



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Pakketvergelijking arbeidsvoorwaarden bij intraconcerndetachering

Zwemmer, J.P.H.

**Publication date**

2022

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Zwemmer, J. P. H. (2022). Pakketvergelijking arbeidsvoorwaarden bij intraconcerndetachering. 66. Case note on: Rb. Zeeland-West-Brabant, 26/01/22, ECLI:NL:RBZWB:2022:324 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 31(4), 653-659.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## 66

**Pakketvergelijking arbeidsvoorwaarden bij intraconcerndetachering**

Kantonrechter Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Tilburg

26 januari 2022, nr. 8892862 CV EXPL

20-5102, ECLI:NL:RBZWB:2022:324

(mr. Tilman-Knoester)

Noot mr. dr. J.P.H. Zwemmer

**Toepassing art. 8a Waadi. Gelijkwaardige functie. Vergelijking afzonderlijke arbeidsvoorwaarden versus pakketvergelijking. Cherry picking.**

[Waadi art. 1 lid 3 onder c, 8a lid 1, 2 en 8]

*De werkgever maakt met onderneming A en onderneming B deel uit van een groep die namens zes gemeenten de Wet sociale voorziening en delen van de Participatiewet uitvoert. De werknemer treedt in 2010 bij de werkgever in dienst en wordt vanaf 2013 bij onderneming B – die zelf geen werknemers in dienst heeft – tewerkgesteld. De arbeidsovereenkomst bevat een incorporatiebeding dat bepaalt dat de arbeidsvoorwaarden zoals opgenomen in de cao van de werkgever van toepassing zijn. Eind 2019 bereiken cao-partijen overeenstemming over een overgangsregeling. Op grond van de regeling zou de werknemer in dienst treden bij onderneming A en zou de cao Gemeenten gaan gelden. De werknemer tekent de nieuwe arbeidsovereenkomst echter niet en blijft bij de werkgever in dienst. Vanaf 1 januari 2020 past de werkgever toch de arbeidsvoorwaarden uit de cao Gemeenten toe. De werknemer vordert nu een verklaring voor recht dat de rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst met de werkgever van vóór eind 2019 nog steeds gelden. Centraal staat de vraag of art. 8a Waadi van toepassing is tussen partijen en tot welke arbeidsvoorwaarden dat leidt.*

*De kantonrechter stelt vast dat sprake is van intraconcerndetachering zoals bedoeld in art. 8a lid 8 Waadi door het detacheren van de werknemer door de werkgever aan onderneming B. Omdat onderneming B zelf geen werknemers in dienst*

heeft, heeft de werknemer recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als gebruikelijk binnen de branche of sector. Een vergelijking tussen de cao Gemeenten en de cao van de werkgever is lastig, want de arbeidsvoorwaarden uit de cao's zijn niet een-op-een vergelijkbaar. De wetgever wilde met art. 8a Waadi een verschil in arbeidsvoorwaarden tussen payrollwerknemers en werknemers met een normaal contract bij de inlener voorkomen. Als per afzonderlijke arbeidsvoorwaarde bepaald wordt wat de voor de werknemer meest gunstige arbeidsvoorwaarde is, wordt de payrollwerknemer bevoordeeld. Een dergelijke uitkomst heeft de wetgever niet voor ogen gehad. Om die reden moet worden gekeken of de arbeidsvoorwaarden voor en na de wijziging in onderling verband en totaliteit geen verslechtering opleveren. Uit die vergelijking volgt dat geen sprake is van een verslechtering, waardoor de vordering wordt afgewezen.

