

EXPERTOORDEEL inzake de WagwEU

Prof. mr. Mijke Houwerzijl, 21 december 2018

Door de werkgevers- en werknemersorganisaties vertegenwoordigd in de Stichting van de Arbeid zijn elf vragen gesteld met betrekking tot de interpretatie van de WagwEU en/of de huidige Detacheringsrichtlijn; een vraag van werkgeverszijde en tien vragen van werknemerskant. In reactie op het eerste concept-advies van 21 augustus jl. zijn van werkgeverszijde nog tien aanvullende vragen gesteld. Bij de beantwoording heb ik een verdeling gemaakt in thema's en daaronder steeds een aantal vragen samen geclusterd.

Achtereenvolgens komen aan bod:

- a) Relevantie van de cao-werkingsfeerbepaling voor aanspraken van gedetacheerde werknemers¹
- b) WagwEU minimumloonbegrip in lijn met EU-recht?²
- c) Niet-aangeduide cao-kernarbeidsvoorwaarden ³
- d) Interpretatie minimumloonbestanddelen⁴
- e) Verhouding WagwEU/Waadi (Detacheringsrichtlijn/Uitzendrichtlijn)⁵
- f) Impact herziene Detacheringsrichtlijn (algemeen; waar relevant wordt ook op de te verwachten impact van de herziene richtlijn ingegaan onder a t/m e)⁶

¹ Dit onderdeel behandelt vraag 1 werknemers en aanvullende vragen 1 t/m 4 werkgevers.

² Dit onderdeel behandelt vragen 2 en 3 werknemers en aanvullende vraag 6 werkgevers.

³ Dit onderdeel behandelt vraag 5 werknemers, vraag 1 werkgevers en aanvullende vragen 5, 7,8 werkgevers.

⁴ Dit onderdeel behandelt vragen 4, 6, 8, 9 en 10 werknemers en aanvullende vragen 9 en 10 werkgevers.

⁵ Dit onderdeel behandelt vraag 7 van werknemers.

⁶ Dit onderdeel behandelt vraag 11 van werknemers.

a) Relevantie van de cao-werkingsfeerbepaling voor aanspraken van gedetacheerde werknemers

A1 Vraag 1 van de werknemersorganisaties: *Is het een vereiste voor toepassing van de ge-avv-de kernbepalingen van de toepasselijke cao dat in de werkingsfeer van die cao buitenlandse werkgevers niet worden uitgesloten, dan wel de cao expliciet van toepassing wordt verklaard op buitenlandse werkgevers? Indien dit inderdaad een vereiste is en bovenstaande niet in de werkingsfeer is opgenomen, zijn dan, op grond van de Detacheringsrichtlijn, de kernarbeidsvoorwaarden alsnog van toepassing?*

Mijn antwoord op de eerste deelvraag luidt als volgt: Het is weliswaar wenselijk in het kader van de consistentie van het recht en ook om de naleving ervan te bevorderen dat ge-avv-de cao's buitenlandse werkgevers én hun gedetacheerde werknemers niet expliciet uitsluiten van hun werkingsfeer, maar impliciete noch expliciete 'insluiting' lijkt een constitutief vereiste te zijn met het oog op de aan de gedetacheerde werknemers te garanderen 'harde kern' aan arbeidsaangelegenheden⁷ voor zover deze zijn neergelegd in avv-cao-bepalingen. De uitbreiding van het territoriale toepassingsbereik van verbindend verklaarde cao-bepalingen op het vlak van de 'kernonderwerpen' tot "werknemers, die in het kader van transnationale dienstverrichting als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de WagwEU, tijdelijk in Nederland arbeid verrichten en wier arbeidsovereenkomst wordt beheerst door een ander recht dan het Nederlandse recht", is door de wetgever terecht direct neergelegd in art. 2 lid 6 Wet AVV. Daarmee is art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn op juiste wijze geïmplementeerd.

Art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn gebiedt de ontvangstlidstaat erop toe te zien dat buitenlandse ondernemingen aan de op hun grondgebied gedetacheerde werknemers de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden waarborgen die verband houden met de onder a t/m g genoemde aangelegenheden, voor zover deze in de ontvangstlidstaat zijn neergelegd in dwingende wetgeving en ge-avv-de cao's. Op grond van deze bepaling worden in een andere EU-lidstaat gevestigde werkgevers (hierna: buitenlandse werkgevers) aldus *verplicht*⁸ in elk geval een bepaalde 'harde kern' van beschermende arbeidsvoorwaarden in acht te nemen voor hun gedetacheerde werknemers die (en voor zover deze) in het ontvangstland van kracht zijn. Het moet daarbij gaan om dwingendrechtelijke, bindende (cao-)bepalingen die van toepassing zijn op alle nationale werknemers, die gewoonlijk op/in dezelfde plaats, functie, bedrijfstak werkzaam zijn.⁹

Bij het implementeren van deze verplichting op basis van EU-recht in het nationale recht, is het in rechte garanderen van in avv-cao-bepalingen neergelegde bescherming (voor zover deze

⁷ Betreffende: a) maximale werk- en minimale rustperioden; b) minimum aantal betaalde vakantiedagen; c) minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk, maar niet van toepassing op de aanvullende bedrijfspensioenregelingen; d) voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, in het bijzonder door uitzendbedrijven; e) gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk; f) beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van zwangere of pas bevallen vrouwen, kinderen en jongeren; g) gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie.

⁸ Bercusson, *European Labour Law*, 1996, p. 403 vond het verplichtende karakter van de richtlijn revolutionair; hij wees erop dat het voor het eerst was dat het Europese recht direct CAO-normen voorschrijft, zelfs in (bijvoorbeeld Britse) situaties waarin de werknemer als hij niet gedetacheerd zou zijn, hij niet onder een CAO zou vallen. Bovendien gaat de richtlijn in dit opzicht verder dan het Hof in het arrest *Rush Portuguesa* waarin aan de lidstaten *de vrijheid* werden gelaten om wetgeving en cao's op gedetacheerde werknemers van toepassing te verklaren.

⁹ "Die Mindestbestimmungen ihres Art. 3 (...) I (...) gelten für alle *im geographischen Anwendungsbereich des betreffenden Tarifvertrags tätigen Unternehmen ohne Rücksicht darauf, ob sie im Inland oder im Ausland ansässig sind*. Zumindest im Wege der richtlinien konformen Auslegung muss daher das Entsendegesetz schon heute in diesem Sinnen gehandhabt werden," aldus Wolfgang Däubler, 'Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das Deutsche Recht', *EuZW Heft 20/1997*, p. 617 (cursief MH).

betrekking heeft op de in art. 3 lid onder a t/m g gespecificeerde 'harde kern') voor gedetacheerde werknemers, niet afhankelijk gemaakt van de (eventuele on)wil van cao-partijen of van de nationale wetgever in het ontvangstland, om dit in de werkingssfeer van cao's en wetten te verankeren. Was daarvoor wel gekozen, dan had de uit art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn voortvloeiende verplichting voor buitenlandse werkgevers jegens hun gedetacheerde werknemers die voor een bepaalde periode werk uitvoeren op Nederlands grondgebied, op eenvoudige wijze ongedaan gemaakt kunnen worden: namelijk door hen uit te sluiten van nationale wetgeving en/of (verbindend verklaarde) cao-bepalingen via de werkingssfeerbepalingen van de betrokken wet of cao.

Het is dus van groot belang dat art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn op dwingende wijze is omgezet in het nationale recht. Een voorbeeld inzake 'het wettelijke regime' is de WML. Van Hoek merkt op dat de WML een geschreven werkingssfeerbepaling heeft, waarin *de toepasselijkheid van de wet op arbeid verricht binnen het Nederlands territorium* niet nadrukkelijk wordt geregeld, maar onder andere *volgt uit de Detacheringsrichtlijn* en de MvT bij de implementatiewet.¹⁰ In de heldere bewoordingen van art. 2 lid 6 Wet AVV is dit met betrekking tot 'het cao-regime' van de richtlijn wel nadrukkelijk geregeld; in deze bepaling worden immers zonder enig voorbehoud verbindend verklaarde cao-bepalingen van toepassing verklaard op naar Nederland gedetacheerde werknemers. Noch art. 3 lid 1 van de richtlijn, noch (in navolging daarvan) art. 2 lid 6 Wet AVV, maakt de toepasselijkheid van de harde kern aan arbeidsvoorwaarden op gedetacheerde werknemers door hun buitenlandse werkgevers, dus afhankelijk van de vraag of de werkingssfeerbepalingen van ge-avv-de cao's expliciet (nadrukkelijk) of impliciet (stilzwijgend) op hen van toepassing zijn verklaard, integendeel.

In bovenstaand antwoord op de eerste deelvraag ligt ook het antwoord op de tweede deelvraag besloten. De kernarbeidsvoorwaarden moeten aan gedetacheerde werknemers gegarandeerd worden ongeacht de formulering van de werkingssfeerbepaling van een avv-cao.

A2. Vraag 1 werkgevers bij eerste concept-oordeel: Zijn lidstaten en sociale partners verplicht om bepalingen in wetgeving en AVV cao's op te nemen met betrekking tot de kernaangelegenheden uit de detacheringsrichtlijn?

Voor alle duidelijkheid is het goed om te benadrukken dat lidstaten en sociale partners op grond van de Detacheringsrichtlijn niet verplicht zijn om op het vlak van de in art. 3 lid 1 onder a t/m g van de richtlijn genoemde kernaangelegenheden ook daadwerkelijk dwingendrechtelijke arbeidsbescherming te creëren: de Detacheringsrichtlijn is in die zin slechts van coördinerende aard en heeft geen harmoniserende Europees arbeidsrechtelijke 'ambities' (anders dan bijvoorbeeld de Uitzendrichtlijn 2008/104). In een lidstaat waar voor nationale werknemers en werkgevers geen dwingendrechtelijke wettelijke bepalingen of (algemeen verbindende dan wel anderszins¹¹ algemeen geldende) cao-bepalingen gelden met betrekking tot de kernaangelegenheden, heeft de Detacheringsrichtlijn dus geen impact.

De Detacheringsrichtlijn verandert bijvoorbeeld niets aan de bevoegdheid van nationale wetgevers om een wettelijk minimumloon al dan niet in te voeren (zoals in Duitsland, waar tot 2015 geen wettelijk minimumloon bestond) en het niveau daarvan te bepalen. Ook blijven de sociale partners bevoegd al dan niet wettelijke bepalingen met cao-bepalingen aan te vullen en bijvoorbeeld te bepalen welke vergoedingen zij in aanvulling op regulier cao-loon willen toekennen en/of afschaffen. Alleen *indien en zodra* de wetgever en/of cao-partijen op het vlak van de kernaangelegenheden aanspraken hebben gecreëerd voor nationale werknemers met een dwingendrechtelijk karakter, dienen zij op grond van art. 3 Detacheringsrichtlijn deze aanspraken ook op gelijke wijze te garanderen voor gedetacheerde werknemers.

¹⁰ Van Hoek, Commentaar bij Rome I, Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, p. 1225 (8^e druk 2014).

¹¹ Zie art. 3 lid 8 Detacheringsrichtlijn; deze bepaling is van belang voor lidstaten die geen systeem van algemeenverbindendverklaring kennen.

A3. Vraag 2 werkgevers (6 sept 2018) bij eerste concept-oordeel: *Zijn sociale partners verplicht om afspraken te maken die gelden voor gedetacheerde werknemers uit andere lidstaten op het gebied van de kernbepalingen wanneer zij op dat gebied afspraken maken voor Nederlandse werknemers.*

Het gaat erom dat met het oog op Nederlandse werknemers door cao-partijen uit onderhandelde en verbindend verklaarde aanspraken op het vlak van de kernaangelegenheden, gelijkelijk gegarandeerd worden voor gedetacheerde werknemers. Zoals hierboven al uiteengezet, maakt noch art. 3 lid 1 van de richtlijn, noch (in navolging daarvan) art. 2 lid 6 Wet AVV de aanspraken van gedetacheerde werknemers op het dwingendrechtelijk geldend recht in de ontvangstlidstaat met betrekking tot de harde kern, *afhankelijk* van expliciete afspraken hierover door sociale partners (bijvoorbeeld in werkingsfeerbepalingen in avv-cao's).

Indien de Nederlandse implementatiewetgeving de bescherming van gedetacheerde werknemers op Nederlands territorium wel afhankelijk had gemaakt van elke per wet en avv-cao (mogelijk) verschillende werkingsfeerbepaling, was dit niet te rijmen geweest met de *verplichting voor de ontvangende lidstaat* om erop toe te zien dat in wet en verbindende cao-bepalingen neergelegde arbeidsvoorwaarden aan gedetacheerde werknemers *gegarandeerd worden*, voor zover deze betrekking hebben op de kernaangelegenheden.

In een dergelijk scenario zouden bijvoorbeeld sectorale cao-partijen die gedetacheerde werknemers en hun buitenlandse werkgevers buiten de werkingsfeer van hun cao willen houden, het op grond van art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn te garanderen beschermingsniveau voor gedetacheerde werknemers kunnen ontlopen door onderscheid te maken tussen (de kernaangelegenheden betreffende) aanspraken die gelden voor in Nederland gevestigde werkgevers en hun werknemers enerzijds en voor buitenlandse werkgevers en hun in Nederland gedetacheerde werknemers anderzijds.

Dat zou indruisen tegen het doel van de Detacheringsrichtlijn om de bevordering van het grensoverschrijdend dienstenverkeer te koppelen aan eerlijke mededinging en 'het eerbiedigen van de rechten van werknemers' (zie considerans, overweging 5). Door gedetacheerde werknemers met betrekking tot de harde kern dezelfde bescherming te bieden als nationale werknemers, wordt op dat vlak een gelijk speelveld gecreëerd. Duidelijker dan in de huidige bewoordingen van art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn 96/71, komt in de bewoordingen van art. 3 lid 1 herziene Detacheringsrichtlijn (richtlijn (EU) 2018/957) tot uitdrukking dat hiermee een gelijke behandeling¹² inzake de in art. 3 lid 1 genoemde aangelegenheden is beoogd:

„De lidstaten zien er, ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband, op toe dat in artikel 1, lid 1, bedoelde ondernemingen voor de werknemers die *op basis van een gelijke behandeling op hun grondgebied zijn gedetacheerd* de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden waarborgen die verband houden met de volgende aangelegenheden en die, in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd, zijn neergelegd in...”¹³

A4. Vraag 3 werkgevers (6 sept. 2018) bij eerste concept-oordeel: *Dient de werkingsfeer van een AVV cao wat betreft de kernbepalingen altijd alle dienstverleners in Europa (die in Nederland komen) te bevatten op grond van de detacheringsrichtlijn of wordt op grond van art. 2 lid 6 WAVV de werkingsfeer van rechtswege aangepast? De vraag is of een beperking in de werkingsfeer die sociale partners hebben vastgelegd onderdeel is van de in “avv-cao-bepalingen vastgelegde arbeidsvoorwaarden”.*

Om redenen die hierboven al zijn uiteengezet, zou het strijdig zijn met de verplichtingen op grond van de Detacheringsrichtlijn (namelijk het garanderen van een tot kernaangelegenheden

¹² Hiermee in overeenstemming lijkt te zijn het feit dat gedetacheerde werknemers op grond van art. 5 lid 1 onderdeel van de AWGB (implementatie van art. 3 lid 1 sub g Detacheringsrichtlijn) een procedure kunnen starten bij de Nederlandse rechter (zie art. 6 sub c Rv; implementatie van art. 6 Detacheringsrichtlijn).

