlener overeengekomen is. De uitlenende werkgever is geen partij geweest bij die overeenkomst. Vrijwillige aansluiting bij het bedrijfstakpensioenfonds zal evenmin een gegeven zijn. Ook de wettelijke taakafbakeningsvoorschriften uit art. 121 van de Pensioenwet kunnen hieraan in de weg staan. Hoe bijvoorbeeld tenminste de loonontwikkeling van de betreffende bedrijfstak te volgen, als het hier een payrollwerkgever betreft die naar meerdere bedrijfstakken uitzendt?
- Concurrentie op arbeidsvoorwaarden is nog steeds mogelijk, nu er niets geregeld is omtrent een werknemersbijdrage in de pensioenpremie. Juist dit punt levert een reëel concurrentievoordeel op, want is direct voelbaar in de loonbetaling.
- De te hanteren gemiddelde werkgeverspremie kan fors afwijken van de branchegemiddeldes. Bovendien wordt gevreesd voor regeldruk, want de normpremie wordt jaarlijks opnieuw vastgesteld.
- Waarom wel een verplicht nabestaandenpensioen bij de hantering van een eigen pensioenregeling, maar niet een verplicht arbeidsongeschiktheidspensioen?

Naast voornoemde praktische knelpunten speelt de meer fundamentele vraag of de uitwerking van de eis van de adequate pensioenregeling niet volledig indruist tegen het gedachtegoed dat sociale partners of werkgever en werknemer de inhoud van een pensioenregeling bepalen.

GEVOLGEN VOOR VERPLICHTE DEELNEMING IN STIPP

Tijdens de internetconsultatie was ook een veelgehoord knelpunt de gevreesde samenloop met de pensioendeelneming in Stipp. Gelukkig is dit knelpunt wel opgepikt. Niet door de overheid, maar wel door sociale partners.

Hoe zit het nu nog met de Stipp-deelneming? Op dit moment geldt de verplichte deelneming in het pensioenfonds Stipp voor alle driepartijenverhoudingen voor zover aan het hoofdzakelijkheids criterium vol-

daan is, dus ongeacht of die driehoeksrelatie neerkomt op uitzending of payroll.

Wat gaat er dan in de StiPP-deelneming veranderen? Het Verplichtstellingsbesluit zal per 1 januari 2021 wijzigen, vermoedelijk om samenloop met een andere pensioenregeling door het nieuwe payrollregime te voorkomen. Vanaf 1 januari 2021 eindigt de verplichte pensioendeelneming in StiPP voor payrollwerknemers, zo heeft StiPP inmiddels aangekondigd.

Hoewel deze wijziging vanuit de samenloopproblematiek alleszins begrijpelijk is, leidt deze wijziging ertoe dat de payrollkracht juist slechter af kan zijn onder het nieuwe regime. Waar nu nog sprake kan zijn van een StiPP-regeling, kan straks de situatie zich voordoen dat er helemaal geen pensioenregeling voor de payrollkracht geldt. Immers, alleen in de eerder beschreven twee situaties rust op de uitlenende werkgever de verplichting een pensioenregeling te treffen.

EINDE PERSONEELSVENNOOTSCHAP, DUS GEEN INTRA-CONCERN DETACHERING MEER?

Hoe zit het met de (regelmatig voorkomende) situatie waarin werknemers in dienst treden van de personeelsvereniging en van daaruit ter beschikking worden gesteld aan een werkmaatschappij binnen het concern? Vóór de WAB was het zo dat bepaalde arbeidsvoorwaarden (waaronder pensioen) door die personeelsvereniging niet gevolgd hoeven te worden, afhankelijk van hoe de reikwijdtebepaling in een cao en in een Verplichtstellingsbesluit voor deelname in een bedrijfstakpensioenfonds geformuleerd is. Zo geldt bijvoorbeeld bij StiPP een expliciete uitzondering voor de personeelsvereniging. Heeft het met het oog hierop straks echter nog wel zin om zo'n constructie op te tuigen of aan te houden? Dat valt te betwijfelen.

