

Prof. F.G. Laagland

Er is inmiddels veel kritiek geuit op de beperkte focus van het Wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans (Wab). Het commentaar is erop gericht of en zo ja in hoeverre de voorgestelde regels rondom flex zullen leiden tot een verdere toename van het aantal zzp'ers. Op de korte termijn verwacht ik dat het mee zal vallen. Het werken met zzp'ers in plaats van met (payroll)werknemers vergt een andere businessstructuur en invulling van het werk. Rechters prikken er vrij snel doorheen als werkenden die nu bijvoorbeeld werken op basis van payrollconstructie straks hetzelfde werk doen op basis van een opdrachtovereenkomst. Op de lange termijn is het een ander verhaal. Dat heeft te maken met de Wab maar ook met het feit dat digitalisering het steeds eenvoudiger maakt het werk zo in te richten dat tussen partijen geen gezag bestaat. Het is noodzakelijk om schijnzelfstandigheid aan te pakken, maar ook - en wellicht belangrijker - te kijken naar het ongelijke juridische speelveld dat tussen werknemers en zzp'ers is ontstaan. Beide aspecten staan op de politieke agenda. Het was mooi geweest in een keer te komen tot een herziening van de arbeidsmarkt in plaats van in fases. De arbeidsmarkt is er niet mee gediend dat bedrijven en werknemers met steeds weer nieuwe regels te maken krijgen die vaak ook nog verduidelijking via rechtspraak vereisen. Bovendien bestaat de kans dat vooruitgang op het zpp-dossier uitblijft. In dat geval kan het door de afdeling advies van de Raad van State gevreesde waterbedeffect optreden (Advies RvS, p. 7). Aan de andere kant: het risico op een verdere toename van zzp'ers bestaat ook zonder dat de Wab in werking treedt. Het zou zonde zijn als aan het risico te zwaar wordt getild en de goede initiatieven uit de Wab daarmee verloren gaan. Ik denk aan de transitievergoeding vanaf de eerste werkdag, de cumulatiegrond en de bescherming van oproepkrachten.

Kritisch ben ik over de regels rondom payrolling. Laat ik vooropstellen dat ik wetgevend ingrijpen ondersteun. Het is de aanpak waar ik twijfels bij heb. Het gebruik van flexibele contracten moet mogelijk zijn als het werk daarom vraagt of als het aansluit bij de behoefte van werkgevers (aanpassingsvermogen) dan wel werknemers (combineren werk en privé)). Payrolling wordt in de Memorie van Toelichting gerechtvaardigd met verwijzing naar de behoefte van werkgevers (MvT, p. 8). Meer specifiek gaat het erom dat payrolling voor kleine bedrijven een systeem biedt dat ontzorgt waarbij wordt verwezen naar de salarisadministratie en de re-integratie en loondoorbetaling bij ziekte (MvT, p. 39). Dit argument overtuigt niet. Een dergelijke manier van ontzorgen valt ook te realiseren zonder dat het juridisch werkgeverschap naar een derde verschuift. De salarisadministratie kan reeds worden uitbesteed. Ten aanzien van ziekte geldt vanaf 1 januari 2020 de mogelijkheid *een MKB-verzuim-ontzorg-verzekering* af te sluiten die naast de dekking van het financiële risico de kleine werkgever helpt bij de verplichtingen en taken rondom de re-integratie en bovendien poortwachterproof zal zijn (een eventuele loonsanctie komt niet voor rekening van de werkgever bij het opvolgen van de adviezen van de verzekeraar). Bij de noodzaak van payrolling zijn aldus vraagtekens te plaatsen.

