

TAC

Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context

JAARGANG 6 - MAART 2024

1

mr. R. Timmerman

Arbeidsmigranten in Nederland: een groeiende kloof?

mr. dr. H. Mouselli

WTTA-toelatingsstelsel: kantelpunt of toch niet?

mr. V. Gerlach

Kroniek bankentuchtrecht 2020-2023

mr. L.G.G. Oosterveld-Haveman

De EU-Richtlijn inzake beloningstransparantie gezien vanuit het perspectief van de AVG en de contractsvrijheid

mr. T. de Raad

Actualiteit – De nieuwe fiscale 30/20/10%-regeling voor ingekomen werknemers

Uitgeverij Den Hollander
Boomkampsweg 1, 7245WC Laren
tel. 0570 - 751225
e-mail: info@denhollander.info
www.denhollander.info

Hoofredactie
mr. drs. A.M. Helstone (Stibbe)

Redactie
mr. dr. J.H. Bennaars (A&O Shearman)
prof. mr. dr. J.H. Even (SteensmaEven/Erasmus
Universiteit Rotterdam)
mr. S. Sikkink (A&O Shearman)
prof. dr. O.P. van Vliet (Universiteit Leiden)
mr. dr. H.H. Voogtsgeerd (Universiteit Groningen)
mr. dr. N. Zekić (Universiteit van Amsterdam)

Research editor
mr. dr. A. Zwanenburg (SteensmaEven)

Redactiesecretaris
mr. M. Diepenbach (Baker McKenzie Amsterdam)

Vaste medewerkers
mr. F.M. Dekker (BarentsKrans)
mr. R.A.A. Duk (zelfstandig juridisch adviseur)
mr. K. Janssens (Hoge Raad der Nederlanden)
mr. A.L. Mertens (zelfstandig gevestigd
belastingadviseur / Universiteit van Amsterdam / Vrije
Universiteit)
mr. drs. E.H.A. Schram (De Brauw Blackstone
Westbroek N.V.)
mr. dr. J.P.H. Zwemmer (DLA Piper / Universiteit van
Amsterdam)

Abonnementsprijs
Zie: <https://denhollander.info/>

Beëindiging abonnement
Abonnementen kunnen via de website worden
afgesloten
Abonnementen kunnen worden gestart per 1 januari
van een kalenderjaar. Valt de aanvraag van een
abonnement niet samen met het begin van een
kalenderjaar, dan wordt op aanvraag het tarief voor
het lopende jaar naar rato berekend indien het
abonnement ook in het jaar daaropvolgend wordt
afgenomen.
Op al onze abonnementen zijn de Algemene
voorwaarden van toepassing

Inhoud
Het Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context (TAC)
beoogt arbeidsrechtbeoefenaars diepgaand te
informereren over grensverleggende vraagstukken op
het gebied van het nationaal en Europees arbeidsrecht
door middel van verdiepende achtergrondartikelen,
praktijkgerichte en wetenschappelijke artikelen,
opinies die bijdragen aan actuele debatten in de
arbeidsrechtliteratuur en annotaties bij arresten van
de Hoge Raad en het Europese Hof van Justitie.

© **Uitgeverij Den Hollander B.V.**
Alle rechten voorbehouden. Behoudens de in de
auteurswet opgenomen uitzonderingen mag niets uit
deze uitgave worden vervaelvoudigd (waaronder het
opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of
openbaar gemaakt, ongeacht op welke wijze, zonder
voorafgaande schriftelijke toestemming van de
uitgever.

Citeerwijze
TAC 2024, nr. 1
ISSN: 2666-5522



Tijdschrift voor ARBEIDSRECHT IN CONTEXT

JAARGANG 6 - MAART 2024 - NUMMER 1

- 3 *mr. R. Timmerman*
Arbeidsmigranten in Nederland: een groeiende kloof?
- 6 *mr. dr. H. Mouselli*
WTTA-toelatingsstelsel: kantelpunt of toch niet?
- 17 *mr. V. Gerlach*
Kroniek bankentucht recht 2020-2023
- 24 *mr. L.G.G. Oosterveld-Haveman*
**De EU-Richtlijn inzake beloningstransparantie bezien vanuit het
perspectief van de AVG en de contractsvrijheid**
- 33 *mr. T. de Raad*
**Actualiteit – De nieuwe fiscale 30/20/10%-regeling voor
ingekomen werknemers**

Arbeidsmigranten in Nederland: een groeiende kloof?

mr. R. Timmerman¹

De afgelopen jaren is er toenemende bezorgdheid in Nederland over de omstandigheden van arbeidsmigranten. Terwijl beleidsdebatten zich grotendeels hebben gericht op de rol van malafide uitzendbureaus en slecht werkgeverschap, zijn er ook bredere structurele zorgen over de positie van arbeidsmigranten in Nederland. Op basis van empirisch onderzoek aan de onderkant van de arbeidsmarkt reflecteer ik in deze column op de groeiende kloof tussen Nederlandse werknemers en arbeidsmigranten en de bredere sociale implicaties van ongelijkheid op de werkvloer.

Momenteel werken er ongeveer 800.000 arbeidsmigranten in belangrijke sectoren van de Nederlandse economie, waaronder landbouw, voedselverwerking, bouw, transport, logistiek, dienstverlening en huishoudelijke zorg. Terwijl Nederland steeds afhankelijker is geworden van arbeidsmigranten, is er de laatste jaren tegelijkertijd een groeiende bezorgdheid over hun leef- en werkomstandigheden. Met name de publicatie van het eindrapport van het Aanjaagteam Bescherming Arbeidsmigranten,² ook bekend als het Roemer-rapport, in 2020 bracht wijdverspreide misstanden onder arbeidsmigranten in Nederland aan het licht. Deze misstanden hebben betrekking op slechte gezondheids- en veiligheidsnormen op de werkplek, geringe huisvesting, lange werktijden, onbetaald loon, mishandeling en misbruik door uitzendbureaus.

Het Roemer-rapport leidde tot verschillende nieuwe beleidsvoorstellen om uitbuiting en misstanden tegen te gaan, waaronder het loskoppelen van werk en huisvesting, betere bescherming voor werknemers bij ziekte, verplichte certificering voor uitzendbureaus en het strafbaar stellen van arbeidsuitbuiting.³ Elk van deze ontwikkelingen betekent een belangrijke stap in de verbetering van de positie van arbeidsmigranten. Tegelijkertijd is arbeidsuitbuiting niet alleen het resultaat van afzonderlijke werkgevers of malafide uitzendbureaus, maar ook het gevolg van bredere structurele processen die arbeidsmigranten ten opzichte van Nederlandse werknemers in een ondergeschikte positie op de Nederlandse arbeidsmarkt plaatsen. Om dit punt te illustreren, zal ik putten uit mijn eigen empirisch onderzoek dat zich richt op de onderkant van de Nederlandse arbeidsmarkt.

1. Migranten als tweederangs werknemers

In mijn promotieonderzoek heb ik twaalf maanden etnografische participerende observatie uitgevoerd als laagbetaalde werknemer in drie sectoren van de Nederlandse arbeidsmarkt: de bouw, de groente- en fruitproductie en de logistiek. Tijdens deze periode werkte ik voor verschillende werkgevers en uitzendbureaus die voornamelijk laagbetaalde migranten in dienst namen. Ik nam deel aan de gewone routines van de werkplek: het opruimen van afval en materialen op bouwplaatsen, het sorteren en inpakken van fruit in een productiefabriek, en het orderpicken in distributiecentra.⁴ Het doel van mijn onderzoek was om de arbeidsomstandigheden van arbeidsmigranten te begrijpen en inzicht te krijgen in de wijze waarop situaties van misbruik en uitbuiting ontstaan binnen de context van het gewone werklevens.

In de loop van mijn veldwerk ben ik veel situaties van misstanden en slecht werkgeverschap tegengekomen. Ik was verbaasd dat arbeidsmigranten zo vaak niet hun volledige loon uitbetaald kregen, over de hoge productienormen, over het gebrek aan arbeidsbescherming bij ziekte, over de slechte en overvolle huisvesting en over de opmerkelijke mate van baanverlies en personeelsverloop. In de regel ontbreekt het arbeidsmigranten aan zekerheid en stabiliteit in uren, lonen en werk. Voor de meeste migranten werd werk gefaciliteerd door uitzendbureaus die met allerlei ingewikkelde constructies werken om maximale flexibiliteit te garanderen aan hun klanten, veelal grote Nederlandse bedrijven. Ik

1. Ruben Timmerman is promovendus criminologie aan de Erasmus Graduate School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.
2. Aanjaagteam bescherming arbeidsmigranten, *Geen tweederangsburgers. Aanbevelingen om misstanden bij arbeidsmigranten in Nederland tegen te gaan*, 2020, Rijks-overheid, open.overheid.nl/documenten/ronl-404846f9-9f80-400f-90c3-0c9a8b0fd036/pdf.
3. Zie M.S. Houwerzijl, 'Met een rijk palet aan maatregelen (terug) naar een fatsoenlijke(re) uitzendsector', *Tijdschrift*

Recht en Arbeid 2023 vol. 5, p. 1-2; S.M.A. Lestrade, 'De strafbaarstelling van mensenhandel, uitbuiting en ernstige benadeling nader beschouwd', *Boom Strafbblad* 2023 nr. 3, p. 109-119.
4. Dit was een 'covert' onderzoek, wat betekent dat de bedrijven en uitzendbureaus niet op de hoogte waren van mijn onderzoeksintenties. Voor een meer gedetailleerde bespreking van het gebruik van deze methoden, zie R. Timmerman, 'Reflecties op de praktijk en ethiek van heimelijke etnografie', *KWALON* 2023 vol. 28 nr. 2, 131-139.

zag hoe deze bedrijven niet slechts één uitzendbureau gebruikten, maar meerdere, en hoe deze uitzendbureaus op hun beurt weer andere uitzendbureaus gebruikten om ervoor te zorgen dat ze altijd genoeg personeel konden leveren. Het resultaat was een ketenconstructie, waarbij bedrijven zelden op de hoogte waren van wie er op hun werkvloer werkzaam waren en die hen over het algemeen in staat stelde om verantwoordelijkheid voor de omstandigheden te vermijden.

Tegelijkertijd werd ik niet alleen getroffen door de misstanden en kwalijke praktijken waarvan ik getuige was, maar ook door de verdelingen op de werkvloer zelf. Een van mijn eerste indrukken tijdens mijn veldwerk was de mate waarin banen gesegregeerd waren. In elk van de sectoren die ik bestudeerde, hadden Nederlandse werknemers de overhand in banen met vaste contracten, alsook in leidinggevende en managementfuncties, terwijl arbeidsmigranten overwegend laaggeschoold werk verrichtten als opruimers, schoonmakers, sorteerders, inpakkers, plukkers en pickers. Sociale wetenschappers hebben naar deze verdeling verwezen als een 'migrant division of labour',⁵ waarbij een steeds groter deel van de inheemse werknemers geconcentreerd is in gunstige banen aan de bovenkant van de arbeidsmarkt, terwijl arbeidsmigranten in steeds toenemende mate oververtegenwoordigd zijn in laagbetaalde, laaggeschoolde, onzekere banen aan de onderkant.

Deze trend is ook terug te zien in arbeidsmarktdata. Als gevolg van de wijdverspreide tekorten aan de onderkant van de arbeidsmarkt wordt een steeds groter aandeel van laagbetaald, laaggeschoold werk uitgevoerd door arbeidsmigranten. Ruwweg 70-80% van de arbeidsmigranten verdient minder dan € 15,- per uur, in vergelijking tot slechts 35% van de Nederlandse werknemers.⁶ Bovendien zijn arbeidsmigranten sterk oververtegenwoordigd in flexibele of onzekere arbeidsvormen, zoals uitzendwerk. Door deze flexibilisering bewegen arbeidsmigranten zeer mobiel tussen verschillende werkplekken en werkgevers, en worden zij heen en weer geschoven als de arbeidsvraag dat vereist. Tegelijkertijd hebben recente studies aangetoond dat deze werknemers over het algemeen een minimale opwaartse arbeidsmobiliteit ervaren en vaak vast blijven zitten in banen aan de onderkant.⁷

Naar mijn mening heeft dit niet alleen een belangrijke invloed op het risico op uitbuiting voor arbeidsmigranten, maar heeft het ook potentieel belang-

rijke sociale gevolgen op lange termijn die vaak buiten beeld worden gelaten. Toen het Roemer-rapport werd gepubliceerd, kreeg het de opmerkelijke titel: 'Geen Tweederangsburgers'. Deze titel duidde op een onderliggende zorg, namelijk dat arbeidsuitbuiting mogelijk veel verdergaande sociale en economische implicaties met zich brengt. Ik benoem een aantal van deze implicaties.

2. Implicaties op de lange termijn

Aangezien de tekorten aan de onderkant van de arbeidsmarkt blijven toenemen, zal de vraag naar arbeidsmigranten de komende jaren naar verwachting aanhouden. Tegelijkertijd zijn er aanwijzingen dat steeds meer arbeidsmigranten zich voor langere tijd in Nederland vestigen.⁸ Als de kloof tussen Nederlandse werknemers en arbeidsmigranten steeds verder toeneemt, bestaat er dus een risico op een toenemende verslechtering van de arbeidskwaliteit en een verankering van de precariteit op de arbeidsmarkt voor migranten. Dit brengt ten eerste een hele reeks beleidsuitdagingen op lokaal niveau met zich mee, van de beschikbaarheid van basisvoorzieningen tot sociale cohesie en de openbare orde.⁹ De afgelopen jaren hebben we al een aanzienlijke toename gezien van dakloosheid en armoede onder arbeidsmigranten.¹⁰ Deze trends geven echter ook aanleiding tot bredere beleidsproblemen, zoals groeiende economische ongelijkheid, onvoldoende integratie en structurele nadelen voor migranten.

Deze structurele uitdagingen vragen om structurele oplossingen. Zoals eerder genoemd, heeft de overheid de afgelopen jaren een aantal nieuwe beleidsvoorstellen geïntroduceerd om flexibilisering te verminderen en meer zekerheid op de arbeidsmarkt voor werknemers te creëren. Mogelijk betekent dit ook meer zekere contracten voor arbeidsmigranten en een structureel kleinere rol voor uitzendbureaus op de Nederlands arbeidsmarkt. Naar mijn mening kunnen deze veranderingen een grotere rol spelen bij het bestrijden van uitbuiting en misstanden bij arbeidsmigranten dan inspanningen op het gebied van criminalisering, zoals de strafbaarstelling van uitbuiting. Met name kunnen deze beleidsvoorstellen om flexibilisering tegen te gaan de afstand tussen arbeidsmigranten en Nederlandse bedrijven verkleinen en ervoor zorgen dat deze bedrijven meer actief betrokken zijn en verantwoordelijkheid nemen voor alle werknemers op de werkvloer, inclusief arbeidsmigranten.

5. J. Wills, et al. *Global Cities At Work: New Migrant Divisions of Labour*, Pluto Press 2010.
6. CBS, 'Bijna 180 duizend banen vervuld door Polen', CBS 2019; CBS, 'Verdeling uur en jaarlonen 2006-2021', CBS 2023, www.cbs.nl/nl-nl/maatwerk/2023/06/verdeling-uur-en-jaarlonen-2006-2021.
7. A. Strockmeijer, *De arbeidsmarktpositie verklaart: Werk en uitkeringsgebruik van Oost-Europese arbeidsmigranten in Nederland*, Universiteit van Amsterdam 2020.

8. Strockmeijer, 2020; A. Heyma & T. Vervliet, *Arbeidsmigratie in 2030: Mogelijke ontwikkelingen in vier scenario's*, SEO Economisch Onderzoek 2022.
9. Zie bijvoorbeeld Y. Seidler, K. van der Schans & M. van San, *Gescheiden werelden: Een fenomenonderzoek naar EU-arbeidsuitbuiting, veiligheidsbeleving en sociale cohesie in Carnisse, Oud Charlois en de Tarwewijk*, Risbo 2022.
10. Zie bijvoorbeeld *Het Kenniscentrum Arbeidsmigranten*, 'Steeds meer arbeidsmigranten op straat: De opvang moet humaner', 27 december 2022, hetkenniscentrumarbeidsmigranten.nl/steeds-meer-arbeidsmigranten-op-straat-de-opvang-moet-humaner/.

3. Iedereen een deel van de taart

Naarmate de inspanningen om meer zekerheid op de arbeidsmarkt te brengen toenemen, moeten we er echter ook voor zorgen dat arbeidsmigranten niet als tweederangswerknemers achterblijven, maar actief bij deze verbeteringen worden betrokken. In dit verband wil ik afsluiten met een voorbeeld uit mijn veldwerk dat volgens mij enige aanleiding voor optimisme biedt.

In mei 2023, tegen het einde van mijn veldwerk, staakten werknemers van Albert Heijn op grote schaal in distributiecentra in heel Nederland. Voor mijn onderzoek bezocht ik een van deze distributiecentra om de stakingen te observeren en met een aantal deelnemers te spreken. Toen ik aankwam stonden er twee grote tenten voor de ingang van het distributiecentrum met honderden werknemers in rode en paarse vesten (de kleuren van de FNV en CNV). Ze serveerden warme chocomel en appeltaart met slagroom. Terwijl ik toekeek en met de aanwezigen sprak viel me meteen op hoeveel arbeidsmigranten deelnamen. Arbeidsmigranten zijn over het algemeen terughoudend om deel te nemen aan stakingen uit angst om hun baan te verliezen. Een aantal arbeidsmigranten met wie ik sprak vertelde me inderdaad dat ze in eerste instantie bang waren en van het uitzendbureau te horen kregen dat ze 'twee keer moesten nadenken' voordat ze meededen. Naarmate het aantal stakende werknemers buiten het distributiecentrum groeide, besloten echter steeds meer ar-

beidsmigranten zich bij hen aan te sluiten. Volgens de organisatoren was hun aantal ongekend.¹¹

Deze ontwikkeling biedt mogelijk een aanwijzing dat arbeidsmigranten zich steeds meer gesterkt voelen en bereid zijn voor zichzelf op te komen. In dit opzicht was er nog een ander aspect aan deze staking dat mij in het bijzonder opviel. In de onderhandelingen met de vakbonden had de supermarktketen in eerste instantie een aantal verbeteringen voorgesteld die alleen zouden gelden voor werknemers met een vast contract.¹² Dit zou vooral negatieve gevolgen hebben voor de arbeidsmigranten, die bijna allemaal via uitzendbureaus werkten. Volgens de organisatoren van de vakbond was dit een duidelijke poging om Nederlandse werknemers tegen arbeidsmigranten op te zetten. De vakbonden weigerden verder te onderhandelen totdat iedereen, dus ook de flexibele krachten waaronder veel arbeidsmigranten, zouden meeprofiten. Een week later kwam een nieuwe reactie die heeft geleid tot een verbeterde cao voor *alle* werknemers, inclusief arbeidsmigranten, met daarin een loonsverhoging van tien procent, hogere weekendtoeslagen, meer vaste contracten en betrouwbaardere roosters.

Voor mij toont dit voorbeeld niet alleen aan hoe essentieel arbeidsmigranten zijn geworden als onderdeel van personeelsbestand in deze sectoren, maar ook hoe belangrijk het is om ervoor te zorgen dat, als het gaat om verbeteringen op de Nederlandse arbeidsmarkt, iedereen een deel van de taart krijgt.

11. Dit werd later ook gemeld in de Volkskrant; zie A. Nandram, 'Deze stakende Polen kregen Albert Heijn op de knieën, en dat smaakt naar meer', *de Volkskrant*, 10 mei 2023, [www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/deze-st](http://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/deze-stakende-polen-kregen-albert-heijn-op-de-knieen-en-dat-smaakt-naar-meer-bd0455d1/)

akende-polen-kregen-albert-heijn-op-de-knieen-en-dat-smaakt-naar-meer-bd0455d1/.

12. P. te Lintel Hekkert, 'Vanaf zondagavond stakingen in distributiecentra Albert Heijn', FNV 2023, www.fnv.nl/nieuwsbericht/sectornieuws/handel/2023/04/vanaf-zondag-avond-stakingen-in-distributiecentra-a.

WTTA-toelatingsstelsel: kantelpunt of toch niet?

mr. dr. H. Mouselli¹

Na twee decennia van ontoereikend optreden tegen uitzendbureaus moet de Wet toelating terbeschikkingstelling van arbeidskrachten het tij gaan keren. Deze wet (thans nog een wetsvoorstel) introduceert een uit- en inleenverbod en niet-naleving daarvan wordt bestuursrechtelijk gesanctioneerd. Tevens krijgen uit- en inleners een administratieplicht. Voor uitleners gaat een meldplicht gelden en ze krijgen een nieuwe aanvullende informatieplicht tegenover ter beschikking gestelde arbeidskrachten.

1. Inleiding

Met de Wet toelating terbeschikkingstelling van arbeidskrachten (Wtta) wordt een toelatingsstelsel geïntroduceerd en vervalt de huidige Waadi-registratieplicht voor uitleners (artikel 7a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi)).² Aanleiding voor dit wetsvoorstel is drieledig. In 2020 deed het Aan Haagteam Bescherming Arbeidsmigranten onder leiding van Emile Roemer onderzoek naar de positie van arbeidsmigranten werkzaam bij uitzendbureaus. De resultaten van dat onderzoek³ wijzen uit dat er diverse misstanden zijn in de uitzendsector en zeker met betrekking tot arbeidsmigranten. Daarnaast blijkt uit de programmarapportage Uitzendbureaus 2020–2022 van de Nederlandse Arbeidsinspectie dat het handhavingspercentage, oftewel het aandeel onderzochte uitzendbedrijven waar bij een overtreding is aangetroffen, van 33 procent in 2016 naar gemiddeld 67 procent in de periode 2020–2022 is gestegen.⁴ De vrijwillige zelfregulering met het zogenaamde SNA-keurmerk⁵ is kennelijk onvoldoende toereikend om de positie van (kwetsbare) arbeidskrachten te beschermen en voor uit- en inleners een gelijk speelveld te waarborgen.⁶ De ondersteuning van de zelfregulering van de markt door de registratieplicht (de Waadi-registratie) in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel leidde evenmin tot de gewenste transparantie.⁷ Tijd dus voor een nieuw stelsel. In deze bijdrage zal ik antwoord geven op de vraag of het toelatingsstelsel een betere bescherming van flexwerkers⁸ zal realiseren en een eerlijk speelveld voor uit- en inleners zal creëren. Alhoewel er veel te zeggen is over de Wtta, zal ik mij beperken tot hoofdzakelijk de reikwijdte van het toelatingsstelsel, de administratie-, meld- en informatieplicht en knelpunten die zich in dat kader kunnen voordoen.

Hierna zal ik eerst ingaan op publieke en private instrumenten die vooraf zijn gegaan aan de Wtta (par. 2). In par. 3 komt het toelatingsstelsel met de vier pijlers aan de orde. Gevolgd in par. 4 met een uiteenzetting van en de knelpunten met betrekking tot het uitleenverbod, de administratie-, meld- en informatieplicht van uitleners. In par. 5 staan het inleenverbod en de administratieplicht van inleners centraal. Daarna volgt in par. 6 het tijdspad met een routekaart naar de inwerkingtreding van de Wtta. In par. 7 volgt een uiteenzetting van de impact van het nieuwe stelsel op ondernemingen. De verwachting is dat het toelatingsstelsel grote gevolgen heeft voor uit- en inleners en de regeldruk zal toenemen. Tot slot sluit ik deze bijdrage af met de beantwoording van de centrale vraag (par. 8).

2. Geschiedenis

Sinds 1970 zijn er diverse maatregelen genomen om tot betere bescherming te komen van ter beschikking gestelde arbeidskrachten en een eerlijk speelveld te creëren voor uit- en inleners. Zo werd vanaf 1970 met de inwerkingtreding van de Wet ter beschikking stellen van arbeidskrachten⁹ (Wet tba) gebruik gemaakt van een vergunningsstelsel. Het ter beschikking stellen van arbeidskrachten was alleen toegestaan als de uitlener een vergunning had van het Centraal Bestuur voor Arbeidsvoorziening. Alhoewel met de invoering van de Arbeidsvoorzieningswet 1990¹⁰ de Wet tba werd ingetrokken,¹¹ werd het vergunningsstelsel voortgezet.¹² In 1998 werd met de invoering van de Waadi het vergunningsstelsel opgeheven. Aanleiding hiervoor was dat in de regeling elementen zaten die het toenmalige kabinet

1. Hendarin Mouselli is advocaat bij VRF Advocaten en tevens buitenpromovenda aan de Universiteit Utrecht.
2. *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 872, nr. 31.
3. *Kamerstukken II* 2020/21, 29 861, nr. 53, bijlage nr. 953505.
4. *Kamerstukken II* 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 3-4.
5. Dit is het keurmerk dat uitgegeven wordt door de Stichting Normering Arbeid, bestaande uit NEN 4400-1 (terbeschikkingstelling) en NEN 4400-2 (aanneming van werk).
6. *Kamerstukken II* 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 15.
7. *Kamerstukken II* 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 16.