De nieuwe payrollregels uit de Waadi gaan namelijk ook gelden voor de personeelsvereniging. In de Waadi wordt een gelijkstellingsbepaling voor deze vereniging opgenomen. Of de personeelsvereniging wel of niet enige allocatiefunctie vervult, lijkt niet terzake te doen. Wel is voor de gelijkstelling relevant dat het gaat om een werkgever die *bedrijfsmatig* binnen het concern arbeidskrachten ter beschikking stelt. Specifiek voor personeelsverenigingen geldt dus dat incidentele uitleen niet onderworpen is aan het strenge payrollregime.

Afhankelijk van hoe de pensioenregeling bij de inlener of binnen de sector is ingeregeld, zal de personeelsvereniging die bedrijfsmatig ter beschikking stelt straks dus alsnog een adequate pensioenregeling moeten bieden en ook overigens gelijke arbeidsvoorwaarden als bij de inlener. Dat is in de regel juist niet de situatie die destijds bij het hanteren van de constructie van de personeelsvereniging door de ondernemer beoogd werd.

HANDHAVING

Er is geen boete gesteld op overtreding van voornoemde payrollverplichtingen uit de Waadi. Dat betekent echter niet dat de Waadi tandoel is. Integendeel! De inspectie van SZW is belast met het toezicht en dat toezicht kan ook plaatsvinden op verzoek van o.a. sociale partners of een werknemer. Er zal dan een rapport worden opgemaakt van de Waadi-bevindingen. Mocht uit dat rapport blijken dat de payrollverplichtingen uit de Waadi overtreden zijn, dan kan dat rapport door een benadeelde payrollkracht in een rechterlijke (civiele) procedure worden ingebracht.

Wat kan zoal het resultaat zijn van zo'n rechterlijke procedure? De werkgever kan veroordeeld worden tot nakoming van de Waadi-verplichtingen, afdracht van de pensioenpremies, of betaling van een schadevergoeding. Wat betreft dit laatste: als de schade neerkomt op een becijfering van misgelopen pensioenaanspraken, kan dit een (veel) hogere schadepost zijn.

UITDAGINGEN UITLENER

Grootste uitdaging voor de uitlener zal zitten in de kwalificatievraag. Hoe per situatie vast te stellen of sprake is van payroll of uitzending? Wat zou er in de bedrijfsvoering nog kunnen worden gewijzigd om de overeenkomst alsnog als uitzending te laten kwalificeren? Voor zover het payroll betreft, zal de grote uitdaging zijn om per situatie te kunnen vaststellen of er een pensioenplicht geldt en zo ja, hoe aan die pensioenplicht uitvoering te geven zonder gelijk voor het voltallige personeel die pensioenregeling in huis te halen. De eerder beschreven knelpunten spreken wat dat betreft boekdelen.

Dan hebben we het nog niet eens gehad over het uitvoeringsaspect. Een pensioenregeling is er niet zomaar. Daarvoor zal gecontracteerd moeten worden met een pensioenuitvoerder. Mogelijk zelfs met meer-

dere pensioenuitvoerders, nu er ook werkgevers zijn die naar verschillende bedrijfstakken uitzenden. Dan te bedenken dat dit soort uitvoeringsproblemen ook spelen voor werkgevers die slechts incidenteel payrollkrachten ter beschikking stellen..

Ongetwijfeld zal de werkgever de extra lasten voor de payrollkracht (tot op zekere hoogte) doorbelasten aan de inlener. Echter, juist omdat op voorhand niet altijd goed in te schatten valt of en zo ja welke pensioenverplichtingen gelden en dit per payrollkracht weer anders ligt, zal de doorberekening complex zijn.

UITDAGINGEN INLENER

De Waadi kent een expliciete verplichting voor de inlener bij payroll: deze moet de payrollwerkgever concreet en correct informeren over de arbeidsvoorwaarden en pensioenregeling die gelden voor het eigen personeel (in gelijke of gelijkwaardige functies).

