

## **Reactie Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP) op internetconsultatie inzake wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans**

Met dit schrijven geeft Bedrijfstakpensioenfonds Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP) een reactie naar aanleiding van het concept wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (WAB). StiPP voert de verplicht gestelde pensioenregeling voor uitzendkrachten voor het overgrote deel van de werkgevers in de uitzendsector uit. De voorgenomen aanpassingen ten aanzien van de pensioenaanspraken van payrollwerknemers in de WAB hebben grote gevolgen voor de uitvoeringspraktijk van StiPP. Om die reden geeft StiPP door middel van deze internetconsultatie een opinie over de pensioeninhoudelijke aspecten van dit wetsvoorstel die specifiek gelden ten aanzien van payrollwerknemers. Voor overige, meer algemene pensioeninhoudelijke onderwerpen wordt verwezen naar de reactie van de Pensioenfederatie die in het kader van deze internetconsultatie wordt gegeven.

StiPP is positief over de algemene denkrichting van het wetsvoorstel, dat beter aansluit bij de mogelijkheden en beperkingen van de uitvoeringspraktijk dan eerdere wetsvoorstellen die een regeling voor hetzelfde thema trachtten te bieden. Tegelijkertijd maakt StiPP zich echter ernstige zorgen over de consequenties die het wetsvoorstel in de huidige vorm zou hebben voor de mogelijke aansprakelijkheid van StiPP. De combinatie van de nieuw voorgestelde bepalingen, de praktische beperkingen die StiPP ondervindt bij de handhaving van de verplichtstelling en de bestaande interpretatie van de regelgeving op het gebied van 'geen premie wel recht' maken de uitvoering van de voorgestelde regeling voor StiPP bijzonder lastig of vermoedelijk zelfs onmogelijk. Onderstaand wordt dit standpunt van StiPP nader toegelicht en onderbouwd. Begonnen wordt met de zaken die naar de mening van het bestuur van StiPP als positieve ontwikkelingen worden gezien. Daarna komen de aspecten van het wetsvoorstel aan de orde waarin StiPP zich niet kan vinden.

### **Positieve aspecten van het wetsvoorstel**

Het bestuur van StiPP onderschrijft met name de meer principiële aspecten van het wetsvoorstel en de motivering daarvan. StiPP ziet hierin een belangrijke bevestiging van het gevoerde beleid. Onderstaand worden deze aspecten kort toegelicht.

#### Het is goed dat er een structurele oplossing wordt gezocht voor de problematiek van payrollwerknemers

StiPP heeft als uitvoerder van de pensioenregeling voor uitzendkrachten geen oordeel over de vraag of payrollwerknemers een andere of betere pensioenvoorziening zouden moeten krijgen dan andere werknemers die onder de verplichtstelling van StiPP vallen. Wel constateert StiPP dat gedurende de afgelopen jaren meerdere initiatieven zijn ondernomen om de pensioenpositie van payrollwerknemers aan te passen c.q. te verbeteren. Deze uiteenlopende initiatieven en voorstellen maken het voor StiPP lastig om een bestendig beleid te voeren. De intentie om met dit wetsvoorstel een bestendige regeling te treffen voor payrollwerknemers wordt door StiPP van harte ondersteund. Dit zal de broodnodige duidelijkheid bieden voor de uitzend- en payrollsector. Daarbij acht StiPP het wel van belang dat, welke oplossing er ook gekozen wordt voor de pensioenproblematiek van payrollwerknemers, de uitvoerbaarheid van de oplossing voor alle betrokkenen voorop dient te staan.

### Het is goed dat vrijwillige aansluitingen bij andere bedrijfstakfondsen mogelijk blijven om de gelijkwaardigheid van de pensioenvoorziening mogelijk te maken

StiPP kent sinds jaar en dag een ruimhartig en transparant vrijstellingenbeleid dat aangesloten werkgevers in staat stelt om zich op vrijwillige basis aan te sluiten bij een bedrijfstakpensioenfonds in een specifieke sector. Mits de betreffende regeling minimaal gelijkwaardig is aan die van StiPP, wordt een verzoekende onderneming vrijgesteld van deelname aan de StiPP-regeling. StiPP constateert dat deze praktijk op basis van het wetsvoorstel onveranderd kan worden voortgezet, waardoor uitzend- en payrollondernemingen die ervoor kiezen om een specifieke pensioenregeling te volgen, hiertoe ook blijvend in staat worden gesteld.