*NB. In de rechtspraak over art. 8 Waadi is tot nog toe steeds per arbeidsvoorwaarde nagegaan of de uitzendkracht die ook krijgt. Zie onder meer «JAR» 2021/185, m.nt. Hoogeveen. De uitzendkracht hoeft echter niet op alle onderdelen gelijk behandeld te worden, omdat de Uitzend-cao bepaalde arbeidsvoorwaarden uitzondert van art. 8 Waadi. In deze zaak gaat het echter om de toepassing van art. 8a Waadi en daarbij is afwijking bij cao niet mogelijk, zodat in beginsel alle arbeidsvoorwaarden gelijk dienen te zijn.*

[Eiseres] te [woonplaats 1],  
eiseres, verder te noemen '[eiseres]';  
gemachtigde: mr. Jean-Louis van Os, advocaat te Tilburg,  
tegen  
de besloten vennootschap [gedaagde] te [woonplaats 2],  
gedaagde, verder te noemen '[gedaagde]';  
gemachtigde: mr. D. Simons, in dienst bij een met [gedaagde] verbonden partij.

1. Het verloop van de procedure  
(...)

2. De feiten

2.1. [gedaagde] maakt onderdeel uit van de Diamant-groep, een gemeenschappelijke regeling die namens zes gemeenten de Wet sociale werkvoorziening en delen van de Participatiewet uit-

voert. [gedaagde] heeft als doelstelling om personele dienstverlening voor de Diamant-groep te verzorgen. Naast [gedaagde] maken de Stichting Bevordering Werkgelegenheid ("SBW") en de coöperatie De Schoonmaak Coöperatie ("DSC") onderdeel uit van de Diamant-groep. DSC houdt zich bezig met het tewerk stellen van personen met een arbeidsbeperking en leent begeleiders, leidinggevend en stafmedewerkers in bij [gedaagde] en SBW.

2.2. [eiseres] is op 1 februari 2010 in dienst getreden bij [gedaagde] in de functie van uitvoerder B bij de Diamant-groep. [eiseres] is sinds 2013 feitelijk te werk gesteld bij DSC. De arbeidsovereenkomst van [eiseres] bevat een incorporatiebeding, inhoudende dat de voorwaarden zoals opgenomen in de cao B.V. [gedaagde] van toepassing zijn.

2.3. Op 20 november 2019 hebben partijen bij de cao B.V. [gedaagde] overeenstemming bereikt over een overgangsregeling. In deze overgangsregeling is onder meer bepaald:  
"Uitgangspunten.

*Medewerkers die te maken krijgen met de overgang naar de cao gemeenten mogen er financieel niet op achteruit gaan. Mede daarom zal het huidige bruto jaarinkomen hierin leidend zijn. (...)*

Overgangsregelingen

*De nieuwe werkgever, "de Stichting Bevordering Werkgelegenheid"(SBW), past ook voor de medewerkers die overgaan vanuit de B.V. [gedaagde], vanaf 1 januari 2020 de cao gemeenten toe en volgt het personeelshandboek van de gemeente Tilburg. (...)*

Werkings sfeer

*Deze overgangsregeling cao BV [gedaagde] is van toepassing op alle medewerkers met een vast dienstverband die op 31-12-2019 werkzaam zijn via BV [gedaagde] (...)*

Salaris inpassing

*De conversie van de BV [gedaagde] salarisschalen naar de salarisschalen van de cao gemeenten is niet gemakkelijk omdat de wijze van belonen verschillend is. Ten behoeve van deze inpassing zijn er daarom eerst uitgangspunten bepaald:*

*– beide salaristabellen worden omgerekend naar het volledige bruto jaarloon. Daarbij worden alle componenten van het IKB(cao gemeenten) en vakantiegeld/eindejaarsuitkering (cao BV [gedaagde]) in verdisconteerd. In deze omrekening wordt ook een compensatie voor het bovenwettelijke verlof van 1,2% cao BV [gedaagde] meegenomen. (...)*

– De basis voor de inschaling in de salarisschaal van de cao gemeenten is de regeling functieprofilering en-waardering gemeente Tilburg. Het salaris wordt ingepast in de schaal die bij de functie is gewaardeerd.

– De medewerker wordt ingepast in de eerst hogere periodiek van de functieschaal ten opzichte van zijn oude jaarsalaris. (...).”