8. Hieronder wordt in deze bijdrage verstaan: uitzendkrachten, payrollkrachten en andere arbeidskrachten die ter beschikking worden gesteld om onder toezicht en leiding van een derde arbeid te verrichten.
9. Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, *Stb.* 1965, nr. 379 en het Besluit van 10 september 1970, *Stb.* nr. 410.
10. Arbeidsvoorzieningswet, *Stb.* 1990, nr. 402.
11. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 264, nr. 3, p. 2.
12. *Kamerstukken II* 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 13.

niet meer tot het publiek domein rekende.¹³ De overheid moest zich immers inzake de verdeling van de verantwoordelijkheden tussen het publiek domein en het private domein beperken tot haar kerntaken. De regulering legde voorts beperkingen op aan de marktwerking. Door de rigiditeit van het vergunningsstelsel bestond de kans dat er geen optimaal werkende markt voor allocatieve diensten tot stand zou komen en zeker bij de hoge werkloosheid toentertijd had dat nadelige effecten voor de marktwerking. Het was volgens het toenmalig kabinet bovendien onjuist om regels in stand te houden die niet, of slechts tegen aanzienlijke kosten, te controleren en te handhaven waren. Na de afschaffing van het vergunningstelsel doken er misstanden op. In 2006 kwam de uitzendbranche tot zelfregulering met het keurmerk van Stichting Normering Arbeid (SNA) en werd de samenwerking tussen publieke en private handhaving versterkt.¹⁴ Met de Waadi-registratieverplichting in 2012 moesten uitleners zichtbaarder worden voor handhavende instanties.¹⁵ Het aanpakken van malafide uitleners bleek desondanks toch lastig. Reden dat in 2019 een verkenning plaatsvond voor het wederom invoeren van een vergunningsstelsel. Voor een vergunningsstelsel bleek, mede door de historische achtergrond van de afschaffing van de vergunningsplicht, opnieuw onvoldoende politiek en maatschappelijk draagvlak te zijn.¹⁶ In aanloop naar de Wtta is nog een publiek/privaat certificeringsstelsel overwogen. In het certificeringsstelsel zouden certificaten uitgegeven worden door een privaatrechtelijke certificerende instelling (CI) met de status van zelfstandig bestuursorgaan, waarvoor sociale partners verantwoordelijkheid droegen.¹⁷ De Afdeling advisering van de Raad van State¹⁸ stelde ter discussie of een publiek/privaat certificeringsstelsel wel de meest aangewezen vorm was. De relatie tussen de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de CI, onderscheidenlijk de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (minister SZW), zou onder het certificeringsstelsel complex worden.¹⁹ Het creëerde het risico dat noch de sociale partners, noch de minister SZW deze effectief konden invullen.²⁰ Een eenvoudiger en consistentere vormgegeven stelsel met een centrale rol voor de overheid zou daarom de voorkeur hebben. Reden dat uiteindelijk voor het toelatingsstelsel is gekozen. Het toelatingsstelsel is anders dan het certificeringsstelsel een publiekrechtelijk stelsel, met een adviserende rol voor sociale partners en een ondersteunende taak voor private inspectie-instellingen.²¹ De kern van dit stelsel is dat uitleners alleen arbeidskrachten ter beschikking mogen stellen indien zij daartoe door de minister SZW zijn toegelaten en inleners mogen uitsluitend arbeidskrachten inhuren van toegelaten uitleners. De Nederlandse Arbeidsinspectie is belast met het toezicht op de toelatingsplicht.

3. Het toelatingsstelsel

3.1. Vier pijlers van het toelatingsstelsel

Met de Wtta wordt een toelatingsstelsel geïntroduceerd dat gebaseerd is op vier pijlers:

1. Een toetredingsmechanisme

De Wtta introduceert een uitleenverbod in artikel 12c Waadi (nieuw) op grond waarvan alleen nog arbeidskrachten ter beschikking mogen worden gesteld (tegen een vergoeding van meer dan de loonkosten) aan een derde om onder toezicht en leiding van die derde arbeid te verrichten, indien de uitlener is toegelaten door de minister SZW. Een toelating heeft een geldigheidsduur van vier jaar. Een voorlopige toelating heeft een geldigheidsduur van zes maanden. Om toegelaten te worden dient de uitlener te voldoen aan de volgende cumulatieve voorwaarden:

- a. de uitlener moet zijn ingeschreven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel;
- b. de uitlener moet financiële zekerheid stellen. Inmiddels is een voorstel tot wijziging van het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Baadi) ter internetconsultatie²² voorgelegd. Hieruit blijkt dat financiële zekerheid moet worden gesteld in de vorm van een waarborgsom (artikel 1b:6 lid 1 Baadi (nieuw)). Voor bestaande ondernemingen bedraagt de financiële zekerheid € 100.000,00 en voor startende uitleners bedraagt dat € 50.000,00. De financiële zekerheid beoogt te voorkomen dat arbeidskrachten of de Staat geheel of gedeeltelijk opdraaien voor de gevolgen van vluchtig ondernemerschap en te waarborgen dat de uitlener zijn arbeidsrechtelijke en fiscale verplichtingen geheel of grotendeels zelf nakomt. De vraag is of dat met een dergelijk bedrag gaat gebeuren, omdat de gemiddelde loonsom bij en daarmee het risico op onderbetaling door een uitlener veel hoger zal liggen dan het bedrag van de financiële zekerheid. De financiële zekerheid zal in mijn visie eerder dienen als drempel om toegelaten te worden dan als zekerheid ter nakoming van fiscale en arbeidsrechtelijke verplichtingen. Daar komt bij dat bestaande uitleners die bij de invoering van het toelatingsstelsel al geruime tijd actief zijn en aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldoen, met een beroep op het overgangsrecht geen financiële zekerheid hoeven te stellen.²³ Ze moeten in dat geval aan de volgende voorwaarden voldoen:

13. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 264, nr. 3, p. 4.

14. *Kamerstukken II* 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 14.

15. *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 872, nr. 3.

16. *Kamerstukken II* 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 15.

17. *Kamerstukken II* 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 9.

18. *Kamerstukken II* 2023/2024, 36446, nr. 4.

19. *Kamerstukken II* 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 9.

20. *Kamerstukken II* 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 9.

21. *Kamerstukken II* 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 58.

22. Geraadpleegd 15 februari 2024.

23. *Kamerstukken II* 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 34.

- i. de uitlener dient in de vier jaar vóór de invoeringsdatum onafgebroken ingeschreven te zijn in het Handelsregister, met het ter beschikking stellen van arbeidskrachten als bedrijfsactiviteit;
 - ii. de uitlener dient in die vier jaar aantoonbaar arbeidskrachten ter beschikking te hebben gesteld. Hoe de uitlener dat moet aantonen is niet nader uitgewerkt; en
 - iii. de uitlener overlegt bij de aanvraag een verklaring van de Belastingdienst waaruit blijkt dat de aanvrager op het moment van afgifte van deze verklaring de verschuldigde belastingen en premies heeft voldaan (de zogeheten schone verklaring), als bedoeld in artikel 34 lid 7 Leidraad invordering 2008. Deze verklaring mag bij de aanvraag niet ouder zijn dan drie maanden.
- c. de uitlener moet een Verklaring Omtrent Gedrag (VOG) verstrekken die niet ouder is dan drie maanden. In de meeste gevallen zal dat een VOG rechtspersonen zijn, maar soms zal een VOG natuurlijke personen (bij een eenmanszaak) vereist zijn. Naar aanleiding van een VOG-aanvraag wordt krachtens artikel 35 lid 1 Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens ook onderzoek gedaan naar het strafrechtelijke verleden van een rechtspersoon en van ieder van de bestuurders, vennoten, maten of beheerders.²⁴ In artikel 12o lid 3 Waadi (nieuw) wordt geregeld dat bij een wisseling van één van de bestuurders, vennoten, maten of beheerders, de toegelaten uitlener zo spoedig mogelijk, maar in ieder geval binnen drie maanden na de wisseling een nieuwe VOG dient te overleggen.²⁵ De eis van het overleggen van een VOG geldt overigens niet voor buitenlandse uitleners, tenzij de buitenlandse uitlener een Nederlandse bestuurder heeft. Dan moet die bestuurder wel een VOG natuurlijke personen overleggen. Uit de Wtta blijkt echter niet wanneer iemand kwalificeert als een Nederlandse bestuurder in de zin van de Wtta; en
- d. de uitlener moet voldoen aan het zogenoemde normenkader dat nog nader moet worden uitgewerkt. Het normenkader kan tussentijds veranderen. De volgende elementen komen in ieder geval daarin terug, waaraan de uitlener aldus moet voldoen om toegelaten te worden (artikel 12q lid 3 Waadi (nieuw)):

- naleving meldingsplicht krachtens de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagwEU): geldt alleen voor buitenlandse uitleners;
- loonheffing en omzetbelasting betalen;
- naleving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Wml);

- naleving gelijke behandelingsnormen uit artikelen 8 en 8a Waadi;
- administreren van identiteitsdocumenten van arbeidskrachten en controle op het gerechtigd zijn om in Nederland te werken (Wet arbeid vreemdelingen);
- naleving van de informatieplicht uit artikel 7:655 BW. Dit geldt niet alleen bij een arbeidsovereenkomst, maar ook bij een arbeidsverhouding (artikel 12q lid 3 Waadi (nieuw)). Of de nieuwe informatieverplichting uit artikel 12a Waadi waaraan uitleners eveneens moeten voldoen – waarover verderop meer – ook hieronder valt, wijst artikel 12q Waadi (nieuw) niet uit;
- het voldoen aan de huisvestingseis: als huisvesting wordt aangeboden aan arbeidskrachten moet de huisvesting zijn aangeboden door een woningcorporatie, ofwel voldoen aan bij de toepasselijke cao gestelde eisen (vb. Stichting Normering Flexwonen (SNF)); en
- voldoen aan het wetsvoorstel toezicht gelijke kansen (zodra aangenomen).

Uit artikel 1b:8 lid 1 Baadi (nieuw) blijkt dat het normenkader bij ministeriële regeling wordt vastgesteld. Artikel 1b:8 lid 2 Baadi (nieuw) regelt welke eisen verder nog onderdeel uitmaken van het normenkader.

Er zal een toelatende instantie worden opgericht²⁶ die op aanvraag namens de minister SZW als bevoegd bestuursorgaan aan uitleners een toelating zal verlenen voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.²⁷ Deze toelatende instantie zal een elektronisch formulier beschikbaar stellen, waarmee uitleners zich kunnen aanmelden voor een toelating. Daarnaast krijgen uit- en inleners een administratieplicht en uitleners krijgen een meldplicht jegens inleners, waarover verderop meer. Nieuw is ook dat het toelatingsstelsel mogelijk maakt om uitleners preventief de toegang tot de markt te ontfemen. Met toepassing van de Wet bibob²⁸ kan een toelating worden geweigerd, geschorst of ingetrokken als sprake is van een ernstig gevaar dat deze zal worden misbruikt voor criminele doeleinden.

II. Periode controles

Alle toegelaten uitleners worden één keer per jaar gecontroleerd door een private inspectie-instelling die Raad voor Accreditatie (RvA) geaccrediteerd is, zodat uitleners kunnen aantonen dat zij het normenkader en daarmee wet- en regelgeving voldoende naleven.²⁹

III. Publiek toezicht

De Nederlandse Arbeidsinspectie zal toezicht houden op de naleving van de toelatingsplicht. Effectief en intensief publiek toezicht is immers noodzakelijk

24. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 150.

25. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 149.

26. De verwachting is dat dit voor de zomer 2024 zal geschieden.

27. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 96.

28. Wet bevordering integriteitsbeoordeling door het openbaar bestuur.

29. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 17.

om te voorkomen dat niet-toegelaten uitleners zich op de markt kunnen begeven.³⁰ Onderdeel van dit toezicht is dat de Nederlandse Arbeidsinspectie bestuursrechtelijke sanctiebevoegdheden krijgt tegenover uit- en inleners. Vooralsnog lijkt het erop dat het huidige sanctiebeleid dat wordt gehanteerd bij de Waadi-registratieplicht blijft gehandhaafd, waarbij de regering wel aanleiding ziet om het beleid over de hoogte van de boetes ten aanzien van de Waadi (inclusief eventuele matigingsgronden) opnieuw te bezien.³¹ Dit betekent vooralsnog³² dat de volgende sancties kunnen worden opgelegd aan in- en uitleners:

- *Bij een eerste overtreding* kan een bestuurlijke boete worden opgelegd. Het maximale bedrag van deze boete is € 90.000 per overtreding, het bedrag van de vijfde categorie als bedoeld in artikel 23 lid 4 Wetboek van Strafrecht. De boetebedragen worden nog uitgewerkt in de te wijzen Beleidsregel boeteoplegging Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs 2014. *Bij ernstige eerste overtredingen* kan de waarschuwing bij de eerste overtreding worden gegeven en kan een stillegging volgen bij de tweede overtreding. Als een ernstige overtreding wordt aangemerkt de overtreding waarbij ten minste 20 ter beschikking gestelde arbeidskrachten zijn betrokken.
- *Bij een tweede overtreding* kunnen bestuurlijke boetes worden opgelegd. Op grond van de huidige Beleidsregel boeteoplegging Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs 2014 - die dus nog wordt aangepast - zou bij een overtreding van de huidige registratieplicht het boetenormbedrag met 50% verhoogd worden als in de vijf jaar voorafgaand aan de overtreding eerder een overtreding van de Waadi is begaan. Tevens kan een schriftelijk waarschuwing tot preventieve stillegging worden gegeven.
- *Bij een derde overtreding* (na waarschuwing) kan de onderneming preventief worden stilgelegd (minimaal een (1) maand en maximaal drie (3) maanden). Voordat de waarschuwing preventieve stillegging wordt gegeven, wordt een voornemen tot het geven van een preventieve stillegging gegeven, waarbij binnen twee weken een zienswijze kan worden gegeven. Niet naleving van de preventieve stillegging levert een misdrijf op ex artikel 1 lid 1 Wet op de economische delicten.

Tevens bestaat krachtens artikel 22a Waadi (nieuw) de mogelijkheid om een last onder dwangsom aan uit- en inleners op te leggen bij overtreding van artikel 12c leden 1 tot en 3, artikel 12d leden 1 en/of 2, artikel 12h leden 2 en/of 3 en artikel 12n leden 2

en/of 3 Waadi (nieuw).³³ Een last onder dwangsom zal hoofdzakelijk zien op het afdwingen dat een niet-toegelaten uitlener de terbeschikkingstelling dient te beëindigen of dat een inlener die arbeidskrachten inleent van een niet-toegelaten uitlener deze overtreding beëindigt.

IV. Inleners worden aangesproken

Inleners mogen alleen nog arbeidskrachten inhuren van toegelaten uitleners (inleenverbod). Aanspreekbaarheid van inleners wordt noodzakelijk geacht om niet-toegelaten uitleners effectief van de markt te kunnen weren.³⁴ Inleners die arbeidskrachten inhuren van niet-toegelaten uitleners worden bestuursrechtelijk gesanctioneerd. Op grond van artikel 16 lid 1 Waadi (nieuw) wordt het inlenen van niet-toegelaten uitleners ingevolge artikel 12d lid 1 Waadi (nieuw) en het niet in acht nemen van de administratieplicht uit artikel 12d lid 2 Waadi (nieuw) gezien als een overtreding. Zoals hiervoor onder punt III uiteengezet zal de Beleidsregel boeteoplegging Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs 2014 worden aangepast. Daarin zal worden bepaald wat de exacte hoogtes van de boetes zullen zijn. Ook moeten inleners medewerking verlenen aan controles van de private inspectie-instellingen ten aanzien van artikelen 8 en/of 8a Waadi. De aanspreekbaarheid van inleners lijkt echter niet zover te gaan dat ze ook bestuursrechtelijk worden gesanctioneerd in de vorm van boetes als ingevolge artikelen 8 en/of 8a Waadi sprake is van onderbetaling³⁵ dan wel als de informatieplicht uit artikel 12a Waadi (nieuw) is geschonden. In artikel 16 Waadi wordt schending van artikel 12a Waadi of artikelen 8 en/of 8a Waadi niet aangemerkt als overtreding. Dat is een gemiste kans in het mede verantwoordelijk maken van inleners voor de gelijke behandeling van arbeidskrachten. Weliswaar kunnen uit- en inleners en anderen in de keten door arbeidskrachten aansprakelijk worden gesteld voor loon ongeval van een onderbetaling,³⁶ maar dat betreft een civiele aangelegenheid dat uitsluitend ziet op het loonbegrip uit het BW en een vordering die een individuele arbeidskracht zelf kan instellen.

4. Het uitleenverbod, de administratie-, meld- en informatieplicht

4.1. Het uitleenverbod

Het uitleenverbod is gekoppeld aan terbeschikkingstelling ex artikel 1 lid 1 sub c Waadi en geldt voor

30. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 18.

31. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 63.

32. De Beleidsregel boeteoplegging Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs 2014 wordt aangepast, wat betekent dat de boetenormbedragen eveneens kunnen wijzigen.

33. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 63 e.v.

34. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 20.

35. Wanneer sprake is van onderbetaling van het minimumloon en/of minimumvakantiebijslag kan de for-

meel werkgever (uitlener) bestuursrechtelijk beboet worden, maar de inlener niet. Dit betreft uitsluitend het minimumloon en minimumvakantiebijslag en dus niet het loon boven het minimum en de overige onderdelen uit de gelijke behandelingsnormen krachtens artikelen 8 en 8a Waadi.

36. Zie artikelen 7:616a tot en met 616f BW die onderdeel zijn van de Wet aanpak schijnconstructies voor de inleen- en ketenaansprakelijkheid. Zie ook Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 52.

rechtspersonen of ondernemingen. In artikel 1 lid 2 sub g Waadi komt een definitie van een toegelaten uitlener. Daarin is bepaald dat een toegelaten uitlener een rechtspersoon of onderneming is die in het bezit is van een toelating of een voorlopige toelating als bedoeld in artikel 12i lid 1 Waadi (nieuw) voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Het is irrelevant of de uitlener arbeidskrachten bedrijfsmatig ter beschikking stelt.³⁷ Niet-bedrijfsmatig uitgeleende arbeidskrachten lopen immers niet wezenlijk andere risico's dan hun bedrijfsmatig uitgeleende evenknieën.³⁸ Het voorgaande past ook bij de definitie van terbeschikkingstelling ex artikel 1 lid 1 sub c Waadi, waarvoor geen bedrijfsmatige terbeschikkingstelling is vereist. Dit maakt dat het uitleenverbod voor meer bedrijven gaat gelden dan alleen voor uitzendbureaus. De vraag is evenwel of dienstverleners die menen dat ze niet onder de Waadi vallen – zoals bijvoorbeeld detacheerders of andere dienstverleners zoals het zogenoemde Vrije Werker model³⁹ (Stichting Standby Fonds, kenmerkend sinds 2023 een Fiscaal Fondswervende Instelling) – vallen onder het uitleenverbod en zo ja, of zij zich gaan houden aan het uitleenverbod. Het is daarnaast de vraag hoe actief de Nederlandse Arbeidsinspectie juist dit soort organisaties gaat controleren. Het Vrije Werker model is net een 'vending machine' waar men kan kiezen tussen zogenoemde loyale werkers, EU-werkers, flexwerkers en zzp'ers, maar die allen buiten het Nederlands dwingendrechtelijk arbeidsrechtregime worden geplaatst. Deze vrije werkers zijn volgens Stichting Standby Fonds namelijk niet in loondienst, want de werkers staan ingeschreven bij een pool van vrije werkers en ze zijn vrij om zelf te bepalen wanneer ze werken. Een poolbedrijf (Werkstandby en InDat) beheert een database van vrije werkers en bemiddelt en begeleidt bij de werkzaamheden, al dan niet via een online platform, die door vrije werkers kunnen worden verricht en garandeert de vrije werker dat hij voor zijn werk binnen een week wordt betaald maar niet als werknemer. Ook zijn ze volgens Stichting Standby Fonds geen zzp'ers, want de vrije werkers staan niet ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel en zijn ook niet btw-plichtig. Dit model lijkt niet te voldoen aan dwingendrechtelijke arbeidsrechtregels (waaronder de Waadi), maar het bestaat wel.

Alhoewel de artikelen 12c en 12i Waadi dat niet expliciet vermelden, blijkt uit de MvT⁴⁰ dat ook payrollrolling valt onder de reikwijdte van het uitleenverbod. Dit betreft immers een specifieke vorm van terbeschikkingstelling van arbeidskrachten. Datzelfde geldt voor backofficekantoren,⁴¹ buitenlandse uitleeners⁴² en ieder ander bedrijf dat arbeidskrachten ter beschikking stelt. Ook in- en doorleners⁴³ vallen onder de reikwijdte van het toelatingsstelsel. Als inle-

ner wordt immers aangemerkt de doorlener⁴⁴ (artikel 12d lid 4 sub a Waadi (nieuw)) en de uiteindelijke inlener onder wiens toezicht of leiding arbeid wordt verricht (artikel 12d lid 4 sub b Waadi (nieuw)).

4.2. Rechtspersoon of onderneming

De vraag is wat onder het begrip 'onderneming' moet worden verstaan zoals opgenomen in de nieuwe artikelen in de Waadi. De combinatie van 'rechtspersoon of onderneming' is in een aantal huidige artikelen in de Waadi reeds terug te vinden. Bijvoorbeeld in het kader van de registratieverplichting uit artikel 7a Waadi. Met de term 'onderneming' is in artikel 7a Waadi bedoeld de entiteit niet zijnde een rechtspersoon die eveneens arbeidskrachten ter beschikking stelt zoals bijvoorbeeld een vof, een eenmanszaak of een maatschap. Of dat laatste ook met onderneming in het kader van de nieuwe bepalingen uit de Waadi wordt bedoeld, of juist bedoeld is op het begrip onderneming zoals is bepaald in artikel 1 lid 1 sub e Waadi, is niet met zekerheid te zeggen. De Wtta en MvT bieden hierover geen duidelijkheid. De MvT⁴⁵ bij de uitleg van de definitie van rechtspersoon in het kader van de VOG en de vergelijking van deze term met die in de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens verwijzen naar de ruime reikwijdte van het begrip onderneming zoals bedoeld in artikel 1 lid 1 onderdeel e Waadi. Als voor de uitleg van het begrip onderneming artikel 1 lid 1 sub e Waadi geldt, dan gaat deze ruime verwijzing uit van een breed begrip van onderneming en heeft dat gevolgen voor de reikwijdte van het uitleenverbod. Onder 'onderneming' zoals wordt bedoeld in artikel 1 lid 1 sub e Waadi wordt immers verstaan de onderneming zoals is bedoeld in de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Een onderneming is blijkens artikel 1 lid 1 sub c WOR elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht. Gesteld kan worden dat gezien het feit dat het uitleenverbod in de Waadi worden verankerd en noch de Wtta noch de MvT hierover duidelijk bieden, het in de rede ligt aansluiting te zoeken bij de definitiebepaling van onderneming uit artikel 1 lid 1 sub e Waadi. Met het onderstaande voorbeeld wordt duidelijk welke gevolgen dat heeft voor het uitleenverbod.

Stel, een moedervervenootschap (100% aandeelhouder) met drie dochtervennootschappen vormt een concern en treedt naar buiten toe als een geheel. De moedervervenootschap sluit alle mantelovereenkomsten met inleners, maar de arbeidskrachten die ter beschikking worden gesteld zijn in dienst van de dochtervennootschappen. De vraag is of de moe-

37. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 21.

38. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 21.

39. www.werkstandby.nl, www.vrijewerker.nl en www.vrijewerker.nl/concept_vrijewerker.pdf.

40. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 21.

41. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 102.

42. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 111-112.

43. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 54.

44. De doorlener wordt tevens aangemerkt als uitlener, waarop artikel 12c Waadi van toepassing is en dus ook toegelaten moet zijn.

45. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 151.

der met de drie dochtervennootschappen als een onderneming zoals bedoeld in artikelen 1 lid 1 sub g en 12c Waadi (nieuw) kan worden aangemerkt. Kijkend naar de definitie van toegelaten uitlener en het uitleenverbod, zou onder verwijzing naar de definitie van onderneming uit de Waadi gesteld kunnen worden dat de moeder met de drie dochtervennootschappen moet worden gezien als een onderneming. Er staat namelijk in artikelen 12c en 1 lid 1 sub g Waadi (nieuw) 'rechtspersoon of onderneming'. Als de term onderneming echter zo moet worden uitgelegd dat het een alternatief is voor een rechtspersoon (dus bijvoorbeeld een maatschap, vof, eenmanszaak), dan wordt de situatie anders en zal van belang zijn of de moeder zelf arbeidskrachten ter beschikking stelt. Als de arbeidskrachten door de dochters aan de moeder ter beschikking worden gesteld, waarna ze door de moeder worden uitgeleend aan inleners buiten het concern, stelt de moedervennootschap arbeidskrachten ter beschikking. In dat geval is er sprake van in- en doorlening. De vraag is dan wie moet zijn toegelaten. Zoals reeds uiteengezet, geldt het uitleenverbod ook voor in- en doorlening. Tegelijkertijd bepaalt de MvT⁴⁶ dat het uitleenverbod juist niet van toepassing is bij intra-concernuitlenen. Dat blijft onder het toelatingsstelsel ongewijzigd. In dit voorbeeld is er sprake van intra-concernuitlenen met in- en doorlening buiten het concern. Gelet op het doel en de strekking van de Wtta en naar analogie van de wijze waarop artikelen 8 en 8a Waadi worden vastgesteld, namelijk zoals dat geldt bij de uiteindelijke inlener, zou gesteld kunnen worden dat in een dergelijke situatie de dochtervennootschappen als formeel werkgever wel vallen onder het uitleenverbod. De moeder zou dan als in- en doorlener ook vallen onder het uitleenverbod. De arbeidskrachten worden immers uiteindelijk door de moeder buiten het concern ter beschikking gesteld. Gelet op de expliciete uitzondering van intra-concernuitlenen is deze uitkomst niet helemaal zeker. De uitkomst wordt diffuser als de arbeidskrachten deels onder toezicht en leiding van de moeder arbeid verrichten en deels onder toezicht en leiding van de inlener buiten het concern. De Wtta blinkt in dergelijke situaties helaas niet uit in duidelijkheid.