¹³ Aanhef art. 3 lid 1 Richtlijn 2018/957.

beperkte gelijke bescherming tussen lokale en gedetacheerde werknemers op grond van het geldend arbeidsrecht in wet en avv-cao-bepalingen in het ontvangstland) om in de hierboven door werkgevers aangehaalde zinsnede een cao-werkingsfeerbepaling ‘in te lezen’ die gedetacheerde werknemers en hun werkgevers al dan niet in- of uitsluit. Wat de Detacheringsrichtlijn beoogt, zou dan immers door sectorale cao-partijen (telkens opnieuw bij het onderhandelen en maken van nieuwe cao-afspraken) ter discussie gesteld kunnen worden en zelfs eenvoudig ongedaan gemaakt kunnen worden door “de buitenlandse dienstverlener bij voorbaat uit te schrijven, bijvoorbeeld door een werkingsfeer waarin bepaald wordt dat de cao geldt voor in Nederland gevestigde werkgevers”.¹⁴

Dat kán niet de bedoeling zijn geweest van de Europese wetgever. Een dergelijke beleidsvrijheid voor sectorale cao-partijen zou de bevordering van het vrije dienstenverkeer, dat gebaat is bij rechtszekerheid en voorspelbaarheid, bijvoorbeeld niet ten goede komen. Bovendien zou het strijdig zijn met de combinatie van de drie al aangehaalde doelen in de Detacheringsrichtlijn, namelijk het bevorderen van het vrij verkeer van diensten én eerlijke mededinging én bescherming van gedetacheerde werknemers. De Detacheringsrichtlijn beoogt, zoals hierboven al toegelicht, met betrekking tot de harde kern een gelijk speelveld te creëren tussen grensoverschrijdende dienstverrichters en binnenlandse ondernemingen. De Detacheringsrichtlijn vraagt in dat verband om gelijke behandeling van binnen- en buitenlandse werkgevers en hun (gedetacheerde) werknemers op het vlak van de harde kern onderwerpen en (dus) juist niet om (de mogelijkheid tot) het maken van onderscheid tussen beide groepen op dit punt.¹⁵ Daar zijn immers al volop mogelijkheden toe buiten de harde kern.

Ook een letterlijke lezing van art. 3 Detacheringsrichtlijn in zijn geheel, verhoudt zich slecht met het geven van een zelfstandige rol aan de werkingsfeerbepaling als bepalend onderdeel van de aan gedetacheerde werknemers te garanderen arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden vastgelegd in “collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard” in de zin van art. 3 lid 8 Detacheringsrichtlijn. In art. 3 lid 1 onder a t/m g van de richtlijn wordt alleen verwezen naar arbeidsvoorwaarden inzake specifiek benoemde kernaangelegenheden. Nergens in de Detacheringsrichtlijn wordt een bevoegdheid gecreëerd (of wordt hier zelfs maar aan gerefereerd) voor cao-partijen om gedetacheerde werknemers en hun buitenlandse werkgevers uit te sluiten van het territoriale toepassingsbereik van in cao’s in het ontvangstland opgenomen verbindende cao-bepalingen die kernaangelegenheden betreffen.

In art. 3 lid 8 Detacheringsrichtlijn wordt daarentegen gepreciseerd dat onder “collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard, worden verstaan de *overeenkomsten* of uitspraken die moeten worden nageleefd door *alle ondernemingen die tot de betrokken beroepsgroep of bedrijfstak behoren* en onder *het territoriale toepassingsgebied* van die overeenkomsten of uitspraken vallen.”

Met ‘alle ondernemingen’ wordt echter (alleen) bedoeld op *in het ontvangstland gevestigde ondernemingen* die als werkgever onder het *territoriale toepassingsgebied* van de betrokken avv-cao vallen.¹⁶ Zodra een dergelijke cao avv is, moeten buitenlandse dienstverrichters (in de zin van art. 1 lid 1 Detacheringsrichtlijn) met die onder de avv-cao vallende nationale ondernemingen gelijk behandeld worden inzake de kernaangelegenheden gespecificeerd in art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn. Dit blijkt ook duidelijk uit de voorwaarde die in art. 3 lid 8 Detacheringsrichtlijn wordt gesteld aan twee alternatieve stelsels waarop lidstaten zich mogen

¹⁴ Toelichting bij vragen werkgevers 6 sept. 2018, p. 2.

¹⁵ De enige geclausuleerde uitzonderingen die gemaakt *kunnen* worden op het garanderen van dezelfde - op kernaangelegenheden betrekking hebbende – dwingendrechtelijke arbeidsvoorwaarden voor nationale en gedetacheerde werknemers, zijn te vinden in art. 3 lid 3, 4 en 5 Detacheringsrichtlijn. Art. 3 lid 2 bevat een verplichte uitzondering. Zie over de Nederlandse (non-)implementatie hiervan M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn*, Kluwer 2005, p. 310 – 311.

¹⁶ Zie voor Nederland in dit verband art. 2 lid 1 Wet AVV: “die in het gehele land of in een gedeelte des lands gelden...”

baseren wanneer ze geen avv-stelsel hebben. Dit mag namelijk alleen: “mits de toepassing daarvan¹⁷ op de buitenlandse dienstverrichters wat de onder [art. 3] lid 1, eerste alinea, vermelde aangelegenheden betreft, *een gelijke behandeling garandeert van die ondernemingen en de andere in deze alinea bedoelde ondernemingen die zich in een soortgelijke situatie bevinden*. Er wordt ook gedefinieerd wanneer er sprake is van gelijke behandeling in de zin van dit artikel [3], namelijk *wanneer de nationale ondernemingen die zich in een soortgelijke situatie bevinden: “op de plaats van de activiteit of in de betrokken bedrijfstak ten aanzien van de in lid 1, eerste alinea, vermelde aangelegenheden onderworpen zijn aan dezelfde verplichtingen als de ondernemingen die bij de terbeschikkingstellingen zijn betrokken en met dezelfde gevolgen aan deze verplichtingen moeten voldoen.”*”

Ook de bewoordingen van art. 3 lid 10, aanhef en tweede streepje, laten niets aan duidelijkheid te wensen over: “Deze richtlijn belet niet dat de Lid-Staten, met inachtneming van het Verdrag, *op gelijke wijze aan de nationale ondernemingen en aan de ondernemingen van andere Staten arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden voorschrijven* die zijn vastgesteld in collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechtelijke uitspraken als bedoeld in [art. 3] lid 8, met betrekking tot andere dan de in de bijlage genoemde activiteiten.

Terugblik

In dit verband is het verhelderend even terug te kijken op eerdere momenten waarin er discussie ontstond over het effect van de Detacheringsrichtlijn op ‘het primaat van sociale partners’ inzake de cao-werkings sfeer. Ook voorafgaand aan de omzetting van de Detacheringsrichtlijn in 1999 en bij de uitbreiding van de Waga in 2005 kwam deze kwestie aan de orde.

Zoals gezegd, bepaalt de Detacheringsrichtlijn dat een 'harde kern' van geldend arbeidsrecht gegarandeerd dient te worden aan gedetacheerde werknemers. Volgens art. 3 lid 1 moet deze harde kern zijn vastgelegd in "wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen (1) *en/of* in collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechtelijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard (2)".

Hiermee begeeft de Detacheringsrichtlijn zich op het terrein van het internationale privaatrecht waar zij ingrijpt in de verwijlsregels voor het toepasselijke arbeidsrecht bij grensoverschrijdende arbeidsverhoudingen. Deze waren destijds opgenomen in de artikelen 3, 6 en 7 van het EVO en sinds eind 2008 in de ‘Rome I Verordening’ (Vo. 593/2008). De Detacheringsrichtlijn verwijst hiernaar in de preambule en heeft krachtens art. 20 EVO/art. 23 Rome I voorrang op deze algemene verwijlsregels.

Ter implementatie van art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn werden in een nieuw art. 2 lid 6 Wet AVV zonder enig voorbehoud verbindend verklaarde cao-bepalingen met betrekking tot de harde kern van arbeidsvoorwaarden van toepassing verklaard op naar Nederland uitgezonden werknemers. De werkings sfeer van de cao is daarmee, in lijn met de dwingende formulering van art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn (‘de lidstaten zien erop toe’), wat betreft dit conflictenrechtelijke aspect, onttrokken aan de wil van de sociale partners.

Artikel 2 lid 7 Wet AVV (oud) beperkte vervolgens de toepassing van lid 6 tot de bouwsector. In verband met de toetreding van de MOE-landen tot de EU werd dit in 2004 heroverwogen; het Ministerie van SZW kondigde in een persbericht van 25 juni 2004 aan daadwerkelijk een wetsvoorstel voor uitbreiding te gaan voorbereiden, dat bestond uit het schrappen van art. 2 lid 7

¹⁷ Van cao's met algemene rechtsgevolgen voor alle gelijksoortige ondernemingen in het betrokken geografische gebied, betrokken beroepsgroep of bedrijfstak dan wel van cao's toegepast op het gehele nationale grondgebied en afgesloten door de op nationaal niveau meest representatieve organisaties van de sociale partners.

Wet AVV. Het kabinet beoogde hiermee volgens het bericht tegemoet te komen 'aan verscheidene signalen uit het bedrijfsleven inzake grote loonverschillen.'¹⁸

Het gevolg van deze uitbreiding was dat nu ten aanzien van *alle* avv-cao's de in Nederland gegroeide praktijk werd doorbroken om ook het internationaal-privaatrechtelijke toepassingsbereik door sociale partners zelf te laten bepalen, meer specifiek de zelfstandige afweging of zij de toepassing van de cao op gedetacheerde werknemers nodig achtten.¹⁹ Met betrekking tot de bouw- en constructiesector vanaf eind 1999, en met betrekking tot de andere sectoren vanaf eind 2005, is een dergelijke zelfstandige afweging dus niet meer mogelijk. Het verstrekkende gevolg hiervan is dat (een aantal tot de 'harde kern' beperkte) bepalingen van een avv-cao van toepassing kunnen worden op situaties waarin de cao-partijen deze toepassing niet hebben beoogd.

Dat de werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers zich van deze inbreuk op hun beleidsvrijheid terdege bewust waren, blijkt uit een verdeeld²⁰ advies dat de Stichting van de Arbeid in 2001 uitbracht over de uitbreiding van art. 2 lid 6 Wet AVV tot alle sectoren. De werkgeversvertegenwoordiging wees er toen uitdrukkelijk op dat *de verplichte uitbreiding van de werkingssfeer van de verbindend verklaarde cao bouwnijverheid met gedetacheerde werknemers de tot dan toe gebruikelijke beleidsvrijheid van sociale partners doorkruiste*. De werkgevers waren geen voorstander van eenzelfde doorkruising van hun vrijheid in andere sectoren omdat volgens hen *een op zichzelf gewenste CAO-bepaling dan niet meer algemeen verbindend verklaard zou kunnen worden als deze niet ook de gedetacheerde werknemers betreft*.

De wetgever heeft het bezwaar van werkgevers naast zich neergelegd met het gevolg dat avv cao-bepalingen die kernaangelegenheden betreffen, daarmee automatisch mede van toepassing zijn voor gedetacheerde werknemers en hun buitenlandse werkgevers, zelfs als de werkingssfeerbepaling van de cao waarin deze 'kernbepalingen' zijn opgenomen, hen expliciet uitsluit. De cao-werkingssfeerbepaling wordt immers inzake de toepasselijkheid van verbindende cao-kernbepalingen op gedetacheerde werknemers en hun buitenlandse werkgevers, 'overruled' door art. 2 lid 6 Wet AVV en dient op dit punt buiten toepassing te blijven.

Conclusie

Bovenstaande analyse leidt tot de slotsom dat de huidige praktijk, namelijk dat avv cao-bepalingen van toepassing kunnen zijn op gedetacheerde werknemers en hun buitenlandse werkgevers, zelfs als een werkingssfeerbepaling van de betrokken cao hen expliciet uitsluit of onduidelijk is op dit punt, strikt genomen niet in strijd is met het Europese recht. De toepasselijkheid van ge-avv-de cao-kernarbeidsvoorwaarden is immers niet afhankelijk van de vraag of gedetacheerde werknemers en hun buitenlandse werkgevers door sociale partners onder het toepassingsbereik van hun cao-werkingssfeerbepaling zijn gebracht, maar van art. 2 lid 6 Wet AVV (als implementatie van art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn). Alleen verbindend verklaarde cao-bepalingen die op kernaangelegenheden betrekking hebben, zijn op hen van toepassing. Een andere opvatting zou er toe leiden dat de verplichting voor buitenlandse werkgevers om in elk geval een bepaalde 'harde kern' van beschermende arbeidsvoorwaarden in acht te nemen voor hun gedetacheerde werknemers in het ontvangstand op eenvoudige wijze zou kunnen

¹⁸ Zie Kamerstukken II, 2003-2004, 29 407, nr. 14, p. 4 en persbericht SZW nr. 4/27 van 25 juni 2004. De uitbreiding tot alle sectoren geldt sinds 14 december 2005. Wijziging Wet AVV, Stb. 2005, 626.

¹⁹ Daarbij zij aangetekend dat slechts een (kleine?) minderheid van cao-werkingssfeerbepalingen zich hierover uitspreekt.

²⁰ In het Stvda-advies spreekt de werkgeversvertegenwoordiging zich uit tegen een ruimere werkingssfeer van de WAGA, terwijl de werknemersvertegenwoordiging zich hier juist sterk voor maakt.

worden ontgaan: namelijk door hen uit te sluiten van (te avv-en) cao-bepalingen via de werkingssfeerbepalingen van de betrokken wetgeving of cao.

Een onduidelijke of expliciet uitsluitende cao-werkingssfeerbepaling heeft dus geen rechtsgevolg ten aanzien van de doelgroep van art. 2 lid 6 Wet AVV, voor wie immers deze wetsbepaling alleen vastlegt dat de verbindend verklaarde *cao-bepalingen* met betrekking tot de kernaangelegenheden doorwerken. Dit valt in te passen in ons avv-stelsel, aangezien de Wet AVV strikt genomen immers ziet op verbindendverklaring van *cao-bepalingen*, in plaats van het verbindend verklaren van gehele cao's.²¹ De tekst van de wet noopt niet tot een formele koppeling van (het verbindend verklaren van) de cao-werkingssfeerbepaling en andere (normatieve) cao-bepalingen binnen ons avv-stelsel. Dit betekent tevens dat het negeren van een uitsluitende werkingssfeerbepaling voor gedetacheerde werknemers en buitenlandse werkgevers, geen uitstralend effect heeft op de impact van de ge-avvde werkingssfeerbepaling in nationale gevallen. Ik deel dan ook niet de vrees van werkgevers dat cao-bepalingen dan "ongeacht de werkingssfeer zonder beperking zou moeten gelden, voor alle sectoren, zoals een wet, hoewel deze soms ook wordt beperkt in werkingssfeer door de wetgever".²²

Tegelijkertijd valt niet te ontkennen dat het verwarring wekt en dus de rechtszekerheid niet ten goede komt als cao-partijen gedetacheerde werknemers en hun werkgevers expliciet uitsluiten van de werkingssfeer van hun cao, waarvan de bepalingen inclusief werkingssfeerbepaling verbindend zijn verklaard, terwijl avv-kernbepalingen uit die cao vervolgens tóch doorwerken in de relatie van gedetacheerde werknemer en zijn buitenlandse werkgever op grond van art. 2 lid 6 Wet AVV. Nu een dergelijke cao-werkingssfeerbepaling rechtens geen effect sorteert, verdient het dan ook aanbeveling dat cao-partijen die een dergelijke werkingssfeerbepaling hanteren, deze 'ruis op de lijn' wegnemen. Dit is zeker ook belangrijk voor leden van cao-partijen van werkgeverszijde, voor zover deze leden als inlener of opdrachtgever van buitenlandse werkgevers diensten ontvangen. Deze nationale ondernemingen kunnen op het verkeerde been worden gezet door een uitsluitende werkingssfeerbepaling in 'hun cao', waardoor zij ten onrechte geen voorzorgsmaatregelen nemen met het oog op eventuele ketenaansprakelijkheid voor aanspraken van gedetacheerde werknemers op grond van art. 2 lid 6 Wet AVV.