2.4. 18 K heeft op 10 december 2019 een brief gestuurd naar [eiseres], waarin onder andere is geschreven:

“Per 1 januari 2020 veranderen je arbeidsvoorwaarden door de invoering van de Wet Arbeidsmarkt in Balans (Wab). De cao gemeenten en het personeelshandboek van gemeente Tilburg worden van toepassing. Als gevolg hiervan wordt de huidige cao B.V. [gedaagde] afgesloten met een overgangsregeling. Daarnaast treed je per 1 januari 2020 in dienst bij Stichting Bevordering Werkgelegenheid (SBW). Je krijgt daarom een nieuwe arbeidsovereenkomst in tweevoud voorgelegd. (...).”

2.5. [eiseres] heeft de aangeboden arbeidsovereenkomst niet ondertekend. Zij is bij [gedaagde] in dienst gebleven.

2.6. 18 K heeft met ingang van 1 januari 2020 gewijzigde arbeidsvoorwaarden toegepast op [eiseres].

### 3. Het geschil

3.1. [eiseres] vordert om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I. primair voor recht te verklaren dat de rechten en plichten zoals die tussen partijen golden tot en met 31 december 2019 vanwege de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst, onverminderd gelden vanaf 1 januari 2020;

II. subsidiair [gedaagde] te veroordelen tot het vanaf januari 2020 betalen van een maandloon van € 3.630 bruto, verhoogd met het toepasselijke indexeringspercentage;

III. [gedaagde] te veroordelen tot betaling van de wettelijke rente over de bedragen die vanwege de (toegewezen) vordering I. of II. te weinig aan [eiseres] zijn betaald, vanaf 1 januari 2020 tot aan de daadwerkelijke betaling ervan en

IV. [gedaagde] te veroordelen in de proceskosten.

3.2. [eiseres] legt aan haar vorderingen ten grondslag dat [gedaagde] zonder haar instemming met ingang van 1 januari 2020 wijzigingen heeft doorgevoerd in haar arbeidsvoorwaarden. De nieuwe arbeidsvoorwaarden zijn een verslechtering ten

opzichte van de overeengekomen arbeidsvoorwaarden, aldus [eiseres].

3.3. 18 K voert aan op grond van artikel 8a lid 1 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (“Waadi”) gehouden te zijn gewijzigde arbeidsvoorwaarden op [eiseres] toe te passen. Volgens [gedaagde] is geen sprake van verslechtering van arbeidsvoorwaarden, maar zelfs van verbetering.

3.4. In het navolgende wordt voor zover van belang voor de beoordeling nader ingegaan op de stellingen van partijen.

### 4. De beoordeling

4.1. Kern van het geschil betreft het antwoord op de vraag of artikel 8a Waadi van toepassing is tussen partijen, en zo ja, tot welke arbeidsvoorwaarden dat leidt voor [eiseres].

4.2. Artikel 8a lid 1 Waadi geeft de arbeidskracht die in het kader van payrollrolling ter beschikking is gesteld, recht op tenminste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor een werknemer die in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst is bij de inlener. Indien de inlener geen werknemers in dienst heeft in gelijke of gelijkwaardige functies, dan wordt het minimale arbeidsvoorwaardenpakket op basis van lid 2 van artikel 8a Waadi bepaald aan de hand van wat binnen de sector of branche van de inlener gebruikelijk is.

4.3. Vast staat dat [eiseres] een arbeidsovereenkomst heeft met [gedaagde], en door [gedaagde] te werk wordt gesteld bij DSC. Zowel [gedaagde] als DSC maken onderdeel uit van dezelfde groep. Uit artikel 8a lid 8 Waadi volgt dat de bepalingen van het artikel niet alleen van toepassing zijn op payrollrolling zoals bedoeld in artikel 1 lid 3 onder c Waadi, maar ook op zogenaamde intra concern detachering. Nu daarvan sprake is, is het bepaalde in artikel 8a Waadi daarom al van toepassing op de rechtsverhouding tussen partijen.

