

Onderzoek naar de toepassing van de inleners-cao op gedetacheerde werknemers

Aanleiding

In het tweede deel van de motie-Palland¹ wordt de regering verzocht om “de mogelijkheden te onderzoeken om de cao van de inlener toe te passen en de wijze waarop dit juridisch kan, in kaart te brengen, en dit onderzoek af te ronden voorafgaande aan of bij de evaluatie van de Implementatiewet herziene detachingsrichtlijn.”

Context

Een belangrijk doel van de Herziene Detachingsrichtlijn is om gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde plek dichterbij te brengen. Arbeidsvoorwaarden voor werknemers in verschillende EU-lidstaten, waaronder Nederland, worden niet alleen bepaald door de wettelijke voorwaarden (bijvoorbeeld met betrekking tot het minimumloon en de minimumvakantiebijslag) maar ook door cao's. De Detachingsrichtlijn uit 1996 biedt ruimte om avv'de cao's van toepassing te laten zijn op buitenlandse gedetacheerde werknemers. Avv'de cao's gelden in beginsel voor alle werkgevers en werknemers die vallen onder de werkingssfeer van de betreffende cao, ook als zij geen lid zijn van een van de betrokken cao-partijen. In Nederland is de toepassing van deze cao's op buitenlandse gedetacheerde werknemers geïmplementeerd in artikel 2a, eerste lid, van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet Avv). Hierin is bepaald dat gedetacheerde werknemers recht hebben op de zogenoemde hardekernvoorwaarden die voortvloeien uit de avv'de bepalingen van de toepasselijke cao's. Voor gedetacheerde uitzendkrachten is daarnaast artikel 8 van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) van toepassing. Daardoor hebben zij, net als alle Nederlandse uitzendkrachten, recht op de zogeheten inlenersbeloning. Dit betekent dat zij recht hebben op ten minste hetzelfde loon en overige vergoedingen en bij cao geldende arbeids- en rusttijden (essentiële arbeidsvoorwaarden) als werkenden in dienst bij de inlener. Het is mogelijk om bij cao af te wijken van artikel 8 Waadi. Om de algemene bescherming van uitzendkrachten te waarborgen heeft het Europese Hof van Justitie in december 2022 hier een uitspraak over gedaan.² Het arrest heeft directe werking. Hoewel het Hof geen verplichting oplegt aan lidstaten om het arrest wettelijk te verankeren, is het wel opgenomen in het wetsvoorstel Meer zekerheid flexwerkers. Dankzij deze bepalingen hebben meer buitenlandse gedetacheerde werknemers in Nederland recht op gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde plek. Ook andere Europese richtlijnen, zoals de Richtlijn Loontransparantie³ dragen hier aan bij.

De Detachingsrichtlijn is in 2018 gewijzigd met de Herziene Detachingsrichtlijn. Die biedt ruimte om, in aanvulling op een stelsel voor het algemeen verbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten, cao's van toepassing te laten zijn op buitenlandse gedetacheerde werknemers wanneer de cao algemene rechtsgevolgen heeft voor alle gelijksoortige ondernemingen. Daarbij staat gelijke behandeling voorop: buitenlandse dienstverrichters mogen niet zonder meer aan cao-bepalingen worden gehouden waar vergelijkbare Nederlandse werkgevers niet aan gebonden zijn. Anders gezegd mogen buitenlandse gedetacheerde werknemers geen recht hebben op betere arbeidsvoorwaarden dan binnenlandse gedetacheerde werknemers in vergelijkbare omstandigheden. Cao's die niet van toepassing zijn op *alle* gelijksoortige ondernemingen in Nederland, kunnen binnen de kaders van de Herziene Detachingsrichtlijn dus niet toepasbaar worden verklaard op buitenlandse dienstverrichters en hun gedetacheerde werknemers.

Sector-cao's met volledige dekkingsgraad aan werkgeverszijde, die zonder avv van toepassing zijn op alle ondernemingen en werknemers in een bepaalde sector, kunnen in aanmerking komen voor toepasbaarheid op buitenlandse gedetacheerde werknemers. Tijdens de implementatie van de Herziene Detachingsrichtlijn is besloten om voorsnog geen gebruik te maken van deze optie. Dit is toen besproken met de sociale partners. Werkgeversorganisaties konden zich vinden in de beslissing, maar de vakbonden gaven aan dat de optie naar hun mening wel benut kan en moet worden. Sector-cao's met volledige dekkingsgraad aan werkgeverszijde komen echter in Nederland zeer beperkt voor, waardoor de administratieve en uitvoeringslasten niet opwegen tegen de baten.