De Minister is op grond van art. 5 lid 1 Wet AVV bevoegd een nadere omschrijving van de werkingssfeer van te avv-en cao-bepalingen te geven. Deze bevoegdheid zou (her)geïnterpreteerd kunnen worden als een mogelijkheid voor de Minister om te voorkomen dat ge-avv-de cao-werkingssfeerbepalingen aan art. 2 lid 6 Wet AVV tegenstrijdige 'signalen uitzenden'.

A5. Vraag 4 werkgevers (6 sept. 2018) bij eerste concept-oordeel: Is een lidstaat verplicht om, op grond van de detacheringsrichtlijn of op grond van het principe van gemeenschapstrouw, cao-bepalingen die de kernbepalingen betreffen alleen algemeen verbindend te verklaren wanneer zij ook aan buitenlandse dienstverleners worden gegarandeerd?

In de bewoordingen van art. 3 lid 1 jo. art. 3 lid 8 Detacheringsrichtlijn, lees ik niet dat de Minister van SZW *voorafgaand* aan het al dan niet avv-en van een cao, zou moeten toetsen of de cao(-werkingssfeerbepaling) ook gedetacheerde werknemers en hun buitenlandse werkgevers 'insluit'. Een lidstaat is verplicht erop toe te zien dat door nationale werkgevers voor hun werknemers in

²¹ Zie bijv. HR 27 oktober 1995, JAR 1995/253 (Ghomriani/B.S.S. Diensten B.V.). Overigens stelt het huidige Toetsingskader AVV onder 4.5: "Voorwaarde voor avv is (...) dat de aard van de arbeid (de sociaal-economische werkingssfeer) en *eventueel* de territoriale werkingssfeer in de cao helder is beschreven (cursivering MH)". Inzake sociaal-economische aspecten lijkt de Minister dus thans zijn bevoegdheid zo te interpreteren dat een heldere werkingssfeerafbakening een vereiste is voor AVV. Dit beleid is ingezet om overlap qua sectorale werkingssfeer tegen te gaan.

²² Toelichting bij vragen werkgevers, 6 sept. 2018, p. 2.

acht te nemen arbeidsvoorwaarden die zijn neergelegd in (reeds) algemeen verbindend verklaarde cao's die betrekking hebben op de in art. 3 lid 1 geformuleerde kernaangelegenheden, *vervolgens* ook in gelijke mate aan gedetacheerde werknemers worden gegarandeerd. Zoals gezegd, heeft de Nederlandse wetgever hieraan voldaan door in art. 2 lid 6 Wet AVV zonder enig voorbehoud verbindend verklaarde cao-bepalingen op het vlak van de kernaangelegenheden van toepassing te verklaren op naar Nederland gedetacheerde werknemers.

Dit betekent ook dat cao-partijen die buitenlandse werkgevers en hun gedetacheerde werknemers willen uitsluiten van hun bedrijfstak-cao, dit alleen zeker kunnen stellen door onderling af te spreken dat geen van hen een verzoek om avv indient. Onder het motto 'even slecht, is ook gelijk', hebben sectorale cao-partijen immers de vrijheid om hun cao, met inbegrip van cao-arbeidsvoorwaarden op het vlak van de in de Detacheringsrichtlijn gespecificeerde harde kern, niet voor avv voor te dragen. In dat geval mogen de betrokken cao-bepalingen niet aan ongebonden nationale werkgevers en hun werknemers worden opgelegd en dus niet aan buitenlandse werkgevers met betrekking tot hun in Nederland gedetacheerde werknemers. Nu het om deze reden niet indienen van een verzoek om avv echter verstrekking zou hebben voor de nationale arbeidsrelaties, lijkt het mij niet aannemelijk dat de 'stakeholders' in ons cao-stelsel dit zullen aanduiden als een wenselijke oplossingsrichting.

De werkgevers menen dat je je in dit verband ook op het standpunt kunt stellen dat door een beperkende werkingsfeerbepaling avv te verklaren, de lidstaat niet er op toeziet dat vastgelegde arbeidsvoorwaarden gegarandeerd worden aan werknemers van buitenlandse dienstverleners. Volgens werkgevers zou het Ministerie van SZW, anders dan door middel van een algemeen art. 2, lid 6 Wet AVV, cao partijen moeten opdragen duidelijke, niet discriminerende/neutrale werkingsfeerbepalingen op te nemen in algemeen verbindend te verklaren cao's. En wanneer dat niet gebeurt, dat het Ministerie de cao dan niet algemeen verbindend verklaart.²³

Een argument voor het opnemen van duidelijke, niet discriminerende/neutrale werkingsfeerbepalingen in avv-cao's is, dat het kan helpen bij het 'de facto' bevorderen van het nakomen van de 'in rechte' (via art. 2 lid 6 Wet AVV) door avv-cao-bepalingen geboden bescherming aan gedetacheerde werknemers. Duidelijke, niet discriminerende/neutrale werkingsfeerbepalingen kunnen onmiskenbaar bijdragen aan de kenbaarheid en toegankelijkheid van de in avv-cao's neergelegde bepalingen die betrekking hebben op kernonderwerpen. Voor zowel (bonafide) buitenlandse dienstverrichters als hun gedetacheerde werknemers kunnen duidelijke, niet discriminerende/neutrale werkingsfeerbepalingen meer houvast geven bij het 'leren kennen' van de respectieve plichten en rechten die zij hebben in het ontvangstland.

Er is echter alleen sprake van een 'goede deal', oftewel een 'win-win', als het bevorderen van duidelijke, niet discriminerende, neutrale werkingsfeerbepalingen *naast en niet in plaats van* het van rechtswege toepasselijk verklaren via art. 2 lid 6 Wet AVV wordt bevorderd. Tevens dient een eventueel in te stellen 'sanctie' voor een uitsluitende werkingsfeerbepaling niet de belangen van gedetacheerde werknemers en de eerlijke mededinging te benadelen (en zelfs de belangen van nationale werkgevers en werknemers omdat de verbindendverklaring wordt vertraagd), maar (alleen) de kennelijk onwillige cao-partijen te adresseren (zie in dit verband nader hieronder bij onderdeel c).

Een argument tegen het expliciet opnemen van buitenlandse dienstverleners in de werkingsfeerbepaling van de cao, zou kunnen zijn, zo poneren werkgevers, dat dit tot problemen kan leiden bij het voldoen aan het meerderheidsvereiste dat nodig is voor avv. Mocht dit 'juridisch-technisch' inderdaad onontkoombaar zijn, dan heeft de wetgever er ook vanuit dit oogpunt verstandig aan gedaan om de implementatie van het 'cao-regime' in art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn niet afhankelijk te maken van de cao-werkingsfeerbepalingen (zie

²³ Zie toelichting bij vragen werkgevers, 6 sept. 2018, p. 2.

daaromtrent onder A1). Als slechts wordt aangestuurd op duidelijke, niet discriminerende, neutrale werkingssfeerbepalingen *naast en niet in plaats van* art. 2 lid 6 Wet AVV, hoeft de soep mijns inziens niet zo heet gegeten te worden. Zoals hierboven onder A4 is toegelicht, dienen buitenlandse dienstverrichters pas gelijk behandeld te worden op het vlak van de in cao bepalingen neergelegde bescherming inzake de kernaangelegenheden, *zodra* die cao in nationale context verbindend is verklaard. In dat kader ligt het niet voor de hand de doelgroep van art. 2 lid 6 wet AVV in de meerderheidsbeoordeling mee te nemen.

b) WagwEU minimumloonbegrip in het licht van EU jurisprudentie

B1. Vragen 2 en 3 van de werknemersorganisaties: (2) *Is de WagwEU inderdaad in strijd met Europese jurisprudentie, gezien ook het Fins arrest (C-396/13) waarin bepaald is dat de wijze waarop het minimumloon wordt berekend en de criteria die in dat verband worden gehanteerd, tot de bevoegdheid van de lidstaat van ontvangst behoren?*

(3) *Als de WagwEU inderdaad in strijd is met uitspraken van het Europees hof, gaan die uitspraken dan inderdaad boven nationale wetgeving (de WagwEU)?*

De werknemersorganisaties leiden hun tweede vraag als volgt in: “Werkgevers stellen dat de WagwEU in strijd is met Europese jurisprudentie. Zo stellen werkgevers dat, omdat de Europese jurisprudentie niet duidelijk zou bepalen dat toeslagen voor extra werk, voor 13e maand/eindejaarsuitkeringen en voor bijzondere arbeidsvoorwaarden tot het minimumloon behoren, deze geen onderdeel uitmaken van de kernbepalingen.” In vraag 3 komt de eigen mening naar voren, eveneens toegespitst op de hierboven genoemde specifieke loonbestanddelen: “Wat de bonden betreft is de WagwEU glashelder over te betalen toeslagen en eindejaarsuitkeringen, terug te lezen in artikel 17, onderdelen 3 en 7 WagwEU”.

Vragen 2 en 3 hangen met elkaar samen, waarbij beantwoording van vraag 3 strikt genomen alleen van belang is als het antwoord op vraag 2 positief is. Mijn antwoord op vraag 2 luidt echter ontkennend: ik acht de WagwEU niet in strijd met het EU-recht, meer specifiek het arrest C-396/13 (zie voor een nadere toelichting hieronder). Voor het geval het antwoord positief was geweest, is het nog van belang vraag 3 te beantwoorden. Hiervoor verwijs ik naar de toelichting van werkgevers die ik op dit punt deel.

Het antwoord luidt dat het nationale recht, in casu art. 2 lid 6 sub c Wet AVV, moet wijken als deze bepaling op de ter discussie gestelde punten in strijd zou zijn (geweest of in de toekomst zou blijken) met de Detacheringsrichtlijn, meer specifiek de uitleg die het HvJ EU in het Finse arrest heeft gegeven aan het minimumloonbegrip (*quod non*). Immers, en vanaf hier citeer ik de toelichting van werkgeverskant:

“Op grond van het recht van de Europese Unie verplicht een richtlijn lidstaten tot het omzetten van de bepalingen van de richtlijn in nationale wetgeving. De uitspraken van het Europese Hof met betrekking tot de duiding van bepalingen van de richtlijnen dienen hierbij in acht te worden genomen. Het zogenaamde monistisch stelsel van Nederland houdt in dat men zich bij een nationale rechter kan beroepen op internationaal recht die in de regel voorrang heeft op nationaal recht. Daarnaast werkt het Unierecht als supranationaal recht, dat voorrang heeft op het nationale recht. Een nationale rechter is ook verplicht zoveel mogelijk nationaal recht conform Europese richtlijnen te interpreteren.”

WagwEU in strijd met Europees recht inzake het minimumloonbegrip?

Is de WagwEU, of meer specifiek art. 2 lid 6 sub c Wet AVV, in strijd met bovengenoemd arrest? Net als bij de in onderdeel a besproken vragen van werknemers- en werkgeverszijde, lijkt ook hier de achterliggende kwestie of inbreuk op de beleidsvrijheid van sociale partners is gemaakt en zo ja, of dit legitiem is. Zoals uitgebreid besproken in onderdeel a van dit oordeel, is de toepasselijkheid van verbindend verklaarde cao-kernbepalingen op gedetacheerde werknemers en hun buitenlandse werkgevers onttrokken aan de beleidsvrijheid van sociale partners (zie hierboven onder punt a). Ten aanzien van het minimumloonbegrip geeft de Detacheringsrichtlijn echter het voortouw aan het nationale recht. Art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn verwijst hier zelfs uitdrukkelijk naar. Het uitgangspunt is namelijk dat het afhankelijk is van het nationale recht hoe ruim of beperkt het minimumloonbegrip wordt ingevuld. Onder de Waga hield de wetgever zich volledig aan de Nederlandse traditie dat het aan cao-partijen zelf is om dit te bepalen. Bij de vervanging van de Waga door de WagwEU, waarin niet alleen de Detacheringsrichtlijn is

geïmplementeerd maar ook de in 2014 aangenomen Handhavingsrichtlijn (van de Detacheringsrichtlijn),²⁴ ging de wetgever over tot een verduidelijking op dit punt.

Art. 5 lid 1 van de Handhavingsrichtlijn schrijft – concreter dan de Detacheringsrichtlijn overigens al doet in art. 4 lid 3 – voor dat lidstaten passende maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de *informatie over de in artikel 3 van de Detacheringsrichtlijn genoemde kernarbeidsvoorwaarden* die door dienstverrichters moeten worden toegepast en waaraan zij moeten voldoen, van op afstand en met elektronische middelen *duidelijk, volledig en op gemakkelijk toegankelijke wijze algemeen beschikbaar* wordt gemaakt.

Art. 5 lid 4 Handhavingsrichtlijn bepaalt: *Wanneer overeenkomstig de nationale wetgevingen, tradities en praktijken de in artikel 3 van Richtlijn 96/71/EG bedoelde arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden zijn neergelegd in collectieve overeenkomsten in de zin van artikel 3, leden 1 en 8, van die richtlijn, zorgen de lidstaten ervoor dat de sociale partners die duidelijk vermelden en de relevante informatie, met name inzake de verschillende minimumlonen en de componenten daarvan, de wijze waarop het verschuldigde loon wordt berekend en de criteria voor indeling in de verschillende salarisschalen, op een toegankelijke en transparante wijze beschikbaar stellen voor dienstverrichters uit andere lidstaten en gedetacheerde werknemers.*

De vraag is nu, of de wetgever geen verduidelijking had mogen aanbrengen in art. 2 lid 6 Wet AVV, gelet op hetgeen bepaald is in art. 5 lid 4 Handhavingsrichtlijn? Om hier iets over te zeggen, is het allereerst van belang wat nader in te gaan op de Nederlandse rolverdeling tussen overheid en sociale partners.

Primaat sociale partners in het geding?

De verhouding die in Nederland bestaat tussen overheid en sociale partners is niet in beton gegoten. Daar waar de overheid dwingende regels vaststelt, wordt de bevoegdheid van sociale partners om zelfregulerend op te treden ingeperkt. Opeenvolgende kabinetten zijn steeds voorstander geweest van een ‘goede balans’ en ‘complementariteit’ tussen wetgeving en zelfregulering door de sociale partners. Dit kwam naar voren in een discussie die rond de eeuwwisseling over ‘overheidsregulering versus zelfregulering’ werd gevoerd in het parlement. Volgens een Notitie van de minister en zeven hierover bevroegde deskundigen bestaat er echter geen scherpe en consequent beargumenteerde afbakening tussen de wederzijdse verantwoordelijkheden van de overheid en sociale partners. Daarbij overwoog het kabinet dat de overheidsverantwoordelijkheid een gegeven is wanneer de Grondwet, internationale verdragen of EU-richtlijnen in het geding zijn.