4.4. DSC heeft geen werknemers in dienst. Dit betekent dat [gedaagde] als werkgever gehouden is [eiseres] aanspraak te bieden op tenminste dezelfde arbeidsvoorwaarden als gebruikelijk is binnen de sector of branche waarin DSC actief is. [eiseres] heeft de gemotiveerd onderbouwde stelling van [gedaagde] dat dat betekent dat aansluiting moet worden gezocht bij de arbeidsvoorwaarden zoals opgenomen in de cao Gemeenten niet betwist, zodat de kantonrechter deze cao voor de verdere beoordeling als uitgangspunt neemt.

4.5. Partijen zijn het erover eens dat [eiseres] vanaf 1 januari 2020 er niet op achteruit mag gaan in arbeidsvoorwaarden. Om te beoordelen of de arbeidsvoorwaarden zoals die sinds 1 januari 2020 op [eiseres] worden toegepast – gebaseerd op de cao Gemeenten – al dan niet een verslechtering opleveren ten opzichte van de arbeidsvoorwaarden die [eiseres] tot 1 januari 2020 had, moet een vergelijking van arbeidsvoorwaarden plaatsvinden. De kantonrechter heeft zich voor de vraag gesteld gezien hoe die vergelijking moet plaatsvinden, gelet op het gegeven dat de arbeidsvoorwaarden uit de cao B.V. [gedaagde] en de cao Gemeenten niet één op één vergelijkbaar zijn. In de wetsgeschiedenis is nauwelijks aandacht besteed aan dit punt. Er is opgemerkt dat het onderling vergelijken van cao's lastig is, en een sluitende pakketvergelijking tussen verschillende cao's niet goed mogelijk is (*Kamerstukken II 2017/18, 34837, nr. 6, p. 7*). Uit de wetsgeschiedenis volgt verder dat de doelstelling van de wet is om ongelijke concurrentie en een 'race naar de bodem' op arbeidsvoorwaarden te voorkomen. Maar al te vaak werd de route van payroll misbruikt om payrollers minder te betalen en slechtere arbeidsvoorwaarden te geven dan werknemers met een normaal contract, aldus de wetgever (*Kamerstukken II 2017/18, 34837, nr. 6, p. 2 en 10*).

4.6. Naar het oordeel van de kantonrechter volgt uit het voorgaande dat de wetgever met de invoering van artikel 8a Waadi niet voor ogen heeft gehad de payrollwerknemer te *bevoordelen* ten opzichte van werknemers met een normaal contract, maar juist dat een verschil in arbeidsvoorwaarden ongewenst wordt geacht. Indien alle primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden van [eiseres] afzonderlijk met elkaar vergeleken zouden worden, en [gedaagde] gehouden zou worden telkens de meest gunstige voorwaarde op [eiseres] toe te passen – het zogenaamde *'cherry picking'* – dan zou een dergelijke bevoordeling wel aan de orde komen. Dat is niet de uitkomst die de wetgever voor ogen heeft gestaan en is naar het oordeel van de kantonrechter ook niet billijk. De kantonrechter zal de arbeidsvoorwaarden van [eiseres] op basis van de situatie van vóór en van na 1 januari 2020 onderling vergelijken, en bezien of de voorwaarden in onderlinge samenhang en totaliteit beschouwd geen verslechtering opleveren voor [eiseres].

4.7. De uitkomst van deze vergelijking is dat [eiseres] met ingang van 1 januari 2020 minimaal aanspraak heeft gekregen op hetzelfde arbeidsvoorwaardenpakket als binnen de branche gebruikelijk is, en dat er geen sprake is van een verslechtering ten opzichte van de arbeidsvoorwaarden die zij tot die datum had. De kantonrechter motiveert dit als volgt.