Bovendien kan de voorgestelde regeling averechts werken wat het doel van de regeling betreft. Het doel is concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen en onzekerheid over werk en inkomen te beperken. Ik heb drie redenen om te veronderstellen dat het doel niet wordt behaald:

1. De eerste heeft betrekking op het juridisch werkgeverschap. Het voorgestelde art. 8a Waadi richt zich tot de payrollorganisatie. De payrollwerknemer kan met zijn claims inzake de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden niet bij de inlener terecht. Alleen voor het loon bestaat een uitzondering (art. 7:616a BW). Ook blijft onduidelijk of de payrollwerknemer bij de inlener tewerkstelling kan afdwingen als hem door de inlener de deur wordt gewezen zonder dat is voldaan aan de vereisten van art. 7:669 BW. Eenzelfde vraag doet zich voor indien

de inlener weigert de payrollwerknemer tewerk te stellen in een passende functie tijdens ziekte. Nu zullen hierover doorgaans afspraken zijn gemaakt in de opdrachtovereenkomst tussen inlener en payrollorganisatie, maar op deze afspraken kan de payrollwerknemer zich als derde niet beroepen. Het leerstuk van vereenzelviging zal geen uitkomst bieden. Dit leerstuk kan de rechter toepassen in gevallen van misbruik van identiteitsverschil binnen concernverhoudingen. Hoewel het leerstuk buiten concernverhoudingen eventueel analoog is toe te passen, valt niet in te zien waarom sprake zou zijn van misbruik. De noodzaak van payrolling en het daaraan verbonden identiteitsverschil is de ontzorging van de inlener en het zou paradoxaal zijn dezelfde ontzorgingsfunctie vervolgens als misbruik te kwalificeren. Dit betekent concreet dat de payrollwerknemer tewerkstelling noch re-integratie tijdens ziekte kan afdwingen bij de inlener, terwijl de payrollwerkgever binnen zijn eigen organisatie doorgaans geen functies heeft. Hoewel de payrollwerknemer recht op loon behoudt, is zijn arbeidsmarktpositie er niet bij gebaat dat hij te lang aan de zijlijn komt te staan. Bovendien biedt de lagere rechtspraak voorbeelden dat de payrollwerkgever op een gegeven moment op de h-grond een ontslag kan realiseren (zie Ktr. Enschede 13 december 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:4906). Voornoemde aspecten stroken niet met het doel zekerheid over werk en inkomen te creëren.

2. De tweede reden houdt verband met de complexiteit van de regeling. De tekst van art. 8a Waadi biedt aanleiding tot tal van discussies. Zo is discussie denkbaar over het begrip gelijke of gelijkwaardige functies, temeer nu inleners voor bepaalde functies vaak volledig van payrolling gebruik maken. De discussie wordt nog lastiger als de inlener in het geheel geen werknemers in dienst heeft zoals bij het gebruik van een personeels-BV binnen concernverband vaak het geval zal zijn. Voor die situatie biedt art. 8a Waadi recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in de sector van het beroeps- of bedrijfsleven waarin de opdrachtgever werkzaam is. Hoe wordt dit bepaald en door wie? Wat is de rol van een eventuele bedrijfstakcao? Het lijkt mij een ongerechtvaardigde doorkruising van de vrijheid tot onderhandelen wanneer de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden uit een bedrijfstakcao leidend zijn zonder dat de inlener aan deze cao gebonden is. Dat zou bovendien betekenen dat payrollwerknemers een betere positie krijgen dan reguliere werknemers op wie in eenzelfde situatie geen cao van toepassing zou zijn geweest. Maar wat geldt dan en wie bepaalt welke bedrijven relevant zijn voor de vergelijking? Aanpalend probleem is hoe boven tafel komt hoe andere bedrijven hun werknemers belonen als ook binnen deze bedrijven geen cao van toepassing is; dat betreft concurrentiegevoelige informatie. Vragen van dezelfde soort rijzen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarde pensioen. De AMvB Adequaate Pensioen staat momenteel open voor internetconsultatie. Ook dit onderwerp tracht het kabinet dicht te timmeren in een uiterst complexe regeling.

Mijn zorg is dat payrollbedrijven de complexe regels (bewust dan wel onbewust) niet juist zullen toepassen. Illustratief is het zzp-dossier. De brief van Staatssecretaris Snel d.d. 5 maart 2019 toont aan dat 59 van de 104 bezochte bedrijven de regels van de wet DBA niet juist toepassen, terwijl tevens blijkt dat opdrachtgevers de huidige wet- en regelgeving als complex en tijdrovend ervaren. Bestaat tussen het niet juist toepassen en de complexiteit van de regelgeving wellicht een causaal verband? Indien eenzelfde effect optreedt bij payrolling is het de werknemer, eventueel met steun van de vakbond, die in het labrynt van regels erachter moet zien te komen waar hij recht op heeft. Op hem rust immers de bewijslast. Bovendien zullen de regels vaak per payrollwerknemer verschillen (zijn gekoppeld aan de inlener) waardoor het lastig zal zijn een collectief te vormen. Kortom: recht hebben is niet identiek aan recht krijgen.