Zoals toegelicht bij de beantwoording van vraag 1, zijn zowel de sociale partners en de Minister als de rechter bij het vaststellen van de internationale werkingssfeer van de cao gebonden aan hogere rechtsregels. Een cao mag bijvoorbeeld niet discrimineren op grond van nationaliteit, en moet ook overigens het Europese recht respecteren. De belangrijkste rechtsregels met betrekking tot gedetacheerde werknemers zijn de Detacheringsrichtlijn en de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten. Totdat de Detacheringsrichtlijn in werking trad, gold dat als de cao zich niet expliciet uitlaat over zijn internationale werkingssfeer, deze in voorkomende gevallen door de rechter moest worden afgeleid uit de doelstelling van het avv-systeem. Sinds de Detacheringsrichtlijn in werking is getreden, geldt echter van rechtswege dat het in een ge-avv-de cao neergelegd arbeidsvoorwaardenniveau ook gegarandeerd moet worden aan gedetacheerde werknemers, zij het beperkt tot de hierin vastgelegde kernaangelegenheden.

Terug naar de vraag of de wetgever met zijn explicitering van wat *in ieder geval* onder het minimumloon in avv-cao's moet worden verstaan zijn boekje te buiten is gegaan? Anders gezegd, had de wetgever moeten afzien van verduidelijking en dit geheel en alleen aan de

²⁴ Richtlijn 2014/67

sociale partners moeten overlaten? Ik denk van niet en wel op grond van een procedureel en een inhoudelijk argument.

1) procedureel: de overheid heeft in eerste instantie het 'primaat' bij sociale partners gelaten en vooral ook bij de decentrale cao-partijen, maar deze maakten er niet of nauwelijks gebruik van, terwijl de urgentie om kenbaar te maken wat onder het minimumloonbegrip wordt verstaan, tegelijkertijd toenam door de aanneming van art. 5 Handhavingsrichtlijn in mei 2014 en de rechtspraak van het Hof (oa Finse arrest C-396/13 in februari 2015). Zo vermeldt de minister van SZW in zijn brief van 16 juni 2015 aan de Tweede Kamer dat de SER in zijn advies 14/09 van december 2014 om verduidelijking van enkele begrippen uit de 'harde kern' vroeg, zoals loonelementen en onbelaste vergoedingen, en de toepasselijke arbeidsvoorwaarden bij werken vanuit een andere lidstaat. Hij wees er daarbij op dat eerder ook de Stichting van de Arbeid in haar Advies naleving en handhaving van de CAO van 27 juni 2014 om uitleg had gevraagd van zes looncomponenten in relatie tot de 'harde kern'.²⁵ Naar de mening van het kabinet geeft het Finse arrest meer aanknopingspunten voor de duiding van de door de StvdA gevraagde looncomponenten. Deze duiding wordt in de bijlage bij de brief gegeven. Vervolgens schrijft de minister: "Het kabinet gaat er vanuit dat met deze toelichting ook meer helderheid wordt geboden aan cao-partijen om te bepalen welke loonelementen van hun cao's zij tot de 'harde kern' rekenen en voor algemeen verbindendverklaring voordragen. Mocht blijken dat na verloop van tijd de sociale partners niet transparant kenbaar maken welke cao-bepalingen ook voor gedetacheerde werknemers gelden, dan zal worden overwogen om in het Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO op te nemen op welke wijze de sociale partners aandacht moeten hebben besteed aan de 'harde kern' van de arbeidsvoorwaarden".

Ook het voorwoord bij het onderzoek van de AAVN uit 2015 naar het toepassen van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen op buitenlandse werknemers die in dienst van een buitenlandse werkgever tijdelijk in Nederland komen werken, spreekt in dit verband boekdelen. Onder de titel 'Don't shoot the messenger', opent het voorwoord met de mededeling dat in de periode sept 2014 – maart 2015 slechts twee van de 182 bedrijfstak-cao's, de cao bouw en de ABU-cao, WAGA-proof bleken te zijn. Zoals algemeen directeur van de AAVN Harry van der Kraats schreef: "De urgentie is hoog. Inmiddels is het voornemen van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over dit onderwerp bekend: *wanneer sociale partners het WAGA-proof maken van de bedrijfstak-cao niet oppakken, zal hij het domein van de cao betreden en dwingend voorschrijven welke cao-bepalingen van toepassing zijn.*"

Gelet op de in de Handhavingsrichtlijn scherper verwoorde verplichting voor ontvangstlidstaten om kenbaar te maken welke kernarbeidsvoorwaarden op cao-niveau moeten worden nageleefd door buitenlandse dienstverrichters met betrekking tot hun gedetacheerde werknemers, is het niet onbegrijpelijk dat de wetgever naar aanleiding van het 'talmen' van sociale partners zelf het initiatief naar zich toe heeft getrokken. Dankzij deze benadering is voor de buitenlandse dienstverrichter via art. 2 lid 6 sub c Wet AVV (of hierop gebaseerd voorlichtingsmateriaal) kenbaar op welke loonbestanddelen van een Nederlandse avv-cao hij in ieder geval moet letten om aan zijn gedetacheerde werknemers het in Nederland geldende sectorale minimumniveau te kunnen garanderen.

2) Meer inhoudelijk is art. 2 lid 6 sub c Wet AVV evenmin strijdig met het Europese recht. Zoals het Hof in het Finse arrest (r.o. 41) bepaalde, kan het "op basis van de toepasselijke cao's berekende minimumloon dus niet afhangen van de vrije keuze van de werkgever die werknemers enkel detacheert met het doel lagere arbeidskosten te kunnen bieden dan die van lokale werknemers". Na dit arrest lijkt het niet langer de vraag of een lidstaat het minimumloonbegrip breed mag interpreteren, maar eerder of de ontvangstlidstaat zich hieraan kan onttrekken als een

²⁵ Kamerstukken II, 2014/2015, 29 861, nr. 38.

breed minimumloonbegrip op zijn grondgebied/in zijn sectoren algemeen gangbaar is voor de eigen werknemers in vergelijkbare functies/werkzaamheden.

Het Hof nam in het Finse arrest duidelijk afstand van het idee dat na de arresten Laval en Rueffert wel leefde, namelijk dat met bevordering van het dienstenverkeer via detachering (ook nog) ruimte bestaat voor loonconcurrentie 'binnen de harde kern', bijvoorbeeld door voor gedetacheerde werknemers alleen van het allerlaagste (flat-rate) kale (sectorale of landelijke) minimumloon uit te gaan, terwijl voor lokale werknemer een uitgebreid loongebouw met vele minimumschalen bestaat en allerlei toeslagen. Terwijl in het arrest Rüffert uit 2008 was overwogen dat de Detacheringsrichtlijn met name tot doel had het vrije dienstenverkeer te bevorderen, benadrukt het Hof in het Finse arrest in 2015 juist weer het dubbele doel van de Detacheringsrichtlijn: Enerzijds beoogt deze richtlijn eerlijke concurrentie te verzekeren tussen nationale ondernemingen en ondernemingen die grensoverschrijdende diensten verrichten, aldus het Hof, anderzijds is het doel van de richtlijn te verzekeren dat op ter beschikking gestelde werknemers de in het werkland geldende bepalingen voor minimale bescherming worden toegepast wat betreft de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden. Een verwijzing naar het vrij verkeer van diensten komt enkel om de hoek kijken voor zover wordt vereist dat de minimumloonbestanddelen duidelijk en toegankelijk zijn.²⁶

Mijns inziens past bij deze lijn van het Hof in het Finse arrest niet dat voor gedetacheerde werknemers een 'afgeslankt' minimumloonbegrip kan worden gehanteerd ten opzichte van het geldende minimumloonniveau voor nationale werknemers. Anderzijds is het Hof, met het oog op het voorkomen van belemmeringen van het dienstenverkeer, gespist op het voorkomen van dubbele lasten voor dienstverrichters. Daarom moet een zorgvuldige gunstigheidsvergelijking plaatsvinden met de arbeidsvoorwaarden die gelden op grond van het op de arbeidsovereenkomst (tussen de buitenlandse onderneming en de gedetacheerde werknemer) toepasselijke recht. Tezamen genomen betekent dit dat de ontvangstlidstaat bij het vaststellen van het minimumloonbegrip en andere kernarbeidsvoorwaarden eigenlijk maar smalle marges heeft. Er moet aangesloten worden bij het eigen minimumloonbegrip, niet minder dan dat, vanuit het belang van de bescherming van gedetacheerde werknemers en vanuit het oogpunt van een gelijk speelveld,²⁷ maar ook niet meer dan dat, gelet op het voorkomen van belemmeringen van het dienstenverkeer. De wetgever is mijns inziens met de explicitering van de minimumloonbestanddelen in art. 2 lid 6 Wet AVV precies binnen deze bandbreedte gebleven.

B2. Vraag 6 werkgevers (6 sept. 2018) bij eerste concept-oordeel: Is het in strijd met de nationale praktijk opleggen van het minimumloonbegrip aan sociale partners in overeenstemming met de detacheringsrichtlijn en de handhavingsrichtlijn?

Zoals hierboven onder B1 uiteengezet, ben ik van oordeel dat art. 2 lid 6 Wet AVV sub c geen inbreuk maakt op de bevoegdheid van cao-partijen om zelf het minimumloon op cao niveau vast te stellen. Art. 2 lid 6 sub c belemmert cao-partijen niet om bij elke cao-onderhandeling opnieuw de in de op enig moment in een aflopende cao opgenomen bestanddelen en ook het niveau van de cao(minimum)lonen en vergoedingen ter discussie te stellen en hierover met het oog op een nieuwe cao andere afspraken te maken. Dit betekent dat cao-partijen niet verplicht zijn om ten aanzien van alle acht in art. 2 lid 6 sub c Wet AVV opgenomen onderdelen ook daadwerkelijk afspraken te maken. Uiteraard mogen zij ook vroeger gemaakte afspraken, bijvoorbeeld over

²⁶ A. Veldman, 'Het minimumloonbegrip in de Detacheringsrichtlijn – ruimte voor sociale bescherming', NTER 2015 nr. 10, p. 331.

²⁷ Dat de Detacheringsrichtlijn beoogt een tot kernaangelegenheden beperkte *gelijke bescherming* tussen lokale en gedetacheerde werknemers te garanderen (en dus gelijke verplichtingen voor nationale ondernemingen en buitenlandse dienstverrichters) op grond van het geldend arbeidsrecht in wet en avv-cao-bepalingen in het ontvangstland blijkt ook uit art. 3 lid 1 jo art. 3 lid 8 en art. 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn, zoals uitgebreid behandeld hierboven onder A4 (p. 5-6).

arbeidsduurverkorting of een eindejaarstoeslag op een gegeven moment afschaffen of juist uitbreiden, al naar gelang zij dat opportuun achten.

Het enige dat in art. 2 lid 6 Wet AVV wél aan het onderhandelingsproces van cao-partijen wordt onttrokken, is de toepasselijkheid van het binnen nationale context bereikte onderhandelingsresultaat voor zover verbindend verklaard en voor zover betrekking hebbend op de in art. 2 lid 6 Wet AVV genoemde kernaangelegenheden. Aangezien de Detacheringsrichtlijn beoogt op het gebied van de kernaangelegenheden *gelijke bescherming* tussen nationale en gedetacheerde werknemers te garanderen (en dus gelijke verplichtingen voor nationale ondernemingen en buitenlandse dienstverrichters), *kan* hiertussen dus geen verschil bestaan en mag hierover dientengevolge ook niet apart door cao-partijen onderhandeld worden.²⁸

De werkgevers vragen zich verder af hoe art. 2 lid 6 wet AVV zich verhoudt tot art. 2 lid 7 wet AVV, waarin wordt aangegeven dat bij AmvB nadere regels kunnen worden gesteld met betrekking tot art. 2 lid 6 wet AVV. Volgens de Memorie van Toelichting wordt hierover gezegd dat hier gebruik van kan worden gemaakt, wanneer sociale partners zelf geen invulling geven aan de kernbepalingen. Tegelijkertijd is echter door de Minister artikel 2, lid 6 wet AVV bepaald. Volgens werkgevers zou hetgeen hierboven onder B1 uiteen is gezet als procedureel argument alleen valide zijn, wanneer de wetgever enkel artikel 2, lid 7 zou hebben ingevoerd met de waarschuwing dat wanneer niet binnen een bepaald tijdsbestek cao partijen de kernbepalingen gedefinieerd hadden, na verloop van deze tijdsspanne, alsnog artikel 2, lid 6 wet AVV zou zijn ingevoerd.

De MvT geeft echter voor laatstgenoemd artikel de motivering dat “de harde kern geëxpliciteerd [wordt] in de Wet AVV. “Het kabinet vertrouwt erop dat sociale partners met de informatie uit de kabinetsreactie *voorlopig voldoende houvast hebben om in de cao of elders duidelijk te maken* welke bepalingen naar hun oordeel bij algemeenverbindendverklaring ook voor buitenlandse dienstverrichters gelden en wat ze inhouden.” Zoals uit het cursief gemaakte deel uit dit citaat valt af te leiden, is de in art. 2 lid 6 wet AVV sub c geboden verduidelijking is nog maar een begin van de vereiste transparantie op grond van art. 5 Handhavingsrichtlijn.

Uiteindelijk zijn het immers nog steeds de betrokken cao-partijen van wie verwacht wordt dat zij aangeven welke cao-bepalingen concreet gelden met betrekking tot de door de minister van SZW geëxpliciteerde elementen. Ook kunnen zij nog bepalen of er eventueel nog een ruimer minimumloonbegrip moet worden gehanteerd (art. 2 lid 6 Wet AVV spreekt immers over ‘in ieder geval’). De voorzet van de wetgever bij de implementatie van de WagwEU heeft er echter (nog) niet toe geleid dat avv-cao’s inmiddels wel in meerderheid duidelijk maken welke cao-bepalingen betrekking hebben op de kernarbeidsvoorwaarden die aan gedetacheerde werknemers moeten worden gegarandeerd.

Als cao-partijen blijven talmen, zou de Minister wellicht art. 2 lid 7 Wet AVV kunnen gebruiken voor aanvullende maatregelen. De bepaling is echter ook bedoeld om bij AMvB verder in te spelen op nieuwe jurisprudentie of wetgeving met betrekking tot de Detacheringsrichtlijn. De bevoegdheid zou bijvoorbeeld gebruikt kunnen worden in het kader van de implementatie van de herziene Detacheringsrichtlijn 2018/957.

²⁸ Zie hierboven onder B1 en A4.

c) Wat is rechtens bij niet aangeduide cao-kernarbeidsvoorwaarden?

C1 Vraag 5 van de werknemersorganisaties en vraag 1 van de werkgeversorganisaties

De vraag is welke arbeidsvoorwaarden gelden als in de avv-cao niet precies is aangegeven welke cao-artikelen toegepast moeten worden door de buitenlandse dienstverrichter?

- (1) Kan een buitenlandse werkgever gebonden zijn aan bepalingen van een algemeen verbindend verklaarde cao indien de cao-partijen niet hebben geduid wat de kernbepalingen in die cao zijn?*
- (5) Kan de gedetacheerde werknemer dan desondanks aanspraak maken op de kernarbeidsvoorwaarden zoals opgenomen in de WagwEU en, zo ja, wie is daarvoor (uiteindelijk) aansprakelijk?*

In zijn meest recente relevante Finse arrest C-396/13, overwoog het Hof dat de regels inzake de berekening van de in het gastland geldende minimumloonbestanddelen *slechts tegenstelbaar zijn aan de werkgever die zijn werknemers naar die lidstaat detacheert, indien zij **bindend** zijn en voldoen aan de transparantievereisten, wat, aldus het Hof, met name inhoudt dat zij **toegankelijk en duidelijk** moeten zijn.* Het Hof vervolgt dan dat het aan de nationale rechter is om na te gaan of de krachtens de relevante cao's toegepaste regels voor de berekening van het minimumloon bindend en transparant zijn. Wat kunnen we hieruit opmaken?