¹ Kamerstukken II 2019/20, 35 358, nr. 16.

² HvJ EU 15 december 2022, C 311/21, ECLI:EU:C:2022:983 (Timepartner Personalmanagement GmbH)

³ Richtlijn (EU) 2023/970 van het Europees Parlement en de Raad van 10 mei 2023 ter versterking van de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid door middel van beloningstransparantie en handhavingmechanismen.

Deze redenering kunt u onder andere terugvinden in de memorie van toelichting van de Implementatiewet herziene detachingsrichtlijn en in de brief van mijn ambtsvoorganger aan uw Kamer van 12 december 2019.⁴

Sector-cao's zonder volledige dekkingsgraad aan werkgeverszijde en ondernemings-cao's vallen met de huidige kaders buiten de ruimte van de Herziene Detacheringsrichtlijn. Deze cao's gelden immers alleen voor bepaalde ondernemingen binnen de sector, of alleen voor de onderneming in kwestie. Ze gelden dus niet voor *alle* gelijksoortige ondernemingen in dezelfde sector. Als de buitenlandse werkgever gebonden wordt aan zo'n sector- of ondernemings-cao, dan wordt de buitenlandse werkgever ongelijk behandeld ten opzichte van Nederlandse werkgevers in dezelfde sector. Dit zou het vrij verkeer van diensten belemmeren.

Onderzoek

De motie-Palland vraagt om te onderzoeken of de inleners-cao toegepast kan worden op buitenlandse gedetacheerde werknemers. Met de inleners-cao wordt de cao bedoeld die geldt in het bedrijf van de inlener. Dit is het bedrijf waar de gedetacheerde werknemer tijdelijk een dienst uitvoert. Normaalgesproken verwijst de term 'inlener' naar degene onder wiens toezicht of leiding de werknemer werkzaam is. In dit onderzoek wordt de term in navolging van de motie iets anders gedefinieerd omdat het verwijst naar de natuurlijke persoon of onderneming waarvoor een gedetacheerde werknemer werkzaamheden verricht in de zin van artikel 1, eerste lid van de Wet arbeidsvoorwaarden voor gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagwEU). Deze definitie van de term 'inlener' is aangehouden omdat het de term is die de motie hanteert. De motie komt voort uit de zorg dat buitenlandse gedetacheerde werknemers die niet onder een avv'de cao vallen alleen recht hebben op de wettelijke harde kern van arbeidsvoorwaarden terwijl werknemers in vaste dienst van het ontvangende bedrijf die hetzelfde werk doen wel onder, een niet-avv'de, cao kunnen vallen. Dit geldt voor bijvoorbeeld een werknemer die in dienst is van een Pools bedrijf en met een projectteam gedetacheerd wordt om een opdracht uit te voeren voor een Nederlands bedrijf. In de sector waar het Poolse bedrijf werkzaamheden uit zal voeren geldt op dat moment geen avv'de cao maar het Nederlandse bedrijf heeft wel voor de eigen onderneming een cao afgesloten. Een werknemer die in vaste dienst is heeft onder die cao recht op bepaalde aanvullende arbeidsvoorwaarden op het gebied van bijvoorbeeld beloning of rusttijden. De gedetacheerde werknemer heeft echter alleen recht op Nederlandse wettelijke minima op grond van onder meer de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Wml) en de Arbeidstijdenwet.

Daarom heb ik op ambtelijk niveau nader onderzoek ingesteld naar de mogelijkheden om de inleners-cao toe te passen op buitenlandse gedetacheerde werknemers. De WagwEU onderscheidt drie vormen van detachering, namelijk zuivere dienstverrichting, intra-concern detachering en uitzending. Zoals hierboven beschreven hebben gedetacheerde uitzendkrachten al recht op de inlenersbeloning, wat met het TimePartner arrest nog verder gewaarborgd wordt. Dit onderzoek richt zich daarom op gedetacheerde werknemers die in het kader van zuivere dienstverlening of intra-concern detachering werkzaam zijn in Nederland. Als er gesproken wordt over 'werknemers' dan ziet dit dus op werknemers die gedetacheerd worden in het kader van zuivere dienstverlening of intra-concern detachering, en niet op gedetacheerde uitzendkrachten. Het onderzoek heeft geresulteerd in twee opties, namelijk een wettelijke optie en een cao-optie.