4.3. Uitzonderingen op het uitleenverbod

4.3.1. Uitzonderingen

In het hiervoor behandelde voorbeeld bleek al dat intra-concernuitlenen niet valt onder de reikwijdte van het uitleenverbod. De toelatingsplicht wordt niet van betekenis geacht bij deze verschijningsvorm, omdat de problematiek die de regering wenst te bestrijden met het toelatingsstelsel zich niet zou voordoen bij intra-concernuitlenen. Deze redenering overtuigt niet. Niet alleen kunnen problemen ontstaan zoals in het voorbeeld hiervoor uiteengezet. Ook kan de uitzondering juist misbruik in de

hand werken. Het uitzonderen van intra-concernuitlenen van het toelatingsstelsel kan met zich meebrengen dat concerns via (grensoverschrijdende) intra-concernuitlenen het uitleenverbod trachten te omzeilen. Kijkend naar de uitleg die de regering gaf⁴⁷ bij de invoering van artikel 8a lid 8 Waadi in geval van intra-concernuitlenen, is juist overwogen dat het niet zo kan zijn dat bij bedrijfsmatige terbeschikkingstelling aan de eigen organisatie minder verplichtingen gelden. Waarom zou dat bij de toelatingsplicht opeens wel kunnen?

Aangezien het uitleenverbod is gekoppeld aan terbeschikkingstelling zoals wordt bedoeld in de Waadi, geldt het uitleenverbod in nog meer situaties niet, namelijk in geval van:

- contracting of aanneming van werk;
- collegiale uitleen (de definitie van collegiale uitleen zal met de Wtta worden gewijzigd);
- arbeidspools die uitsluitend collegiale uitleen faciliteren;
- arbeidsbemiddeling;
- stagiaires voor zover de werkzaamheden gericht zijn op het verwerven van kennis en kunde voor de eigen ontwikkeling (dus geen arbeidsovereenkomst);
- zzp'ers. Ook het bemiddeling- en tussenkomstmodel met zzp'ers vallen niet onder het uitleenverbod, tenzij het gaat om schijnzelfstandigen of geherkwalificeerde werknemers die ter beschikking worden gesteld aan een inlener;
- sectorale uitzonderingen. Sectoren van het bedrijfsleven of segmenten van de arbeidsmarkt kunnen krachtens artikel 1b Waadi (nieuw) bij AMvB van de toelatingsplicht en de daarmee samenhangende verplichtingen worden uitgezonderd. Van de uitzonderingsmogelijkheid kan gebruik worden gemaakt als de belangen van een sector of een segment van de arbeidsmarkt door de toelatingsplicht onevenredig worden geschaad in verhouding tot de doelen die met de Wtta worden nagestreefd.⁴⁸ Volgens de regering brengt het primaat van de wetgever met zich mee dat de reikwijdte van een wettelijke maatregel in beginsel in een wet in formele zin wordt vastgesteld, maar omdat de eventuele disproportionele gevolgen van de invoering van de toelatingsplicht voor een sector of segment van de arbeidsmarkt niet goed te voorzien zijn, rechtvaardigt dat om uitzonderingen op de toelatingsplicht bij AMvB te regelen.⁴⁹ Deze motivering overtuigt niet. De vastlegging bij AMvB is bezwaarlijk, omdat het uitzonderen van segmenten zorgvuldig moet geschieden en het risico bestaat op een onvoldoende open en interactief totstandkomingsproces. De vastlegging bij AMvB betekent immers dat de Tweede Kamer en Eerste Kamer geen inbreng hebben op de vaststelling van relevante omstandigheden die maken waarom de ene sector wel en een andere juist niet wordt uitgezonderd en welke sectorspe-

46. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 126.

47. Kamerstukken II 2018/2019, 35074, nr. 3, p. 43.

48. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 27.

49. Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 27.

cifieke (materiële) eisen er worden gesteld. Als een ontwerp-AMvB aan de afdeling advisering van de Raad van State wordt voorgelegd, wordt de voorgelegde versie bovendien pas openbaar zodra de AMvB in het Staatsblad is gepubliceerd en ook wordt dan pas het advies van de Raad van State openbaar. De vastlegging buiten een AMvB zal weliswaar meer werk opleveren voor wetgevingsjuristen en andere ambtenaren op het ministerie en mogelijk enige vertraging met zich meebrengen. De vraag is echter of dat erg is, omdat het uitzonderen van sectoren een ingrijpende beslissing is op het stelsel en dat juist daarom gepaard dient te gaan met voldoende transparantie.

4.3.2. Ontheffing

Uitleners (ook buitenlandse) die maar beperkt arbeidskrachten ter beschikking stellen, krijgen de mogelijkheid om ontheffing aan te vragen (artikel 12e Waadi (nieuw)). Om in aanmerking te komen voor ontheffing dient te worden voldaan aan de volgende cumulatieve voorwaarden (artikel 12e Waadi (nieuw)):

- a. een rechtspersoon of onderneming moet over een periode van ten minste twaalf maanden loon hebben uitbetaald (lid 1 onderdeel a);
- b. per tijdseenheid van twaalf maanden moet de som van vergoedingen voor arbeidskrachten die ter beschikking zijn gesteld minder dan tien procent van de loonsom van de uitlener zijn (lid 1 onderdeel b);
- c. per tijdseenheid van twaalf maanden moet de som van vergoedingen voor terbeschikkinggestelde arbeidskrachten niet meer dan 2,5 miljoen euro⁵⁰ bedragen (lid 1 onderdeel b); en
- d. de gegevens die worden verstrekt worden voorzien van een verklaring over de getrouwheid van de gegevens (lid 3). Bij AMvB worden regels bepaald over de inhoud van de verklaring en wie deze verklaring kan verstrekken. In de MvT⁵¹ wordt vermeld dat een accountsverklaring of een verklaring van aangewezen inspectie-instellingen passend zouden kunnen zijn.

Onder 'vergoedingen' wordt tevens verstaan de aan terbeschikkinggestelde arbeidskrachten toekomende vergoedingen uit hoofde van een arbeidsovereenkomst die vergelijkbaar zijn met het loon.⁵² Bij AMvB zullen de regels hierover nog nader worden uitgewerkt. Ook over de indexering van het maximumbedrag, de periode waarover tenminste loon moet zijn betaald, de wijze waarop het percentage van tien procent wordt berekend en wat tot de vergoeding van de terbeschikkinggestelde arbeidskrachten moet worden gerekend. Aan een ontheffing kun-

nen in individuele gevallen ook andere voorschriften worden verbonden.⁵³ De minister SZW is het orgaan dat de ontheffing verleent voor onbepaalde tijd en die kan eisen dat periodiek gegevens worden verstrekt die voor het behouden van een ontheffing van belang zijn (artikel 12e lid 2 Waadi (nieuw)). Uitleners die een ontheffing hebben worden in het openbaar register opgenomen, zodat voor inleners duidelijk is wie een ontheffing heeft. De Nederlandse Arbeidsinspectie stelt uitsluitend vast of de uitlener al dan niet van de toelatingsplicht is ontheven, maar houdt dus geen toezicht op de naleving van de ontheffingsregeling.⁵⁴ Een uitlener die ontheffing heeft moet echter wel voldoen aan de administratie- en meldplicht bedoeld in artikel 12c leden 2 en 3 Waadi (nieuw).

4.4. De Administratie-, meld- en informatieplicht

Uitleners dienen ingevolge artikel 12c lid 3 Waadi (nieuw) in de eigen administratie bij te houden, en bij inspecties inzichtelijk te maken, welke arbeidskrachten ter beschikking worden gesteld en bij welke inlener zij hun arbeid (zullen) verrichten (administratieplicht).⁵⁵ Krachtens artikel 12c lid 5 Waadi (nieuw) geldt voor deze gegevens een bewaartermijn van ten minste zeven jaar. Ook dient de uitlener vóór aanvang van de terbeschikkingstelling aantoonbaar schriftelijk aan de inlener te melden voor welke arbeidskrachten er sprake is van terbeschikkingstelling (meldplicht).⁵⁶ Het doel van deze verplichtingen is de effectiviteit van het stelsel te vergroten en ontwijking van de toelatingsplicht te voorkomen.⁵⁷

In artikel 12a Waadi wordt een nieuw artikellid toegevoegd, waarin wordt geregeld dat de uitlener verplicht is de informatie die de inlener aan de uitlener verstrekt over de gelijke behandelingsnormen onverwijld schriftelijk mede te delen aan de arbeidskracht die ter beschikking wordt gesteld. Dit betreft een aanvulling op de reeds bestaande informatieverplichting uit artikel 7:655 BW. Wat 'onverwijld' betekent, wordt in de Wtta niet nader ingevuld. Wél blijkt uit de MvT⁵⁸ dat het kan voorkomen dat de uitlener feitelijk pas na de start van de terbeschikkingstelling de informatie kan doorsturen aan de arbeidskracht in het geval waarin de inlener net voor de terbeschikkingstelling aan haar informatieverplichting voldoet. Dit wordt door de regering kennelijk niet bezwaarlijk geacht, omdat de verplichting voor de inlener om informatie voor de aanvang van de terbeschikkingstelling door te sturen naar de uitlener en de verplichting voor de uitlener om die informatie onverwijld door te sturen naar de arbeidskracht tot gevolg hebben dat de arbeidskracht de in-

50. Dit bedrag zal jaarlijks worden geïndexeerd op basis van de stijging van de inflatie.

51. *Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 30.*

52. *Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 137.*

53. *Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 30.*

54. *Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 48.*

55. *Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 49.*

56. *Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 49.*

57. *Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 49.*

58. *Kamerstukken II 2023/2024, 36446, nr. 3, p. 128.*

formatie – zoals die door de inlener is verstrekt – zo spoedig mogelijk van de uitlener ontvangt. De nieuwe aanvullende informatieverplichting uit de Waadi zal voor uitzenders die de ABU- of NBBU-cao toepassen weinig tot geen verandering meebrengen, omdat ingevolge artikel 16 lid 5 ABU- en de NBBU-cao's, al een vergelijkbare verplichting geldt. Tegelijkertijd is onduidelijk hoe de wisselwerking in de toekomst zal zijn tussen de nieuwe aanvullende informatieverplichting uit de Waadi en het zogenoemde 'verschuilen achter de inlenersbeloning bepaling' uit de ABU- en NBBU-cao's. Op grond van het huidige artikel 16 lid 8 ABU- en NBBU-cao's wordt de inlenersbeloning nooit met terugwerkende kracht aangepast als de inlenersbeloning is opgevraagd bij de inlener en aan de uitzendkracht schriftelijk is bevestigd, tenzij: a) er sprake is van opzet of kennelijk misbruik; b) de uitlener zich niet aantoonbaar heeft ingespannen voor een correcte vaststelling van de inlenersbeloning; c) de uitlener zich niet heeft gehouden aan zijn informatieverplichting tegenover de uitzendkracht; of d) de uitlener geen gehoor heeft gegeven aan een gemotiveerd verzoek van de uitzendkracht tot een schriftelijke toelichting daarop. Een dergelijke bepaling ontbreekt in de Waadi en de vraag is hoe deze cao-bepaling zich verhoudt tot de nieuwe bepaling uit de Waadi. Het overtreden van de Waadi-informatieverplichting wordt niet gesanctioneerd in de zin dat een boete kan worden opgelegd als de informatieverplichting niet of niet volledig is nagekomen. Ook wordt in de Waadi niet geregeld dat een arbeidskracht een schadevergoedingsactie (zoals dat wel kan bij artikel 7:655 BW) kan instellen als niet of niet volledig is voldaan aan de informatieverplichting. De schadevergoedingsactie uit artikel 7:655 BW biedt evenmin soelaas, omdat niet alle elementen uit de artikelen 8 en 8a Waadi vallen onder de reikwijdte van artikel 7:655 BW. Eventueel zou de werknemer via andere grondslagen schadevergoeding kunnen vorderen zoals wegens schending van de redelijkheid en billijkheid, wanprestatie (wegens niet naleving van een cao en/of wettelijke verplichting), het niet in acht nemen van goed werkgeverschap en/of onrechtmatige daad. Dit betekent echter wel dat een individuele arbeidskracht dit allemaal moet weten en zelf stappen moet nemen. Het naleven van artikel 12a Waadi (nieuw) lijkt vooralsnog geen onderdeel uit te maken van het normenkader zoals dat thans is opgenomen in artikel 12q lid 3 Waadi (nieuw). Dat is op zichzelf wel vreemd als het doel is om de bescherming van flexwerkers te verbeteren. Zoals reeds aangegeven zal het normenkader nog moeten worden ingevuld en kan het bij de nadere invulling mogelijk wel onderdeel daarvan gaan vormen. Als dat niet gebeurt, is dat een gemiste kans.

5. Het inleenverbod en de administratieplicht

5.1. Het inleenverbod

Voor inleners wordt in artikel 12d lid 1 sub a Waadi (nieuw) geregeld dat het verboden wordt arbeidskrachten in te lenen van een uitlener die niet in het bezit is van een toelating. De inlener moet controleren of degene die uit hoofde van een arbeidsverhouding een vergoeding is verschuldigd aan de ter beschikking gestelde arbeidskracht, is toegelaten. Er is bewust gekozen voor deze formulering. De reden hiervan is dat uitleners die als werkgever een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW, een uitzendovereenkomst krachtens artikel 7:690 BW of een payrollovereenkomst ingevolge artikel 7:692 BW met een arbeidskracht hebben gesloten, onder de werkingssfeer van de Waadi vallen. En ook degene die uit hoofde van een andere arbeidsverhouding – derhalve anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst – een vergoeding is verschuldigd aan de arbeidskracht die ter beschikking is gesteld valt onder de reikwijdte van het inleenverbod.⁵⁹ Alhoewel deze overweging begrijpelijk en wetstechnisch juist is, brengt het voor inleners tegelijkertijd uitdagingen met zich. Het is geen sinecure om te bepalen wat onder 'arbeidsverhouding' dient te worden verstaan. In de Waadi en in de Uitzendrichtlijn⁶⁰ is de term 'arbeidsverhouding' niet gedefinieerd. In artikel 1 lid 1 sub c Uitzendrichtlijn is bij de definitie van een uitzendkracht het volgende bepaald:

“(...) een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met een uitzendbureau teneinde ter beschikking te worden gesteld van een inlenende onderneming om daar onder toezicht en leiding van laatstgenoemde onderneming tijdelijk te werken.”

In het Ruhrlandklinik-arrest⁶¹ heeft het HvJ EU bevestigd dat de Uitzendrichtlijn niet alleen van toepassing is op arbeidskrachten met een arbeidsovereenkomst, maar ook op arbeidskrachten die een 'arbeidsverhouding' hebben met een uitzendbureau. Volgens het HvJ EU is overeenkomstig vaste rechtspraak van het HvJ het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding dat een persoon gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens leiding, prestaties levert en in ruil daarvoor een vergoeding ontvangt. Wat leiding is, wordt echter niet gedefinieerd en daarover verschillen de meningen in de literatuur.⁶² De juridische kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenals de aard van de rechtsbetrekking zijn in ieder geval niet doorslaggevend. Het zal derhalve voor inleners geen eenvoudige opgave zijn om vast te stellen of er sprake is van een arbeidsverhouding, teneinde te voldoen aan het inleenverbod.

59. *Kamerstukken II 2023/2024*, 36446, nr. 3, p. 135.

60. Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, *PbEG* 2008, L 327/9.

61. HvJ EU 17 november 2016, zaak C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883.

62. Zie bijvoorbeeld F.J.L. Pennings, *Bestaat er een Europees werknemersbegrip?*, *TRA* 2021/3; F.G. Laagland, *De zzp'er, de Waadi en de Uitzendrichtlijn*, *ArA* 2022/3.2; HR 20-05-2022, ECLI:NL:HR:2022:751, *NJ* 2022/304 m.nt. E. Verhulp.

Indien sprake is van doorlening mag de inlener ook geen arbeidskrachten inlenen van een niet-toegelaten uitlener die de arbeidskracht aan de inlener ter beschikking stelt.⁶³ De inlener zal dan moeten controleren of zowel de formele werkgever als de uitlener die de arbeidskracht rechtstreeks aan de inlener ter beschikking stelt toegelaten zijn. Zoals reeds hiervoor aangegeven blijkt uit de MvT dat via een openbaar register iedereen kan zien welke uitleners zijn toegelaten en wat de status is van een toelating. Het Wtta-register zal zoals het er naar uitziet niet bijhouden of er sprake is van in- en doorlening en zo ja, aan wie allemaal.⁶⁴ Dit zal voor inleners betekenen dat ze duidelijke afspraken moeten maken met uitleners over doorleenconstructies en interne aansprakelijkheid bij eventuele boetes als wordt ingehuurd van niet toegelaten in- en doorleners. Als er sprake is van een doorleensituatie waarin de werkgever niet is toegelaten, dan is er sprake van een overtreding en kan de Nederlandse Arbeidsinspectie een boete opleggen bij de eindinlener en doorlener(s) vanwege het inlenen van arbeidskrachten van een niet toegelaten uitlener.⁶⁵ Is alleen de directe contractpartij (de doorlener) niet toegelaten, dan kan de eindinlener ook worden beboet, omdat de doorlener niet is toegelaten.

5.2. De administratieplicht

Inleners krijgen krachtens artikel 12d lid 2 Waadi (nieuw) eveneens een administratieplicht inhoudende dat ze uiterlijk op de dag dat de terbeschikkingstelling aanvangt, in de eigen administratie moeten vastleggen welke arbeidskrachten door welke uitlener ter beschikking worden gesteld. Deze informatie moet overeenkomen met de informatie van de uitlener zelf. De door de inlener geregistreerde gegevens moeten minimaal zeven jaar na het einde van de terbeschikkingstelling worden bewaard (artikel 12d lid 3 Waadi (nieuw)). In de MvT⁶⁶ wordt hierbij opgemerkt dat het voor de hand zou liggen, conform de huidige praktijk, dat deze vastlegging zal geschieden in de overeenkomst tussen uit- en inlener op grond waarvan de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten plaatsvindt. Deze verwachting strookt niet met de praktijk en is praktisch onuitvoerbaar als dit bij het sluiten van de inhuurovereenkomst zou geschieden. De administratieplicht heeft immers tot gevolg dat de inlener voor iedere arbeidskracht moet gaan bijhouden wanneer de terbeschikkingstelling is gestart, wie de uitlener is, wanneer de terbeschikkingstelling is geëindigd en tot wanneer de gegevens worden bewaard. Een aantal van deze gegevens kan inderdaad bij de totstandkoming van de inhuurovereenkomst worden vastgesteld, maar een aantal pas veel later. Bij het aangaan van de overeenkomst is immers niet altijd duidelijk welke arbeidskrachten ter beschikking wor-

den gesteld, wanneer de terbeschikkingstelling zal eindigen en wanneer de bewaartermijn aanvangt. Het toelatingsstelsel bevat geen aanmeldsysteem zoals dat bijvoorbeeld ingevolge artikel 8 WagwEU wel geldt via het posted worker systeem, waar iedere arbeidskracht die vanuit het buitenland naar Nederland wordt gedetacheerd moet worden aangemeld en de inhuur door de uiteindelijke inlener wordt bevestigd. Tegelijkertijd creëert dit gebrek voor de markt van software leveranciers een nieuw business model die het via een elektronische route mogelijk kunnen maken dat uit- en inleners kunnen voldoen aan hun administratieplicht. Een koppeling met het software pakket van uitleners waarin al de nodige gegevens zijn opgenomen, maakt de uitwisseling van de voor de administratieplicht vereiste gegevens mogelijk waarmee ze allebei over dezelfde informatie beschikken. Dat neemt niet weg dat de administratieplicht hoe dan ook extra regeldruk zal opleveren, aangezien de administratieplicht per arbeidskracht geldt.

6. Het tijdspad

De beoogde inwerkingtredingsdatum van de Wtta is vooralsnog 1 januari 2025, waarbij geldt dat pas vanaf 1 januari 2026 aan de toelatingsplicht moet worden voldaan. De reden hiervan is onder meer dat niet is uitgesloten dat de private inspectiecapaciteit bij aanvang van de toelatingsplicht nog niet voldoende is opgeschaald om alle uitleners bij hun eerste aanvraag tijdig te inspecteren en omdat niet ondenkbaar is dat voor die tijd nog niet is beslist over een aangevraagde ontheffing. Daarom komt er overgangsrecht voor de toelatingsplicht met een driebaansweg. Ervan uitgaande dat de Wtta 1 januari 2025 in werking treedt, zou dat het volgende betekenen:⁶⁷

1. *Rijbaan 1:* Uitleners die op 30 juni 2025 al gecertificeerd zijn voor het SNA-keurmerk en in het SNA-register staan, kunnen bij hun eerste aanvraag voor toelating een actuele verklaring van registratie uit het SNA-register overleggen in plaats van een inspectierapport gebaseerd op het verplichte normenkader.
2. *Rijbaan 2:* Uitleners die uiterlijk op 31 december 2024 melden dat ze een aanvraag zullen doen voor het toelatingsstelsel en deze aanvraag ook daadwerkelijk vóór 1 juli 2025 indienen, moeten zo snel mogelijk na deze aanvraag alsnog een inspectierapport indienen. Uitleners die een ontheffing willen moeten eveneens uiterlijk vóór 1 juli 2025 de aanvraag tot ontheffing in te dienen.

63. *Kamerstukken II 2023/2024*, 36446, nr. 3, p. 134.

64. Uit artikel 1b:11 Baadi (nieuw), internetconsultatie geraadpleegd 15 februari 2024, blijkt eveneens niet dat gegevens omtrent in- en doorlening worden opgenomen in het openbaar register. Wel blijkt uit artikel 1b:8 lid 2 onder j Baadi (nieuw), internetconsultatie geraadpleegd 15

februari 2024, dat het in- en doorlenen van arbeidskrachten onderdeel gaat uitmaken van het normenkader.

65. *Kamerstukken II 2023/2024*, 36446, nr. 3, p. 54.

66. *Kamerstukken II 2023/2024*, 36446, nr. 3, p. 53.

67. *Kamerstukken II 2023/2024*, 36446, nr. 3, p. 89 e.v.

3. *Rijbaan 3:* Alle uitleners die op of na 1 juli 2025 een aanvraag indienen en/of niet tijdig een melding doen bij de minister SZW vóór 31 december 2024, moeten vóór 1 januari 2026 een inspectierapport indienen.

Er komt een toelatende instantie die namens de minister SZW op aanvragen zal beslissen. Als een van de voornoemde routes wordt opgevolgd en de minister SZW heeft op 1 januari 2026 nog geen besluit genomen op de aanvraag, dan mag de uitlener arbeidskrachten ter beschikking blijven stellen totdat er een besluit is genomen. Voor uitleners wordt het dus belangrijk om tijdig actie te ondernemen teneinde toegelaten te worden. Tegelijkertijd betekent dit ook dat het risico bestaat dat uitleners die al over een SNA-keurmerk beschikken en rijbaan 1 volgen enige tijd (lees wellicht wel enkele jaren) moeten wachten voordat ze gecontroleerd gaan worden, omdat eerst de niet SNA-geregistreerde uitleners door de private inspectie-instellingen moeten worden gecontroleerd en de huidige inspectie-instellingen behoorlijk moeten opschalen om iedereen te kunnen controleren. Als het overgangsrecht van toepassing is, blijft de administratieplicht voor uit- en inleners gedurende de overgangsperiode overigens wel van toepassing (artikel 12c leden 2 en 3 en artikel 12d lid 2 Waadi (nieuw)). Dat geldt ook voor de meldplicht van uitleners. Derhalve kan ook in de overgangsperiode een bestuursrechtelijke sanctie worden opgelegd als gevolg van het niet-naleven van de administratie- en/of meldplicht. Ook inleners kunnen niet stilzitten. Aan de inlenende kant betekent het dat zij bij het maken van contractuele inhuurafspraken nu al rekening dienen te houden met de gevolgen van de Wtta voor samenwerkingen met inleners. Denk bijvoorbeeld aan een ontbindingsgrond als een uitlener niet is toegelaten, niet tijdig de aanvraag indient, de toelating wordt ingetrokken of de uitlener wordt geschorst. Andere onderwerpen kunnen betrekking hebben op de wijze waarop de administratie- en meldplicht zal worden nagekomen, de contractuele aansprakelijkheid wanneer onverhoopt bestuursrechtelijke sancties worden opgelegd of als een loonvordering wordt ingesteld door een arbeidskracht etc.