### Het wetsvoorstel prikt 'doorleenconstructies' effectief door

De creativiteit van ondernemers in de uitzend- en payrollsector kent nauwelijks grenzen als het gaat om het verzinnen van complexe constructies waarin werknemers één of meerdere keren worden 'doorgeleend', zonder dat de doorlenende partijen in de keten zichtbare waarde toevoegen. StiPP wordt in de uitvoeringspraktijk dagelijks geconfronteerd met dergelijke constructies, waarbij soms in rechte de vraag wordt opgeworpen of toepassing van dergelijke constructies ertoe zou leiden dat de verplichtstelling van StiPP niet van toepassing is. Een claim die in de praktijk bij een enkele lagere rechter zelfs gehonoreerd wordt. StiPP neemt met genoeg kennis van het feit dat deze luchtballon in het wetsvoorstel effectief wordt doorgeprikt en dat er door de constructie heen gekeken dient te worden om vast te stellen welke rechten de werknemer heeft.

### **Punten van zorg over het wetsvoorstel**

Het bestuur van StiPP is helaas niet over alle aspecten van het wetsvoorstel even enthousiast. De gekozen oplossingsrichting leidt, in combinatie met de reeds langer bestaande problematiek die voortvloeit uit het beginsel 'geen premie wel recht', tot onacceptabele problemen in de pensioenuitvoering. Onderstaand wordt dit standpunt nader onderbouwd.

### Hoe wenselijk is het dat de regelgever een kwaliteitsoordeel uitspreekt over een aanvullende pensioenregeling?

Een principieel thema betreft het kwaliteitsoordeel van de regelgever over pensioenregelingen. In het wetsvoorstel wordt gerefereerd aan deelname aan een 'adequate pensioenregeling' waarop payrollwerknemers recht hebben. Een dergelijke adequate pensioenregeling zou moeten voldoen aan nader bij AMvB te stellen regels. Naar verwachting (wiens verwachting?) zou deelname aan de StiPP-Plusregeling zonder toepassing van een wachttermijn voldoen aan dit criterium.

Een belangrijk fundament van de Pensioenwet is dat de totstandkoming en de bepaling van de inhoud en kenmerken van een pensioenregeling, binnen de daartoe gestelde wettelijke kaders, een verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers vormt. Als sociale partners of individuele werknemers en werkgevers ervoor kiezen om in het geheel geen of een minimale pensioenregeling af te spreken, dan is dat hun bevoegdheid. Het is (tot heden in ieder geval) geen verantwoordelijkheid van de wetgever om criteria te stellen aan het bestaan en/of de inhoud van pensioenregelingen. Met de voorgestelde regeling wordt afgeweken van dit principe.

Los van het principiële aspect van deze afwijking, constateert StiPP dat de regelgever zich hiermee op het hellende vlak van de waardering van pensioenregelingen gaat begeven. Zo kan op basis van de beoordeling van een bestaande regeling mogelijk een dergelijke eenmalige inschatting gegeven worden, maar het wordt al een stuk lastiger wanneer deze regeling inhoudelijk wijzigt. Moeten cao-partijen dan voorafgaand toestemming vragen aan het Ministerie? En op basis van welke criteria wordt deze kwalificatie bepaald? Wordt bijvoorbeeld een eigen bijdrage van de individuele deelnemer meegewogen bij deze beoordeling? En wat voor gevolgen heeft het stempel van de adequate regeling dat de Plusregeling krijgt voor de Basisregeling van StiPP? Is het voor werknemers premievrije pensioen van die laatste regeling daarmee een inadequate regeling?

Kortom, StiPP begrijpt de praktische insteek waarmee het wetsvoorstel is opgesteld, maar is wel bezorgd over de consequenties die dit kan hebben voor de brede pensioenpraktijk op lange termijn en over de principiële verdeling van verantwoordelijkheden als het gaat om de totstandkoming, wijzigingen en beoordeling van pensioenregelingen.