1. *Wettelijke optie*

De eerste optie is om via wetgeving de inleners-cao van toepassing te verklaren op *alle* werknemers die naar een werkgever in Nederland gedetacheerd worden, ook als de detachering vanuit Nederland plaatsvindt. Alleen door de inleners-cao ook van toepassing te laten zijn op alle binnenlandse gedetacheerde werknemers kan immers voldaan worden aan de voorwaarde van gelijke behandeling van de Herziene Detacheringsrichtlijn. Dit kan middels een wettelijke bepaling waarin gespecificeerd wordt dat de cao van de opdrachtgever (de inleners-cao) van toepassing is op alle werknemers die een tijdelijke dienst verrichten voor een opdrachtgever op een andere locatie dan waar ze normaal gesproken voor hun werkgever werken. Op deze manier zou ook een cao die niet algemeen verbindend is verklaard van toepassing kunnen worden op buitenlandse gedetacheerde werknemers.

⁴ Kamerstukken II 2019/20, 35 358, nr. 3 en Kamerstukken II 2019/20, 35 358, nr. 5.

Hierdoor zal een groep binnenlandse en buitenlandse gedetacheerde werknemers recht kunnen hebben op betere arbeidsvoorwaarden dan voorheen. Ook werknemers die nu al onder een avv'de cao vallen zouden hier baat bij kunnen hebben, namelijk voor zover de inleners-cao gunstigere arbeidsvoorwaarden biedt. Het is niet in te schatten hoeveel binnen- en buitenlandse werknemers baat zouden hebben bij deze uitbreiding. Uit de monitors van Panteia blijkt dat het al moeilijk is om te onderzoeken hoeveel buitenlandse gedetacheerde werknemers voordeel hebben van een avv'de cao. Hiervoor verwijs ik u naar mijn eerdere brieven over deze monitors aan uw Kamer.⁵ Het vaststellen van het aantal buitenlandse gedetacheerde werknemers die gedetacheerd worden naar bedrijven waar een niet avv'de cao geldt is nog lastiger. Hierbij liep het onderzoeksbureau tegen meerdere obstakels aan waardoor geen betrouwbare inschatting gemaakt kon worden. Ook is het aantal binnenlandse gedetacheerde werknemers onder andere door onduidelijkheid over juridische definities niet duidelijk in kaart gebracht.

De wettelijke optie brengt naast voordelen ook nadelen met zich mee. Hierna zal ik ingaan op de cao-systematiek, de toepassing van wezensvreemde cao's, administratieve lasten en proportionaliteit.

Huidige cao-systematiek

Het belangrijkste nadeel van de wettelijke optie is dat het de huidige cao-systematiek doorkruist. Leidend zijn de verenigingsvrijheid en onderhandelingsvrijheid van sociale partners. Werkgeversorganisaties en vakbonden bepalen de arbeidsvoorwaarden en sluiten cao's af. Cao-partijen weten het beste wat er in de sector speelt, welke financiële ruimte er is en welke aanpassingen er nodig zijn. Dus in de huidige systematiek bepalen de cao-partijen op wie de cao van toepassing is, niet de overheid. Om via wetgeving te bepalen dat de inleners-cao van toepassing is op alle binnen- en buitenlandse gedetacheerde werknemers, zou ons systeem in de kern ingrijpend veranderen. Deze ingreep sluit ook niet aan bij de huidige lidmaatschapsgedachte, waarbij verenigingen van werkgevers of van werknemers op basis van artikel 2 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO) krachtens hun statuten bevoegd zijn tot het afsluiten van een cao. De verenigingen moeten één of meer leden hebben in de werkingssfeer van de overeenkomst. Die gedachte wordt doorkruist als het wetgeving is en niet lidmaatschap van een werkgeversorganisatie waardoor een cao van toepassing wordt. Hoewel een doorkruising van de huidige cao-systematiek juridisch gezien uit te werken is, staat een dusdanig ingrijpende verandering niet in verhouding tot de beperkte baten.