De inlener moet bovendien bedacht zijn op de hoofdelijke aansprakelijkheid van art. 7:616a BW. Op grond hiervan kan de uitzend-/payrollkracht zowel bij de formele werkgever als bij de inlener aankloppen als te weinig loon betaald is.

Het loonbegrip is (vooralsnog) niet zo ruim geformuleerd als waarvan het gelijke beloningsvoorschrift van art. 8a Waadi uit gaat. Pensioenpremies vallen vooralsnog niet onder dit loonbegrip, maar indachtig de gewijzigde Waadi is het de vraag hoe lang dat nog zo blijft.

AANPASSING PAYROLLCONTRACTEN

Te verwachten valt dat zowel de payrollwerkgever als de inlener het nieuwe payrollregime laten doorvertalen in garantie- en/of vrijwaringsclausules in de overeenkomst van opdracht. Zo zal de payrollwerkgever er zeker van willen zijn dat de opgegeven informatie omtrent de arbeidsvoorwaarden juist is. De inlener wil er op haar beurt zeker van zijn dat de payrollwerkgever beloont conform de Waadi. Daarnaast is goed voorstelbaar dat partijen hechten aan vrijwaringsclausules vanwege de wettelijke vage definitie bepaling van payroll.

ROL WERKNEMER

De payrollkracht zal verstand moeten hebben van pensioen, wil hij goed kunnen duiden wat het nieuwe payrollregime precies voor hem betekent. Dat is behoorlijk veel gevraagd, zeker daar waar het gaat om

het lastig te doorgronden pensioenregime uit de Waadi. Ongetwijfeld zal vaker de rechtsbijstandverzekeraar, advocaat of misschien zelfs de Inspectie SZW worden ingeschakeld, om te laten beoordelen of wel aan de Waadi-regels voldaan is. Misschien dat een gemiddelde payrollkracht zich niet zo druk maakt om de opbouw van het ouderdomspensioen, maar daar waar een payrollkracht komt te overlijden en de discussie opeens de aanspraak op een partnerpensioen betreft, wordt het pas echt interessant of de werkgever wel aan de Waadi-regels voldaan heeft.

KANSEN PENSIONUITVOERDERS?

Het mag helder zijn dat de complexiteit en het effect van nieuwe Waadi-regels bij veel betrokkenen de nodige ergernissen zullen bezorgen. Toch sluit ik graag af met een positieve noot. Het nieuwe payrollregime biedt namelijk ook kansen. Vooral voor pensioenuitvoerders. Er ontstaat een nieuwe markt. Waar payrollwerkgevers in het verleden in de regel konden wegblijven van dure pensioenregelingen, zal dit straks eerder uitzondering dan regel zijn. Kortom: nieuwe klanten binnen handbereik. Er zal daarom aandacht besteed moeten worden aan een nieuw pensioenproduct, de mogelijkheid van vrijwillige aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds en intern zal de vraag moeten worden gesteld wel of niet een aanmeldplicht voor alle werknemers te introduceren (dus ook voor de niet-payrollkracht). Zeker met dit laatste punt zou een uitvoerder het positieve verschil kunnen maken op de markt, echter ziet een uitvoerder zich wel met verschillende nadelen geconfronteerd. Zoals vooraf onvoldoende inzicht in (de omvang van) het deelnemersbestand en de complexiteit van de afbakening ten opzichte van uitzending.

Weliswaar klandizie binnen handbereik, maar ook weer heel snel buiten handbereik als sociale partners zouden gaan ingrijpen. De complexiteit waarmee de payrollsector zich geconfronteerd gaat zien, zou zo maar alsnog kunnen resulteren in een nieuwe bedrijfstakpensioenregeling voor de payroll. De tijd begint nu wel echt te dringen.

ONTZORGEN OF KOPZORGEN...?

Het oorspronkelijke idee van payroll is dat er ontzorgd wordt. Dat idee komt met het nieuwe Waadi-regime als gevolg van de WAB behoorlijk onder druk te staan. Het nieuwe payrollregime betekent eerder een hoop kopzorgen, zeker als je de Waadi echt goed gaat doorgronden.