#### Intraconcernuitzending dreigt tussen wal en schip te vallen

In het wetsvoorstel wordt de positie van zogenaamde personeelsmaatschappijen ofwel intraconcernuitzending verduidelijkt. Kort en goed komt het er op neer dat het wetsvoorstel een einde poogt te maken aan mogelijke onduidelijkheid door te bepalen dat op personeelsmaatschappijen het payrollregime onverkort van toepassing is, en dus ook de pensioenbepalingen van dit wetsvoorstel. In de huidige verplichtstelling van StiPP zijn dergelijke personeelsmaatschappijen echter uitgezonderd van de werkingssfeer. Juist om de werkingssfeer van StiPP te beperken tot 'echte' uitzendrelaties zijn de ondernemingen die zich voor de volledige loonsom bezig houden met ter beschikking stelling van personeel binnen de eigen groep, uitgezonderd van deelname. Het wetsvoorstel schrijft voor dat dergelijke ondernemingen onder de werking van de payrollbepalingen komen te vallen. Zolang de werknemers in dienst van dergelijke personeelsmaatschappijen onder de pensioenregeling van de betreffende groep ondernemingen vallen, is er geen probleem. Maar als hierin niet is voorzien, is er dus ook geen 'vangnet' van StiPP van toepassing.

#### 'Geen premie wel recht' blijft onverkort en ongeconditioneerd van toepassing

In het wetsvoorstel wordt met geen woord gerept over het beginsel 'geen premie wel recht'. Dat is op zich niet merkwaardig, omdat het wetsvoorstel geen wijziging van de Pensioenwet betreft. Voor StiPP en mogelijk ook voor andere pensioenfonds (zie de reactie van de Pensioenfederatie op deze internetconsultatie) is 'geen premie wel recht' echter wel een relevant fenomeen. De toepasbaarheid van de voorgestelde wijzigingen in de WAB wordt door met name bedrijfstakpensioenfonds namelijk mede beoordeeld aan de hand van de consequenties die de aan te passen wetgeving kan hebben voor de aansprakelijkheid van deze fondsen voor mogelijke claims op basis van 'geen premie wel recht'. Zo ook voor StiPP, waar dit onderwerp al jaren een belangrijk thema vormt.

Het beginsel van 'geen premie wel recht' is overigens niet letterlijk terug te vinden in de Pensioenwet, maar vloeit voort uit de interpretatie die aan bepalingen in de Pensioenwet bij herhaling is gegeven door de wetgever en door de toezichthouder. Het beginsel komt er op neer dat een deelnemer aan een pensioenregeling altijd aanspraak heeft op pensioenopbouw bij de pensioenuitvoerder, ongeacht of de deelnemer bij de pensioenuitvoerder was aangemeld en ongeacht of er in het verleden (voldoende) premie is afgedragen. StiPP heeft in het verleden herhaaldelijk bij het Ministerie van SZW

aangegeven dat er situaties zijn waarin de ongeclausuleerde toepassing van dit beginsel naar de mening van StiPP onredelijk uitwerkt. Ook vanuit andere pensioenuitvoerders en de Pensioenfederatie is in het verleden meerdere malen de vraag opgeworpen waar de grens ligt tussen de bescherming die 'geen premie wel recht' biedt en de lasten die hierdoor veroorzaakt kunnen worden voor de andere deelnemers in het fonds. Tot heden zonder resultaat.

Een complicerende factor bij de beheersing van het risico van 'geen premie wel recht' wordt gevormd door de beperkte mogelijkheden die verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen hebben om de naleving en handhaving van de verplichtstelling af te dwingen. Als een bedrijfstakpensioenfonds het vermoeden heeft dat een werkgever onder de verplichtstelling valt, maar de werkgever het hiermee oneens is, dan is het aan het pensioenfonds om aan te tonen dat dit wel het geval is. Voor StiPP is daarbij concreet de beoordeling van de door de werkgever afgesloten arbeidsovereenkomsten en overeenkomsten van opdracht van belang om vast te kunnen stellen of er sprake is van een uitzendovereenkomst c.q. van een uitzendonderneming. Maar dat is informatie die StiPP niet kan verkrijgen zonder de medewerking van de weigerachtige werkgever. Ook dit punt is in het verleden meermalen onder de aandacht van het Ministerie van SZW gebracht, maar heeft tot heden niet geleid tot aanpassing van regelgeving of voornemens daartoe.