Uiteraard moeten de geldende minimumloonbestanddelen in **bindende regels** zijn vastgelegd, willen ze toegepast kunnen worden. Volgens het Hof in het arrest Laval zijn de arbeidsvoorwaarden in de zin van de harde kern van art. 3 lid 1 bindend indien zij zijn neergelegd op een door de richtlijn voor geschreven wijze.²⁹

Wat betreft de **toegankelijkheid en duidelijkheid** van de bindende regels, is van belang op te merken dat het Finse arrest is gewezen voordat de implementatietermijn van de Handhavingsrichtlijn verstreken was. Art. 5 van de Handhavingsrichtlijn preciseert de transparantievereisten. Het Hof heeft deze bepaling die vanaf medio 2016 in werking is getreden nog niet meegenomen in zijn oordeel van februari 2015 in het Finse arrest. Ook werden er in deze zaak geen specifieke op 'kenbaarheid' gerichte vragen gesteld, zoals bijvoorbeeld welke gevolgen niet-toegankelijke en/of onduidelijke kernarbeidsvoorwaarden precies hebben voor de betrokken werkgever en zijn gedetacheerde werknemer. Uit het arrest en de Opinie van de A-G is niet op te maken of en zo ja, op welke wijze de Finse cao aan de transparantievereisten had voldaan.

Toegankelijkheid doelt op het door de buitenlandse dienstverrichter kunnen achterhalen wat de harde kern inhoudt (art. 4 Detacheringsrichtlijn). Art. 5 Handhavingsrichtlijn bepaalt dat de informatie "duidelijk, transparant, begrijpelijk, volledig en op gemakkelijk toegankelijke wijze algemeen gratis beschikbaar" moet zijn. In het Finse arrest gaat het Hof achtereenvolgens in op verschillende loonbestanddelen. Daaruit blijkt dat transparantie met name van belang is wanneer het arbeidsvoorwaarden betreft die niet het karakter van een 'vaste vergoeding' (bijv. dagvergoeding) hebben. Dit is het geval bij het garantie-uurloon en/of garantieloon voor stukwerk, vastgesteld op basis van de toepasselijke loongroepen.

In het arrest Laval, dat vooral bekend werd omdat het Hof hierin bepaalde dat de manier waarop de (minimum)cao-lonen in Zweden worden vastgesteld niet voldeed aan de eis van algemene geldigheid (bindend karakter), speelde ook de ondoorzichtigheid voor buitenlandse dienstverrichters van de methode waarop de cao-lonen tot stand komen in Zweden een rol.

²⁹ HvJ EU 17 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (Laval), «JAR»2008/21). In die zin gelden de avv-cao-kernarbeidsvoorwaarden dus van rechtswege.

Volgens de dienstverrichter Laval en vier lidstaten³⁰ vormde dit een bron van rechtsonzekerheid. Het Hof lijkt zich hierin te kunnen vinden, waar het spreekt over de ontoelaatbaarheid om buitenlandse dienstverleners te verplichten tot cao-onderhandelingen, 'teneinde *te weten te komen* welke lonen zij aan de door hen ter beschikking gestelde werknemers dienen te betalen' (cursivering toegevoegd door de auteurs).

Dat het voor grensoverschrijdende dienstverleners niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag zijn er achter te komen welke arbeidsvoorwaarden zij als minimum in acht moeten nemen in de lidstaat van ontvangst, bleek ook reeds uit het arrest Arblade uit 2001.³¹ Dit werkt immers ontmoedigend op het gebruik van de vrijheid van dienstverrichting.

Wat betekent dit alles nu? In de eerste plaats dat volgens het Hof in het Finse arrest ontoegankelijke en/of onduidelijke bepalingen niet tegenstelbaar zijn aan de werkgever. Volgens een website van een Belgische juridische dienstverlener³² is: "De niet tegenstelbaarheid of de niet tegenwerpelijkheid, [...] wanneer iets (vb. een handeling) tegen een persoon niet kan worden ingeroepen".

Het lijkt dus aannemelijk dat het antwoord op **vraag 1** van werkgeverszijde luidt dat cao-kernarbeidsvoorwaarden niet tegen de buitenlandse werkgever kunnen worden ingeroepen, als deze bepalingen voor hem onvoldoende toegankelijk en duidelijk zijn te achterhalen uit de avv-cao die van rechtswege via art. 2 lid 6 Wet AVV van toepassing is. Toch is met deze vaststelling de kous niet af. Naar de huidige stand van het recht is nog niet uitgekristalliseerd *wanneer er sprake is van een situatie van onvoldoende toegankelijkheid én/of duidelijkheid*. Volgens de website van SZW is: "...het voor sociale partners mogelijk om Engelstalige cao-teksten aan te leveren ten behoeve van de WagwEU-website, waarbij moet worden vermeld welke avv-cao-bepalingen zijn aan te merken als kernbepalingen in de zin van de WagwEU". Benadrukt wordt: *Voor de benoeming van cao-bepalingen als kernbepaling bent u zelf verantwoordelijk*.

Is inderdaad niet aan de - op Europees niveau nog niet uitgekristalliseerde - transparantievereisten voldaan als cao-partijen geen aparte cao-bepaling of bijlage waarin de kernbepalingen zijn genoemd hebben ingestuurd, dan wel door middel van markeringen, renvooi, of een aangepaste opmaak hebben aangeduid welke cao-bepalingen de kernbepalingen betreffen, of een bestand hebben toegezonden waarin uitsluitend de avv-kernbepalingen uit de cao zijn opgenomen (in welk geval ook een vertaalde werkingsfeerbepaling in de tekst moet worden opgenomen)?

Is een cao niet tegenstelbaar als cao-partners niet (of niet helemaal) aan deze vereisten hebben voldaan of zijn er nuances mogelijk? Wat is, met andere woorden, het grijze gebied en hoe moet daarmee worden omgegaan? Maakt het bijvoorbeeld uit dat de handleiding niet in wet- of regelgeving is vastgelegd? Hoe verhoudt het niet-voldoen aan de handleiding zich ten opzichte van de in de arresten Arblade en Laval spelende situaties? Of maakt dat niet (meer) uit, omdat art. 5 Handhavingsrichtlijn nu het referentiekader is? Dit zijn vragen waarop nog geen antwoord is te geven.

Verder is onduidelijkheid of de 'niet tegenstelbaarheid' jegens de dienstverrichter alleen geldt ten aanzien van in gebreke gebleven cao-partijen,³³ in de zin dat zij geen naleving meer kunnen vorderen, of dat dientengevolge ook de gedetacheerde werknemer met lege handen achter blijft.

³⁰ Namelijk de Estse, de Letse, de Litouwse, de Poolse en de Tsjechische regering. Zie Conclusie A-G Mengozzi, a.w., ov. 169.

³¹ Arrest Arblade, r.o. 43, aangehaald in Laval in r.o. 110 (in het kader van de toets van de Zweedse methode aan art. 49 EG). Ook in r.o. 100 benadrukt het Hof dit aspect.

³² <https://www.jureca.be/verklaring/niet-tegenstelbaarheid>

³³ Zoals de website

http://cao.minszw.nl/index.cfm?rubriek_id=392823&hoofdmenu_item_id=16506&link_id=101176

Naar mijn mening zou het in strijd zijn met het bindende karakter van de avv-cao bepalingen en het gebiedende karakter van art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn, als dat inderdaad het gevolg zou zijn. In mijn antwoord op vraag 1 van werknemerszijde (zie onder punt a) heb ik uiteengezet dat art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn aan gedetacheerde werknemers een 'harde' garantie geeft op de in dit artikel genoemde kernarbeidsvoorwaarden, geldend krachtens wet en/of avv-cao in het ontvangstland. Anders gezegd, als er verbindende cao-bepalingen gelden in de sector waar de werknemer tijdelijk is gedetacheerd, dan kan zijn aanspraak op de kernbepalingen niet worden weggenomen puur omdat de bepalingen moeilijk vindbaar of toegankelijk waren (en hij ze desalniettemin uiteindelijk toch gevonden heeft). Het antwoord op vraag 5 van werknemerszijde; of de gedetacheerde werknemer ondanks falende transparantie aanspraak kan maken op de verbindend verklaarde kernarbeidsvoorwaarden, luidt dus bevestigend.

De vervolgvraag die rijst is of de buitenlandse werkgever die wordt aangesproken³⁴ door zijn gedetacheerde werknemers op het nakomen van de cao-kernarbeidsvoorwaarden, deze 'schade' kan verhalen en zo ja, op wie? Het lijkt aannemelijk dat de buitenlandse werkgever dan een kansrijke zaak heeft en het lijkt ook aannemelijk dat dan de nalatige cao-partijen aansprakelijk gesteld kunnen worden.³⁵

Over twee jaar zal een deel van bovengenoemde losse eindjes tot het verleden behoren, gelet op overweging 21 uit de herziene Detacheringsrichtlijn 2018/957:

“De componenten van de beloning en andere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die voortvloeien uit het nationaal recht of collectieve arbeidsovereenkomsten als bedoeld in deze richtlijn, moeten duidelijk en transparant zijn voor alle ondernemingen en ter beschikking gestelde werknemers. *Aangezien transparantie van en toegang tot informatie essentieel zijn voor de rechtszekerheid en de rechtshandhaving, is het ten aanzien van artikel 5 van Richtlijn 2014/67/EU gerechtvaardigd om de lidstaten de verplichting op te leggen om op de enige officiële nationale website de informatie over de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, en de verplichte componenten van de beloning bekend te maken, alsmede de aanvullende voorwaarden en omstandigheden die van toepassing zijn op detachering langer dan twaalf maanden of, in voorkomend geval, 18 maanden, op grond van deze richtlijn. Elke lidstaat moet erop toezien dat de enige officiële nationale website juiste informatie bevat en regelmatig wordt geactualiseerd. **Sancties tegen een dienstverrichter wegens niet-naleving van de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die ter beschikking gestelde werknemers moeten worden geboden, moeten proportioneel zijn, en bij de vaststelling moet in het bijzonder rekening worden gehouden met de vraag of de informatie op de enige officiële nationale website over arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden is verstrekt in overeenstemming met artikel 5 van Richtlijn 2014/67/EU, met eerbiediging van de autonomie van de sociale partners.**”*

In art. 3 lid 1 Richtlijn 957/2018 is hierover de volgende tekst opgenomen:

“Wanneer, in strijd met artikel 5 van Richtlijn 2014/67/EU, de informatie op de enige officiële nationale website niet vermeldt welke arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden moeten worden toegepast, wordt bij het bepalen van sancties bij overtredingen van de krachtens deze richtlijn

aangeeft: Indien de arbeidswetten niet wordt nageleefd, kan de Inspectie SZW een boete opleggen. *Indien de harde kernbepalingen uit de cao niet worden nageleefd, kunnen sociale partners een vordering instellen.*

³⁴ Interessant in dit verband is ook de rol van de informatieplicht van de buitenlandse werkgever op grond van art. 4 Richtlijn 91/533 (in Nederland geïmplementeerd via art. 7:655 BW) ten aanzien van een werknemer die langer dan een maand wordt gedetacheerd.

³⁵ Als de lidstaat faalt in het toegankelijk maken van de benodigde informatie dan zou deze hiervoor aansprakelijk kunnen worden gesteld met een beroep op de gev. zaken C-6/90 en C-9/90 (Frankovich), Jur. 1991, p. I-5357. Vgl ook de aansprakelijkheid van de Zweedse vakbonden na de verloren zaak Laval.

vastgestelde nationale bepalingen met deze omstandigheid overeenkomstig het nationaal recht en/of de nationale praktijk rekening gehouden, voor zover nodig ter waarborging van de evenredigheid ervan.”

C2 Vraag 8. werkgevers (6 sept. 2018) bij eerste concept-oordeel: *Wanneer een cao-bepaling niet voldoende kenbaar is, kan een werkgever dan worden aangesproken om hem toe te passen? Welke partijen kunnen door een gedetacheerde werknemer worden aangesproken?*

Zoals ik hierboven aangaf, en ondersteund lijkt te worden door de aangehaalde overweging 21 uit de herziene Detacheringsrichtlijn (vetgemaakte deel), lijkt het onwaarschijnlijk dat de buitenlandse werkgever in geval van ‘onvoldoende kenbare’ cao-bepalingen van zijn verplichtingen is ontslagen om verbindende cao-kernarbeidsvoorwaarden te garanderen aan zijn gedetacheerde werknemers. Dat zou immers strijdig zijn met de harde garantie in art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn jegens gedetacheerde werknemers, waar op de ontvangstlidstaat moet toezien.

Wel moet bij het opleggen van sancties wegens niet-naleving van de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die aan gedetacheerde werknemers moeten worden geboden, proportionaliteit betracht worden. Gelet op het feit dat werkgever een informatieplicht heeft voorafgaande aan de meeste detacheringen,³⁶ ligt het in bonafide situaties voor de hand dat de werkgever al voorafgaand aan de daadwerkelijke detachering heeft aangegeven op welke extra arbeidsvoorwaarden krachtens het recht in het ontvangstland zijn gedetacheerde werknemers aanspraak kunnen maken. Als de werkgever kan aantonen dat hij toen op achteraf gezien te summiere informatie is afgegaan wegens niet transparante websites e.d., maar hij dus niet de intentie had tot onderbetaling, zou dat een rol moeten spelen bij de beoordeling of en zo ja welke sanctie moet worden opgelegd. Zo niet, dan heeft hij een zwakkere zaak. In beide situaties heeft de werkgever de mogelijkheid om de bij de informatievoorziening in het ontvangstland nalatig gebleken partijen aan te spreken, zoals onder C1 al aangegeven. Het gaat dan om de bij het kenbaar maken van cao-bepalingen betrokken sociale partners en wellicht ook de staat, afhankelijk van de specifieke casuïstiek die zich voordoet.

Zoals gezegd, lijkt het in lijn met doel en bewoordingen van Detacherings- en Handhavingsrichtlijn dat niet de gedetacheerde werknemer de dupe wordt van onvoldoende transparante kernarbeidsvoorwaarden. Voor het vorderen van nakoming van de arbeidsvoorwaarden voortvloeiend uit verbindende cao-kernbepalingen ligt het in de rede dat de gedetacheerde werknemer dus ook in dergelijke situaties bij de werkgever kan aankloppen, die vervolgens de schade kan proberen te verhalen op cao-partijen (en eventueel ook de staat) in ontvangstland. Mocht de werkgever evenwel in gebreke blijven jegens werknemer, dan komen dienstontvanger en in sommige situaties de uiteindelijke opdrachtgever wellicht in beeld als aan te spreken partijen (op grond van de ketenaansprakelijkheid). Wellicht kan ook de strategie bewandeld worden dat de gedetacheerde werknemer parallel aan zijn vordering op zijn werkgever (en/of dienst ontvangende partijen), ook cao-partijen en/of staat in het ontvangstland aanspreekt.