4.7.1. Het bruto maandsalaris van [eiseres] is verlaagd van € 3.630,00 naar € 3.520,00. [eiseres] maakt aanspraak op uitbetaling van het oorspronkelijke salaris. Zij stelt dat [gedaagde] eerst een fors deel van het salaris heeft verlaagd, en vervolgens heeft omgezet in een Individueel Keuze Budget ("IKB"). Salaris is echter een primaire arbeidsvoorwaarde die niet zomaar gewijzigd kan worden, het IKB is een secundaire arbeidsvoorwaarde. Doordat een deel van het salaris is omgezet in IKB, ontstaan nadelen, aldus [eiseres]. [gedaagde] voert aan dat het IKB niet alleen het vakantiegeld en de eindejaarsuitkering compenseert (samen goed voor 10,25% van het salaris onder de cao B.V. [gedaagde]), maar ook het verschil in salaris. Het IKB bedraagt 17,05% van het salaris. Uit een vergelijking van de jaarpogaven van 2019 en 2020 en de pensioengrondslag in beide jaren blijkt dat [eiseres] in 2020 zelfs een significant hoger loon heeft ontvangen, aldus [gedaagde]. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft [gedaagde] voldoende gemotiveerd betwist dat de verlaging in bruto maandsalaris een verslechtering inhoudt. [eiseres] heeft de jaarpogaven en de pensioengrondslag niet betwist. Vast staat dat [eiseres] kan kiezen voor een maandelijkse uitbetaling van het IKB. Uit het toetsingskader zoals weergegeven in overweging 4.6, volgt dat het salaris niet zonder inachtneming van de component IKB beoordeeld kan worden. In samenhang en totaliteit bezien geldt dat [eiseres] dan niet achteruit is gegaan in salaris, maar vooruit.

4.7.2. [eiseres] stelt dat haar verlofaanspraak is verlaagd van 203,5 uur per jaar naar 179,5 uur per jaar. [gedaagde] heeft gesteld dat [eiseres] gelet op haar leeftijd aanspraak heeft op 14,4 verlofuren per jaar, hetgeen door [eiseres] is erkend, zodat het verschil niet 24 uur maar 9,6 uur per jaar bedraagt. [gedaagde] heeft verder onderbouwd dat 24 uur verlof in geval van [eiseres] een percentage van 1,2% van het jaarloon vertegenwoordigt, en dit percentage in het nieuwe salaris is verdisconteerd. Daarvoor kan desgewenst verlof worden

aangekocht, aldus [gedaagde]. Gelet op de gemotiveerde betwisting door [gedaagde] heeft [eiseres] onvoldoende gemotiveerd gesteld dat zij onvoldoende is gecompenseerd voor de verlaging van het aantal verlofdagen. De enkele vergelijking tussen het aantal verlofdagen levert weliswaar een (negatief) verschil op voor [eiseres], maar de financiële compensatie, die [eiseres] in staat stelt hetzelfde aantal verlofdagen aan te kopen, moet in de vergelijking worden betrokken. Inmiddels geldt overigens dat het leeftijdsverlof waar [eiseres] onbetwist aanspraak op heeft (7,2 uur per 5 jaar vanaf het 45e levensjaar) het absolute verschil nog verder heeft verkleind.

4.7.3. [eiseres] heeft gesteld dat zij tot 1 januari 2020 aanspraak had op een vitaliteitsbudget van € 250,00 per jaar. [gedaagde] voert aan dat het vitaliteitsbudget van € 250,00 per jaar een eenmalige afspraak was in de cao B.V. [gedaagde] voor het jaar 2019, en [eiseres] vanaf 2020 bovendien op basis van nieuwe vitaliteitsafspraken aanspraak heeft op een bijdrage voor de zorgverzekering. [eiseres] heeft deze gemotiveerde betwisting onweersproken gelaten, zodat de kantonrechter ook op dit punt geen verslechtering aanneemt.

4.7.4. Vast staat dat gedurende kortdurend zorgverlof onder de nieuwe voorwaarden recht bestaat op 50% van het loon, in plaats van 100% van het loon. Indien enkel gekeken wordt naar het kortdurend zorgverlof, geldt dan ook dat sprake is van een verslechtering, zoals [eiseres] stelt. Daartegenover staat, zoals [gedaagde] heeft aangevoerd, dat onder de nieuwe voorwaarden ook 50% van het loon wordt doorbetaald in geval van langdurig zorgverlof, waar langdurig zorgverlof onder de cao B.V. [gedaagde] geen aanspraak op loon gaf. De kantonrechter is gelet op het bepaald in overweging 4.6. van oordeel dat deze voorwaarden in samenhang beschouwd moeten worden en er per saldo niet gesproken kan worden van een verslechtering.