Gegeven deze situatie is de handhaving van de verplichtstelling voor StiPP een essentiële opgave. De uitvoeringspraktijk van StiPP wijst uit dat sommige werkgevers alles in het werk stellen, tot het voeren van juridische procedures tot aan de Hoge Raad aan toe, om aan de verplichtstelling van StiPP te ontkomen. Meestal zonder resultaat. Er worden soms schijnconstructies opgezet en de randen van definities worden opgezocht om dit 'kat- en muisspel' te spelen. Er zijn zelfs adviseurs die zich specialiseren in het vermijden van de toepasselijkheid van de verplichtstelling van StiPP. Kortom, een miljoenenbusiness waar StiPP op zijn beurt jaarlijks al gauw enkele miljoenen premiegeld aan uitgeeft om de consequenties van 'geen premie geen recht' zoveel als mogelijk te beheersen. En de onvermijdelijke claims die dan toch volgen, worden gehonoreerd vanuit een voorziening die is opgebracht door de over het algemeen goedwillende werkgevers die wel keurig de premie betalen. Niets doen is geen optie, want dan wordt het risico onbeheersbaar. Het verhalen van claims uit hoofde van 'geen premie wel recht' blijkt in de praktijk een kansloze missie aangezien de betreffende ondernemingen tegen die tijd al lang 'leeggehaald' en/of geliquideerd zijn. StiPP procedeert in dergelijke cases gebruikelijk tegen de curator.

Tot zover de huidige impact van 'geen premie wel recht' voor StiPP, waar blijkens het wetsvoorstel niets aan gaat veranderen. Het belang van dit uitgebreide exposé zal blijken uit de onderstaande punten.

De voorgestelde regeling leidt tot een uitbreiding van de werkingssfeer van StiPP

Het wetsvoorstel lijkt uit te gaan van de aanname dat de verplichtstelling van StiPP voor een soort van 'pensioenvangnet' zorgt dat voor alle payrollsituaties van toepassing is. Meer mag (lees: aansluiting bij een ander Bpf), maar anders is er altijd de toepasselijkheid van de verplichtstelling van StiPP. Dat is echter een misvatting, en die heeft grote gevolgen voor de praktische uitvoering van het wetsvoorstel.

De verplichtstelling van StiPP is namelijk uitsluitend van toepassing op "*de natuurlijke of rechtspersoon die voor ten minste 50 procent van het totale premieplichtig loon in de zin van artikel 8 en 11 Wfsv (Wet van 16 december 2004, Staatscourant 2005, 708) op jaarbasis uitzendkrachten ter beschikking stelt van (uitzendt naar) opdrachtgevers, zijnde de werkgever in de zin van artikel 7:690 van het Burgerlijk Wetboek (Wet van 14 mei 1998, Staatscourant 300), niet zijnde de personeelsvereniging*". Ofwel: alleen als een uitzend- of payrollwerkgever voor ten minste 50% van de loonsom dingen doet die als uitzenden (of payrolling) kwalificeren, is de StiPP-regeling van toepassing. Dit 50%-criterium is destijds bewust gekozen om te voorkomen dat werkgevers die te maken hebben met een incidentele (collegiale) uitlening, daarmee onder de werkingssfeer van StiPP zouden komen. Het kan dus voorkomen (en het komt in de praktijk ook regelmatig voor) dat ondernemingen die zich bezig houden met uitzenden of payrollen (maar voor minder dan 50% van de loonsom), terecht niet aangesloten zijn bij StiPP.