Toepassing wezensvreemde cao

De werkingssfeer wordt in de regel bepaald aan de hand van de aard van de werkzaamheden. Als volgens de wet de inleners-cao toegepast moet worden voor alle gedetacheerde werknemers, dan zou de inleners-cao ook van toepassing zijn op werknemers die niet de arbeid verrichten zoals beschreven in de werkingssfeer van die cao. Werknemers die een klus uitvoeren voor een bedrijf en die normaalgesproken niet onder de cao zouden vallen omdat hun werkzaamheden anders zijn dan de hoofdactiviteit van het bedrijf, zouden nu wel onder de cao van het bedrijf vallen. Dit terwijl die inleners-cao afgesloten is met de specifieke omstandigheden van het bedrijf van de inlener, en niet die van het detacherende bedrijf in gedachten. Het zal dus niet aansluiten op de werkzaamheden van de gedetacheerde werknemer omdat die andere arbeidsomstandigheden kent en daarom behoefte heeft aan andere arbeidsvoorwaarden. Het zal bijvoorbeeld niet duidelijk zijn hoe de gedetacheerde werknemer ingeschaald moet worden omdat de inschaling van de cao niet vastgesteld is op basis van zijn werkzaamheden, maar op basis van die van het inlenende bedrijf. Dit zal er ook toe leiden dat cao-voorwaarden die niet relevant zijn voor de werknemer omdat de werknemer niet de werkzaamheden uitvoert waar de cao voor afgesproken is, toch toegepast moeten worden. Een extreem voorbeeld dat in de praktijk niet veelvuldig voorkomt maar wel het probleem van de toepassing van de wezensvreemde cao illustreert is een schilder die een klus uitvoert voor een ICT-bedrijf en op wie tijdens die klus de ICT-cao van toepassing zou moeten zijn. Deze optie zal daarom in bepaalde sectoren en bij bepaalde ondernemingen zeer onduidelijke situaties en daarmee rechtsonzekerheid opleveren bij werknemers en werkgevers.

⁵ Kamerstukken II 2022/23, 29 861, nr. 100 en Kamerstukken II 2022/23, 29861, nr. 121.

Administratieve lasten

De wettelijke optie brengt naar verwachting nieuwe administratieve lasten mee voor de dienstverrichter, dat wil zeggen de opdrachtnemer die de werkgever van de gedetacheerde werknemer is. Te zijner tijd zou een uitvoeringstoets waarin de administratieve lasten volledig in beeld gebracht worden wenselijk zijn. Maar de belangrijkste lasten worden nu al geschetst. Bij elk bedrijf waar de werkgever de werknemer een opdracht laat uitvoeren moet uitgezocht worden of er een cao is, en welke arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden uit die cao moeten worden toegepast. Als er in de sector geen avv'de cao is, dan zou het voor kunnen komen dat het eerder genoemde Poolse bedrijf dat vandaag een opdracht uitvoert voor een Nederlandse opdrachtgever in Rotterdam, over enkele maanden bij een opdrachtgever in Groningen en aan het einde van het jaar nog een bij een opdrachtgever in Eindhoven, te maken heeft met drie verschillende cao's. Dit is bij uitstek het geval voor detacheringen, die per definitie tijdelijk en geregeld ook voor diverse opdrachtgevers zijn. Daar komt bij dat sprake kan zijn van dubbele gebondenheid waarvoor een oplossing moet worden gevonden. Een gedetacheerde werknemer kan bijvoorbeeld al onder een cao vallen van het buitenlandse bedrijf waar hij in dienst is, maar kan nu ook recht hebben op betere voorwaarden uit de cao van elke inlener waar hij een opdracht uitvoert. Een optie is dan om, vergelijkbaar met artikel 8 Waadi, een artikel op te nemen waarin wordt gespecificeerd dat de cao met de meest gunstige omstandigheden van toepassing is. Dit zou echter betekenen dat de opdrachtnemer voor elke detachering dus moet vaststellen of er een cao is en welke delen van de cao gunstiger en daarom toepasbaar zijn. Dit kan een significante administratieve last vormen voor de werkgever. Ook kan het leiden tot rechtsonzekerheid voor de werknemer en tot geschillen omdat het minder duidelijk is welke cao wanneer geldt.

Proportionaliteit

Het is belangrijk om te evalueren of het middel dat wordt ingezet in redelijke verhouding staat tot het doel. Het inzetten van de wettelijke optie is zeer ingrijpend gezien de bovenstaande nadelen. De optie verandert de arbeidsvoorwaarden voor *alle* binnenlandse gedetacheerde werknemers zodat de arbeidsvoorwaarden voor een *beperkte* groep buitenlandse gedetacheerde werknemers verbeterd worden. Dit ingrijpende en brede effect staat niet in verhouding tot de beperkte baten, waardoor deze optie niet proportioneel is.