7. Impact van het toelatingsstelsel

Volgens de regering zullen er naar verwachting 15.000 actieve uitzendbureaus zijn, waarvan er 10.000 actief blijven en 5.000 zouden weliswaar niet als uitzendbureau kwalificeren, maar zullen de Wtta-toelating wel aanvragen.⁶⁸ Deze verwachtingen stroken niet met cijfers van het CBS en het aantal Waadi-geregistreerde bedrijven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel. De voorlopige cijfers van het CBS⁶⁹ wijzen uit dat in het vierde kwartaal van 2022 6.910 uitzend-, uitleenbureaus en banenpools waren, 9.705 bedrijven die aan arbeidsbemiddeling deden en slechts 295 bedrijven die aan

payrolling deden. In het laatste kwartaal van 2023 waren dat 7.875 uitzend- en uitleenbureaus en banenpools, 11.230 bedrijven die arbeidsbemiddeling deden en 340 payrollbedrijven. Geconcludeerd kan worden dat slechts een klein deel van de bedrijven kwalificeert als uitzendbureau, terwijl zij juist aanleiding zijn voor de invoering van de Wtta. Gelet op de ruime reikwijdte van het toelatingsstelsel zullen echter véél meer bedrijven onder de werkingssfeer vallen dan uitsluitend uitzendbedrijven. Uit de MvT⁷⁰ blijkt dat het zogenoemde 'Waadi-bestand', met daarin de bedrijven die aan een vorm van het ter beschikking stellen van arbeid doen (SBI-code 78 als hoofd- of nevenactiviteit), ongeveer 48.000 registraties bevat. Dit is weliswaar een conservatieve inschatting, het betekent echter wel dat strikt formeel gezien al deze bedrijven onder het toelatingsstelsel vallen. Weliswaar bestaat er nog een ontheffingsmogelijkheid voor bedrijven die maar beperkt arbeidskrachten ter beschikking stellen, maar ook dat levert echter extra werk op en bovendien betekent een ontheffing zoals hiervoor uiteengezet niet ook een ontheffing van alle verplichtingen uit de Waadi. Als de reikwijdte van het Wtta-toelatingsstelsel ongewijzigd blijft is het nog maar de vraag of de Nederlandse Arbeidsinspectie met de aangekondigde uitbreiding van 90 fte voldoende mankracht heeft om effectief te handhaven. Ook voor private inspectie-instellingen is het nog maar de vraag of zij alle ondernemingen die onder de werkingssfeer van het nieuwe stelsel vallen in een kort tijdsbestek kunnen inspecteren én jaarlijks controleren. Het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR) adviseerde op 7 februari 2024 de minister SZW dat het toelatingsstelsel jaarlijks minimaal 143 miljoen euro aan extra regeldruk voor ondernemingen met zich meebrengt. Volgens het ATR heeft het gekozen toelatingsstelsel alle kenmerken van een vergunningenstelsel, terwijl daarvan juist is gebleken dat door gebrek aan een strikte en effectieve handhaving de problemen niet worden opgelost. Het ligt daarom meer volgens het ATR in de rede om niet nog meer administratieve procedures, eisen en regels in te stellen, maar wel een stringent en consequent toezicht op de naleving van de reeds bestaande normen en eisen (zo nodig nog aangevuld met normen op het terrein van de huisvesting) te bewerkstelligen.

8. Afronding

De Wtta creëert een nieuwe gedeelde verantwoordelijkheid voor uit- en inleners. Dat is op zichzelf toe te juichen en een stap in de goede richting om flexwerkers beter te beschermen. Het is echter nog maar de vraag of het toelatingsstelsel het tij gaat keren in de uitzendsector en of het doel de middelen heiligt. De slagingskans van dit nieuwe stelsel zal met name afhangen van de handhaving. Kijkend naar de cijfers over het aantal uitzendbedrijven, de aanleiding van

68. *Kamerstukken II 2023/2024*, 36446, nr. 3, p. 86.

69. <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/81589ned/table?dl=9D3FD> (geraadpleegd 2 januari 2024).

70. *Kamerstukken II 2023/2024*, 36446, nr. 3, p. 119 voetnoot 129.

dit nieuwe stelsel ((misstanden in) de uitzendsector) en de reikwijdte van het toelatingsstelsel, bestaat het risico dat het stelsel zijn doel voorbij schiet. Niet alleen uitzendbureaus en payrollbedrijven vallen onder de reikwijdte van het stelsel, maar in beginsel ieder bedrijf dat arbeidskrachten ter beschikking stelt. Iets wat we al zagen bij de zogenoemde Waadi-registratieverplichting en wat ook in het leven is geïroepen naar aanleiding van misstanden in de uitzendsector. Daarmee hebben weliswaar 48.000 bedrijven zich kennelijk Waadi-geregistreerd, maar de misstanden zijn niet verdwenen. Hoewel het onder het nieuwe stelsel mogelijk wordt om in bepaalde gevallen ontheffing aan te vragen, dienen dergelijke bedrijven wél een ontheffingsaanvraag in te dienen waarop allemaal ook beslist moet worden. En waar ook op moet worden toegezien is dat ze gerechtigd blijven de ontheffing te behouden. Bovendien ontslaat een ontheffing ondernemingen niet van de verplichting om andere onderdelen van het stelsel wel na te leven (zoals bijvoorbeeld de informatie- en administratieplicht). Het uitzonderen van segmenten van het bedrijfs- of beroepsleven van het toelatingsstelsel kan een oneerlijk speelveld creëren wanneer

dit gebeurt bij AMvB. Ook kan het een stimulans zijn voor verschuivingen in segmenten. Gelet op de ruime reikwijdte van het uit- en inleenverbod en de administratieplicht, bestaat het risico op een toenemende regeldruk. Ook kunnen onnodige beperkingen worden opgelegd aan de marktwerking, net zoals dat reeds bij het vergunningstelsel gebeurde en uiteindelijk één van de redenen was om het vergunningstelsel af te schaffen. Tevens kan een waterbedeffect ontstaan naar andere arbeidsvormen die juist weer niet onder het toelatingsstelsel vallen, zoals (bemiddeling of tussenkomst van) zzp'ers, (internationale) intra-concernuitlenen, aanneming van werk en contracting. Terwijl bij een aantal van deze uitzonderingen de grens tussen wat wel of geen terbeschikkingstelling is, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Die luisteren nauw. De kans op verschuivingen naar andere of nieuwe dienstverleningsvormen neemt toe als de regering niet doorpakt op wetgevings- en handhavingsgebied, bijvoorbeeld als het gaat om de aanpak van zzp'ers of andere arbeidsconstructies zoals het zogenoemde Vrije Werker model.

Kroniek bankentucht recht 2020-2023

mr. V. Gerlach¹

Deze kroniek brengt de ontwikkelingen in het bankentucht recht in de afgelopen vier jaar in kaart. Aan de orde komen onder meer de uitspraken van de Tuchtcommissie, beslissingen van de Commissie van Beroep, schikkingen en septs.

1. Inleiding

Begin 2020 verscheen in dit tijdschrift mijn kroniek over het bankentucht recht voor de periode 2018 en 2019.² Deze kroniek behandelt de afgelopen vier jaar.

Hoe werkt het bankentucht recht ook alweer? Personen die werkzaam zijn voor een bank moeten op grond van de artikelen 3:17b en 3:17c Wet op het financieel toezicht een eed of belofte afleggen waarmee zij onder meer verklaren hun werkzaamheden integer en zorgvuldig uit te voeren. Aan de eed of belofte is een gedragscode verbonden en een tuchtreglement. De Stichting Tucht recht Banken (STB) is de uitvoerende instantie van het tucht recht. Iedereen kan daar een melding doen met een onderbouwing van de stelling dat de gedragscode is geschonden. De algemeen directeur van de STB kan naar aanleiding van een melding besluiten (a) de klacht voor te leggen aan de Tuchtcommissie, (b) een minnelijke schikking voor te stellen aan de bankmedewerker, (c) de melding af te wijzen, of (d) na onderzoek deze niet voor te leggen aan de Tuchtcommissie (het sepot). In situatie (c) en (d) kan de melder een herzieningsverzoek indienen, waarbij de voorzitter van de Tuchtcommissie beoordeelt of de beslissing van de algemeen directeur juist was. De algemeen di-

recteur kan ook zelf besluiten een klacht voor te leggen aan de Tuchtcommissie, dus zonder dat sprake is van een melding. Na een uitspraak van de Tuchtcommissie bestaat nog de mogelijkheid van beroep bij de Commissie van Beroep. Wordt een klacht gegrond geacht, dan kan een aantal verschillende maatregelen worden opgelegd: een berisping, een verplicht te volgen opleiding, een boete, of een beroepsverbod van maximaal drie jaar. De STB heeft een register waarin namen worden opgenomen van bankmedewerkers aan wie een maatregel is opgelegd door de Tuchtcommissie, de Commissie van Beroep of door het accepteren van een schikking. Banken mogen dit register gebruiken voor hun *pre- en in-employment screening*.

2. Algemeen overzicht

2.1. Aantal meldingen

De jaarverslagen van de STB bevatten een overzicht van de afgewezen meldingen, de schikkingen, septs, uitspraken van de Tuchtcommissie en beslissingen van de Commissie van Beroep. Het jaarverslag over 2023 is nog niet verschenen, maar voor de kroniekperiode en een aantal jaren daarvoor geldt getalsmatig het volgende:

Jaar	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Afwijzing melding	98	113	62	87	328	43	n.n.b.
Schikking	0	11	7	6	12	8	4
Sepot	21	11	11	10	21	6	n.n.b.
Tuchtcommissie	13	23	82	22	20	24	17
Commissie van Beroep	1	1	1	3	1	1	3
Totaal	133	158	163	128	382	82	n.n.b.

Aangezien het jaarverslag over 2023 nog niet is verschenen, zijn de aantallen voor dat jaar gebaseerd op wat is te vinden op de website van de STB bij het afsluiten van dit artikel. Het overzicht laat zien dat de grootste schommelingen zitten in het aantal meldingen dat wordt afgewezen (bijvoorbeeld omdat een melding niet voldoet aan de minimale voorwaarden of het gemelde niet onder het tucht recht

valt) en het aantal uitspraken van de Tuchtcommissie. De uitspraken hadden een uitschieter in 2019 door de affaire over hersteladviezen voor hypothe-ken. In 2021 zit er een uitschieter bij de afgewezen meldingen doordat meer dan 200 personen een melding deden tegen leden van de Raad van Bestuur en Raad van Commissarissen van ING naar aanleiding

1. Vincent Gerlach is advocaat bij Linklaters in Amsterdam. 2. V. Gerlach, 'Kroniek bankentucht recht 2018–2019', TAC 2020/1.

van een schikking met het Openbaar Ministerie. Dit eindigde weliswaar met een sepot, maar omdat er één onderzoek is geweest door de algemeen directeur is de rest van de meldingen onder afgewezen geregistreerd. Ik kom op deze zaak zo nog terug.

De aantallen zijn relatief laag in vergelijking met sommige andere beroepsgroepen. In de Nederlandse bankensector werken ongeveer 66.000 personen. Ter vergelijking: in Nederland werken ongeveer 18.000 advocaten. In 2022 deden de Raden van Discipline 976 zaken af, op basis waarvan 1,6% van de alle advocaten tuchtrechtelijk is veroordeeld. Het Hof van Discipline nam in 2022 121 beslissingen.³ Daar kunnen uiteraard meerdere verklaringen voor zijn, maar het verschil is opvallend groot.

2.2. Melders

Meldingen worden doorgaans gedaan door de banken of door klanten. Ook kan de algemeen directeur op eigen initiatief een onderzoek starten. Tijdens deze kroniekperiode bleek opnieuw dat meldingen van klanten weinig succesvol zijn en veelal worden afgewezen of geseponeerd. Onder de meldingen van klanten zijn er enkele schikkingen te vinden met een bankmedewerker, zoals over het niet vooraf waarschuwen voor advocaatkosten die in rekening werden gebracht (berisping),⁴ en over het gebruiken van systemen van de bank om privégegevens van een klant voor persoonlijke doeleinden te raadplegen (boete € 250).⁵ Vrijwel alle zaken waarover de Tuchtcommissie zich in de periode 2020-2023 uitsprak, betroffen door banken ingediende meldingen, met uitzondering van enkele ambtshalve geïnitieerde onderzoeken door de algemeen directeur⁶ en een melding van een curator.⁷ De Commissie van Beroep behandelde naar aanleiding van externe meldingen de beloningszaak van ING, die veel aandacht trok.⁸ De lastige positie van de klant om iets te kunnen met het tuchtrecht – meldingen van klanten zijn weinig succesvol en worden veelal afgewezen of geseponeerd – is een gevolg van de beperkingen daarvan, aangezien het zich richt op het gedrag van een bankmedewerker en niet op een geschil tussen een klant en de bank. In dat geval zal de klant naar het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening of de rechter moeten stappen.

2.3. Trend gegrondverklaringen

In 2018 en 2019 was zichtbaar dat wanneer een zaak eenmaal bij de Tuchtcommissie of de Commissie van Beroep belandde, dit vrijwel altijd tot een gegrondverklaring leidde. Deze trend zet zich door in 2020-2023. De algemeen directeur legt kennelijk alleen klachten met een sterke bewijspositie voor bij de Tuchtcommissie en Commissie van Beroep. Als ik de beloningszaak van ING niet meetel (ongegrond verklaard door de Tuchtcommissie, gegrond verklaard door de Commissie van Beroep), blijven er kijkend naar deze jaren twee zaken over. Van deze zaken is één zaak niet-ontvankelijk verklaard en één zaak ongegrond verklaard. De zaak die niet-ontvankelijk werd verklaard, betrof een diefstal die volgens de Commissie van Beroep te ver verwijderd stond van de functie van de betrokkene bij de bank.⁹ De ongegrondverklaring betrof de al genoemde zaak van een curator die meende dat hij geïnformeerd had moeten worden voorafgaand aan het sluiten van een schikking tussen de bank als pandhouder en een debiteur van het gefailleerde bedrijf.¹⁰ Aangezien vrijwel alle zaken resulteren in een gegrondverklaring, lijkt het voor een bankmedewerker beter om zich te richten op schadebeperking wat betreft de maatregel (bijvoorbeeld door middel van spijtbetuiging en volledig meewerken aan het onderzoek), dan op ontkenning van wat er is gebeurd.

2.4. Onderzoeksrapporten

Tijdens de kroniekperiode verschenen er drie onderzoeksrapporten over de eed/belofte en het tuchtrecht, van De Nederlandsche Bank,¹¹ het Nederlands Compliance Instituut,¹² en de Nederlandse Vereniging van Banken.¹³ De drie rapporten verschillen in opzet, maar uit alle drie blijkt dat de aandacht voor de eed of belofte zich in de praktijk vaak lijkt te beperken tot een aantal momenten (afleggen, introductieprogramma, trainingen) in plaats van het dagelijkse werk.¹⁴ Ten aanzien van het tuchtrecht zelf wordt onder meer geconstateerd dat volgens medewerkers de consequenties van een melding worden onderschat, het tuchtrechtproces (te) lange doorlooptijden heeft en er een gevoel van onrechtvaardigheid heerst dat het hogere management vaak niet door het tuchtrecht wordt geraakt. Het is afwachten wat de bankensector en de STB in de komende ja-

3. Jaarverslag Hof van Discipline & Raden van Discipline 2022, te vinden via www.hofvandiscipline.nl.
4. Beslissing algemeen directeur 10 september 2020, TRB-2020-4455-AD.
5. Beslissing algemeen directeur 21 april 2023, TRB-2023-4832-AD.
6. Zoals Tuchtcommissie 27 januari 2021, TRB-2021-4470-TC.
7. Tuchtcommissie 27 januari 2021, TRB-2021-4472-TC.
8. Commissie van Beroep 13 april 2023, TRB-2022-3935-CB, TRB-2022-3943-CB en TRB-2022-4006-CB, JAR 2023/113, m.nt. C.F.J. van Tuyll van Serooskerken, JOR 2023/158, m.nt. W.M.A. Pronk.
9. Commissie van Beroep 5 maart 2020, TRB-2020-3848-CB.
10. Tuchtcommissie 27 januari 2021, TRB-2021-4472-TC.
11. De Nederlandsche Bank, Uitkomsten onderzoek beroeps-
eed, te vinden via www.dnb.nl/media/i5zihuik/uitkomst-en-onderzoek-beroepseed.pdf.
12. Nederlands Compliance Instituut, Onderzoek naar eed/
belofte en kernwaarden, te vinden via www.compliance-instituut.nl/media/z5qdezlvr/onderzoek-naar-ee-bel-ofte-en-kernwaarden-2021.pdf, en [compliance-instituut.nl/media/v3xpw0yp/dco_36_lr.pdf](http://www.compliance-instituut.nl/media/v3xpw0yp/dco_36_lr.pdf).
13. Uitgevoerd door Erasmus School of Law, Tussen eed en
tucht, Ervaringen met bankierseed en tuchtrecht in de
dagelijkse praktijk, te vinden via www.nvb.nl/media/4604/rapport-tussen-ee-en-tucht_mei-2021.pdf.
14. Verder over de drie rapporten: A.I. Grocz & E. Rogge, 'De
bankierseed en het bancaire tuchtrecht: drie rapporten',
Compliance, Ethics & Sustainability, 2022/2.

ren met deze rapporten zullen doen; in ieder geval is de beloningszaak van ING een duidelijk signaal naar hoger management.

2.5. Categorisering zaken STB

Verder publiceerde de STB een notitie over zijn eigen vervolgingsbeleid.¹⁵ Hieruit blijkt dat de STB de meeste zaken indeelt in een van de volgende categorieën, aflopend van zwaar naar minder zwaar: (a) ontvreemding gelden, fraude; (b) belangenverstrengeling; (c) schenden/afwijken van beleid; (d) ongeoorloofd rekeninggegevens bekijken; (e) buiten (de beveiligde omgeving van) de bank brengen van gegevens uit het banksysteem; en (f) gebruik van middelen van de bank voor privébelangen, inclusief belangen van privérelaties.

Hierna licht ik een aantal zaken uit, waarbij ik ten aanzien van de uitspraken van de Tuchtcommissie de categorieën (a) tot en met (f) zal aanhouden en een aantal uitspraken van de Commissie van Beroep in meer algemene zin zal belichten.

3. Uitspraken Tuchtcommissie

3.1. (ad (a)) Ontvreemding gelden, fraude

De meest ernstige zaak betrof een medewerker die € 195.000 overmaakte van een overleden klant naar zichzelf en € 13.000 naar een betrokken collega, die de bankafschriften aanpaste. De medewerker kreeg de maximale straf van 36 maanden beroepsverbod opgelegd,¹⁶ de collega een beroepsverbod van 18 maanden.¹⁷ Ook lange beroepsverboden kregen een medewerker die € 110.000 overmaakte naar zichzelf vanwege financiële problemen door een alcohol- en gokverslaving (18 maanden),¹⁸ een medewerker die klantvergoedingen van € 25.000 verdoezelde (18 maanden),¹⁹ en een medewerker die € 45.000 overmaakte van een klant naar zichzelf en ten onterechte de creditcardlimieten van zichzelf en zijn vriendin verhoogde (24 maanden).²⁰ Medewerkers die ten onrechte geld overmaakten en de banksystemen aanpasten om dit te verhullen kregen 12 maanden,²¹ en een medewerker die privékosten in rekening bracht bij de bank en goederen stal kreeg eveneens 12 maanden.²²

Wat kleinere beroepsverboden waren er voor de me-

dewerker die met valse declaraties voor € 2.514 fraudeerde (5 maanden),²³ die € 2.100 overmaakte naar een vriend (6 maanden),²⁴ en die niet gemaakte zakelijke kilometers declareerde (6 maanden).²⁵ Beroepsverboden werden ook opgelegd voor het aanpassen van stukken om in aanmerking te komen voor een lening (5 maanden en 4 maanden),²⁶ of het vervalsen van een werkgeversverklaring voor een hypotheek (4 maanden).²⁷

3.2. (ad (b)) Belangenverstrengeling

Van belangenverstrengeling is sprake wanneer een bankmedewerker verschillende, soms tegensteltende belangen behartigt. Een ingehuurde manager en een ingehuurde medewerker op dezelfde afdeling hadden belangen in een aantal zakelijke entiteiten en die laten contracteren met de bank om werkzaamheden uit te voeren voor dezelfde afdeling. De manager kreeg een beroepsverbod van 9 maanden, de medewerker een beroepsverbod van 6 maanden.²⁸ Het bedienen van meerdere klanten van de bank vanuit zijn eigen onderneming leverde een bankmedewerker een beroepsverbod van 6 maanden op.²⁹ Tot slot noem ik een medewerker die de schijn van belangenverstrengeling wekte door als opdrachtnemer voor de bank werkzaam te zijn en tegelijkertijd via zijn vennootschap onder firma betalingen te ontvangen van door hem aangedragen kandidaten bij de bank (3 maanden).³⁰

3.3. (ad (c)) Schenden/afwijken van beleid

Bij het schenden of afwijken van beleid speelde meermaals het afwijken van beleid bij kredietaanvragen (2 maanden).³¹ Bij een medewerker die veroorzaakte dat klanten aanzienlijke risico's hadden gelopen, werd een voorwaardelijk beroepsverbod van 2 jaar opgelegd en een boete van € 12.500.³² Een voorwaardelijke beroepsverbod van 1 maand kreeg een medewerker die zijn status als *dual-insider* door een ondergeschikte liet aanpassen naar die van *non-insider*, om zich zo te onttrekken aan het voor hem geldende beleid en het daarbij behorende controlemechanisme.³³ Een medewerker in een leidinggevende functie die in strijd handelde met de bankregels voor privé-aandelentransacties, kreeg een boete van € 2.000.³⁴ Aan een medewerker die geen kwade bedoelingen had, werd geen maatregel opgelegd voor het omzeilen van het wisselbeleid

15. Notitie vervolgingsbeleid, te vinden via www.tuchtrechtbanken.nl/wp-content/uploads/2023/11/TrB-vervolgingsbeleid-juli-2023-1.pdf.
16. Tuchtcommissie 2 november 2022, TRB-2022-4581-TC.
17. Tuchtcommissie 27 juli 2022, TRB-2022-4582-TC.
18. Tuchtcommissie 24 maart 2021, TRB-2021-4328-TC.
19. Tuchtcommissie 28 oktober 2020, TRB-2020-4453-TC.
20. Tuchtcommissie 23 november 2022, TRB-2022-4580-TC.
21. Tuchtcommissie 25 mei 2022, TRB-2022-4654-TC; Tuchtcommissie 25 mei 2022, TRB-2021-4556-TC.
22. Tuchtcommissie 29 juli 2022, TRB-2020-4376-TC.
23. Tuchtcommissie 5 april 2023, TRB-2023-4788-TC.
24. Tuchtcommissie 25 mei 2022, TRB-2022-4645-TC.

25. Tuchtcommissie 2 maart 2022, TRB-2022-4426-TC.
26. Tuchtcommissie 4 maart 2020, TRB-2020-4355; Tuchtcommissie 29 juli 2020, TRB-2020-4422-TC.
27. Tuchtcommissie 25 november 2020, TRB-2020-4373-TC.
28. Tuchtcommissie 28 juni 2023, TRB-2023-4747-TC en TRB-2023-4748-TC.
29. Tuchtcommissie 17 november 2021, TRB-2021-4477-TC.
30. Tuchtcommissie 26 juli 2023, TRB-2023-4522-TC.
31. Tuchtcommissie 23 juni 2021, TRB-2021-4374-TC; Tuchtcommissie 17 november 2021, TRB-2021-4378-TC.
32. Tuchtcommissie 14 december 2022, TRB-2022-4379-TC.
33. Tuchtcommissie 27 januari 2022, TRB-2022-4600-TC.
34. Tuchtcommissie 22 november 2023, TRB-2023-4772-TC.

voor eurobiljetten.³⁵ Ook een medewerker die een bouwdepot van € 500.000 uitkeerde aan klanten om een fiscale schuld te voldoen, kreeg enkel een berisping omdat niet met kwade bedoelingen was gehandeld.³⁶

3.4. (ad (d)) Ongeoorloofd rekeninggegevens bekijken

Rekeninggluren blijft een veel voorkomend probleem.³⁷ De beroepsverboden hiervoor schommelden veelal tussen de 1 en 5 maanden, al is er een enkele keer sprake van een boete,³⁸ dan wel een berisping.³⁹ Rekeninggluren volgt natuurlijk niet alleen uit ongepaste nieuwsgierigheid, maar kan ook voorkomen om op die manier vertrouwelijke informatie aan anderen te geven (zie de categorie hierna). Opvallend was de uitspraak inzake de zeven bankmedewerkers die op de dag van de tramaanslag in Utrecht de gegevens van de aanslagpleger bekeken.⁴⁰ Er werd geen maatregel opgelegd vanwege de landelijk zeer gespannen situatie, maar één medewerker die ook andere rekeningen had bekeken kreeg een beroepsverbod van 6 weken.