3. De complexiteit komt tevens tot uiting in de definitie van de payrollovereenkomst zoals is uitgewerkt in het voorgestelde art. 7:692 BW en art. 1 lid 1 (d) Waadi. Dit brengt mij tot de derde reden. Twee criteria onderscheiden de payrollovereenkomst van de reguliere uitzendovereenkomst: (i) allocatiefunctie met betrekking tot de betreffende overeenkomst en (ii) exclusieve terbeschikkingstelling. De afdeling advisering van de Raad van State wees reeds op het gevaar van afbakeningsproblemen (advies RvS, p. 18 en 20). In reactie op het advies is de Memorie van Toelichting aangepast en is een aantal niet-limitatieve elementen genoemd op basis waarvan kan worden bepaald of aan de genoemde criteria is voldaan (MvT, p. 39-42). Hiermee is de onduidelijkheid niet opgelost. Ontwijking van het payrollregime ligt op de loer. Zo is eenvoudig enige allocatiefunctie te construeren. Ook het criterium exclusiviteit leent zich voor manipulatie. De minister meent dat hiervan geen sprake zal zijn omdat bij de beoordeling niet alleen een op schrift gestelde non-exclusiviteitsbepaling maar tevens de feitelijke uitvoering relevant is. Hoe werkt dat uit in de praktijk? Ik neem het voorbeeld van een uitzendkracht die is aangedragen door de inlener en inmiddels twee jaar via het uitzendbureau bij de inlener werkzaam is. Is in dit geval sprake van exclusiviteit? Het uitzendbureau zal stellen van niet en verwijst naar de non-exclusiviteitsbepaling in de opdrachtovereenkomst met de inlener. Hoe schat men deze schriftelijke bepaling op waarde indien de werknemer nog steeds bij de betreffende inlener werkzaam is? Het criterium 'exclusiviteit' vertoont in die zin gelijkenissen met het criterium 'vervangbaarheid' dat een rol speelt bij de afbakening tussen de arbeids- en de opdrachtovereenkomst. De rechtspraak daarover toont aan hoe lastig het is te beoordelen of een werknemer zich al dan niet kan laten vervangen als hij dat in de praktijk niet doet. Gezien de zeer verschillende arbeidsrechtelijke regimes die van toepassing zijn op uitzending en payrolling is zeer aannemelijk dat payrollorganisaties zullen trachten de overeenkomst vorm te geven als een uitzendovereenkomst. Ik voorspel de introductie van een nieuw begrip: de *schijnuitzendwerknemer*.

In het licht van het bovenstaande rijst de vraag: wat halen we ons als Nederland op de hals? We wringen ons in tal van bochten terwijl de noodzaak van payrolling twijfelachtig is en het doel van de regeling op losse schroeven staat vanwege de complexiteit. Nogmaals: het doel onderschrijf ik. Het doel is alleen veel eenvoudiger te behalen door payrolling als juridische constructie te verbieden. Ook vanuit een rechtsvergelijkend perspectief is deze oplossing te billijken. Kijken we naar onze bureaus dan is het permanent te werk stellen van werknemers aan derden een vreemd fenomeen. Zowel in België als in Duitsland is het verboden werknemers permanent ter beschikking te stellen aan een derde. Ook het begrip uitzending in de Uitzendrichtlijn gaat uit van tijdelijkheid wat de terbeschikkingstelling betreft. Het staat niet buiten kijf dat de Uitzendrichtlijn permanente terbeschikkingstelling aan een derde verbiedt, maar er zijn wel indicaties die in de richting wijzen. Ik voel daarom veel voor een alternatieve aanpak die erop neerkomt tijdelijkheid als criterium in het huidige art. 7:690 BW te introduceren.