C3 Vraag 5 werkgevers (6 sept. 2018) bij eerste concept-oordeel: *Is een lidstaat verplicht om, op grond van de detacheringsrichtlijn of op grond van het principe van gemeenschapstrouw, cao-bepalingen die de kernbepalingen betreffen alleen algemeen verbindend te verklaren wanneer zij voldoende kenbaar zijn?*

Noch jurisprudentie (zoals hierboven onder C1 aangehaald), noch de tekst van Detacheringsrichtlijn of Handhavingsrichtlijn nopen tot de conclusie dat cao-bepalingen alleen

³⁶ Interessant in dit verband is ook de rol van de informatieplicht van de buitenlandse werkgever op grond van art. 4 Richtlijn 91/533 (in Nederland geïmplementeerd via art. 7:655 BW) ten aanzien van een werknemer die langer dan een maand wordt gedetacheerd.

verbindend verklaard mogen worden als zij voldoende kenbaar zijn (nog daargelaten dat vooralsnog niet uitgekristalliseerd is wanneer een cao-bepaling als voldoende kenbaar moet worden bestempeld). Ook op basis van gemeenschapstrouw is er geen aanleiding toe een dergelijke verstrekkende sanctie te koppelen aan onvoldoende kenbare cao-bepalingen. Integendeel, het Europese recht zou hiermee zijn competentie overschrijden, nu handhaving een competentie van de lidstaten is. In beginsel is de beleidsvrijheid van lidstaten in hun sanctiebeleid groot, zolang sancties maar 'voldoende afschrikwekkend' zijn en voldoen aan vereisten zoals de proportionaliteitstoets. Gelet op de verstrekkende gevolgen voor nationale 'stakeholders' en op het feit dat de Detacheringsrichtlijn alleen effect beoogt te sorteren in grensoverschrijdende situaties, zou het niet verbindend verklaren van cao-bepalingen alleen omdat ze voor buitenlandse dienstverrichters niet 'voldoende kenbaar' zijn, zonder meer als disproportioneel bestempeld worden.

C4 Vraag 7 werkgevers (6 sept. 2018) bij eerste concept-oordeel: *Hoe verhoudt het opnemen van een specifieke sectie van kernbepalingen met een apart regime voor gedetacheerde werknemers in een cao zich tot art. 2 lid 6 WAVV?*

Met deze vraag wordt gerefereerd aan het vereenvoudigde loongebouw/indeling functiegroepen in de Cao Bouwnijverheid, ingesteld om de toegankelijkheid van de toepasselijke cao-bepalingen te vergroten voor buitenlandse dienstverrichters (en hun werknemers) en daarmee de kans te vergroten dat eea correct wordt toegepast. Of een dergelijk initiatief opzij gezet zou moeten worden, hangt af van eventuele strijdigheid met het principe van 'gelijke behandeling binnen de harde kern'. Mijns inziens is het alternatief vormgeven van uit cao-palingen voortvloeiende rechten voor gedetacheerde werknemers ten opzichte van nationale werknemers geoorloofd mits daarbij als uitgangspunt wordt gehanteerd dat de waarde van de alternatief vormgegeven arbeidsvoorwaarden voor de gedetacheerde werknemer gelijk is aan de waarde van de arbeidsvoorwaarden voor de nationale werknemer.

d) Interpretatie minimumloonbestanddelen

Hieronder ga ik nader in op de van werknemerszijde en in tweede ronde ook van werkgeverszijde gestelde vragen die betrekking hebben op de in artikel 2 lid 6 sub c wet AVV genoemde onderdelen van het voor buitenlandse dienstverrichters en hun gedetacheerde werknemers ten minste te hanteren minimumloonbegrip. In deze bepaling geeft de wetgever een nadere explicitering van de minimumloonbestanddelen die in cao's plegen voor te komen en die – mits ook daadwerkelijk in de betreffende cao neergelegd - na algemeenverbindendverklaring *ten minste* onder het in de cao gehanteerde minimumloonbegrip vallen en die derhalve op gelijke voet dienen te worden gegarandeerd door buitenlandse dienstverrichters aan hun tijdelijk naar Nederland gedetacheerde werknemers.

In art. 2 lid 6 sub c wet AVV worden de volgende onderdelen genoemd:

1. het geldende periodeloon in de schaal;
2. de van toepassing zijnde *arbeidsduurverkorting* per week/maand/jaar/periode;
3. *toeslagen voor overwerk, verschoven uren, onregelmatigheid, waaronder feestdagtoeslag en ploegentoeslag*;
4. tussentijdse loonsverhoging;
5. kostenvergoeding: reiskosten en reistijdvergoeding, pensionkosten en andere kosten noodzakelijk vanwege de uitoefening van de functie;
6. *periodieken*;
7. *eindejaarsuitkeringen*;
8. extra vergoedingen in verband met vakantie,

Ook is in art. 2 lid 6 sub c wet AVV verduidelijkt wat volgens de wetgever, in ieder geval *niet* tot de op gelijke voet door buitenlandse dienstverrichters te garanderen minimumloonbestanddelen behoort: eventuele in de cao neergelegde aanspraken op aanvullende bedrijfspensioenregelingen en op *bovenwettelijke sociale zekerheidsaanspraken*. Ook vergoedingen boven het loon voor door de werknemer in verband met de detachering te maken of – zo interpreteer ik - *daadwerkelijk gemaakte* onkosten voor reizen, huisvesting of voeding, behoren niet tot het minimumloonbegrip (net zoals dat ook in nationale context niet zo is).

Voor ik hieronder inga op de gestelde vragen met betrekking tot specifieke loonbestanddelen zoals genoemd in art. 2 lid 6 sub c wet AVV, is het belangrijk om *de algemene maatstaf* te belichten die gehanteerd moet worden bij het vaststellen van de te garanderen cao-minimumloonbestanddelen aan gedetacheerde werknemers. Doel en strekking van art. 3 van de Detacheringsrichtlijn is om 'gelijke behandeling met betrekking tot de kernaangelegenheden' te bewerkstelligen tussen nationale en gedetacheerde werknemers en hun respectievelijke werkgevers. In dat kader is het belangrijk dat uit avv-cao's valt af te leiden *welke loonbestanddelen minimaal aan nationale werknemers moeten worden gegarandeerd* in soortgelijke functies in de betrokken bedrijfstak waarbinnen de gedetacheerde werknemer daadwerkelijk en feitelijk werkzaamheden verricht. Bij het maken van een bijlage of anderszins aanduiden van cao bepalingen die de kernaangelegenheden betreffen, geeft de maatstaf dus aan cao-partijen een stevig, want vertrouwd en bekend handvat.

Zoals bevestigd in 2015 in het arrest Sähköalojen ammattiliitto ry, kan in de nationale wetgeving iets tot het ten aanzien van gedetacheerde werknemers te hanteren minimumloonbegrip gerekend worden wanneer de looncomponent voor alle nationale werknemers geldt: de 'maatman' van de gedetacheerde werknemer is een nationale werknemer in een soortgelijke

functie en sector. Inzichtelijk moet dus worden gemaakt, welke loonbestanddelen een nationale ondernemer minimaal op basis van avv cao-kernbepalingen aan een nationale werknemer (als 'maatman') moet betalen, zodat de buitenlandse dienstverrichter te weten kan komen dat hij deze minimumloonbestanddelen in het ontvangstland eveneens moet garanderen aan zijn gedetacheerde werknemers. Voorwaarde voor het kunnen opleggen van deze minimum loonbestanddelen aan de buitenlandse werkgever is immers dat dezelfde bijdragen worden verlangd van nationale ondernemingen.

D1 Vraag 4 werknemers

Als de WagvEU inderdaad van toepassing is, kunnen de bonden er dan vanuit gaan dat alle kernbepalingen zoals geformuleerd in de WagvEU van toepassing zijn?

Het gaat bij deze vraag specifiek om *ADV/ATV-dagen* en *eindejaarsuitkering*. Deze vraag wordt gesteld omdat de AAVN uitdrukkelijk heeft aangegeven dat: "ADV/ATV-dagen, die niet zien op recuperatie, en eindejaarsuitkeringen niet tot de harde kern behoren."

Gelet op hetgeen hierboven onder B1 en A4 is besproken en op grond van de gebruikte formulering in art. 2 lid 6 sub c Wet AVV ('waarbij tot dit minimumloon *in ieder geval* behoren'), beantwoord ik deze vraag positief. Uiteraard geldt wel als voorwaarde dat een avv-cao op alle acht genoemde punten bepalingen bevat. Tegelijkertijd moge duidelijk zijn dat er (nog) niet over alle in art. 2 lid 6 sub c Wet AVV aangeduide elementen Europese rechtspraak is die de interpretatie van de Nederlandse wetgever ondersteunt. Dat geldt in het bijzonder voor ADV/ATV-dagen en eindejaarsuitkeringen. Er is echter ook (nog) geen Europese rechtspraak die de interpretatie in art. 2 lid 6 sub c Wet AVV onderuit haalt.

Zoals ook opgemerkt door AAVN, kan een buitenlandse werkgever van mening zijn dat ADV/ATV of de eindejaarsuitkering niet tot de kernbepalingen behoort. Hier kan dan tegen geprocedeerd worden bij de Nederlandse rechter. Als de nationale rechter meent dat hierover een prejudiciële vraag moet worden gesteld, kan de kwestie uiteindelijk voor het Hof van Justitie komen. Dat gebeurt echter lang niet altijd. Zie onder meer de door AAVN aangehaalde zaak-Remak.³⁷ In deze kort geding uitspraak achtte de rechter het een uitgemaakte zaak dat ADV/ATV-dagen juist niet tot de kernarbeidsvoorwaarden horen.

Het hangt al met al af van wat er aan criteria en richtsnoeren valt af te leiden uit eerdere relevante rechtspraak, zoals onder meer het 'Finse' arrest in de zaak *Sähköalojen ammattiliitto ry* (C-396/13), of de nationale rechter voor bepaalde nog niet expliciet beoordeelde loonelement het stellen van een prejudiciële vraag nodig zal achten.

Uit het Finse arrest (C-396/13) valt op te maken dat het Hof als uitgangspunt een grote beleidsvrijheid toekent aan de lidstaat van ontvangst om zijn eigen minimumloombegrip te hanteren. Daarmee bevestigt het Hof de interpretatie van de Werkgroep die door de Europese Commissie was ingesteld om lidstaten bij de implementatie van de richtlijn te ondersteunen. Ook deze ging uit van een grote beleidsvrijheid: Volgens de Werkgroep mag de ontvangstlidstaat bepalen in hoeverre bepaalde vergoedingen of bonusregelingen tot het minimumloon behoren. Tevens werd gerefereerd aan de verschillende definities die mogelijk zijn, bijvoorbeeld een berekening in uur- of juist in maandloon, maar ook verschillende minimumloonniveaus per sector of zelfs per functie of naar productiviteit, dan wel één uniform basisminimumloon.³⁸ Mijns inziens kunnen ook ADV/ATV-dagen en eindejaarsuitkeringen tot het in Nederland als ontvangstland geldende minimumloon gerekend worden, mits van toepassing voor vergelijkbare nationale werknemers op basis van verbindend verklaarde cao-bepalingen. Als dat het geval is, dan

³⁷ Zaaknummer/rolnummer: 134889/KG ZA 12-188 Vonnis in kort geding 5 oktober 2012

³⁸ Rapport Werkgroep, 1999, p. 7/8. In lijn hiermee is art. 5 lid 4 Handhavingsrichtlijn 2014/67.

behoren deze ook aan gedetacheerde werknemers te worden gegarandeerd, als onderdeel van de 'harde kern'.

Stel dat het Hof inderdaad zou moeten oordelen: is het dan klip en klaar dat de WagwEU de (niet op recuperatie gerichte) ADV/ATV-dagen en eindejaarsuitkeringen ten onrechte als onderdeel van de kernarbeidsvoorwaarden, meer in het bijzonder het minimumloon heeft aangemerkt? Ik denk van niet, integendeel. Wat betreft eindejaarsuitkeringen zouden de door het Hof in zijn arresten Arblade en Guiot³⁹ beoordeelde Belgische getrouwheidszegels als uitgangspunt genomen kunnen worden. Het Hof toetste in deze oude zaken nog niet aan de Detacheringsrichtlijn (de implementatietermijn was nog niet verstreken), maar direct aan het vrij verkeer van diensten. In deze arresten overweegt het Hof nergens dat de getrouwheidszegels (een soort eindejaarsuitkering) geen onderdeel kunnen uitmaken het minimumloonbegrip van het ontvangstland. Als voorwaarde voor het toepassen van deze arbeidsvoorwaarde, stelde het Hof wel de eis dat het ontvangstland hiermee de gedetacheerde werknemers een *reëel voordeel geeft dat hen echt een extra bescherming kan bieden* die zij anders niet zouden genieten. In dat geval is de betaling ervan gerechtvaardigd. Ook stelde het Hof de *voorwaarde dat dezelfde bijdragen worden verlangd van iedere binnenlands opererende dienstverrichter in het werkland*. Bovendien benadrukte het Hof dat bij het eisen van de naleving van cao-verplichtingen in het ontvangstland van belang is dat de betrokken bepalingen voldoende nauwkeurig en toegankelijk zijn.

Bij zijn beoordeling zal het Hof in ieder geval nagaan of het door een buitenlandse werkgever ter discussie gestelde loonelement volgens de wetgeving of de nationale praktijk van de lidstaat waar de werknemer gedetacheerd is, gekwalificeerd wordt als bestanddeel van het minimumloon dat voor iedere nationale werknemer geldt. Voor in cao's aan iedere werknemer toegekende eindejaarsuitkeringen, zoals een dertiende maand, zal dit over het algemeen niet problematisch zijn, bij ADV/ATV-dagen is de status minder eenduidig.

Uit de hierboven aangehaalde toevoeging door AWWN, 'die niet zien op recuperatie', blijkt al dat ADV/ATV-dagen ook vaak als verlofrechten worden gezien. In de rechtspraak is de recuperatiefunctie echter voorbehouden aan vakantiedagen. Daarbij zij aangetekend dat het karakter van ADV/ATV in de (cassatie)rechtspraak alleen aan de orde is geweest in het kader van vorderingen tot vergoeding voor niet-opgenomen ATV-verlof *na* afloop van het dienstverband.⁴⁰ Naar de huidige stand van het recht lijkt het evenwel onwaarschijnlijk dat aan ADV/ATV dagen een recuperatiefunctie kan worden toegekend in dezelfde zin als aan (wettelijke) vakantiedagen. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 6 februari 1998 (Wijngo/VanWezel) geoordeeld (en herhaald in een arrest van 28 april 2000 en van 2 oktober 2009) dat het van algemene bekendheid is dat ATV-regelingen in het algemeen in het leven zijn geroepen om het verlies van arbeidsplaatsen tegen te gaan en nieuwe arbeidsplaatsen te creëren. Arbeidstijd- en duurverkortung heeft zijn oorsprong in de jaren tachtig toen Nederland te kampen had met hoge werkloosheid. Het idee was dat als werknemers extra dagen verlof zouden krijgen of 38 in plaats van 40 uur zouden gaan werken, er meer mensen aan de slag zouden kunnen. *In ruil voor loonmatiging* is in genoemde periode in tal van bedrijven ATV ingevoerd. De extra dagen werden

³⁹ Uit de in de zaak Guiot gemaakte vergelijking van de verschillende regelingen in België (ontvangstland) en Luxemburg (zendland) bleken de volgende inhoudelijke verschillen; de getrouwheidszegels zijn op te vatten als een soort eindejaarsuitkering van 9% van het jaarloon, die tot uitkering kwamen als er een jaar achtereen in de bouwsector is gewerkt. De soortgelijke Luxemburgse regeling was geregeld in een algemeen verbindend verklaarde CAO waarbij de werkgever een eindejaarspremie van 3 % (later 4 %) verschuldigd was aan de werknemer vanaf een jaar anciënniteit in de onderneming op het tijdstip van uitbetaling.

⁴⁰ HR 6 februari 1998, NJ 1998/351, JAR 1998/83 (Wijngo/Van Wezel); HR 2 oktober 2009, NJ 2009/479, JAR 2009/271, RAR 2009/159 (Spijker/Luijben).

verkregen door 3 jaar achtereenvolgens de prijscompensatie in te leveren tot 5% van het loon.⁴¹ In feite werden de extra dagen dus gekocht.