Conclusie wettelijke optie

Door via de wet de inleners-cao van toepassing te verklaren op zowel binnen- als buitenlandse gedetacheerde werknemers, kan een groep van onbekende grootte enigszins betere arbeidsvoorwaarden ontvangen. Deze wijziging past niet bij de huidige cao-systematiek en zal leiden tot onlogische situaties waarbij een wezensvreemde cao moet worden toegepast op werknemers. De wijziging zal leiden tot meer onduidelijkheid over welke arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn en het zal significante administratieve lasten met zich mee brengen.

2. Cao-optie

De tweede optie is om het toepassen van bepalingen uit de inleners-cao niet via de wet, maar via cao's te regelen. Cao-partijen zouden een vergewisbepaling op kunnen nemen in cao's. De inlener of opdrachtgever moet dit dan ook overeenkomen met de werkgever van de gedetacheerde werknemers. Deze bepaling zou gebonden werkgevers die onder de werkingssfeer vallen verplichten om, als zij een dienst afnemen waarbij binnen- of buitenlandse gedetacheerde werknemers betrokken zijn, zich ervan te vergewissen dat de gedetacheerde werknemers aanspraak maken op arbeidsvoorwaarden conform de cao van de inlener, voor zover die gunstiger zijn dan andere toepasselijke arbeidsvoorwaarden. De werkgever van de gedetacheerde werknemers is zelf dus niet gebonden aan de cao maar kan, aangedreven door deze vergewisbepaling, er toch toe verplicht worden om de werknemers bepaalde kernvoorwaarden te bieden uit de cao van de inlener. Omdat de vergewisbepaling van toepassing zou zijn op zowel binnen- als buitenlandse gedetacheerden is gelijke behandeling gewaarborgd waardoor het in lijn is met de Herziene Detacheringsrichtlijn. Deze constructie kan lijken op die in paragraaf 10.5.3 en 10.5.4 van de cao Bouw & Infra 2024, waarbij onderaanneming kan worden vervangen door detachering.

Deze optie sluit meer aan bij de huidige cao-systematiek, waarbij sociale partners bepalen op wie de cao van toepassing is. Dit is een significant voordeel ten opzichte van de wettelijke optie.

Daarnaast kan bij deze optie maatwerk toegepast worden. De vergewisbepaling zou alleen opgenomen kunnen worden in sectoren waar veel (grensoverschrijdende) detachering plaatsvindt en specifieke bepalingen kunnen toegespitst worden op relevante gedetacheerde werknemers. Daarmee staat deze optie in een meer redelijke verhouding tot het doel.

Deze optie kan wel, net als bij de wettelijke optie administratieve lasten opleveren voor de werkgever, zeker bij dubbele gebondenheid. Ook kan het nog steeds leiden tot situaties waarin de werkgever gehouden wordt een wezensvreemde cao toe te passen. Verder kan het moeilijk zijn om de vergewisbepaling tot stand te brengen in onderhandelingen aangezien werkgevers misschien weinig voordeel in de bepaling zien.

De cao-optie brengt net als de eerste optie administratieve lasten met zich mee, en het kan leiden tot de toepassing van een wezensvreemde cao. Maar deze optie brengt ook significante voordelen met zich mee. De belangrijkste is dat de huidige cao-systematiek in stand blijft en dat maatwerk mogelijk is. Daardoor kunnen de nadelen die bij de wettelijke optie van belang zijn, zoals administratieve lasten en proportionaliteit, gemitigeerd worden. De cao-optie is dus minder ingrijpend terwijl het wel het doel bereikt van gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde plek.

Conclusie

In dit onderzoek worden twee opties verkend waardoor de inleners-cao toegepast kan worden op buitenlandse gedetacheerde werknemers. De eerste, wettelijke optie kent zeer significante nadelen. Daarom is deze optie niet wenselijk. De tweede, cao-optie kent ook nadelen maar kan in de praktijk wel het gewenste effect bereiken zonder de huidige cao-systematiek te verstoren. Daarom is mijn uiteindelijke aanbeveling om het belangrijke doel van gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde plek voor buitenlandse gedetacheerde werknemers op deze manier dichterbij te brengen, en niet door de wettelijke toepassing van de inleners-cao in alle gevallen van detachering.