3.5. (ad (e)) Buiten de bank brengen van gegevens uit het banksysteem

Deze categorie speelt vaak als onderdeel van andere categorieën. Zo resulteerde rekeninggluren in combinatie met het delen van rekeninggegevens met derden in beroepsverboden van respectievelijk 1 jaar en 9 maanden.⁴¹ Een andere medewerker die onder meer gegevens van klanten naar zijn privé e-mailadres stuurde, kreeg een stuk minder: een berisping en een geldboete (€ 250).⁴² Het versturen door bankmedewerkers van vertrouwelijke klantgegevens naar een privé e-mailadres resulteerde in beroepsverboden van 6 maanden en 9 maanden,⁴³ en het kopiëren van 330 mappen met klantgegevens naar een USB-stick die thuis werd bewaard eveneens in een verbod van 6 maanden.⁴⁴ Een bankmedewerker die twee foto's van een computerscherm met klantgegevens aan een derde stuurde, liep ook tegen de lamp en kreeg een beroepsverbod van 6 maanden.⁴⁵

3.6. (ad (f)) Gebruik van middelen van de bank voor privébelangen

In de lichtste categorie volgens het vervolgingsbeleid van de STB oordeelde de Tuchtcommissie onder meer dat medewerkers die via de banksystemen hun eigen bankzaken afhandelden de eed of belofte overtraden. Dit resulteerde bijvoorbeeld in een berisping en een besluit geen maatregel op te leggen.⁴⁶ Het gebruik van de rekeningen van familieleden in de uitoefening van het werk van de medewerker, namelijk om te testen of de banksystemen na een herstart naar behoren functioneerden, resulteerde erin dat privacygevoelige informatie bij de medewerker kwam (geldboete € 250).⁴⁷ De banksystemen gebruiken voor privébankzaken van de medewerker zelf, familieleden en vrienden resulteerde in een berisping.⁴⁸ Zwaarder werd geoordeeld over het meermalen aan collega's vragen om voor haar een betalingsregeling in het systeem van de bank in te voeren, om zo te voorkomen dat automatische signalen vanuit het banksysteem zouden optreden om de financiële positie van de medewerker te beoordelen (8 maanden).⁴⁹

4. Commissie van Beroep

De Commissie van Beroep deed in deze kroniekperiode een handvol zaken af. De Commissie van Beroep oordeelde over een diefstal van kleding tijdens een pauze dat privé handelen in beginsel buiten de grenzen van de functie bij de bank en daarmee in beginsel ook buiten het bereik van het bancaire tuchtrecht valt. De zaak werd niet-ontvankelijk verklaard.⁵⁰ In een andere zaak oordeelde de Commissie van Beroep dat het einde van het dienstverband in elk geval niet zonder meer meebrengt dat de bankmedewerker niet langer aan de inhoud van de eed is gebonden. Sommige verplichtingen die hij door de eed op zich heeft genomen, kunnen daarna doorwerken, zoals de geheimhoudingsverplichting en de verplichting open en eerlijk te zijn over zijn gedrag. De medewerker kreeg een berisping voor het inbrengen van een vals stuk in de tuchtrechtprocedure.⁵¹

Een berisping kreeg ook een medewerker die de schijn van belangenverstrengeling had gewekt door geen melding te doen van de leveranties van het bedrijf van zijn echtgenote bij de bank,⁵² en een medewerker die zijn nevenwerkzaamheden niet con-

35. Tuchtcommissie 25 mei 2022, TRB-2022-4633-TC.
36. Tuchtcommissie 29 juli 2020, TRB-2020-4410-TC.
37. Onder meer Tuchtcommissie 4 maart 2020, TRB-2020-4357; Tuchtcommissie 4 maart 2020, TRB-2020-4358; Tuchtcommissie 25 november 2020, TRB-2020-4451-TC; Tuchtcommissie 25 november 2020, TRB-2020-4284-TC; Tuchtcommissie 28 december 2022, TRB-2022-4663-TC; Tuchtcommissie 27 april 2022, TRB-2022-4611-TC; Tuchtcommissie 25 januari 2023, TRB-2023-4750-TC.
38. Tuchtcommissie 5 april 2023, TRB-2023-4753-TC.
39. Tuchtcommissie 25 januari 2023, TRB-2023-4716-TC.
40. Tuchtcommissie 16 december 2020, TRB-2020-4425-TC, TRB-2020-4441-TC, TRB-2020-4446-TC.
41. Tuchtcommissie 29 juli 2020, TRB-2020-4421-TC; Tuchtcommissie 24 maart 2021, TRB-2021-4454-TC; Tuchtcommissie 24 mei 2023, TRB-2023-4761-TC.
42. Tuchtcommissie 9 september 2020, TRB-2020-4326-TC.
43. Tuchtcommissie 1 april 2020, TRB-2020-4303-TC; Tuchtcommissie 28 december 2022, TRB-2022-4634-TC.
44. Tuchtcommissie 17 november 2021, TRB-2021-4477-TC.
45. Tuchtcommissie 26 januari 2022, TRB-2022-4507-TC.
46. Tuchtcommissie 28 oktober 2020, TRB-2020-4327-TC; Tuchtcommissie 24 mei 2023, TRB-2023-4797-TC.
47. Tuchtcommissie 27 januari 2021, TRB-2021-4470-TC.
48. Tuchtcommissie 25 januari 2023, TRB-2023-4686-TC.
49. Tuchtcommissie 27 januari 2021, TRB-2021-4437-TC.
50. Commissie van Beroep 5 maart 2020, TRB-2020-3848-CB.
51. Commissie van Beroep 15 januari 2020 (tussenbeslissing) en 18 maart 2020 (eindbeslissing), TRB-2020-3973-CB.
52. Commissie van Beroep 30 juni 2020, TRB-2020-4261-CB.

form het beleid had opgegeven.⁵³ Mede omdat er geen rechtstreeks financieel nadeel was, werd geen maatregel opgelegd aan een medewerker die onvoldoende afstand hield ten opzichte van leveranciers en de schijn wekte de belangen van de bank te veronachtzamen.⁵⁴ Een medewerker die bedragen van een klant naar zijn eigen rekening overboekte, kreeg een beroepsverbod van 15 maanden.⁵⁵

Zoals al gezegd, is de zaak die de meeste aandacht trok de beloningszaak rondom ING, die bij de Commissie van Beroep resulteerde in een berisping van de toenmalige bestuursvoorzitter, de voorzitter van de Raad van Commissarissen, en de voorzitter van de remuneratiecommissie.⁵⁶ Kort samengevat had de remuneratiecommissie een nieuw beloningsvoorstel voor de bestuursvoorzitter voorbereid en de bestuursvoorzitter om zijn visie daarop gevraagd, waarna het voorstel werd goedgekeurd door de Raad van Commissarissen. De voorgestelde beloning was, inclusief variabele beloning, een totaalbedrag van € 3.045.000 bruto, een verhoging van ongeveer 50% ten opzichte van het voorgaande jaar. De helft van het basissalaris bestond uit een nieuwe beloningscomponent, namelijk aandelen die vijf jaar niet mochten worden verkocht. De Raad van Commissarissen maakte bekend dit aan de algemene vergadering van aandeelhouders voor te leggen, wat resulteerde in een storm van protest vanuit onder meer de politiek en de pers. Uiteindelijk werd het voorstel ingetrokken en later dat jaar ging ING een schikking aan met het Openbaar Ministerie van € 775 miljoen inzake een onderzoek naar overtreding van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). De Tuchtcommissie vond dat de publiekelijke weerstand tegen het beloningsvoorstel door ING was onderschat, maar dat hierbij sprake was van meer dan een inschattingsfout kon de Tuchtcommissie niet vaststellen. De keuze om voorrang te geven aan het langetermijnbelang van de bank, kon naar het oordeel van de Tuchtcommissie op zichzelf niet als onzorgvuldig of niet integer worden aangemerkt.

Als gezegd komt de Commissie van Beroep tot een ander oordeel. Het tuchtrecht kan worden beschouwd als een nadere uitwerking van de op de bank rustende plicht tot het voeren van een beheerste en

integere bedrijfsvoering, waar bestuurders en toezichthouders een voorbeeldfunctie hebben. Onzorgvuldig was dat (a) de beloning ineens zoveel omhoog ging, (b) interne waarschuwingen dat dit tot beroering kon leiden werden genegeerd, (c) de mogelijke reputatieschade als gevolg van een strafrechtelijk onderzoek en een forse salarisverhoging onvoldoende aandacht kreeg, en (d) er geen analyse was gemaakt van het maatschappelijk draagvlak. De Commissie van Beroep is dus vooral kritisch op het besluitvormingsproces en de belangenafweging die in dat verband is gemaakt. Interessant is ook dat de Commissie van Beroep het verweer verwerpt dat er sprake was van een (collectieve) beleidsbeslissing en dat zo'n beslissing niet kan worden getoetst onder het tuchtrecht. Beleidsbepalende personen zijn zelf verantwoordelijk voor de totstandkoming van beleid, de interne procedures en maatregelen en zij dienen erop toe te zien dat het beleid voldoet aan de wettelijke eisen en in de praktijk daadwerkelijk wordt nageleefd, aldus de Commissie van Beroep.

5. Afwijzingen en herzieningen

Als de algemeen directeur van het STB een melding afwijst of deze na onderzoek niet voorlegt aan de Tuchtcommissie (het sepot), kan de melder een herzieningsverzoek indienen. Het komt zelden voor dat een herzieningsverzoek wordt toegewezen: ik vond er slechts drie voor de hele kroniekperiode.⁵⁷ Uit de afwijzingen en herzieningen valt af te leiden waarom een klacht niet wordt voorgelegd aan de Tuchtcommissie. Hieronder bevindt zich voor de periode 2020-2023 weinig vernieuwends. Een standaard reden voor afwijzing is dat er sprake is van een civielrechtelijk conflict met de bank dat buiten het tuchtrecht valt,⁵⁸ en een bankmedewerker in een conflict zich vrij moet kunnen verweren, ook door het inbrengen van stukken.⁵⁹ Gedragingen voordat de eed of belofte is afgelegd vallen niet onder het tuchtrecht,⁶⁰ net zoals gedragingen van iemand die de eed of belofte in het geheel niet heeft afgelegd.⁶¹ Als de werkzaamheden niet voor een bank worden verricht, valt dit niet onder het tuchtrecht, zelfs als er sprake is van een arbeidsovereenkomst met de bank.⁶²

53. Commissie van Beroep 10 augustus 2023, TRB-2023-4381-CB.

54. Commissie van Beroep 14 april 2021, TRB-2021-3877-CB.

55. Commissie van Beroep 4 september 2023, TRB-2023-4759-CB.

56. Commissie van Beroep 13 april 2023, TRB-2022-3935-CB, TRB-2022-3943-CB en TRB-2022-4006-CB, JAR 2023/113, m.nt. C.F.J. van Tuyl van Serooskerken, JOR 2023/158, m.nt. W.M.A. Pronk. Hierover ook H.M. Vletter-van Dort, 'De les uit ING's falende remuneratiebeleid: he who rushes ahead doesn't go far', *Ondernemingsrecht* 2023/68; L. Stortelder, 'Rondom het Nieuws - Betekenis en reikwijdte van het tuchtrecht', *FR* 2023/6.

57. Toegewezen: Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 16 maart 2020, TRB-2020-4327-HV; Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 9 juni 2021, TRB-2021-4572-HV; Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 10 januari 2023, TRB-2023-4776-HV.

58. Bijvoorbeeld: Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 18 april 2020, TRB-2020-4440-HV; Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 7 januari 2021, TRB-2021-4553-HV; Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 23 februari 2021, TRB-2021-4561-HV; Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 18 oktober 2022, TRB-2022-4805-HV.

59. Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 6 september 2020, TRB-2020-4506-HV; Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 30 oktober 2020, TRB-2020-4493-HV; TRB-2020-4494-HV; TRB-2020-4496-HV; TRB-2020-4501-HV; TRB-2020-4503-HV; TRB-2020-4504-HV.

60. Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 13 januari 2020, TRB-2019-4404-HZ.

61. Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 24 september 2020, TRB-2020-4482-HV.

62. Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 17 juni 2021, TRB-2021-4615-HV; Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 8 december 2021, TRB-2021-4683-HV.

Andere redenen waarom een klacht niet wordt voorgelegd aan de Tuchtcommissie kunnen bijvoorbeeld zijn dat een melding onvoldoende is onderbouwd,⁶³ de bank toezegt alsnog tot een oplossing te willen komen,⁶⁴ of omdat uit de melding niet blijkt dat de bankmedewerker betrokken is geweest bij bepaalde handelingen,⁶⁵ dan wel dat handelingen tuchtrechtelijk niet verwijtbaar waren.⁶⁶ De Tuchtcommissie bevestigde verder opnieuw dat in de tuchtprocedure stukken volledig en niet-geanonimiseerd of gepseudonimiseerd moeten worden aangeleverd voor een goede procesgang. De AVG is daarvoor geen beletsel.⁶⁷

In een van de weinige toewijzingen van een herzieningsverzoek besloot de algemeen directeur geen klacht voor te leggen mede omdat het conflict zich afspeelde in de arbeidsrechtelijke sfeer, waarover tussen de medewerker en de bank werd geprocedeerd bij de kantonrechter. In de herzieningsbeslissing werd geoordeeld dat de beslissing van de algemeen directeur er ten onrechte aan voorbij ging dat de gedragingen van de bankmedewerker samenhangen met zijn taak.⁶⁸ Dit oordeel is een mooi voorbeeld van de samenloop die het tuchtrecht kan hebben met andere rechtsgebieden, waaronder het arbeidsrecht.⁶⁹ Wat betreft het arbeidsrecht houdt dit in dat beoordeling door de Tuchtcommissie van concrete gedragingen en het opleggen van maatregelen een ander (maatschappelijk) doel dient dan bestrafing door een werkgever op grond van een arbeidsrelatie. Wel weegt de Tuchtcommissie de opgelegde arbeidsrechtelijke maatregelen doorgaans mee bij het opleggen van een tuchtrechtelijke maatregel.

6. Schikkingen

De schikkingen betreffen zeer verschillende zaken waarin om uiteenlopende redenen besloten is om een transactie aan te bieden, zoals het aanvaarden van een boete of berisping. De STB geeft in de notitie over zijn eigen vervolgingsbeleid als uitgangspunt

aan dat schikkingen alleen worden aangeboden in zaken die enerzijds niet 'marginaal genoeg' worden geacht om te seponeren en anderzijds weliswaar in beginsel zwaar genoeg zijn om aan de Tuchtcommissie voor te leggen, maar het aanbieden van een schikking passender wordt geacht. Voor deze proportionaliteitstoets is de ernst van de zaak van belang, maar zijn ook andere aspecten relevant, zoals dat een medewerker al is ontslagen en in het interne verwijzingsregister van de bank staat,⁷⁰ binnenkort met pensioen gaat,⁷¹ een spijtbetuiging,⁷² of iemands gezondheidstoestand.⁷³ Gezien het zware middel van een procedure bij de Tuchtcommissie, ligt het voor de hand dat een medewerker een aangeboden schikking snel zal accepteren om een dergelijke procedure te voorkomen.

De hoogste boetes waren € 750, de laagste boetes waren € 50. De zaken met de hoogste boetes betroffen een medewerker die nevenwerkzaamheden verrichte voor een klant bij de bank en dit niet had gemeld,⁷⁴ en een medewerker die naast het niet melden van nevenwerkzaamheden ook zijn zakelijke e-mail privé gebruikte en ten onrechte rekeninggegevens had bekeken.⁷⁵ Onder de zaken met de laagste boetes zaten onder meer het verkopen van aandelen zonder toestemming en in een gesloten periode⁷⁶ en rekeninggluren.⁷⁷ Daar tussenin zaten onder meer boetes voor het kopiëren van handtekeningen van klanten (€ 500),⁷⁸ het niet opgeven van een nevenfunctie bij een eigen bedrijf via welk bedrijf ook nog eens transacties liepen zonder dat de medewerker wist wat de achtergrond was (€ 600),⁷⁹ het duwen en uitschelden van een klant (€ 100),⁸⁰ en het opdracht geven aan collega's om controles niet uit te voeren maar wel in het banksysteem te vermelden dat de controles waren gebeurd (€ 500).⁸¹ Een berisping was er onder meer voor een medewerker die een voor thuiswerk gedeclareerd beeldscherm aan zijn ouders gaf en een via de bank besteld thuiswerkbureau via Marktplaats verkocht,⁸² en een medewer-

63. Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 3 april 2023, TRB-2023-4829-HV.
64. Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 20 februari 2020, TRB-2019-4414-HV.
65. Bijvoorbeeld: Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 25 maart 2020, TRB-2020-4459-HV; Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing), 15 juli 2022, TRB-2022-4638-HV.
66. Bijvoorbeeld: Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 23 augustus 2021, TRB-2021-4598-HV; Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 23 augustus 2021, TRB-2021-4642-HV; Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 13 mei 2022, TRB-2022-4757-HV.
67. Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 9 juni 2021, TRB-2021-4572-HV.
68. Tuchtcommissie (herzieningsbeslissing) 10 januari 2023, TRB-2023-4776-HV.
69. Zie over samenloop met onder meer strafrecht en financieel toezichtrecht: J.E. Soeharno, 'Tuchtrecht banken: tegen het doorrollen van 'rotte appels', *FR* 2020/11; I.P. Palm-Steyerberg, 'Bancair tuchtrecht, toezicht en toetsingen', *Ondernemingsrecht* 2020/30 en N. van Heel, R.J. van Eenennaam & A.M. de Koning, 'Bankentucht recht en samenloop', *Tijdschrift Tuchtrecht* 2023/20.
70. Beslissing algemeen directeur 21 april 2020, TRB-2020-4467.
71. Beslissing algemeen directeur 12 januari 2021, TRB-2021-4444-AD.
72. Beslissing algemeen directeur 16 november 2021, TRB-2021-4641-AD.
73. Beslissing algemeen directeur 1 december 2021, TRB-2021-4659-AD.
74. Beslissing algemeen directeur 15 februari 2023, TRB-2023-4827-AD.
75. Beslissing algemeen directeur 26 januari 2023, TRB-2023-4690-AD.
76. Beslissing algemeen directeur 24 juni 2022, TRB-2022-4755-AD.
77. Beslissing algemeen directeur 1 december 2021, TRB-2021-4659-AD.
78. Beslissing algemeen directeur 3 maart 2020, TRB-2020-3981-AD.
79. Beslissing algemeen directeur 12 januari 2021, TRB-2021-4444-AD.
80. Beslissing algemeen directeur 21 maart 2022, TRB-2022-4688-AD.
81. Beslissing algemeen directeur 28 januari 2021, TRB-2021-4463-AD.
82. Beslissing algemeen directeur 5 augustus 2021, TRB-2021-4614-AD.

ker die onzedelijke handelingen verrichtte onder invloed van een stoornis.⁸³

7. **Sepots**

Bij een sepot heeft de algemeen directeur een onderzoek ingesteld en daarna besloten geen klacht voor te leggen aan de Tuchtcommissie. Dat kan uiteraard zijn omdat uit het onderzoek niet blijkt dat een medewerker een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt,⁸⁴ of niet is gebleken dat de medewerker bij bepaalde handelingen betrokken is geweest.⁸⁵ De zaak van een medewerker die na einde dienstverband klanten van de bank had benaderd, werd geseponeerd, omdat dit een civielrechtelijke kwestie is.⁸⁶ Ook waren er onder meer sepots voor een medewerker die uit fraude afkomstig geld op haar rekening liet storten en daar zelf ook slachtoffer van werd,⁸⁷ en voor een medewerker die een dossier onacceptabel lang behandelde maar wat het gevolg was van een inefficiënte werkwijze en hoge werkdruk binnen de bank.⁸⁸

De meest in het oog springende zaak betrof meer dan 200 personen die een melding deden tegen leden van de Raad van Bestuur en Raad van Commissarissen van ING.⁸⁹ Zoals al genoemd bij de beslissing van de Commissie van Beroep ging ING een schikking aan met het Openbaar Ministerie van € 775 miljoen inzake een onderzoek naar overtreding van de Wwft. De melders meenden dat het commerciële belang ten onrechte meer aandacht had gekregen dan controle op naleving van de Wwft. De algemeen directeur deed onderzoek en kwam tot de conclusie dat de bank haar beleid niet op orde had en er verkeerde afwegingen waren gemaakt binnen meerdere managementlagen en afdelingen. Er was daarmee sprake van een collectief falen van de bank. Er waren echter geen personen die voor hun aandeel in het geheel tuchtrechtelijk verwijtbaar hadden gehandeld, en met het tuchtrecht kan een bank niet als instelling op schending van de Wwft worden aangesproken. Als zodanig een begrijpelijke conclusie, maar niet helemaal bevredigend vergeleken met de

affaire over hersteladviezen voor hypotheeken. Daar legde de Tuchtcommissie tuchtrechtelijke maatregelen op aan een grote hoeveelheid medewerkers die de fout in waren gegaan als gevolg van aansturing door leidinggevenden, bedrijfscultuur en hoge werkdruk. Ook dat was toch in zekere mate collectief falen van de bank.

8. **Slot**

Gedurende de periode 2020-2023 hebben zich geen grote ontwikkelingen voorgedaan. De meeste beslissingen en uitspraken zijn in lijn met hoe in eerdere jaren over vergelijkbare kwesties werd geoordeeld. De notitie van de STB over het eigen vervolgingsbeleid geeft een nuttig inzicht welke categorieën zwaar en minder zwaar zijn. De zaken die bij de Tuchtcommissie en Commissie van Beroep belanden zullen al snel zwaarder zijn, waardoor de opgelegde maatregelen dat ook zijn met soms langdurige beroepsverboden en flinke boetes. Toch vraag ik mij af, al is dat wellicht niet een vraag die een jurist moet beantwoorden, of het niet wenselijk zou zijn dat de maatregel van een verplicht te volgen opleiding vaker wordt opgelegd, al dan niet gecombineerd met een (kortere) beroepsverbod of (lagere) boete. Een opleiding zou immers tot een beter begrip van de gedragscode moeten leiden en toekomstige overtredingen moeten voorkomen. In de kroniekperiode zag ik deze maatregel niet een keer opgelegd.

De belangrijkste vernieuwing van de afgelopen jaren is de beslissing van de Commissie van Beroep in de ING-zaak over hoe gekeken moet worden naar de zorgvuldigheid van een besluitvormingsproces bij beleidsbepalende personen, dat zij daarbij een voorbeeldfunctie hebben en zich niet kunnen onttrekken aan het tuchtrecht met een beroep op collectief beleid. Ook voor hun aandeel in het geheel van collectief beleid kunnen zij tuchtrechtelijk op de vingers getikt worden. In de komende jaren zal moeten blijken of er meer van dit soort zaken zich zullen voordoen op het niveau van bestuur en toezichthouders; zij zijn in ieder geval gewaarschuwd.

83. Beslissing algemeen directeur 8 maart 2021, TRB-2021-4510-AD.
84. Bijvoorbeeld: Beslissing algemeen directeur 3 maart 2020, TRB-2020-3983/3986/3988/3993/ 4317-AD; Beslissing algemeen directeur 11 januari 2021, TRB-2021-4480-AD.
85. Beslissing algemeen directeur 23 februari 2021, TRB-2021-4511-AD.
86. Beslissing algemeen directeur 3 maart 2021, TRB-2021-4476-AD.
87. Beslissing algemeen directeur 2 juli 2021, TRB-2021-4565-AD.
88. Beslissing algemeen directeur 16 november 2021, TRB-2021-4610-AD.
89. Beslissing algemeen directeur 15 september 2021, TRB-2021-4010-AD e.v.; Beslissing algemeen directeur 15 september 2021, TRB-2021-4281-AD.

De EU-Richtlijn inzake beloningstransparantie gezien vanuit het perspectief van de AVG en de contractsvrijheid

mr. L.G.G. Oosterveld-Haveman¹

De nieuwe EU-Richtlijn inzake beloningstransparantie heeft tot doel het fundamentele recht op gelijke beloning voor mannen en vrouwen te versterken. Cruciaal is dan wel dat de Algemene Verordening Gegevensbescherming geen (onevenredige) drempels opwerpt voor werkgevers die aan de daarin opgenomen transparantieverplichtingen willen voldoen. Ook is van belang dat de Richtlijn niet zo ver gaat dat het – ten gunste van het recht op gelijke beloning – een disproportionele inbreuk maakt op andere grondrechten, zoals het principe van contractsvrijheid dat op EU-niveau ligt besloten in de vrijheid van ondernemerschap. In deze bijdrage analyseer ik de Richtlijn inzake beloningstransparantie vanuit het perspectief van het recht op bescherming van persoonsgegevens en het principe van contractsvrijheid.

1. Inleiding

De 'loonkloof' tussen mannen en vrouwen is een hardnekkig en inmiddels welbekend probleem. Hoewel het recht op gelijke beloning voor mannen en vrouwen binnen de EU al wordt erkend sinds het Verdrag van Rome (1957),² blijken vrouwen in de praktijk nog steeds structureel minder geld te verdienen dan hun mannelijke collega's die gelijkwaardig werk verrichten. Onderzoek van de Europese Commissie toont aan dat een van de grootste obstakels voor het dichten van die loonkloof is gelegen in het algemene gebrek aan beloningstransparantie binnen organisaties.³ Werknemers hebben geen recht op toegang tot beloningsinformatie, met als gevolg dat beloningsdiscriminatie vaak onopgemerkt blijft en eventuele vermoedens daarvan moeilijk te bewijzen zijn. De EU-wetgever heeft in maart 2023 een richtlijn aangenomen die het recht op gelijke beloning voor mannen en vrouwen moet gaan versterken (hierna: de Richtlijn).⁴ Na inwerkingtreding van

deze richtlijn zullen werkgevers veel meer openheid moeten geven over hun beloningssysteem en hun onderneming zo moeten inrichten dat de naleving van het recht op gelijke beloning kan worden gecontroleerd. In potentie lijkt de Richtlijn daarmee een belangrijke stap voorwaarts op de weg om de loonkloof tussen mannen en vrouwen te dichten.