In boven aangehaalde rechtspraak werd bevestigd dat ADV/ATV-dagen gezien kunnen worden als een loonbestanddeel.⁴² Dat bij ADV/ATV-dagen sprake is van een op geld waardeerbaar (want arbeidskosten opleverend) 'sociaal voordeel' voor de werknemer, valt niet te betwisten. Het gaat om 'tijd-voor-tijd' in plaats van een financiële compensatie voor meer gewerkte uren dan in de arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Al mogen ADV/ATV-dagen in tegenstelling tot wettelijke vakantiedagen, in principe tijdens het dienstverband uitbetaald worden (tenzij de cao anders bepaalt).

ADV/ATV-dagen fungeren dus over het algemeen als een manier om de werkelijke bruto werktijd in overeenstemming te brengen met de theoretische werktijd. In plaats van het verkorten van elke werkdag van 8 naar 7 uur en 36 minuten o.i.d., vindt met enige regelmaat compensatie plaats in betaalde vrije tijd. ADV/ATV-dagen kunnen als functioneel equivalent van financiële compensatie voor verrichte arbeid opgevat worden en in zoverre valt mijns inziens inhoudelijk te verdedigen dat zij als onderdeel van een breed minimumloonbegrip onder de kernarbeidsvoorwaarden worden geschaard (zeker als dergelijke dagen tijdens dienstverband mogen worden verkocht/ingeruild). Per cao zal een beoordeling moeten plaatsvinden op grond van de specifieke kenmerken van de hierin opgenomen ADV/ATV regeling.

Samengevat, lijkt er naar geldend recht geen ruimte te bestaan om ADV/ATV dagen onder de kernaangelegenheden te brengen anders dan als looncomponent. De herziene Detacheringsrichtlijn biedt wellicht meer ruimte, omdat in de nieuwe tekst over 'minimumaantal betaalde jaarlijkse verlofdagen' in plaats van 'minimumaantal betaalde vakantiedagen' wordt gesproken.

D2 vraag 9 werkgevers (6 sept 2018) bij eerste concept-oordeel: Hoe verhoudt het door de wetgever opnemen van eindejaarsuitkeringen in het minimumloonbegrip onder art 2 lid 6 WAVV zich tot het uitzonderen van eindejaarsuitkeringen in de WML? Kan een wetgever sociale partners opleggen iets op te nemen dat hij zelf in nationale wetgeving uitzondert?

Achtergrond van deze vraag is de stellingname dat "de wetgever sociale partners voor[schrijft] meer op te leggen, terwijl hij zelf dat niet doet. M.b.t. eindejaarsuitkeringen/13e maand geldt dat de wetgever op wettelijk niveau deze heeft uitgezonderd van het minimumloonbegrip, zie hiervoor artikel 6, eerste lid, onder i. De reden hiervoor is het voorkomen van overcompensatie".

Deze stellingname lijkt op een te vergaande interpretatie van de (aard van de) Detacheringsrichtlijn te berusten en/of van de wijze waarop de Nederlandse wetgever de richtlijn heeft geïmplementeerd in art. 2 lid 6 wet AVV. Zoals hierboven toegelicht onder A2 en A3, laten de in art. 2 lid 6 sub c wet AVV genoemde loonbestanddelen onverlet dat cao-partijen volledig bevoegd zijn en blijven al dan niet op deze punten cao-afspraken te maken. Zij zijn geheel vrij om te bepalen of zij aan iedere werknemer onder de cao een eindejaarsuitkering willen toekennen in aanvulling op regulier cao-loon, dan wel dit onder een nieuwe cao eventueel juist willen afschaffen. *Alleen indien en zodra* in verbindende cao-bepalingen een eindejaarsuitkering is

⁴¹ Info HR kiosk: <https://www.hr-kiosk.nl/hoofdstuk/vakantie-en-verlof/arbeidstijdverkorting> Zie tevens C. de Galan, Doelstellingen en consequenties van arbeidstijdverkorting, SMA 1984, blz. 7–11.

⁴² In Wijngo/Van Wezel werd de aanspraak op ATV-dagen als een looncomponent behandeld en werd de ruimere algemene verjaringstermijn van vijf jaar toepasselijk geacht, die geldt voor loonvorderingen. De A-G haalde onder meer Olbers aan die erop had gewezen dat "in de onderhandelingen over de arbeidsvoorwaarden de bereidheid tot loonmatiging staat tegenover de toekenning van het recht op roostervrije dagen; *dit recht wordt, met andere woorden, een onderdeel van de tegenprestatie van de werkgever, dus een looncomponent.*"

toegekend aan nationale werknemers, dienen buitenlandse werkgevers deze aanspraak ook op gelijke wijze te garanderen voor gedetacheerde werknemers.

In praktijk is er een grote variatie in de mate waarin cao's aanspraken op een eindejaarsuitkering toekennen. Volgens een mediabericht uit 2016, krijgen in "de non-profitsector bijna alle werknemers een eindejaarsuitkering. Van alle werknemers in het bedrijfsleven krijgt driekwart niets. Volgens vakbond CNV Vakmensen (voor werknemers in het bedrijfsleven) kennen de cao's voor de bouw, woondiensten, houtverwerkende industrie, bakkersbedrijf, loonwerk, slagersbedrijf, Unilever, beroepsgoederenvervoer, metalelektro, metaaltechniek, dagrecreatie, ABU en de Gasunie geen eindejaarsuitkering. Het gaat dan al snel om een miljoen werknemers, zegt CNV Vakmensen".⁴³

Dat onder de WML geen dwingend recht op eindejaarsuitkering bestaat (en dus ook niet in het minimumloonbegrip mag worden begrepen), is logisch te verklaren uit de aard van het wettelijk minimumloon; dit is immers de absolute bodem in het in Nederland opgetrokken 'loongebouw', afgestemd op de Nederlandse levensstandaard. De hoogte van de bijstandsuitkering is gekoppeld aan het wettelijk minimumloon. Een eindejaarsuitkering als onderdeel van het minimumloonbegrip dat de WML hanteert, zou derhalve ook de verhouding met de bijstandsuitkeringen beïnvloeden. De koppeling tussen wettelijk minimumloon en het sociale vangnet in Nederland, maakt dat het minimumloonbegrip in de WML een andere, verdergaande functie vervult dan in cao's.

D3 Vraag 6 werknemers

De in Nederland gebruikelijke *loondoorbetaling bij ziekte* is door opname in het Nederlandse BW een arbeidsvoorwaarde geworden. Loondoorbetaling bij ziekte zou *dus* [volgens de werknemersorganisaties] onderdeel zijn van de harde kern van arbeidsvoorwaarden.

Betekent dit dat loondoorbetaling bij ziekte deel uit kan maken van de kernarbeidsvoorwaarden en moet hierbij onderscheid gemaakt worden tussen het wettelijk deel dat bestaat uit 70% van het laatstverdiende loon en een bovenwettelijk deel zoals uit onderhandeld en afgesproken in de cao. Indien in de cao is afgesproken dat 'carendagen' moeten worden doorbetaald, valt dit dan onder de harde kern van arbeidsvoorwaarden?

Het Nederlandse recht is niet leidend op dit punt. Alhoewel loondoorbetaling bij ziekte in Nederland als arbeidsvoorwaarde geldt, is inkomensvoorziening tijdens ziekte in de meeste landen niet 'geprivatiseerd' of slechts voor de eerste vier of zes weken. Het Europese recht zet echter de nationale kwalificaties opzij en bepaalt dat inkomensregelingen bij ziekte tot de sociale zekerheid behoren (zie de toelichting hieronder). De buitenlandse dienstverrichter is bij detachering van werknemers dus niet gehouden aan de Nederlandse sociale zekerheidswetgeving.

Loondoorbetaling bij ziekte behoort ook niet tot de kernaangelegenheden, neergelegd in art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn. Art. 2 lid 6 sub c Wet AVV bepaalt dan ook terecht dat bovenwettelijke socialezekerheidsaanspraken niet tot het minimumloonbegrip behoren dat ten aanzien van gedetacheerde werknemers moet worden gegarandeerd.

Nadere toelichting:

Verordening 883/04 coördineert voor alle personen die van het vrij verkeer gebruikmaken en onder de materiële werkingssfeer van de Verordening vallen (lees: aanspraak kunnen maken op een van de in de Verordening genoemde socialezekerheidsprestaties), de toepasselijkheid van

⁴³ <https://www.rtlnieuws.nl/life/personal-finance/artikel/305031/eindejaarsuitkering-kun-je-ook-opnemen-maart-augustus>

de socialezekerheidsstelsels van de lidstaten. Uit de jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat dit ook betrekking heeft op stelsels waarin de wet bepaalt dat de werkgever aan de zieke werknemer het loon gedurende een bepaalde periode moet doorbetalen. Niet alleen Nederland maar ook Duitsland kent dergelijke wetgeving. In het Paletta-arrest oordeelde het Hof dat de Duitse wettelijk verplichte loondoorbetalingen bij ziekte onder de verordening valt.

Het oordeelde dat niet van belang is dat een bepaalde nationale uitkering tevens gekwalificeerd kan worden als loon, zoals in casu de verplichting tot loondoorbetaling. De onderhavige betalingen kunnen derhalve tegelijkertijd als ziekte-uitkeringen in de betekenis van verordening en als loon in de zin van het nationale arbeidsrecht worden gekwalificeerd. We kunnen er, gelet op dit arrest, veilig vanuit gaan dat ook de Nederlandse twee jaar durende verplichting tot loondoorbetaling ingevolge artikel 7:629 BW onder de verordening valt.

De gedetacheerde werknemer blijft, gelet op artikel 12 lid 1 van Verordening 883/2004, onderworpen aan de socialezekerheidswetgeving van zijn woonstaat, mits de te verwachten duur van de werkzaamheden niet meer dan 24 maanden bedraagt en de betrokkene niet wordt uitgezonden om een ander te vervangen. Deze bepaling staat derhalve een detachingsperiode toe van 24 maanden. Daarmee rijst de vraag hoe in de eerste twee jaar van detachering met de bovenwettelijke aanvulling bij ziekte in avv-cao's moet worden omgegaan. Betekent het feit dat de inkomensvoorziening bij ziekte als een socialezekerheidsprestatie kwalificeert ook dat de bovenwettelijke suppleties hierop onder de Europese coördinatieregels voor de sociale zekerheid vallen?

Daarbij is van belang dat Verordening 883/2004 alleen betrekking heeft op wettelijke regelingen waarin bovengenoemde prestaties zijn opgenomen. De term wettelijke regeling strekt zich dus niet uit tot bestaande of toekomstige contractuele bepalingen. Hiermee worden bijvoorbeeld cao's en de bedrijfspensioenregelingen uitgesloten van het bereik van de verordening. In cao's kunnen inkomensvoorzieningen zoals bij ziekte, arbeidsongeschiktheid, ouderdom en overlijden geregeld zijn, maar deze vallen dus noch onder Verordening 883/04, noch onder de Detacheringsrichtlijn. Wel kwalificeren ze als 'sociaal voordeel' in de zin van art. 7 lid 2 Verordening 492/2011. Op deze verordening kan echter alleen beroep worden gedaan als gebruik is gemaakt van het vrije verkeer van werknemers. Volgens de heersende opvatting maken gedetacheerde werknemers geen gebruik van de werknemersvrijheid, die gericht is op toetreding tot de arbeidsmarkt van de ontvangstlidstaat. Daarentegen is het grensoverschrijdend detacheren van werknemers op tijdelijke basis onderdeel van het gebruik dat hun buitenlandse werkgever maakt van het vrije verkeer van diensten.

D4 Vraag 8 werknemers: *De AAVN stelt dat toeslagen en bijslagen, die volgens de wetgeving of de nationale praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld en die een wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die de werknemer daarvoor ontvangt, niet mogen worden beschouwd als bestanddeel van het minimumloon. Klopt dat inderdaad en waarom?*

In het Finse arrest (C-396/13) overweegt het Hof in r.o. 36:

“Zo kunnen volgens vaste rechtspraak van het Hof toeslagen en bijslagen die *volgens de wetgeving of de nationale praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld geen bestanddeel van het minimumloon zijn* en die een wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, overeenkomstig richtlijn 96/71 niet als bestanddelen van het minimumloon worden beschouwd (arresten Commissie/Duitsland, C 341/02, EU:C:2005:220, punt 39, en Isbir, EU:C:2013:711, punt 38).”

AAVN trekt hieruit de conclusie dat dergelijke toeslagen *dus* niet tot de kernbepalingen behoren en vindt dit: “Op zich wel logisch, omdat het minimumloon voor de normale arbeidsuren wordt

gegeven.” Vervolgens past zij deze conclusie toe op overwerk en merkt dat er een tegenstrijdigheid optreedt met het feit dat art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn overwerk juist tot het minimumloonbegrip rekent.

Mijns inziens toont deze ongerijmdheid dat de aangehaalde overweging anders gelezen moet worden. Cruciaal is het cursief gemaakte gedeelte. Het Hof doet met de hierboven aangehaalde ‘vaste rechtspraak’ geen absoluut geldende uitspraak over de vraag of toeslagen en bijslagen die een wijziging brengen in de verhouding prestatie/tegenprestatie al dan niet deel *mogen* uitmaken van de kernarbeidsvoorwaarde minimumloon. Immers, in beginsel behoort de definitie van het minimumloonbegrip tot de bevoegdheid van de ontvangstlidstaat. Die bevoegdheid kan zowel leiden tot een ruime als tot een enge minimumloondefinitie. Indien een ontvangstlidstaat een enge definitie hanteert en bedoelde toe- en bijslagen niet als bestanddeel van de eigen minimumloondefinitie kwalificeert, dan hoeft zij *bij het vergelijken* met het daadwerkelijk door de buitenlandse werkgever betaalde loon dergelijke bestanddelen ook niet mee te nemen. Dat is wat het Hof beoogt duidelijk te maken met de aangehaalde overweging. Het gaat hier dus om een overweging in het kader van de te maken ‘gunstigheidsvergelijking’ met de arbeidsvoorwaarden die gelden op grond van het op de arbeidsovereenkomst (in casu tussen de buitenlandse uitzendonderneming en de gedetacheerde uitzendkracht) toepasselijke recht. Hierbij is enerzijds van belang dat van de buitenlandse ondernemingen niet gevraagd kan worden om ‘dubbel’ te betalen in het land van ontvangst en van herkomst. Geen dubbele lasten dus. Maar de gunstigheidsvergelijking moet ook de betrokken werknemers niet benadelen.

Ik zal deze nog altijd abstract aandoende uitleg hieronder nader verduidelijken met behulp van het arrest waarin het Hof voor het eerst met deze formulering kwam. Maar zelfs dan blijft de overweging erg cryptisch overkomen. Geïsoleerd gelezen (zonder voorbeelden) is de kans op verwarring dus erg groot. Met de AAVN ben ik het eens dat op basis van de jurisprudentie van het Hof lang niet altijd ‘goed duidelijk is welke vergoedingen wel en welke niet een wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt’.