De voorgestelde regeling in de WAB gooit de zaken echter over een andere boeg. In de voorgestelde regeling is niet de bedrijfsactiviteit van de werkgever, maar (wat tot drie maal toe benadrukt wordt in de Memorie van Toelichting) de aard van de individuele driehoeksrelatie bepalend. Deze bepaling wijkt fundamenteel af van de algemene gang van zaken ten aanzien van verplichtstellingen, waarbij gebruikelijk de bedrijfsactiviteit van de werkgever bepalend is. In het WAB-voorstel wordt voor payrollwerknemers per individueel geval vastgesteld welk 'pensioenregime' van toepassing is aan de hand van een subtiel onderscheid dat alleen vast te stellen is aan de hand van de feitelijke kenmerken van de individuele terbeschikkingstelling. Ook al betreft het slechts één payrollwerknemer in de betreffende onderneming, dan is het afwijkende pensioenregime van toepassing. Dat betekent dat de werkingssfeer van StiPP wordt uitgebreid naar alle werkgevers in Nederland die zich mogelijkwijs bezig houden met payrolling. Dat is een vele malen grotere doelgroep dan de circa 30.000 werkgevers die StiPP nu in het kader van de huidige verplichtstelling in kaart tracht te brengen. En, zoals eerder aangehaald, zonder middelen om dit af te dwingen bij werkgevers. Het risico van 'geen premie wel recht' neemt dus voor StiPP spectaculair toe.

Naar verwachting zullen de meeste payrollwerknemers te vinden zijn bij ondernemingen die wel bekend en aangesloten zijn bij StiPP. Maar helaas leidt de voorgestelde wetgeving ook daar tot een probleem. StiPP zal namelijk op het niveau van de individuele arbeidsrelatie, aan de hand van de specifieke contracten en uitvoering, moeten beoordelen of er per individuele driehoeksrelatie sprake is van payrolling. Dat is een relevant onderscheid, want als de betreffende payrollwerknemer door de werkgever ten onrechte wordt aangemerkt en aangemeld als uitzendwerknemer, ontstaat er een nieuw risico voor StiPP. Op basis van 'geen premie wel recht' kan deze payrollwerknemer namelijk achteraf zijn betere pensioenrechten succesvol bij StiPP komen claimen. En zoals gezegd, de mogelijkheden voor StiPP om dit daadwerkelijk te controleren zijn beperkt. De kosten die ermee gemoeid zijn, worden door StiPP als onacceptabel beschouwd voor de goedwillende werknemers en werkgevers die deze door middel van de premies moeten opbrengen.

### De voorgestelde regeling is niet te handhaven door StiPP

StiPP constateert dat het wetsvoorstel zal leiden tot een aanzienlijke en oncontroleerbare uitbreiding van de werkingssfeer van de verplichtstelling als gevolg van het wetsvoorstel. Los van de meer wetenschappelijke vraag of en hoe een dergelijke uitbreiding van de werkingssfeer door de wetgever kan plaatsvinden, is duidelijk dat de voorgestelde regeling in de praktijk zal leiden tot een enorme druk op de handhaving door StiPP. Met behulp van de bestaande middelen en de ongeclausuleerde toepasselijkheid van 'geen premie wel recht' is het handhaven van de 'verplichtstelling nieuwe stijl' ten aanzien van payrollwerknemers eenvoudigweg niet mogelijk. De kosten van de handhaving zouden verveelvoudigen en de dreiging van claims zou aanzienlijk toenemen.

Dat maakt de voorgestelde regeling en de daaruit voortvloeiende consequenties voor StiPP onacceptabel.

### **Conclusie**

Het geheel overziende, is de conclusie van StiPP dat de uitgangspunten van de voorgestelde regeling duidelijk en logisch zijn. Er worden voor de realisatie van een passende regeling echter enkele stappen gezet die juridisch gezien als twijfelachtig kunnen worden beschouwd. De uiteindelijke uitwerking van de beoogde regeling is, alle goede bedoelingen ten spijt, niet uitvoerbaar voor StiPP. De combinatie van de werking van de beoogde regeling met het beperkte handhavingsinstrumentarium en het beginsel van 'geen premie wel recht' leidt tot een onwerkbare regeling waar het bestuur van StiPP geen verantwoordelijkheid voor kan nemen.

### **Nader overleg en afstemming**

Uiteraard is het bestuur van StiPP gaarne bereid om deze reactie nader toe te lichten en in overleg te treden over de praktische toepasbaarheid van mogelijke voorstellen.