Van belang is dan echter wel dat de Richtlijn voldoende rekening houdt met andere relevante grondrechten. Het recht op bescherming van persoonsgegevens dat op EU-niveau nader is geconcretiseerd in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) brengt bijvoorbeeld met zich dat werkgevers alleen onder strikte voorwaarden salarisinformatie van hun werknemers bekend mogen maken.⁵ Uit een enquête onder de Europese sociale partners komt naar voren dat 81% van de werkgeversorganisaties verwacht dat de transparantieverplichtingen uit de Richtlijn deze toets niet zullen doorstaan.⁶ Als

1. Lieke Oosterveld-Haveman is docent en promovenda sociaal recht aan de Radboud Universiteit. Zij werkt aan een proefschrift over de botsing tussen het gelijkebehandelingsrecht en andere grondrechten in arbeidsrechtelijke context.
2. Art. 119 EEG-Verdrag (thans art. 157 VWEU). De EU-wetgever was overigens niet de eerste internationale organisatie die melding maakte van het recht op gelijke beloning. De Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) heeft het principe van gelijke beloning voor mannen en vrouwen al sinds haar oprichting in 1919 erkend als een beginsel van 'bijzonder en dringend belang'. In 1951 werd dit beginsel nader uitgewerkt in IAO-Verdrag nr. 100.
3. Aanbeveling van de Commissie van 7 maart 2014 'Het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen versterken door transparantie', *PbEU* 2014, L 69/112; Commission staff working document evaluation of the relevant provisions in the Directive 2006/54/EC implementing the Treaty principle on 'equal pay for equal work or work of equal value', SWD (2020) 50 final, p. 16 en 25.
4. Richtlijn (EU) 2023/970 van het Europees Parlement en de Raad van 10 mei 2023 ter versterking van het

- beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid door middel van beloningstransparantie en handhavingsmechanismen (hierna: Richtlijn Beloningstransparantie). Vóór het verschijnen van het EU-Richtlijnvoorstel is in Nederland al het initiatiefwetsvoorstel 'Wet gelijke beloning van vrouwen en mannen' ingediend. Het doel van beide regelingen is hetzelfde, maar de wijze waarop hieraan invulling wordt gegeven verschilt op meerdere aspecten. Het gevolg is dat met invoering van het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel nog niet volledig aan de verplichtingen uit de EU-Richtlijn zou zijn voldaan. Zie: *Kamerstukken II* 2018/19, 35157, nr. 2; *Kamerstukken II* 2020/21, 35157, nr. 5; *Kamerstukken II* 2020/21, 35840, nr. A, p. 20.
5. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming).
6. Effectbeoordeling Europese Commissie, SWD(2021)41, p. 109.

blijkt dat de AVG voor werkgevers inderdaad hoge drempels opwerpt om aan de transparantieverplichtingen te voldoen, zou dit wel eens ten koste kunnen gaan van de beoogde meerwaarde van de Richtlijn. Aan de andere kant is het ook niet de bedoeling dat de Richtlijn – ten gunste van het recht op gelijke beloning – zo ver gaat dat daarmee een onevenredige inbreuk wordt gemaakt op andere grondrechten die evengoed legitieme belangen beschermen. Denk bijvoorbeeld aan het principe van contractsvrijheid dat op EU-niveau gestalte heeft gekregen als een onderdeel van de vrijheid van ondernemerschap.⁷ Het is evident dat het recht op gelijke beloning voor mannen en vrouwen naar zijn aard al ingrijpt op dit principe. Immers: werkgevers worden verplicht om mannelijke en vrouwelijke werknemers die gelijkwaardig werk verrichten hetzelfde salaris te betalen, wat de ruimte om te onderhandelen over de hoogte van het salaris logischerwijs verkleint. Mogelijk betekent een versterking van het recht op gelijke beloning middels de nieuwe Richtlijn een nog verdere inperking van de contractsvrijheid.

Het is tegen deze achtergrond dat ik in deze bijdrage onderzoek hoe de Richtlijn zich verhoudt tot het recht op bescherming van persoonsgegevens en het principe van contractsvrijheid. Daartoe start ik met een korte uiteenzetting van de kernaspecten van de Richtlijn (par. 2). Aangezien de verschillende maatregelen uit de Richtlijn al elders in de literatuur uitgebreid zijn besproken,⁸ beperk ik mij daarbij tot een analyse van de instrumenten die vanuit het oogpunt van gegevensbescherming en contractsvrijheid het meest van belang zijn. Vervolgens ga ik na hoe voor en na invoering van de Richtlijn de balans wordt geslagen tussen het recht op gelijke beloning voor mannen en vrouwen enerzijds en het recht op bescherming van persoonsgegevens (par. 3) respectievelijk de contractsvrijheid (par. 4) anderzijds. De bijdrage sluit af met een conclusie (par. 5).

2. Kernaspecten van de EU-Richtlijn inzake beloningstransparantie

2.1. Rechten voor sollicitanten

Een van de belangrijkste en meest vernieuwende maatregelen uit de Richtlijn is het verbod voor werkgevers om informatie in te winnen over de sala-

risgeschiedenis van een sollicitant.⁹ In de literatuur wordt dit verbod omschreven als een *'eenvoudige maar cruciale stap'* in de richting van gelijke beloning voor mannen en vrouwen.¹⁰ Van de eenvoud van deze maatregel ben ik niet direct overtuigd, aangezien het in de huidige, weerbarstige praktijk heel gebruikelijk is om bij salarisonderhandelingen rekening te houden met het laatstgenoten salaris. Cruciaal is de maatregel daarentegen overduidelijk. Wanneer immers wordt aangesloten bij het laatstgenoten salaris, spelen de beloningscriteria binnen de onderneming waar de werknemer aan de slag gaat een ondergeschikte rol, terwijl het (doorgaans) onduidelijk zal zijn op basis van welke criteria het eerdere salaris is vastgesteld. Dit vergroot het risico dat een vicieuze cirkel van onderbetaling van vrouwen in stand wordt gehouden.¹¹ Een nuancering van die cruciale waarde lijkt overigens wel op zijn plaats wanneer het gaat om een interne sollicitatie. De Richtlijn en de toelichting daarop geven mij geen aanleiding om te veronderstellen dat het verbod in deze situatie niet geldt, maar het is voorstelbaar dat de praktische waarde van het verbod bij een interne sollicitatie aanzienlijk beperkter zal zijn. Het ligt mijns inziens voor de hand dat werkgevers in de praktijk – in weerwil van de Richtlijn en vermoedelijk de AVG¹² – relatief eenvoudig inzage krijgen in de salarisstroken van intern solliciterende werknemers.

Een belangrijke nieuwe maatregel voor sollicitanten is verder dat zij het recht krijgen om al vóór indiensttreding – bijvoorbeeld in de gepubliceerde vacaturetekst – informatie te ontvangen over het salaris dat zij bij eventuele indiensttreding kunnen verwachten.¹³ Uit de preambule van de Richtlijn blijkt dat dit informatierecht in het leven is geroepen omdat vacatureteksten nu vaak geen informatie bieden over het aan de functie verbonden salaris. Dit gebrek aan informatie resulteert in een informatieachterstand die de onderhandelingspositie van sollicitanten – in verhouding tot hun potentiële werkgever – beperkt.¹⁴ In het bijzonder voor vrouwelijke sollicitanten schijnt dit nadelig uit te pakken. Sollicitanten dragen zelf de verantwoordelijkheid om naar het salaris te vragen, maar het vermogen om dit te doen wordt in de praktijk sterk bepaald door de assertiviteit, persoonlijke stijl én (hier vooral van belang) het geslacht van de sollicitant. Onderzoek toont aan dat vrouwen statistisch gezien een stuk minder onderhandelen over

7. Art. 16 EU-Handvest (zie nader par. 4.1).
8. Zie o.a.: S.M. Andriessen 'Het overbruggen van de kloof – gelijke beloning 65 jaar na het Verdrag van Rome', *SEW* 2023/59, afl. 4, p. 175-188; L.A.J. Senden & R. Hesdahl, 'Gelijke beloning voor mannen en vrouwen: geen woorden meer maar daden', *NtER* 2022, afl. 1/2, p. 1-12 (hierna: Senden & Hesdahl 2022); A.G. Veldman, 'Nieuwe Europese en Nederlandse wetsvoorstellen om de loonkloof m/v te dichten: gaat het werken?', *TAP* 2022/1, afl. 1, p. 4-10 (hierna: Veldman 2022); R.E.M. Vink-Dijkstra & G.L. Wife 'Europese maatregelen tegen beloningsdiscriminatie: een belangrijke rol voor de Nederlandse ondernemingsraad', *TAP* 2022/2, afl. 1, p. 11-20 (hierna: Vink-Dijkstra & Wife 2022).
9. Art. 5 lid 2 Richtlijn Beloningstransparantie.
10. S. Benedí Lahuerta, 'EU transparency legislation to address gender pay inequity: What is on the horizon and its likely impact in Ireland', *IJEL* 2022 (24), p. 167-168 (hierna: Benedí Lahuerta 2022).
11. Om deze reden wijst het College voor de Rechten van de Mens de hoogte van het laatst verdiende salaris al langer af als een legitiem argument voor een verschil in beloning. Zie o.a.: CRM 15 augustus 2022, oordeelnr. 2022-91, punt 5.9.
12. Art. 5 AVG schrijft voor dat persoonsgegevens alleen voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden mogen worden verzameld. Gesteld kan worden dat salarisinformatie niet bedoeld is om een rol te spelen bij een interne sollicitatie. De Richtlijn Beloningstransparantie onderstreept deze zienswijze.
13. Art. 5 lid 1 Richtlijn Beloningstransparantie.
14. Overweging 32 Richtlijn Beloningstransparantie.

hun salaris dan mannen. Als vrouwen al onderhandelen, vragen zij bovendien om een minder hoog salaris dan mannen en blijken werkgevers vaker negatief te reageren.¹⁵

Bijkomend voordeel van het informatierecht is overigens dat een sollicitant die in het verleden een te laag salaris heeft ontvangen zich een beeld kan vormen van een beloning die wel de marktwaaarde weerspiegelt. Zelfs als een vrouwelijke sollicitant niet succesvol is in de sollicitatiefase, kunnen transparantere beloningsverwachtingen haar helpen om met haar bestaande werkgever te onderhandelen wanneer duidelijk wordt dat haar beloning niet marktconform is.¹⁶ Men kan zich tegelijkertijd wel afvragen wat de waarde van de informatieplicht precies is wanneer het een functie betreft met een breed salarisbereik. Zonder nadere toelichting is het voor een sollicitant waarschijnlijk lastig in te schatten welk salaris binnen de bandbreedte aansluit bij zijn of haar kennis en ervaring. Dit is vooral problematisch omdat vrouwen (zoals gezegd) vaker geneigd zijn een minder hoog salaris te vragen dan mannen en een reden daarvoor kan zijn dat zij de waarde van hun werk lager inschatten. Zeker wanneer een vrouwelijke sollicitant een vertekend beeld heeft als gevolg van onderbetaling bij haar vorige werkgever, zullen genderverschillen tussen mannen en vrouwen zodoende een rol blijven spelen.¹⁷

2.2. Rechten voor werknemers

Opvallend genoeg geeft de Richtlijn werknemers – in tegenstelling tot sollicitanten – wél het recht om specifieke informatie te ontvangen over de wijze waarop de hoogte van het salaris (binnen de bandbreedte) wordt vastgesteld.¹⁸ Een verklaring voor dit verschil in de rechtspositie van sollicitanten en werknemers heb ik niet kunnen vinden. Maar belangrijker is wellicht dat werknemers met de Richt-

lijn een nieuw recht krijgen om bij hun werkgever informatie op te vragen over de naar geslacht opgesplitste beloningsniveaus van werknemers die dezelfde of gelijkwaardige arbeid verrichten.¹⁹ Het idee is dat werknemers daarmee in staat worden gesteld om te beoordelen of mogelijk sprake is van beloningsdiscriminatie en om zo nodig hun recht op gelijke beloning bij de werkgever of de rechter af te dwingen. Vooral voor werknemers die de stap naar de rechter willen zetten, is dit informatierecht een essentieel instrument. In zaken over beloningsdiscriminatie is het namelijk aan de werknemer om een vermoeden van discriminatie aan te tonen.²⁰ Hiervoor kan de werknemer bijvoorbeeld gebruikmaken van statistische gegevens waaruit blijkt dat vrouwelijke werknemers binnen de organisatie of binnen de bedrijfstak gemiddeld genomen minder verdienen dan mannelijke werknemers.²¹ Ook de weigering van de werkgever om informatie te verstrekken en de toepassing van een 'volstrekt ondoorzichtig' beloningssysteem kunnen bijdragen aan een vermoeden van discriminatie.²² Slaagt een werknemer erin een vermoeden van beloningsdiscriminatie aan te tonen, dan is het vervolgens aan de werkgever om dit vermoeden te weerleggen. Zonder een recht op beloningsinformatie is het aantonen van een vermoeden van discriminatie echter lastig. Statistieken die inzicht bieden in de beloningsniveaus binnen een onderneming zijn vaak niet voorhanden en zelfs als deze bestaan, hebben werknemers hier meestal geen toegang toe.²³ Met het informatierecht voor werknemers tracht de EU-wetgever aan deze problematiek tegemoet te komen. Werkgevers dienen hun werknemers jaarlijks op dit recht te attenderen en de opgevraagde beloningsinformatie binnen een redelijke termijn – maar in ieder geval binnen twee maanden – te overhandigen.²⁴

15. O. Lobel, 'Knowledge pays: reversing information flows and the future of pay equity', *CLR* 2020 (120), afl. 3, p. 573 (hierna: Lobel 2020); Benedí Lahuerta 2022, p. 169.
16. V.E. Hooton & H. Pearce, 'As clear as mud: Assessing the relationship between proposed pay transparency mechanisms and data protection obligations in EU Law', *ELLJ* 2023, par. 2.2.1 (hierna: Hooton & Pearce 2023); Benedí Lahuerta 2022, p. 167-168.
17. Hooton en Pearce pleiten ervoor dat werkgevers verplicht worden gesteld criteria te verstrekken die de hoogte van het salaris binnen de bandbreedte bepalen, zodat sollicitanten een beter beeld krijgen van de waarde van hun ervaring. Zie: Hooton & Pearce 2023, par. 2.3.4.
18. Art. 6 lid 1 Richtlijn Beloningstransparantie.
19. Art. 7 lid 1 Richtlijn Beloningstransparantie. Het beloningsbegrip in de Richtlijn omvat niet alleen het salaris, maar ook aanvullende en variabele componenten van de beloning zoals bonussen, overwerkvergoedingen en reisfaciliteiten. Het 'beloningsniveau' moet door de werkgever worden uitgedrukt in een brutojaarloon en het bijbehorende bruto-uurloon. Zie: Overweging 21-22 Richtlijn Beloningstransparantie.
20. HvJ EG 17 oktober 1989, C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, punt 16 (*Danfoss*); HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92, ECLI:EU:C:1993:859, punt 14 (*Enderby*). Deze mogelijkheid tot omkering van de bewijslast volgde tevens uit

- Richtlijn 97/80/EG van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht en is thans opgenomen in art. 19 Richtlijn 2006/54/EG van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (hierna: *Herschikkingsrichtlijn*).
21. HvJ EG 17 oktober 1989, C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, punt 16 (*Danfoss*); HvJ EU 19 april 2012, C-415/10, ECLI:EU:C:2012:217, punt 43 (*Meister*).
22. HvJ EG 17 oktober 1989, C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, punt 13-16 (*Danfoss*).
23. Evaluatie *Herschikkingsrichtlijn* 2020, p. 26. Het Europese Comité voor Sociale Rechten (ECSR) van de Raad van Europa oordeelde in 2019 dat loontransparantie een belangrijke rol speelt in de effectieve toepassing van het beginsel van gelijke beloning en dat Nederland zich onvolgende heeft ingespannen om loontransparantie in de praktijk te waarborgen. Zie: ECSR 6 december 2019, oordeelnr. 134/2016, punt 151-157 (*University Women Europe/Nederland*). Ook de Europese Commissie deed in 2014 al aanbevelingen voor transparantiemaatregelen. Zie: Aanbeveling van de Commissie van 7 maart 2014 'Het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen versterken door transparantie', *PbEU* 2014, L 69/112.
24. Art. 7 lid 3 en 4 Richtlijn Beloningstransparantie.

2.3. Rapportageplicht en beloningsevaluatie

Ook een periodieke rapportageplicht voor werkgevers met minimaal 100 werknemers maakt onderdeel uit van de Richtlijn.²⁵ Deze grote werkgevers krijgen de verplichting om eens in de zoveel tijd *extern* te rapporteren over de (mediane) loonkloof binnen hun onderneming als geheel, zowel ten aanzien van het 'gewone' salaris als de aanvullende en variabele componenten (zoals bonussen).²⁶ Eveneens moeten zij in kaart brengen hoeveel mannen en vrouwen aanvullende of variabele salariscomponenten ontvangen en bekendmaken hoeveel mannen en vrouwen in elke kwartielbeloningsschaal binnen hun onderneming werkzaam zijn.²⁷ Met dit laatste wordt beoogd inzicht te bieden in de verspreiding van mannen en vrouwen over de hoogst- en laagst-betaalde functies binnen de onderneming.²⁸ Al deze informatie die werkgevers moeten verstrekken als onderdeel van hun externe rapportageplicht kan bijvoorbeeld op een website worden geplaatst of worden opgenomen in een bestuursverslag.²⁹

Bovenop de externe rapportageplicht dienen werkgevers *intern* te rapporteren over de naar geslacht opgesplitste beloningsverschillen binnen categorieën werknemers die gelijkwaardig werk verrichten.³⁰ In beginsel zijn het alleen de werknemers en werknemersvertegenwoordigers (denk aan de ondernemingsraad³¹ of een vakbond) die toegang hebben tot deze informatie, maar op verzoek moet deze ook worden verstrekt aan de arbeidsinspectie en het orgaan voor gelijke behandeling.³² De reden voor het onderscheid tussen een externe en een interne rapportageplicht is erin gelegen dat de naar geslacht opgesplitste beloningsverschillen binnen categorieën van werknemers als 'gevoeliger' worden beschouwd dan de gegevens over beloningsverschillen binnen de organisatie als geheel.³³ Dit oordeel wordt in de toelichting op het voorstel voor de Richtlijn niet nader toegelicht, maar ik zou mij kunnen voorstellen dat hieraan gegevensbeschermingsoverwegingen ten grondslag liggen.

Mocht uit de interne rapportage naar voren komen

dat binnen een bepaalde categorie van werknemers sprake is van een loonkloof van meer dan 5% die niet kan worden gerechtvaardigd op basis van objectieve en genderneutrale criteria,³⁴ dan moet de werkgever samen met de werknemersvertegenwoordigers een beloningsevaluatie uitvoeren.³⁵ Dit houdt in dat de beloningsverschillen binnen de organisatie onder de loep worden genomen en dat maatregelen worden geformuleerd om deze weg te nemen. De rapportageplicht en de beloningsevaluatie moeten er tezamen voor zorgen dat eventuele beloningsdiscriminatie binnen een organisatie aan het licht komt en dat werkgevers in staat worden gesteld die beloningsdiscriminatie vervolgens op doeltreffende en systematische wijze aan te pakken.³⁶

3. De grenzen van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)

Het overzicht van de verschillende transparantiemaatregelen uit de Richtlijn laat zien dat Nederlandse werkgevers in de toekomst veel meer openheid van zaken moeten gaan geven dan tot nu toe het geval is.³⁷ Naast de verplichting om inzicht te bieden in beloningsgegevens, hebben werkgevers echter ook de verplichting om het recht op bescherming van persoonsgegevens van hun werknemers te waarborgen. Dit recht – opgenomen in art. 8 EU-Handvest en art. 16 VWEU – heeft net als het recht op gelijke beloning de status van een grondrecht en is in de AVG nader geconcretiseerd met specifieke verplichtingen voor (onder ander) werkgevers.³⁸ Deze verplichtingen gelden als sprake is van verwerking van 'persoonsgegevens' (informatie over geïdentificeerde of identificeerbare personen),³⁹ waaronder informatie over geslacht en salarisniveau.

3.1. Het huidige spanningsveld tussen het recht op gelijke beloning en de AVG

Onder het huidige recht wordt de AVG door werkgevers vaak gebruikt als een reden c.q. excuus om werknemers geen beloningsinformatie te verstrek-

25. Werkgevers met 100 tot 249 werknemers moeten om de drie jaar rapporteren. Werkgevers met 250 werknemers of meer krijgen een jaarlijkse rapportageplicht. Zie: art. 9 lid 2 t/m 4 Richtlijn Beloningstransparantie.

26. Art. 9 lid 1 onder a t/m d Richtlijn Beloningstransparantie.

27. Art. 9 lid 1 onder e en f Richtlijn Beloningstransparantie. Met de term 'kwartielbeloningsschaal' wordt bedoeld de schaal waarin de werknemers over vier gelijke groepen worden verdeeld op basis van hun beloningsniveau. Zie: art. 3 lid 1 onder f Richtlijn Beloningstransparantie.

28. Toelichting voorstel voor Richtlijn Beloningstransparantie, COM(2021) 93 final, p. 14.

29. Overweging 38 Richtlijn Beloningstransparantie.

30. Art. 9 lid 1 onder g Richtlijn Beloningstransparantie.

31. Zie uitgebreider over de rol voor de ondernemingsraad: Vink-Dijkstra & Wife 2022.

32. Art. 9 lid 9 Richtlijn Beloningstransparantie.

33. Toelichting voorstel voor Richtlijn Beloningstransparantie, COM(2021) 93 final, p. 11.

34. Voor de grens van 5% is gekozen omdat dit percentage statistisch gezien een duidelijke indicatie geeft of het beloningsverschil de moeite waard is om aandacht aan te besteden of 'slechts' berust op toeval. Zie: SWD(2021) 41 final, p. 60.

35. Art. 10 Richtlijn Beloningstransparantie.

36. Overweging 39 Richtlijn Beloningstransparantie. Zie over mogelijke uitvoeringsproblemen bij de beloningsevaluatie: Veldman 2022, p. 7.

37. Sommige EU-lidstaten – waaronder Duitsland, Frankrijk en Spanje – hebben al transparantiemaatregelen ingevoerd naar aanleiding van de aanbevelingen die de Europese Commissie in dit kader deed. Zie: Aanbeveling van de Commissie van 7 maart 2014 'Het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen versterken door transparantie', PbEU 2014, L 69/112.

38. In de Nederlandse Grondwet, het EVRM en het IVBPR is geen zelfstandig recht op bescherming van persoonsgegevens opgenomen. In plaats daarvan wordt het gelezen in het recht op eerbiediging van het privéleven.

39. Art. 4 lid 1 AVG.

ken.⁴⁰ Geheel onterecht lijkt dit overigens niet. In het arrest *Kelly* (2011) oordeelde het Hof van Justitie dat als de EU-antidiscriminatiewetgeving al een recht zou bieden op toegang tot de informatie die nodig is om een vermoeden van discriminatie aan te tonen, dit recht zou *kunnen* worden aangetast door het recht op gegevensbescherming.⁴¹ Hoewel het Hof van Justitie dus niet zegt dat de bescherming van persoonsgegevens per definitie voorgaat op het recht op gelijke beloning, maakt het wel duidelijk dat het verschaffen van (tot individuele werknemers herleidbare) beloningsinformatie de toets aan de gegevensbeschermingsregels moet doorstaan. De uitkomst van deze toets is (onder het huidige recht) echter geen uitgemaakte zaak. De AVG staat de verwerking van 'gewone' persoonsgegevens zoals geslacht en salarisniveau in beginsel wel toe, maar alleen indien daarvoor een beroep kan worden gedaan op een van de rechtsgrondslagen in art. 6 lid 1 AVG.⁴² Voor de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van het recht op gelijke beloning ligt vooral de rechtsgrondslag inzake het gerechtvaardigd belang (sub f) voor de hand.⁴³ Deze rechtsgrondslag vraagt om een afweging tussen het belang van beloningstransparantie en het belang van gegevensbescherming. De uitkomst van deze belangenafweging is in concreto nogal onvoorspelbaar en het feit dat beide belangen voortvloeien uit een grondrecht maakt de balansuitoefening extra complex. Tegen deze achtergrond verbaast het mij niet dat werkgevers terughoudend zijn met het verstrekken van beloningsinformatie, maar feit is wel dat dit uiteindelijk ten koste gaat van de waarde van het recht op gelijke beloning als juridisch instrument.

3.2. Het spanningsveld tussen het recht op gelijke beloning en de AVG ná implementatie van de Richtlijn inzake beloningstransparantie

3.2.1. (Anonieme) beloningsinformatie: persoonsgegevens in de zin van de AVG?