4.7.5. In de cao B.V. [gedaagde] was wat betreft loon tijdens ziekte bepaald dat gedurende het eerste jaar 100% zou worden doorbetaald, en vanaf het tweede jaar 70%. Na twee jaar ziekte bestond geen aanspraak meer op loon. De nieuwe voorwaarden bieden aanspraak op 100% van het loon gedurende het eerste half jaar van ziekte, en 90% gedurende het tweede half jaar. Het tweede jaar van ziekte geeft aanspraak op 75% loondoorbetaling, en vanaf het derde ziektejaar tot het einde van het dienstverband wordt 70% van het loon

doorbetaald. Partijen zijn het erover eens dat per saldo na twee jaar ziekte hetzelfde percentage aan loon is ontvangen. Naar het oordeel van de kantonrechter kan daarmee in totaliteit bezien niet gesproken worden over een verslechtering van de arbeidsvoorwaarde van loon tijdens ziekte. Vanaf het derde ziektejaar biedt de nieuwe regeling zelfs een aanmerkelijke verbetering.

4.7.6. Partijen zijn het erover eens dat de nieuwe regeling ten aanzien van de loondoorbetaling tijdens ouderschapsverlof een verslechtering inhoudt ten opzichte van de regeling zoals die tot 1 januari 2020 voor [eiseres] gold. Deze constatering leidt echter niet tot toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht, nu de kantonrechter zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet inziet dat de regeling aangaande ouderschapsverlof nog van toepassing zal zijn op [eiseres].

4.7.7. Wat betreft de fiscale uitruil van woon/werk kilometers heeft [eiseres] gelet op de gemotiveerde betwisting door [gedaagde] onvoldoende gesteld dat fiscale uitruil onder de nieuwe regeling niet langer mogelijk is. Bovendien staat als gesteld en niet betwist vast dat de nieuwe regeling anders dan de oude regeling wel een vergoeding voor reiskosten inhoudt, in de vorm van vergoeding van de werkelijk gemaakte kosten voor reizen met openbaar vervoer. Dit betekent een verbetering ten opzichte van de oude regeling.

4.7.8. [eiseres] stelt dat tot 1 januari 2020 gold dat zij een opleidingsbudget van € 500,00 per jaar mocht inzetten, en dat in de nieuwe situatie geldt dat opleiding vanuit het IKB bekostigd moet worden. [gedaagde] voert verweer, inhoudende dat ook na 1 januari 2020 geldt dat de werkgever de kosten van voor de uitoefening van de functie noodzakelijke scholing vergoedt, ongeacht de hoogte van de kosten. [eiseres] laat dit verweer onbesproken, zodat het slaagt. Een verslechtering kan niet worden vastgesteld.

4.7.9. [eiseres] stelt dat tot 1 januari 2020 gold dat jaarlijks een bedrag van € 250,00 bruto netto werd uitgekeerd. [gedaagde] erkent dat jaarlijks aan het einde van het jaar aan medewerkers het aanbod is gedaan een wisselend bedrag van tussen de € 100,00 en € 300,00 per jaar fiscaal uit te ruilen, waardoor de resterende vrije ruimte binnen de werkkostenregeling werd benut. [gedaagde] voert aan dat het de bedoeling is deze praktijk voort te zetten, zolang de regels dit toelaten. De stelling van [eiseres] dat dit onder de nieuwe situatie vanuit het IKB gehaald moet worden, en daarmee

niet langer bovenop het salaris komt, miskent dat deze uitruil een fiscaal voordeel betreft, dat ook behaald wordt in de nieuwe situatie. Van een verslechtering kan niet worden gesproken.

4.8. Uit het voorgaande volgt dat alle vorderingen van [eiseres] zullen worden afgewezen.

#### *Proceskosten*

4.9. [eiseres] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kantonrechter beschouwt mr. Simons als gemachtigde in de zin van artikel 238 lid 2 Rv. De proceskosten worden tot op heden begroot op € 374,00 (2 punten x tarief € 187,00) wegens salaris gemachtigde.