De Richtlijn inzake beloningstransparantie neemt het spanningsveld met de AVG niet weg. In art. 12

Richtlijn wordt duidelijk gemaakt dat iedere verwerking van informatie uit hoofde van de Richtlijn in overeenstemming moet zijn met de AVG. Met andere woorden: ook na implementatie van de Richtlijn moet een verzoek om beloningstransparantie nog worden toetst aan de AVG. Interessant is dat de Europese Commissie er zonder meer van uitgaat dat zich op het terrein van gegevensbescherming geen problemen zullen voordoen. Volgens de Europese Commissie heeft de op grond van de Richtlijn te verschaffen beloningsinformatie namelijk geen betrekking op 'individuele identificeerbare gegevens van werknemers'.⁴⁴ Deze veronderstelling impliceert dat de AVG in het geheel niet van toepassing is op de verplichtingen uit de Richtlijn, aangezien er – aldus de Europese Commissie – geen sprake is van 'persoonsgegevens' in de zin van de AVG.⁴⁵

Het is mijns inziens zeer de vraag of deze aanname van de Europese Commissie terecht is. Het informatierecht voor werknemers en de rapportageplicht voor grote werkgevers brengen inderdaad niet (direct) mee dat het salaris van individuele werknemers bekend wordt gemaakt. Alleen het 'gemiddelde' beloningsniveau moet aan de werknemers worden verstrekt (zie par. 2.2 en 2.3), zodat de anonimiteit in beginsel gewaarborgd blijft en de regels van de AVG geen beletsel vormen.⁴⁶ Problemen kunnen zich evenwel voordoen wanneer relatief weinig werknemers werkzaam zijn in dezelfde categorie van gelijke of gelijkwaardige arbeid. Stel dat – in het uiterste geval – in een bepaalde categorie slechts één mannelijke en één vrouwelijke werknemer werkzaam zijn. Informatie over het gemiddelde beloningsniveau (uitgesplitst naar geslacht) leidt dan onmiskenbaar tot een bekendmaking van het salaris van een identificeerbare werknemer.⁴⁷ Maar ook wanneer de categorie uit meer mannelijke en vrouwelijke werknemers bestaat, is er een reëel risico dat met enige achtergrondkennis (bijvoorbeeld doordat enkele collega's bereid zijn om vrijwillig hun salaris te delen) toch het salaris van individuele werknemers bekend wordt gemaakt.⁴⁸ Het anonimiseren van beloningsinformatie is kortom niet bepaald waterdicht.⁴⁹

40. Vgl. P. Foubert, *The Gender Pay Gap in Europe from a Legal Perspective*, European Commission, mei 2010, p. 15. (hierna: Foubert 2010).
41. HvJ EU 21 juli 2011, C-104/10, ECLI:EU:C:2011:506, punt 55-56 (*Kelly*).
42. De 'bijzondere' persoonsgegevens staan vermeld in art. 9 AVG. Voor deze categorie van persoonsgegevens geldt een strenger regime.
43. Een alternatieve rechtvaardigingsgrond is de uitdrukkelijke toestemming (sub a). De heersende opinie lijkt echter te zijn dat deze rechtvaardigingsgrond vrijwel nooit toepassing kan vinden in een arbeidsrelatie, gelet op de afhankelijkheidspositie waarin een werknemer ten opzichte van zijn werkgever verkeert. Zie hierover kritisch in het kader van voorkeursbeleid: M. Kullmann & L.G.G. Oosterveld, 'De AVG-rechtelijke grenzen aan voorkeursbeleid', TRA 2023/89, afl. 10, p. 19.
44. Effectbeoordeling Europese Commissie, SWD(2021)41, p. 53.

45. Art. 4 onder 1 AVG. Geanonimiseerde persoonsgegevens zijn expliciet uitgesloten van het toepassingsbereik van de AVG. Zie: Overweging 26 AVG.
46. Vgl. EDPS, *Formal comments of the EDPS on the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and woman through pay transparency and enforcement mechanisms*, 27 april 2021, p. 2 (hierna: EDPS 2021).
47. Voor deze situatie zou de Nederlandse wetgever een regeling kunnen treffen vergelijkbaar met art. 31d lid 4 WOR. Die bepaling behelst een informatierecht voor ondernemingsraden ten aanzien van de per (functie)groep uitgesplitste hoogte en inhoud van de arbeidsvoorwaardelijke regelingen. Als een (functie)groep uit minder dan vijf personen bestaat, is het vanuit privacyoverwegingen mogelijk gemaakt om twee (functie)groepen samen te voegen. Zie: *Kamerstukken II* 2002/03, 28163, nr. 10.
48. Art. 7 lid 5 Richtlijn Beloningstransparantie schrijft voor dat werknemers niet mogen worden belet hun beloning bekend te maken ten behoeve van de handhaving van het beginsel van gelijke beloning.
49. Zie ook: Hooton & Pearce par. 2.3.6.

Overigens lijkt de EU-wetgever haar ogen voor dit risico niet helemaal gesloten te hebben. Hoewel de EU-wetgever ervan uit lijkt te gaan dat de transparantie-verplichtingen in beginsel kunnen worden nagekomen met anonieme gegevens, leid ik uit de opname van de hierboven al even aangehaalde specifieke bepaling over gegevensbescherming in art. 12 Richtlijn af dat de EU-wetgever ook inziet dat de informatieverstrekking onder omstandigheden toch kan leiden tot (indirecte) bekendmaking van de beloning van identificeerbare werknemers. Anders zou deze bepaling immers niet meer dan een dode letter zijn: de AVG is niet van toepassing op anonieme beloningsinformatie. Een voorstel van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming om werkgevers nadrukkelijk te verplichten maatregelen te treffen om de openbaarmaking van informatie over een identificeerbare medewerker te voorkomen, is bovendien niet door de EU-wetgever overgenomen.⁵⁰ De preambule onderschrijft slechts in algemene zin de wens om zoveel mogelijk te voorkomen dat informatie over een identificeerbare werknemer op directe of indirecte wijze wordt verstrekt.⁵¹ Kennelijk wil de EU-wetgever niet zo ver gaan dat het informatierecht en de rapportageplicht per definitie geen doorgang kunnen vinden wanneer deze onverhoopt toch leiden tot directe of indirecte bekendmaking van salarisinformatie van individuele werknemers. In dit scenario moet 'slechts' worden getoetst aan de AVG.

3.2.2. *Rechtmatige en behoorlijke verwerking – een belangenafweging*

Stel nu dat we te maken hebben met een situatie waarin indirecte identificatie van individuele werknemers toch mogelijk blijkt te zijn. De ogenschijnlijk anonieme gegevens kwalificeren dan als 'persoonsgegevens' in de zin van de AVG, zodat de verwerking daarvan in overeenstemming moet zijn met de regels inzake gegevensbescherming.⁵² Anders dan onder het huidige recht geldt dat werkgevers zich erop kunnen beroepen dat verwerking van beloningsinformatie noodzakelijk kan zijn om te voldoen aan een wettelijke verplichting (art. 6 lid 1 onder c AVG). De Richtlijn legt werkgevers immers expliciet de plicht op om beloningsinformatie bekend te maken (aan een individuele werknemer of als onderdeel van de

rapportageplicht). Het is daarom onwaarschijnlijk dat het aanwijzen van een deugdelijke rechtsgrondslag nog problemen voor werkgevers zal opleveren.⁵³

De AVG vereist echter ook dat de verwerking 'behoorlijk' is.⁵⁴ Dit begrip is in de AVG niet gedefinieerd. Hooton en Pearce stellen dat de vraag of verwerking van persoonsgegevens uit hoofde van de Richtlijn inzake beloningstransparantie 'behoorlijk' is, een afweging vereist waarbij de concurrerende belangen van de betrokken personen tegen elkaar worden afgewogen (ofwel: het belang van de verzoeker om informatie bij openbaarmaking versus het belang van de persoon op wie de informatie betrekking heeft bij niet-openbaarmaking). Net als onder het huidige recht komt het dus uiteindelijk aan op een belangenafweging van de werkgever. Deze belangenafweging zou volgens Hooton en Pearce nog wel eens problemen kunnen opleveren. Ter onderbouwing van dit standpunt verwijzen zij naar rechtspraak waarin het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat gegevensbeschermingsbelangen moeten prevaleren boven de belangen van transparantie en openbaarmaking.⁵⁵ Ik constateer echter dat de doelstellingen van de transparantieplichtingen die in deze rechtspraak centraal stonden – welke overigens eveneens in EU-wetgeving zijn verankerd⁵⁶ – nogal anders van aard zijn dan die in de Richtlijn inzake beloningstransparantie. De transparantieplichtingen in de door Hooton en Pearce aangehaalde rechtspraak hebben namelijk tot doel burgers inzicht te bieden in de werkzaamheden van EU-instellingen, terwijl de Richtlijn inzake beloningstransparantie beoogt het fundamentele recht op gelijke beloning voor mannen en vrouwen te versterken. Vanwege dit fundamenteel-mensenrechtelijke karakter valt er mijns inziens wat voor te zeggen dat de belangenafweging nu eerder zal uitvallen in het voordeel van openbaarmaking.⁵⁷ Tegelijkertijd laat het hiervoor aangehaalde arrest *Kelly* zien dat dit nog bepaald geen uitgemaakte zaak is. Het Hof zegt in dit arrest weliswaar niets over de uitkomst van de belangenafweging, maar uit het feit dat het recht op openbaarmaking in de context van het gelijkebehandelingsrecht kan worden aangetast door het recht op gegevensbescherming, leid ik af dat er niet zonder meer van kan worden uitgegaan dat de belangenafweging zal uitvallen in het voordeel van het recht op

50. EDPS 2021, p. 3.

51. Overweging 44 Richtlijn Beloningstransparantie. Ook biedt de Richtlijn de lidstaten ruimte om te besluiten dat, indien de verstrekking van beloningsinformatie zou leiden tot (in)directe bekendmaking van het salaris van een individuele werknemer, de beloningsinformatie niet aan de werknemers wordt verstrekt maar aan de werknemersvertegenwoordigers, de arbeidsinspectie of het orgaan voor gelijke behandeling. Zie: art. 12 lid 3 Richtlijn Beloningstransparantie.

52. Uit een enquête onder de sociale partners komt naar voren dat 81% van de werkgeversorganisaties van mening is dat er een conflict bestaat tussen de AVG en de voorgestelde maatregelen voor beloningstransparantie. Zie: Effectbeoordeling Europese Commissie, SWD(2021)41, p. 109.

53. Zie ook: Hooton & Pearce 2023, par. 3.

54. Art. 5 lid 1 onder a AVG.

55. Hooton & Pearce 2023, par. 3 onder verwijzing naar HvJ EU 29 juni 2010, C-28/08, ECLI:EU:C:2010:378 (*Commissie/Bavarian Lager*); HvJ EU 9 november 2010, C-92/09 en C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662 (*Schecke*); HvJ EU 15 juli 2015, T-115/13, ECLI:EU:T:2015:497 (*Dennekamp II*).

56. Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie.

57. Hooton en Pearce noemen zelf als relevante verschillen dat het recht op gelijke beloning voor mannen en vrouwen een belangrijkere en duidelijkere status heeft binnen de oprichtingsverdragen van de EU en dat de openbaarmaking van persoonsgegevens in de Richtlijn inzake beloningstransparantie strenger worden gereguleerd. Zie: Hooton & Pearce 2023, par. 3.

gelijke beloning. Een oordeel van het Hof van Justitie hierover moet worden afgewacht.

4. De grenzen van het principe van contractsvrijheid

Een tweede grondrecht dat wordt geraakt door de Richtlijn inzake beloningstransparantie is de vrijheid van ondernemerschap zoals erkend in art. 16 EU-Handvest.⁵⁸ Volgens de toelichting op deze bepaling omvat de vrijheid van ondernemerschap – naast de vrijheid om een economische of handelsactiviteit uit te oefenen en de vrije mededinging – het principe van contractsvrijheid.⁵⁹ In de context van het arbeidsrecht impliceert dit principe dat een werkgever vrij moet zijn om te bepalen met wie hij een arbeidsovereenkomst aangaat en te onderhandelen over wat de inhoud van die arbeidsovereenkomst vervolgens moet zijn.⁶⁰ De contractsvrijheid is echter niet absoluut. Zij moet in relatie tot haar maatschappelijke functie worden beschouwd en kan worden onderworpen aan overheidsmaatregelen waarmee in het algemeen belang beperkingen worden gesteld.⁶¹ Deze beperkingen mogen echter niet zo ver gaan dat de 'wezenlijke inhoud' van de vrijheid van ondernemerschap wordt aangetast (art. 52 lid 1 EU-Handvest). Het totaal onmogelijk maken om te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden tast de contractsvrijheid bijvoorbeeld in de kern aan en is daarom per definitie ongeoorloofd.⁶² Voor het overige zijn beperkingen op de contractsvrijheid toegestaan zolang zij in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel.⁶³ Hierna zal blijken dat de contractsvrijheid het *formeel* vaak moet afleggen tegen het recht op gelijke beloning voor mannen en vrouwen, maar dat de *praktijk* weerbarstiger lijkt te zijn.

4.1. Het huidige spanningsveld tussen het recht op gelijke beloning en de contractsvrijheid

De Europese Commissie signaleerde in 2010 dat de contractsvrijheid een belangrijke oorzaak zou kunnen zijn van de loonkloof tussen mannen en vrouwen in Nederland.⁶⁴ Waarom dit het geval zou zijn, is door de Europese Commissie niet nader toegelicht. Vanuit een juridisch perspectief is deze signalering enigszins opvallend. Ik merkte eerder al op dat het mijns inziens juist het recht op gelijke beloning voor mannen en vrouwen is dat naar haar aard ingrijpt op de contractsvrijheid van werkgevers (in plaats van andersom). Werkgevers zijn verplicht om mannelijke en vrouwelijke werknemers die gelijkwaardig werk verrichten hetzelfde salaris te betalen, hetgeen werkgevers logischerwijs beperkt in hun ruimte om te onderhandelen over de hoogte van het salaris.⁶⁵ Maar ook het recht op gelijke beloning voor mannen en vrouwen heeft geen absoluut karakter. In concreto kunnen er legitieme redenen zijn die een verschil in beloning rechtvaardigen en dus ruimte laten voor de contractsvrijheid. Wat dit precies voor werkgevers betekent, bespreek ik aan de hand van drie redenen die in de praktijk vaak worden aangevoerd om een verschil in beloning te rechtvaardigen.

Anciënniteit

De eerste (en wellicht de meest voorkomende) reden is anciënniteit. Veel werkgevers hanteren een beloningssysteem met salarisschalen en treden, zodat men (totdat de top van de salarisschaal is bereikt) een steeds hoger salaris verdient naarmate men langer in de functie werkt. Strikt genomen kan dit systeem een benadeling van vrouwelijke werknemers tot gevolg hebben, nu vrouwen hun loopbaan in de praktijk vaker dan mannen onderbreken bij de komst van kinderen. Desondanks wordt anciënniteit door het Hof van Justitie *in beginsel* wel beschouwd als een geschikt criterium om een verschil

58. De vrijheid van ondernemerschap geniet geen erkenning in andere internationale mensenrechtenverdragen, zoals het EVRM of het ESH.

59. Toelichting op het EU-Handvest, *PbEU* 2007, C 303/17, p. 23. Zie ook: HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, punt 32 (*Parkwood*). Zie hierover kritisch: J. Prassl, 'Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law: Case C-426/11 *Alemo-Herron and others v Parkwood Leisure Ltd*', *ILJ* 2013 (42), afl. 4, p. 442-443. Zie anders: S.S.M. Peters, 'Ondernemersvrijheid versus werknemersbescherming', *TAO* 2014, afl. 2, p. 69 (hierna: Peters 2014). De Richtlijn inzake beloningstransparantie roept overigens ook vragen op over de verenigbaarheid met de vrijheid om een economische of een handelsactiviteit uit te oefenen, maar dit onderdeel van de vrijheid van ondernemerschap laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

60. Vgl. HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, punt 43 (*Sky Österreich*); HvJ EU 21 december 2016, C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, punt 68 (*AGET/Traklis*). Op nationaal niveau wordt contractsvrijheid beschouwd als een van de fundamenteën van het Nederlandse verenigingsrecht, waar het arbeidsrecht onderdeel van uitmaakt. Anders dan de Europese uitdrukking van contractsvrijheid als onderdeel van de vrijheid van onder-

nemerschap komt de nationaalrechtelijke contractsvrijheid ook toe aan de werknemer.

61. HvJ EU 24 september 2020, C-223/19, ECLI:EU:C:2020:753, punt 88 (YS/NK); HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, punt 45-46 (*Sky Österreich*).

62. Vgl. het *Parkwood*-arrest waarin het Hof oordeelde dat de vrijheid van ondernemerschap in haar kern werd aangetast omdat de werkgever geen mogelijkheid tot onderhandeling over de collectieve overeenkomst die op de arbeidsovereenkomsten met haar werknemers van toepassing was. HvJ EU 18 juli 2023, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, punt 34-35 (*Parkwood*).

63. Peters 2014, p. 67.

64. Foubert 2010, p. 27.

65. Een algeheel recht op gelijke beloning bestaat overigens niet. Het staat de werkgever in beginsel vrij om twee mannelijke werknemers of twee vrouwelijke werknemers die arbeid van gelijke waarde verrichten verschillend te belonen, al zitten daar ook de nodige grenzen aan. Zo mag de werkgever niet discrimineren op basis van een andere in de wet erkende non-discriminatiegrond en kan een verschil in beloning dat geen verband houdt met een dergelijke non-discriminatiegrond in strijd komen met de eisen van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). Zie o.a.: HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322 (*Agfa/Schoolderman*); HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312 (*Parallel Entry/KLM*).

in beloning te rechtvaardigen. Volgens het Hof gaan anciënniteit en beroepservaring hand in hand en is een werknemer met meer beroepservaring in de regel beter toegerust voor de werkzaamheden.⁶⁶ Van belang is wel dat dit argument haar waarde verliest op het moment dat niet langer kan worden aangetoond dat extra ervaring nog leidt tot een betere geschiktheid voor een bepaalde functie.⁶⁷ Zo zal een docent zijn werkzaamheden met tien jaar werkervaring gemiddeld genomen beter uitvoeren dan met vijf jaar werkervaring, maar men kan zich afvragen of hetzelfde geldt voor iemand die schoonmaakwerkzaamheden verricht. Met andere woorden: een verschil in anciënniteit kan een ongelijke beloning wel rechtvaardigen, maar alleen voor zover dat verschil nog van invloed is op iemands geschiktheid voor de functie.

Vraag en aanbod op de arbeidsmarkt

Een tweede argument dat vaak wordt aangevoerd om een verschil in beloning te rechtvaardigen, houdt verband met vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Personeelstekorten kunnen een werkgever ertoe aanzetten de beloning voor bepaald werk te verhogen om zo extra werknemers aan te trekken. Vooropgesteld moet worden dat de *economische waarde* van een functie in ieder geval niet relevant is voor de beoordeling of sprake is van gelijkwaardige arbeid. Er wordt slechts gekeken naar de *aard van de werkzaamheden* die een werknemer verricht.⁶⁸ Het feit dat binnen een categorie van gelijkwaardige functies de ene functie een hogere economische waarde vertegenwoordigt dan de andere functie, doet derhalve niet af aan het recht op gelijke beloning. Dit neemt niet weg dat arbeidsmarktkrapte – blijkens de rechtspraak van het Hof van Justitie – onder omstandigheden een verschil in beloning wel kan rechtvaardigen.⁶⁹ Het is daarom vaste oordelenlijn van het College voor de Rechten van de Mens dat arbeidsmarktkrapte een legitieme reden kan opleveren voor een verschil in beloning, mits (i) duidelijk is welk deel van het loon afhankelijk is van de arbeidsmarktkrapte én (ii) de toeslag wordt afgebouwd als de arbeidsmarkt weer aantrekt.⁷⁰ Anders gezegd: arbeidsmarktkrapte mag niet leiden tot *structurele* ongelijke beloning voor gelijkwaardig werk. Voor de arbeidsrechtpraktijk betekent dit dat het cruciaal is de werknemer op voorhand duidelijk te maken dat het een tijdelijke toeslag betreft, zodat voorkomen wordt dat die arbeidsmarkttoeslag onderdeel gaat uitmaken van het vaste salaris van de werknemer. In dat geval zal het immers buitengewoon ingewikkeld (zo niet onmogelijk) zijn om de toeslag later te laten vallen. Een essentiële arbeidsvoorwaarde als

salaris kan immers niet zonder meer door de werkgever worden verlaagd.

Onderhandelingsvaardigheid

Een derde vaak genoemde verklaring voor beloningsverschillen heeft betrekking op 'onderhandelingsvaardigheid'. De hoogte van het salaris van een werknemer (zowel het aanvangssalaris als eventuele verhogingen daarvan) wordt vaak mede bepaald door onderhandelingen⁷¹ en uit onderzoek komt zoals eerder benoemd naar voren dat vrouwen in het algemeen minder (succesvol) onderhandelen over hun salaris dan mannen (zie par. 2.1). Tegen deze achtergrond ziet het College voor de Rechten van de Mens onderhandelingsvaardigheid nadrukkelijk niet als een legitieme reden voor een verschil in beloning. Het hoger belonen van werknemers als gevolg van onderhandelingen heeft – aldus het College – een ondoorzichtig beloningssysteem tot gevolg en laat ruimte voor vooroordelen over verschillen tussen mannen en vrouwen.⁷² Daarmee is overigens niet gezegd dat voor het vaststellen van iemands beloningsniveau onderhandelingen in het geheel niet ter zake mogen doen. Onderhandelingsvaardigheid vormt weliswaar *an sich* geen legitieme reden voor een verschil in beloning, maar uit de onderhandelingen kunnen natuurlijk wel argumenten naar voren komen die wél een objectieve rechtvaardiging opleveren (zoals anciënniteit en arbeidsmarktkrapte). Werkgevers (en werknemers) behouden in zoverre hun vrijheid tot onderhandeling.

4.2. Het spanningsveld tussen het recht op gelijke beloning en de contractsvrijheid ná implementatie van de Richtlijn inzake beloningstransparantie

De analyse van deze drie in de praktijk vaak aangevoerde redenen voor beloningsverschillen onderschrijft dat het eerder het recht op gelijke beloning moet zijn dat de contractsvrijheid beperkt dan andersom. De Richtlijn inzake beloningstransparantie brengt op dit punt geen verandering teweeg. De Richtlijn beoogt weliswaar het recht op gelijke beloning te versterken, maar deze versterking heeft formeel weinig invloed op het spanningsveld met de contractsvrijheid. Reden daarvoor is dat de Richtlijn – voor zover voor dit spanningsveld van belang – niet veel meer doet dan wettelijk vastleggen dat beloningsverschillen moeten worden gerechtvaardigd op basis van criteria die 'objectief, genderneutraal en vrij van vooroordelen' zijn.⁷³ De invulling van deze begrippen blijft net als onder het huidige recht in

66. HvJ EG 17 oktober 1989, C-109/88, ECLI:EU:C:1989:383, punt 24 (*Danfoss*); HvJ 3 oktober 2006, C-17/05, ECLI:EU:C:2006:533, punt 35 (*Cadman*).

67. HvJ EG 7 februari 1991, C-184/89, ECLI:EU:C:1991:50, punt 14 (*Nimz*).

68. HvJ EG 27 maart 1980, C-129/79, ECLI:EU:C:1980:103, punt 11 (*Macarthys*); HvJ EG 1 juli 1986, C-237/85, ECLI:EU:C:1986:277, punt 13 (*Rummeler*); HvJ EU 3 juni 2021, C-624/19, ECLI:EU:C:2021:429, punt 28 (*Tesco*). Zie ook: Vas Nunes,

Gelijke behandeling in arbeid, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 401.

69. HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92, ECLI:EU:C:1993:859, r.o. 26-27 (*Enderby*).

70. CRM 9 mei 2022, oordeelnr. 2022-47; CRM 17 augustus 2021, oordeelnr. 2021-111; CRM 9 juli 2020, oordeelnr. 2020-55; CRM 15 augustus 2021, oordeelnr. 2012-142.

71. Vas Nunes 2018, p. 402.

72. CRM 9 mei 2022, oordeelnr. 2022-47.

73. Overweging 17 Richtlijn Beloningstransparantie.

handen van het Hof van Justitie en de nationale gelijkebehandelingsorganen.

Een uitzondering hierop gaat overigens uit van het verbod voor werkgevers om informatie in te winnen over de salarisgeschiedenis van een sollicitant (zie par. 2.1).⁷⁴ Hiermee maakt de EU-wetgever immers duidelijk dat het feit dat iemand in het verleden een lager salaris heeft genoten, nadrukkelijk géén rechtvaardiging oplevert voor een verschil in beloning bij een toekomstige werkgever. Voor de Nederlandse rechtspraktijk betekent dit echter weinig nieuws. Het College voor de Rechten van de Mens oordeelt al veel langer dat de hoogte van het laatstgenoten salaris op zichzelf geen relevant argument oplevert om een verschil in beloning te rechtvaardigen. De werkgever zal moeten aantonen dat de kwaliteiten van de sollicitant in de nieuwe functie een beloning ter hoogte van het laatstgenoten salaris rechtvaardigt.⁷⁵

Dat de Richtlijn nauwelijks impact heeft op de *juridische* uitkomst van een botsing tussen het recht op gelijke beloning en de contractsvrijheid, zegt echter niets over de meerwaarde van de Richtlijn voor de uitkomst in de *praktijk*. Het feit dat in werkelijkheid – ondanks alle wet- en regelgeving op dit punt – nog steeds sprake is van een hardnekkige loonkloof, doet vermoeden dat werkgevers zich in de praktijk (bewust of onbewust) meer contractsvrijheid toe-eigenen dan ze juridisch gezien hebben. Het gebrek aan beloningstransparantie zorgt er bovendien voor dat deze overschrijding van de contractsvrijheid in veel gevallen onopgemerkt blijft. Mogelijk is dit ook het probleem dat de Europese Commissie in 2010 voor ogen had toen zij erop wees dat de contractsvrijheid een oorzaak zou kunnen zijn van de loonkloof. Gesteld kan worden dat de Richtlijn inzake beloningstransparantie handvatten biedt om de al bestaande, legitieme inperking van de contractsvrijheid in de praktijk af te dwingen. De verschillende (hiervoor besproken) transparantieplichtingen moeten er bijvoorbeeld voor zorgen dat werkgevers zich niet meer zo gemakkelijk kunnen onttrekken aan hun verplichting om mannen en vrouwen die gelijkwaardig werk verrichten hetzelfde salaris te betalen (zie par. 2.2 en 2.3). Hetzelfde geldt voor de maatregelen uit de Richtlijn die zijn gericht op versterking van het publiekrechtelijke

en collectieve toezicht op de naleving van het recht op gelijke beloning.⁷⁶ Hierdoor wordt het recht op gelijke beloning niet langer benaderd als een louter individueel probleem, maar als een structureel en maatschappelijk probleem dat met gedeelde verantwoordelijkheid en inspanning moet worden opgelost.⁷⁷ Met deze handhavingsmechanismen heeft de Richtlijn de potentie ervoor te zorgen dat de door het gelijkebehandelingsrecht beoogde balans tussen het recht op gelijke beloning en de contractsvrijheid ook in de praktijk wordt gerealiseerd.