#### *5. De beslissing*

De kantonrechter:

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt [eiseres] in de kosten van dit geding, aan de zijde van [gedaagde] tot op heden begroot op € 374,00 wegens salaris voor de gemachtigde van [gedaagde].

#### **NOOT**

Als een arbeidskracht tegen betaling van een vergoeding ter beschikking wordt gesteld aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding verrichten van arbeid, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst (zie art. 1 lid 1 sub c Waadi), dan heeft deze arbeidskracht op grond van art. 8 Waadi recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als genoemd in dit artikel, als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Sinds 1 januari 2020 is in art. 8a Waadi een tweede gelijkebeloningsvoorschrift opgenomen. Op grond van dit artikel heeft de arbeidskracht die in het kader van payrolling ter beschikking is gesteld recht op ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die gelden voor werknemers werkzaam in een gelijke of gelijkwaardige functie in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Dit gelijkebeloningsvoorschrift bij payrolling ziet op alle arbeidsvoorwaarden en gaat veel verder dan het gelijkebeloningsvoorschrift in art. 8 Waadi. Naast op de in art. 8 Waadi genoemde primaire arbeidsvoorwaarden als loon, overige vergoedin-

gen en arbeidstijden, ziet art. 8a Waadi bijvoorbeeld op (vaste) eenmalige uitkeringen, zoals een dertiende maand, pensioen, bovenwettelijke vakantiedagen, bovenwettelijke aanvullingen bij ziekte, arbeidsongeschiktheid, werkloosheid en scholing en op een bij de inlener geldend sociaal plan of van-werk-naar-werk-traject (zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 35-38, p. 43 en p. 145; zie ook *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, F, p. 6).

Op basis van de definitie van payrolling in art. 1 lid 1 sub d Waadi onderscheidt dit zich langs dezelfde twee criteria van terbeschikkingstelling ex art. 1 lid 1 sub c Waadi als de in art. 7:692 BW gedefinieerde payrollovereenkomst zich onderscheidt van de uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW. Ingeval van intra-concern detachering, waar bij de werknemer werkzaam is binnen een groep (concern) in de zin van art. 2:24b BW en op basis van een arbeidsovereenkomst met een groepsmaatschappij ter beschikking wordt gesteld aan een andere groepsmaatschappij waarin de onderneming of activiteit is ondergebracht waarvoor hij werkzaam is, kan naar de letter van de wet zowel sprake zijn van een uitzendovereenkomst ex art. 7:690 BW als van een payrollovereenkomst ex art. 7:692 BW (zie hierover ook J.P.H. Zwemmer, *Arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen. De uitzendovereenkomst, payrolling, detachering en contracting*, Den Haag: Boom juridisch 2021, par. 6.3.1). In art. 1 lid 3 sub c Waadi is echter expliciet bepaald dat intra-concern detachering niet kwalificeert als terbeschikkingstelling van arbeidskrachten in de zin van het eerste lid van dit artikel (zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 25264, nr. 5, p. 12). Daardoor is de Waadi niet van toepassing op intra-concern detachering. De reden hiervoor is dat de groep in dit kader door de wetgever wordt beschouwd als één werkgever, zoals al werd meegedeeld in de memorie van toelichting bij de voorganger van de Waadi, de Arbeidsvoorzieningswet 1990 (zie *Kamerstukken II* 1987/88, 20569, nr. 3, p. 57 en 77).