5. Conclusie

Het belang van beloningstransparantie voor de effectiviteit van het recht op gelijke beloning als juridisch instrument is duidelijk. In theorie betekent de Richtlijn dan ook een belangrijke stap voorwaarts op de weg naar een effectievere bestrijding van de loonkloof tussen mannen en vrouwen. Mogelijke problemen doen zich evenwel voor wanneer werkgevers hun transparantieplichtingen uit hoofde van de Richtlijn alleen kunnen nakomen met beloningsgegevens die (in)direct herleidbaar zijn tot individuele werknemers. In die situaties brengt de AVG mee dat werkgevers een belangenafweging moeten maken tussen aan de ene kant het recht op beloningstransparantie (tegen de achtergrond van het recht op gelijke beloning) en aan de andere kant het recht op gegevensbescherming. De uitkomst van deze belangenafweging is bepaald geen uitgemaakte zaak. In de verhouding tussen het recht op gelijke beloning van mannen en vrouwen en het principe van contractsvrijheid brengt de Richtlijn juridisch gezien weinig verandering teweeg. Onder het huidige recht lijkt de balans tussen deze twee belangen al eerder door te slaan in het voordeel van het recht op gelijke beloning en na implementatie van de Richtlijn wordt de contractsvrijheid nauwelijks nader ingeperkt. Wel kunnen de verschillende in de Richtlijn opgenomen handhavingsmechanismen er toe bijdragen dat deze beoogde balans, anders dan tot op heden het geval lijkt te zijn, ook in de praktijk zal worden gerealiseerd. Met andere woorden: de meerwaarde van de Richtlijn is op dit punt gelegen in een versterking van de handhaving van al bestaande beperkingen op de contractsvrijheid in plaats van een nadere inperking daarvan.

74. Art. 5 lid 2 Richtlijn Beloningstransparantie.

75. Zie o.a.: CRM 15 augustus 2022, oordeelnr. 2022-91, punt 5.9; CGB 22 maart 2010, oordeelnr. 2010-44, punt 3.20-3.21; CGB 4 maart 2008, oordeelnr. 2008-23, punt 3.11.

76. Zie hierover uitgebreider: Senden & Hesdahl 2022.

77. Senden & Hesdahl 2022, p. 9.

Actualiteit – De nieuwe fiscale 30/20/10%-regeling voor ingekomen werknemers

mr. T. de Raad¹

De 30%-regeling biedt de mogelijkheid om een deel van het loon van bepaalde werknemers die tijdelijk buiten hun land van herkomst werken, aan te wijzen als onbelaste vergoeding. Recentelijk is een aantal wetswijzingen van kracht geworden die het potentiële belastingvoordeel voor ingekomen werknemers aanzienlijk beperken. Deze wijzigingen nopen tot aanpassing van de arbeidsrechtelijke afspraken met betrekking tot toepassing van de 30%-regeling.

1. Inleiding

De 30%-regeling biedt de mogelijkheid om een deel van het loon van bepaalde werknemers die tijdelijk buiten hun land van herkomst werken, aan te wijzen als onbelaste vergoeding. Deze fiscale regeling heeft ten doel om buitenlandse werknemers met een schaarse en specifieke deskundigheid aan te trekken en daarnaast om het Nederlandse vestigingsklimaat competitief en aantrekkelijk te houden. Door het forfaitaire karakter van de kostenvergoeding wordt beoogd de administratieve lasten voor werknemers en werkgevers te verminderen.

De Nederlandse belastingpraktijk kent al tientallen jaren een regeling die beoogt om het aantrekken van buitenlands personeel te stimuleren. De huidige regeling stamt uit 2001 en is sindsdien meermaals aangepast. Ook recentelijk zijn nog wijzigingen goedgekeurd die per 1 januari 2024 van kracht zijn geworden. De meest in het oog springende daarvan zijn de aftopping van de 30%-regeling tot maximaal de WNT-norm en de stapsgewijze afbouw van het toepasselijke percentage van 30% naar 10%.

Dit artikel beschrijft de inhoud en voorwaarden voor toepassing van de 30%-regeling en de recent van kracht geworden wijzigingen en sluit af met een aantal aandachtspunten voor de arbeidsrechtpraktijk.

2. Onbelaste kostenvergoeding voor extraterritoriale kosten tot 2024

2.1. Algemeen

Loonbelasting wordt geheven over het belastbare loon.² Uitgangspunt is dat al hetgeen uit een dienstbetrekking wordt genoten, daaronder mede begre-

pen hetgeen wordt vergoed of verstrekt in het kader van de dienstbetrekking, als loon wordt aangemerkt.³ Loonbelasting wordt in de regel geheven door inhouding op het loon.⁴

De Wet op de loonbelasting 1964 (Wet LB) kent op dit uitgangspunt een flink aantal uitzonderingen, waaronder met betrekking tot zogenoemde eindheffingsbestanddelen (onder andere loon dat onder de werkkostenregeling valt). Loonbelasting over eindheffingsbestanddelen wordt namelijk geheven van de werkgever als inhoudingsplichtige,⁵ tenzij een gerichte vrijstelling van toepassing is waardoor de werkgever geen loonbelasting verschuldigd is over het betreffende eindheffingsloon.⁶

Een van die gerichte vrijstellingen ziet op de vergoeding van extra kosten van tijdelijk verblijf buiten het land van herkomst in het kader van de dienstbetrekking, de zogenoemde 'extraterritoriale kosten'. Extraterritoriale kosten zijn kosten die de werknemer niet zou hebben gehad bij dezelfde werkzaamheden in zijn eigen land en die opkomen als gevolg van een tijdelijk verblijf buiten het eigen land. De wetgever heeft in dit kader bevestigd dat na een verblijf in Nederland van vijf jaar geen sprake meer is van een *tijdelijk* verblijf, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden zoals bij een seizoenarbeider die niet in Nederland woont en jaarlijks een aantal maanden in Nederland verblijft.⁷ Indien aan bovengenoemde voorwaarden wordt voldaan en de werkgever de vergoeding heeft aangewezen als eindheffingsloon, is de vergoeding van extraterritoriale kosten gericht vrijgesteld van loonbelasting.

1. Tim de Raad is advocaat bij Allen & Overy LLP te Amsterdam.
2. Artikel 9 lid 1 Wet LB.
3. Artikel 10 lid 1 Wet LB.
4. Artikel 27 lid 1 Wet LB.
5. Artikel 27a lid 1 Wet LB.

6. De gerichte vrijstellingen zijn opgenomen in artikel 31a lid 2 onderdeel a t/m k Wet LB.
7. *Kamerstukken II* 2018/19, 35026, nr. 3, p. 20-21 en Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 23 augustus 2013, nr. DGB 2013/70M, *Stcrt.* 2013, 25663, V-N 2013/43.15.

2.2. Vergoeding van werkelijk gemaakte extraterritoriale kosten

Hoofregel is dat de daadwerkelijk gemaakte extraterritoriale kosten belastingvrij kunnen worden vergoed. Dit betekent dat de kosten aannemelijk gemaakt dienen te worden aan de hand van bescheiden, bijvoorbeeld aan de hand van facturen.

Voorbeelden van extraterritoriale kosten zijn extra uitgaven voor het vinden van geschikte huisvesting, extra uitgaven voor taalcursussen, extra uitgaven voor het contact met en het bezoeken van familie en anderen in het land van herkomst of extra uitgaven voor het laten overkomen van dergelijke personen. Ook extra uitgaven in verband met een hoger prijspeil en dubbele huisvestingskosten vallen eronder net als schoolgelden van kinderen die onderwijs volgen aan een internationale school. Een verhuiskostenvergoeding, normale kosten van woon-werkverkeer en kosten van maaltijden zijn voorbeelden van niet-extraterritoriale kosten.⁸

2.3. Forfaitaire kostenvergoeding op basis van de 30%-regeling

Voor bepaalde werknemers die van buiten Nederland worden aangeworven en bepaalde werknemers die vanuit Nederland worden uitgezonden⁹ kan - in plaats van een vergoeding van werkelijke extraterritoriale kosten – worden gekozen voor een forfaitaire kostenvergoeding tot ten hoogste 30% van het loon, alsmede tot het bedrag van de daarbij aan te wijzen schoolgelden.¹⁰ Hiervoor is vereist dat voldaan wordt aan de voorwaarden neergelegd in de delegatiepalingen van Hoofdstuk 4A Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965 (UB LB).

De regeling voor ingekomen werknemers is beschikbaar voor werknemers die worden aangeworven uit een ander land met een specifieke deskundigheid die op de Nederlandse arbeidsmarkt niet of schaars aanwezig is en die in tenminste 16 van de 24 maanden voorafgaand aan de aanvang van de tewerkstelling in Nederland woonachtig waren op een afstand van meer dan 150 kilometer van de Nederlandse grens. Een punt van aandacht is dat van aanwerving sprake is op het tijdstip waarop een arbeidsovereenkomst tot stand komt, wat inhoudt dat de arbeidsovereenkomst moet worden ondertekend vóórdat de betreffende werknemer naar Nederland verhuist.¹¹ Er gelden aanvullende voorwaarden en regels voor werknemers die eerder in Nederland hebben gewoond of gewerkt.

De eis van specifieke deskundigheid is met ingang van 2012 geobjectiveerd middels een minimumloon-

criterium van EUR 46.107 per jaar (bedrag voor 2024). Het gaat daarbij om het belaste loon, zonder rekening te houden met de onbelaste 30%-vergoeding. Voor werknemers met een mastertitel jonger dan 30 jaar geldt een verlaagd minimumlooncriterium van EUR 35.048 per jaar (bedrag voor 2024). Wetenschappelijk medewerkers bij bepaalde onderzoeksinstituten en artsen in opleiding tot specialist worden geacht te beschikken over specifieke deskundigheid ongeacht hun jaarloon.

Tenslotte is vereist dat een geldige beschikking is afgegeven door de belastingdienst en dat toekenning van de vergoeding afzonderlijk van het loon is overeengekomen tussen werknemer en werkgever. Dit laatste betekent dat alleen een administratieve splitsing van het loon niet voldoende is. Een splitsing, in die zin dat het loon arbeidsrechtelijk wordt verlaagd, onder gelijktijdige toekenning van een gericht vrijgestelde vergoeding, is wel mogelijk.¹² Deze overeenkomst kan schriftelijk zijn vastgelegd (wat gebruikelijk is bij arbeidsvoorwaarden) al kan de overeenkomst ook op andere manier worden aangetoond. Het is gebruikelijk om een addendum overeen te komen waarin de voorwaarden voor toepassing van de 30%-regeling zijn neergelegd. Ter illustratie is hieronder een voorbeeld opgenomen van hoe een dergelijk addendum er tot voor kort op hoofdlijnen uitzag:

(a) Zo spoedig mogelijk na de aanvang van de arbeidsovereenkomst zullen de werkgever en de werknemer gezamenlijk een verzoek indienen bij de bevoegde belastinginspecteur om te bevestigen dat de werkgever een deel van de vergoeding die verschuldigd is op grond van de arbeidsovereenkomst mag aanmerken als een belastingvrije vergoeding voor extraterritoriale kosten (de 30%-regeling).

(b) Indien en voor zover de werknemer op grond van artikel 10ea van het UB LB een gericht vrijgestelde vergoeding voor extraterritoriale kosten kan ontvangen, wordt het met de werknemer overeengekomen loon uit tegenwoordige dienstbetrekking op zodanige wijze arbeidsrechtelijk verminderd dat 100/70 van het aldus nader overeengekomen loon uit tegenwoordige dienstbetrekking gelijk is aan het oorspronkelijk overeengekomen loon uit tegenwoordige dienstbetrekking.

(c) Indien en voor zover onderdeel (b) toepassing vindt, ontvangt de werknemer van de werkgever een gericht vrijgestelde vergoeding voor extraterritoriale kosten, gelijk aan 30/70 van het aldus nader overeengekomen loon uit tegenwoordige dienstbetrekking.

(d) De werknemer en werkgever zijn zich ervan bewust dat de toepassing van de gericht vrijgestelde vergoeding niet kan leiden tot een lager fiscaal loon dan is bepaald in 10eb van het UB LB en dat de gericht vrijgestelde ver-

8. Besluit van 11 februari 2004, nr. CPP2003/641M. Overigens betekent dat niet dat deze kosten niet belastingvrij worden vergoed; voor verhuiskosten geldt bijvoorbeeld een specifieke gerichte vrijstelling opgenomen in artikel 31a lid 2 onder f Wet LB.

9. In dit artikel zal niet verder worden ingegaan op de vergoeding van extraterritoriale kosten aan uitgezonden werknemers.

10. Artikel 31a lid 8 en 9 Wet LB.

11. Zie HR 28 april 2006, nr. 41.084, ECLI:NL:HR:2006:AW4064.

12. Zie ook het Besluit van 23 augustus 2013, DGB2013/70M.

goeding voor extraterritoriale kosten kleiner kan zijn dan 30/70 van het overeengekomen loon.

(e) De werknemer is zich bewust van het feit dat een aanpassing van de overeengekomen beloning conform onderdeel a, gelet op de ter zake geldende regelingen gevolgen kan hebben voor alle aan het loongerelateerde beloningen en uitkeringen zoals het pensioen en sociale verzekeringsuitkeringen.

Indien wordt gekozen voor toepassing van de 30%-regeling, is het uiteraard niet meer toegestaan om daarnaast ook nog de werkelijke extraterritoriale kosten belastingvrij te vergoeden. Een uitzondering geldt voor kosten van basisonderwijs of voortgezet onderwijs van kinderen van de werknemer die onderwijs volgen aan een internationale school of internationale afdelingen van niet-internationale scholen. Deze kosten zijn namelijk belastingvrij te vergoeden in aanvulling op de 30%-regeling mits wordt voldaan aan de algemene eisen om te kwalificeren als extraterritoriale kosten (zie paragraaf 2.1 hierboven).

3. Recente wijzigingen van de 30%-regeling

3.1. Evaluatie van de 30%-regeling in 2017

In 2017 is de 30%-regeling geëvalueerd.¹³ Uit deze evaluatie kwam onder andere naar voren dat een verkorting van de looptijd van (toentertijd) acht naar vijf of zes jaar zou zorgen voor een hogere doelmatigheid van de regeling. Daarnaast kwam naar voren dat hoewel de extraterritoriale kosten voor een gemiddelde gebruiker van de 30%-regeling ongeveer 29% van het loon bedragen (met inbegrip van de onbelaste 30%-vergoeding), de werkelijke extraterritoriale kosten voor werknemers met een hoog loon echter aanmerkelijk lager zijn dan het bedrag van de forfaitaire vergoeding.

Naar aanleiding van die evaluatie werd de looptijd van de 30%-regeling per 1 januari 2019 ingekort van acht naar vijf jaar.

3.2. Aftopping 30%-regeling tot WNT-norm

In het Belastingplan 2023 (aangenomen in december 2022) is vervolgens opgenomen dat de 30%-regeling voor ingekomen werknemers per 1 januari 2024 wordt beperkt tot de bezoldigingsnorm voor topfunctionarissen in de Wet normering topinkomens (WNT-norm). Voor 2024 bedraagt de WNT-norm EUR 233.000. Voor werknemers die over het laatste loontijdvak van 2022 een vergoeding genoten waarop de 30%-regeling van toepassing is, treedt de aftopping tot de WNT-norm pas in op 1 januari 2026.¹⁴

Deze wijziging wordt toegelicht onder verwijzing naar de evaluatie in 2017, waaruit naar voren kwam dat vanaf een loon van EUR 100.000 het percentage werkelijke kosten aanzienlijk lager is dan het forfait van 30%. Door de 30%-regeling voor hogere inkomens te maximeren, zal de 30%-regeling volgens de wetgever beter aansluiten bij een situatie waarin de daadwerkelijk gemaakte extraterritoriale kosten zouden worden vergoed. Het kabinet heeft hierbij aangegeven dat het met de keuze voor de WNT-norm kiest voor een ruime marge boven de grens van EUR 100.000 om tegemoet te komen aan de omstandigheid dat in individuele situaties - en afhankelijk van factoren als het land van herkomst en de grootte van het gezin - de werkelijke kosten kunnen afwijken van wat gemiddeld aan de orde is.¹⁵

Als gevolg van deze wijziging, zal de belastingvrije forfaitaire vergoeding voor ingekomen werknemers gemaximeerd zijn op EUR 69.900 (zijnde 30% x EUR 233.000) wat resulteert in een belastingvoordeel van maximaal EUR 34.600 (zijnde 49.5% x EUR 69.900). Indien een werknemer jaarlijks extraterritoriale kosten maakt boven dit bedrag, kan deze werknemer in overleg met de werkgever besluiten de 30%-regeling niet toe te passen en in plaats daarvan overeenkomen om de daadwerkelijk gemaakte extraterritoriale kosten onbelast vergoed te krijgen (zie paragraaf 2.2 hierboven).

3.3. Keuze per kalender

Om te voorkomen dat de 30%-regeling en de regeling voor werkelijke extraterritoriale kosten op declaratiebasis afwisselend worden toegepast om zodoende een maximaal belastingvoordeel te verkrijgen, mag per kalenderjaar slechts één van beide regelingen worden toegepast. De keuze hiervoor moet in het eerste loontijdvak van ieder kalenderjaar worden gemaakt.¹⁶ Hierop wordt een uitzondering gemaakt voor de eerste vier maanden van tewerkstelling vanwege het proces van aanvragen van een 30%-beschikking.

3.4. Van 30% stapsgewijs naar 10%

In het Belastingplan 2024 zijn verdere versoeringen van de 30%-regeling opgenomen. De meest ingrijpende daarvan is dat de forfaitaire vergoeding voor ingekomen werknemers stapsgewijs wordt verlaagd. Per 1 januari 2024 geldt het forfait van 30% niet langer voor de volledige looptijd van 5 jaar (60 maanden), maar geldt dit percentage slechts gedurende de eerste 20 maanden. In de daaropvolgende 20 maanden bedraagt de vrijgestelde vergoeding maximaal 20% van het belastbare loon en gedurende de laatste 20 maanden bedraagt de vrijgestelde vergoeding

13. 'Evaluatie 30%-regeling' door A. Vankan, R. Brennen-raedts, P. den Hertog, M. Driesse, J. Veldman en Y. Rienstra, Publicatienummer 2016.132.1710.

14. Belastingplan 2023, artikel XIII.

15. *Kamerstukken II* 2022/23, 36202, nr. 3, p. 29.

16. Artikel 31a lid 17 Wet LB.

maximaal 10% van het belastbare loon. Op basis van overgangsrecht mogen werknemers die uiterlijk over het laatste loontijdvak van 2023 een vergoeding genoten waarop de 30%-regeling van toepassing was, de 30%-regeling zoals die op dat moment gold blijven toepassen gedurende de resterende looptijd van de 30%-regeling.

Deze versoering van de 30%-regeling is tijdens de behandeling van het Belastingplan 2024 voorgesteld door Omtzigt c.s. om de kosten die verband houden met het verlagen van rente voor de leenstelselstudenten te dekken.¹⁷ Het amendement werd, uitgezonderd de VVD, breed door de Tweede Kamer gedragen en is daarmee als onderdeel van het Belastingplan 2024 aangenomen door de Eerste Kamer. De Eerste Kamer is daarbij echter aanmerkelijk kritischer geweest dan de Tweede Kamer, hetgeen ook tot uitdrukking komt in de aangenomen motie van Eerste Kamerlid Geerdink c.s. dat de regering verzoekt om de reeds voorgenomen evaluatie van de 30%-regeling naar voren te halen, en op basis van deze evaluatie met een alternatief voorstel in het Belastingplan 2025 te komen dat minder schadelijk uitpakt voor de economie.¹⁸

Deze aangenomen motie betekent echter niet dat de versoering van de 30%-regeling niet doorgaat; formeel is deze namelijk 'gewoon' per 1 januari 2024 inwerking getreden. Maar omdat een verlaging van het forfait naar 20% op zijn vroegst pas effect heeft vanaf 2025 (de eerste 20 maanden kan nog een forfait van 30% worden toegepast) zou een wijziging gedurende 2024 nog op tijd zijn om de gevolgen van de versoering te voorkomen. Deze wijzigingen hangen dus volledig af van de evaluatie die later dit jaar moet volgen en de bereidheid van politieke partijen om de 30%-regeling opnieuw aan te passen. Dit lijkt, mede gelet op de recente politieke ontwikkelingen, zeker geen gelopen race.

3.5. Andere wijzigingen

Bovenstaande versoeringen zijn niet de enige wijzigingen die inkomende werknemers voor hun kiezen krijgen. Op basis van een amendement van Grinwis¹⁹ is de 'keuzeregeling partiële buitenlandse belastingplicht' per 2025 afgeschaft (voor bestaande situaties per 2027). De 'keuzeregeling partiële buitenlands belastingplicht' houdt in dat werknemers die in het bezit zijn van een 30%-beschikking ervoor kunnen kiezen om in box 2 (aanmerkelijk belang) en box 3 (sparen en beleggen) van de inkomstenbelasting te worden belast als buitenlandse belastingplichtige. Kort gezegd betekent dit, dat een dergelijke werknemer alleen wordt belast in box 2 en box 3 over Nederlandse inkomensbestanddelen. Als gevolg van de afschaffing van deze regeling zullen deze werknemers voortaan volledig in de heffing worden betrokken.

Tenslotte is nog een wijziging opgenomen in artikel 10ei UB LB die de inspecteur de bevoegdheid geeft om afgegeven beschikkingen voor toepassing van de 30%-regeling te herzien of in te trekken. Op dit moment bevat wet- en regelgeving geen expliciete regeling inzake herziening of intrekking van een (onjuiste) beschikking 30%-regeling. Ten behoeve van de duidelijkheid onder welke voorwaarden een beschikking 30%-regeling kan worden herzien of ingetrokken, wordt een dergelijke regeling inzake herziening of intrekking per 1 januari 2024 ingevoerd. Hoewel hier het nodige op kan worden aangemerkt, volsta ik in dit artikel met de aanbeveling na te gaan in hoeverre de contractuele afspraken met een werknemer nu al voorzien in een vroegtijdige beëindiging of aanpassing van de 30%-regeling – zowel ten voordele als ten nadele van de werknemer.

4. Aanbevelingen voor de arbeidsrecht-praktijk

Zoals beschreven in paragraaf 2.3 van dit artikel, is een voorwaarde voor toepassing van de 30%-regeling dat toekenning van de vergoeding voor extraterritoriale kosten afzonderlijk van het loon is overeengekomen tussen werknemer en werkgever. Deze overeenkomst is gewoonlijk neergelegd in een addendum bij de arbeidsovereenkomst. Het verdient sterke aanbeveling de arbeidsrechtelijke afspraken met werknemers bij te werken om te voorzien in de recente wijzigingen van de 30%-regeling. Dit betekent concreet dat aanvullende afspraken dienen te worden gemaakt inhoudende dat:

- het deel van de vergoeding voor extraterritoriale kosten dat betaalbaar is op grond van de arbeidsovereenkomst en dat belastingvrij kan worden uitbetaald, is gemaximeerd op 30% (of een lager percentage dat van tijd tot tijd van toepassing is) van het maximumloon zoals opgenomen in de Wet normering topinkomens en dat voor zover dit maximum wordt overschreden, de vergoeding regulier onderworpen is aan Nederlandse loonbelasting. Dienovereenkomstig dient, waar in de afspraken over toepassing van de 30%-regeling wordt verwezen naar een bruto vergoeding, dit te worden opgevat als een verwijzing naar de bruto vergoeding die is gemaximeerd op de bezoldigingsnorm voor topfunctionarissen zoals opgenomen in de Wet normering topinkomens.
- de weigering, intrekking, herziening en beëindiging of elke andere (nadelige of voordelige) wijziging of aanpassing (van de voorwaarden) van de 30%-regeling geen sociale, financiële of andere gevolgen zal hebben voor de werkgever.
- de verwijzing naar een herrekend loon van 70/30 van het brutoloon en in aanvulling daarop een extraterritoriale kostenvergoeding van 30/100 (30%)

17. Kamerstukken II 2023/24, 46418, nr. 63.

18. Kamerstukken I 2023/24, 46418, nr. Z. Enkel de leden van de fracties van OPNL, GroenLinks-PvdA, de PVV, de PvdD en de SP hebben tegen deze motie gestemd.

19. Zie Kamerstukken II 2023/24, 46418, nr. 69.

van het herrekend loon, wordt aangepast naar een herrekend loon van $(100-X)/100$ van het brutoloon en in aanvulling daarop een extraterritoriale kostenvergoeding van $X(100-X)$ van het herrekend loon, waarbij X het toepasselijke percentage is als bedoeld in artikel 31a lid 8 van de Wet op de loonbelasting 1964 (vastgesteld op 30% voor 2023 voor de eerste 20 maanden van toepassing van de 30%-regeling etc.).

Daarnaast zullen werkgevers en werknemers in voorkomende gevallen moeten nagaan of toepassing van de 30%-regeling (nog steeds) voordeliger is dan vergoeding van de werkelijke extraterritoriale kosten. Bij het bepalen of dat inderdaad het geval is zal naast praktische overwegingen, nadrukkelijk ook de aftoppingsgrens ter hoogte van de WNT-norm en de stapsgewijze versobering van het forfait in de afweging moeten worden meegenomen.