Alleen het gelijkebeloningsvoorschrift bij payrolling in art. 8a Waadi is op grond van lid 8 van dit artikel eveneens van toepassing bij intra-concern detachering, mits dit geschiedt in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de intra-concern detacherende groepsmaatschappij. Blijkens de wetsgeschiedenis wordt met deze woorden bedoeld op terbeschikkingstelling van werknemers aan groepsmaatschappijen door

een personeelsvennootschap ('intra-concern terbeschikkingstelling door een eigen uitzendbureau', zie *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 111 en p. 147*). Tijdens de parlementaire geschiedenis werd hierover meegedeeld dat bij een dergelijke vorm van intra-concern detachering geen sprake is van een allocatiefunctie en om die reden intra-concern detachering ook in art. 7:691 lid 6 BW is uitgesloten van de toepassing van het verlichte arbeidsrechtelijke regime bij uitzending. Omdat het niet zo kon zijn dat ingeval van 'bedrijfsmatige terbeschikkingstelling aan de eigen organisatie' minder verplichtingen zouden gelden dan bij payrolling, is besloten in die situatie het gelijkebeloningsvoorschrift bij payrolling in art. 8a Waadi ook van toepassing te verklaren op intra-concern detachering (zie *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 43*). In deze situatie kan dan worden gesproken van 'intra-concern payrolling'.

Art. 8a Waadi is, anders dan art. 8 Waadi, van dwingend recht. Afwijking van dit artikel bij cao, zoals in het geval van art. 8 Waadi sinds jaar en dag gebeurt in de CAO voor Uitzendkrachten (ABU/NBBU-CAO), is dus niet mogelijk. Dit betekent dat noch in de cao van de terbeschikkingstellende payrollwerkgever, noch in de cao die van toepassing is op de onderneming waar de payrollwerknemer terbeschikking wordt gesteld, minder gunstige arbeidsvoorwaarden kunnen worden afgesproken dan die gelden voor werknemers in een gelijke of vergelijkbare functie bij de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Wel kunnen gunstigere arbeidsvoorwaarden voor de payrollwerknemer worden overeengekomen (zie *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 43-45*). Noch uit art. 8a Waadi, noch uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bij de toepassing van deze bepaling niet per arbeidsvoorwaarde moet worden beoordeeld of deze ten minste gelijk is maar in plaats daarvan, zoals de kantonrechter overweegt in onderhavige uitspraak, moet worden 'bezien of de voorwaarden in onderlinge samenhang en totaliteit beschouwd' niet minder gunstig zijn voor de werknemer. De 'wetsgeschiedenis' waarnaar de kantonrechter in onderhavige uitspraak verwijst, is geen wetsgeschiedenis omdat de kantonrechter hier verwijst naar de gewijzigde memorie van toelichting bij een initiatiefwetsvoorstel van de oppositie dat later weer is ingetrokken naar aanleiding van de indiening door de regering van

het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans. Overigens volgt ook uit de door de kantonrechter aangehaalde 'wetsgeschiedenis' niet dat naar het totaal van de arbeidsvoorwaarden moet worden gekeken. De overweging van de kantonrechter sluit wel aan bij de formulering door de SER van één van de zes concrete aanpassingen die hij voorstelt in de regulering van uitzendwerk in zijn middellangetermijnadvies uit juni 2021. Daar adviseert de SER art. 8 Waadi in die zin aan te passen dat 'het totaal aan arbeidsvoorwaarden van de uitzendkracht vanaf de eerste werkdag tenminste gelijkwaardig is aan het totaal aan arbeidsvoorwaarden van werknemers in gelijkwaardige functies in dienst van de inlener'. Daarmee wordt de op dit moment bestaande ruimte om bij cao af te wijken van art. 8 Waadi dus beperkt. Het dwingendrechtelijke karakter van art. 8a Waadi staat nu in de weg aan een dergelijke benadering waarbij ook naar het totaal van de arbeidsvoorwaarden zou kunnen worden gekeken in plaats van naar de afzonderlijke arbeidsvoorwaarden. Door de SER wordt de mogelijkheid van een dergelijke totaalbenadering van de arbeidsvoorwaarden bij payrolling en intra-concern payrolling ook niet geadviseerd. Was dat wel zo geweest, dan zou het gelijkebeloningsvoorschrift van art. 8 Waadi (voor uitzendkrachten) volgens de SER hetzelfde moeten gaan inhouden als het gelijkebeloningsvoorschrift in art. 8a Waadi (bij payrolling en intra-concern payrolling).

mr. dr. J.P.H. Zwemmer  
Universiteit van Amsterdam