Nadere toelichting

In de zaak Commissie/Duitsland C-341/02 ging het om een niet-nakomingsprocedure van de Commissie tegen Duitsland waarbij een bepaling van de Duitse implementatiewet van de richtlijn, het *AEntG*, in het geding was. In deze zaak draaide het om de door het *AEntG* *voorgeschreven vergelijkingsmethode* tussen het in de Duitse (algemeen verbindend verklaarde) bouw-cao geldende minimumloon en het daadwerkelijk door de buitenlandse dienstverrichter aan zijn gedetacheerde werknemers betaalde loon. Volgens de Commissie hanteerde Duitsland een verkeerde vergelijkingsmethode omdat niet het totale loon dat de buitenlandse werkgever aan zijn ter beschikking gestelde werknemer tijdens de detachering in Duitsland heeft betaald in de vergelijking werd betrokken, maar alleen die onderdelen die overeenkwamen met de onderdelen van het Duitse minimumloonbegrip in de avv-bouw-cao. De Commissie doelde hierbij onder meer op het niet als bestanddelen van het in Duitsland te betalen minimumloon in aanmerking nemen van door buitenlandse werkgevers aan hun gedetacheerde werknemers betaalde uitkeringen voor een dertiende en veertiende maand. Volgens de Commissie was dit in strijd met de Detacheringsrichtlijn; gelet op de veelvuldige verschillen in salarisstructuur, mag een lidstaat in de dienstbetrekking met werknemers uit andere lidstaten niet zijn eigen salarisstructuur opdringen.

Duitsland haalde bakzeil op het punt van o.a. de dertiende en veertiende maand omdat deze toeslagen volgens het Hof geen wijziging aanbrengen in het evenwicht tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij ontvangt. Daarom mocht de dienstverrichter deze opvoeren als bestanddeel van het door hem betaalde loon op basis van het contractueel toepasselijke recht. Duitsland kreeg van het Hof echter gelijk op het punt van toeslagen voor overwerk, nachtwerk en werk op zon- en feestdagen, verplaatsingsvergoedingen en toeslagen

voor zwaar werk. Hier gaat het wél om toeslagen die een wijziging brengen in het evenwicht tussen de prestatie van de werknemer en de vergoeding die hij daarvoor ontvangt.

Betaalde toeslagen voor werk dat buiten de normale werktijden wordt verricht, of voor werk dat bijzonder lastig of gevaarlijk is, vallen niet onder de definitie van het minimumloon in de Duitse bouwcao en behoren daarom dan ook niet in aanmerking genomen te worden bij de berekening van het minimumloon. Anders zou aan de werknemer de met die werkuren overeenkomende hogere economische tegenprestatie onthouden worden. Het Hof bezigt in dat verband krachtige taal: "Het is immers volstrekt normaal dat wanneer de werkgever in bijzondere omstandigheden verlangt dat de werknemer meer werk verricht of meer uren maakt, de werknemer voor deze extra prestatie een vergoeding ontvangt, zonder dat deze vergoeding in aanmerking wordt genomen voor de berekening van het minimumloon." (r.o. 40) Het Hof verwerpt op dit punt dan ook het beroep van de Commissie tegen Duitsland: Toeslagen die *volgens de wetgeving of de nationale praktijk van de ontvangende lidstaat geen bestanddeel zijn van het minimumloon* en die een wijziging teweeg brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, kunnen volgens richtlijn 96/71 niet als bestanddelen van het minimumloon worden beschouwd, aldus het Hof.

D5 Vraag 10 werkgevers (6 sept 2018) bij eerste concept-oordeel: *Hoe verhoudt het opnemen van toeslagen onder het minimumloonbegrip in art. 2 lid 6 WAVV zich tot de conclusie dat op voorhand niet is vast te stellen welke vergoedingen wel en niet een wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie en de tegenprestatie?*

Met deze vraag willen werkgevers vernemen, "in hoeverre het de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid vrij staat op het cao domein te bepalen, dat *toeslagen voor overwerk, verschoven uren, onregelmatigheid, waaronder feestdagtoeslag en ploegentoeslag, desalniettemin in artikel 2, lid 6 wet AVV moeten worden opgenomen?*"

Bij het onderbrengen van genoemde toeslagen in art. 2 lid 6 sub c onder 3 wet AVV, heeft de regering zich duidelijk gebaseerd op het hierboven behandelde arrest Commissie/Duitsland C-341/02. Het Hof heeft in dit arrest zonder enig voorbehoud bepaald dat *toeslagen voor overwerk, nachtwerk en werk op zon- en feestdagen, verplaatsingsvergoedingen en toeslagen voor zwaar werk* een wijziging brengen in het evenwicht tussen de prestatie van de werknemer en de vergoeding die hij daarvoor ontvangt. Met betrekking tot deze vergoedingen is dus inmiddels wél op voorhand aan te geven dat zij een wijziging brengen in de verhouding tussen prestatie en tegenprestatie. Het Hof heeft dit immers bekrachtigd.

Bij het interpreteren van deze jurisprudentie wordt vaak over het hoofd gezien dat het van de nationale praktijk of wetgeving afhangt of genoemde vergoedingen juist wel of juist niet tot het minimumloonbegrip gerekend moeten worden. In Duitsland was het laatste het geval⁴⁴: "Zo kunnen volgens vaste rechtspraak van het Hof toeslagen en bijlagen *die volgens de wetgeving of de nationale praktijk van de lidstaat* waar de werknemer ter beschikking is gesteld *geen bestanddeel van het minimumloon zijn* en die een wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, overeenkomstig richtlijn 96/71 *niet als bestanddelen van het minimumloon worden beschouwd* (arresten Commissie/Duitsland, C 341/02, EU:C:2005:220, punt 39, en Isbir, EU:C:2013:711, punt 38)."

De in Nederlandse cao's gangbare praktijk is tegengesteld aan die in Duitsland en daarom acht ik het een correcte interpretatie van de jurisprudentie dat genoemde vergoedingen – voor zover

⁴⁴ Avv cao's met een federaal toepassingsgebied hanteren vaak een 'flat rate' minimumloon, met alleen verschil in de tarieven voor West- en Oost-Duitse deelstaten. Avv cao's op deelstaatniveau (die krachtens de herziene Detacheringsrichtlijn ook mogen worden gehanteerd ten aanzien van gedetacheerde werknemers en hun buitenlandse werkgevers) kennen het veel gedetailleerdere en dus brede minimumloonbegrip dat ook in Nederland en bijvoorbeeld Finland gebruikelijk is.

cao's hierover bepalingen kennen – in art. 2 lid 6 sub c onder 3 wet AVV genoemde vergoedingen juist wél tot het minimumloonbegrip worden gerekend.

D6 Vraag 9 werknemers: *Klopt het dat de volgende onderdelen tevens behoren tot de harde kern van arbeidsvoorwaarden:*

- a) *een dagvergoeding die wordt uitgekeerd ongeacht werkelijk gemaakte kosten;*
- b) *vergoeding voor verafgelegen werken;*

Ja, voor bovengenoemde onderdelen lijkt dat mogelijk op basis van hetgeen het Hof daarover in het Finse arrest vermeld (uiteraard afhankelijk van de precieze bewoordingen in een cao). Ter verduidelijking ga ik hieronder nader in op de redenering van het Hof.

Het Hof wijst erop dat artikel 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn gerespecteerd moet worden. Op grond van dit artikel is het *niet* toegestaan dat een werkgever vergoedingen voor gemaakte kosten in verband met de detachering in aanmerking neemt bij de berekening of de gedetacheerde werknemers een loon hebben ontvangen dat overeenkomt met de in de lidstaat van ontvangst geldende minimum-standaard. Een dergelijke benadering van deze verstrekkingen zou volgens de A-G (die – op dit punt – expliciet door het Hof gevolgd wordt): “in de hand werken dat het doel van artikel 3, lid 7, van richtlijn 96/71 wordt omzeild. (...) Die bepaling beoogt te voorkomen dat uitkeringen in verband met reiskosten, verblijfkosten en kosten voor voeding bij de berekening van het minimumloon in aanmerking worden genomen op een wijze die de betrokken werknemers *de economische tegenwaarde van hun arbeid* onthoudt. Al deze verstrekkingen houden immers intrinsiek verband met de detachering van werknemers. Men kan natuurlijk stellen dat met name de maaltijdbonnen een extra verstrekking zijn. De gedetacheerde werknemers hebben ten slotte dezelfde onkosten voor voeding als wanneer zij in hun eigen staat werken. De maaltijdbonnen of, om in de terminologie van de richtlijn te blijven, kosten voor voeding, lijken evenwel nodig ter compensatie voor de hogere kosten van levensonderhoud in de ontvangende lidstaat. Gelet hierop, kan nauwelijks worden betwist dat bij opname door de werkgever van de verstrekking van accommodatie en maaltijdbonnen in de berekening van het minimumloon, het niveau van het loon van de gedetacheerde werknemers in kwestie in de praktijk zou dalen tot onder het aanvaarde minimum.”

Op basis van zijn ruime interpretatie van art. 3 lid 1 jo. art. 3 lid 7, bepaalt het Hof vervolgens dat (op basis van de Finse cao verplichte) *forfaitaire toeslagen* in verband met de terbeschikkingstelling *als een deel van het minimumloon moeten worden beschouwd*. Het Hof ziet deze vaste toeslagen namelijk niet als vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten.

Dit betekent dat bovenop een garantieloon en bijvoorbeeld overwerkvergoeding, nog **een vaste dagvergoeding** als bestanddeel kan worden meegenomen. Overeenkomstig de Finse cao's bestaat die vergoeding in een dagelijks uitgekeerde vaste som, die in de betrokken periode tussen 34 EUR en 36 EUR bedroeg. *Doel van de vergoeding is het compenseren van de nadelen van de terbeschikkingstelling*, die verband houden met het feit dat de betrokkenen zich ver van hun gewoonlijke omgeving bevinden. Daarmee beoogt de vergoeding de sociale bescherming van de betrokken werknemers te verzekeren, aldus het Hof (zie r.o. 46-48).

Volgens de toepasselijke bepalingen van de Finse cao's wordt aan de werknemers bovendien een reistijdvergoeding betaald wanneer de dagelijkse reis naar de werkplek en terug meer dan een uur in beslag neemt. Ook deze vergoeding lijkt van forfaitaire aard te zijn en kan dus als bestanddeel van het minimumloon worden gezien, aldus het Hof (r.o. 54 – 57). Dat zou dus m.m. kunnen gelden voor een **vergoeding voor verafgelegen werken** in een Nederlandse cao (uiteraard afhankelijk van de precieze bewoordingen, zie ook de nationale rechtspraak over art. 55 Cao Bouwnijverheid).

Als de toeslagen daarentegen door de werkgever wel worden uitgekeerd als vergoeding voor daadwerkelijk gemaakte kosten, dan wel als de kosten direct door de werkgever voor zijn rekening worden genomen (zoals in de Finse zaak het geval was voor huisvesting en maaltijden), dan mag de dienstverrichter ze juist niet opvoeren cq. meerekenen als onderdeel van het in het gastland geldende minimumloonniveau.

Het meetellen van de forfaitaire vergoedingen als bestanddelen van het in het gastland geldende minimumloon en het niet mogen opvoeren van vergoedingen voor daadwerkelijk gemaakte kosten bij de berekening of aan het in het gastland geldende minimumloonniveau wordt voldaan, komen beide de werknemersbescherming ten goede. De omgekeerde benaderingen hebben dus hetzelfde doel en versterken elkaar.

Herziene Detacheringsrichtlijn: overweging 8 -> Ter beschikking gestelde werknemers die van hun gewone werkplaats in de ontvangende lidstaat tijdelijk worden uitgezonden naar een andere werkplaats, moeten ten minste dezelfde toeslagen of kostenvergoedingen ontvangen voor de reis-, maaltijd-, en verblijfkosten voor werknemers die beroepshalve van huis zijn, als de lokale werknemers in die lidstaat. Hetzelfde geldt voor de kosten die ter beschikking gestelde werknemers maken bij het reizen naar en vanuit hun gewone werkplaats in de ontvangende lidstaat. Dubbele betaling van reis-, maaltijd-, en verblijfskosten dient te worden vermeden.

c) *vergoeding voor bereikbaarheids- of consignatie-diensten;*

Ja, bij bereikbaarheids- of consignatiediensten, moet een werknemer beschikbaar zijn buiten zijn normale rooster zodat bij opgeroepen kan worden om aan het werk te gaan in verband met een spoedgeval of onvoorziene omstandigheid. Dit lijkt mij een vergoeding die een wijziging brengt in het evenwicht tussen de prestatie van de werknemer en de vergoeding die hij daarvoor ontvangt (zie uitgebreid hieromtrent D4 en D5), vergelijkbaar met toeslagen voor overwerk, nachtwerk en werk op zon- en feestdagen, verplaatsingsvergoedingen en toeslagen voor zwaar werk.

d) *scholings- en taaltrainingskosten en –uren;*

Nee, toeslagen die geen verband houden met de in art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn genoemde onderwerpen kunnen niet tot het minimumloon worden gerekend. Zoals pensioenbijdragen, ziektekostenvergoedingen, scholingsvergoedingen etc.

e) *prestatiebeloning?*

Ja of nee, afhankelijk van de precieze vormgeving: Bij prestatiebeloning is er een directe koppeling tussen het behaalde resultaat en de beloning. Prestatiebeloning kan mijns inziens wel tot de harde kern worden gerekend als het te behalen resultaat objectief meetbaar is, de prestatiebeloning bij cao voor alle nationale werknemers (in bepaalde functies) is ingevoerd en bijvoorbeeld als standaard geldt in plaats van automatische periodieke salarisverhogingen. Niet in andere gevallen, zoals bijvoorbeeld bij prestatiebeloning 'on top of' periodieke salarisverhogingen in geval van uitzonderlijke prestaties op basis van (soms) op individu toegesneden criteria.

D7 Vraag 10 werknemers

Moeten onder het geldende periodeloon in de schaal, zoals geformuleerd in de WagwEU, de volgende onderdelen worden meegenomen: functie-indeling en opleiding en ervaring van werknemers en/of de aard van de verrichtte werkzaamheden?

Ja, mits dit ook voor nationale werknemers die onder de betreffende cao vallen gebeurt. Het Hof heeft aangegeven in het Finse arrest in de zaak C-396/13 dat berekening van het minimumloon mag worden gebaseerd op de indeling van werknemers in loongroepen, zoals die in de toepasselijke cao's is overeengekomen. Criteria voor de indeling in loongroepen kunnen bijvoorbeeld de kwalificatie, opleiding en ervaring en/of de aard van de werkzaamheden zijn. De berekening en indeling moeten transparant en toegankelijk (in de cao) zijn vastgelegd.

Het Hof ging daarmee uitdrukkelijk voorbij aan de opvatting van A-G Wahl die juist, onder verwijzing naar het arrest Laval, had bepleit dat het in dit arrest geïntroduceerde plafond doelde op het laagste loontarief. Volgens de A-G bood het laagste niveau voldoende bescherming voor gedetacheerde werknemers, omdat dit loon ook van toepassing is op sommige binnenlandse werknemers. Een andere uitleg zou nadrukkelijk de binnenlandse arbeidsmarkt beschermen. Met Kullmann meen ik dat de A-G met deze opvatting echter een belangrijk punt over het hoofd ziet.⁴⁵ Het valt moeilijk in te zien waarom de loonhoogte losgekoppeld moet worden van eventuele werkervaring, opleiding, etc. De gedetacheerde werknemer zou op die manier over één kam worden geschoren met de groep werknemers in het ontvangstland die op basis van genoemde criteria in de laagste loonschaal zijn ingedeeld. Daarmee wordt een vreemde situatie gecreëerd waarbij opleidings- en ervaringsjaren buiten toepassing worden verklaard enkel omdat iemand gedetacheerd wordt naar een andere lidstaat.

⁴⁵ Kullmann, JAR jubileumnummer 2017.

e) Verhouding tussen Waadi en WagwEU

Vraag 7 werknemersorganisaties: *Wanneer een uitzendkracht in dienst van een buitenlands uitzendbureau naar Nederland wordt gedetacheerd, geldt voor hem dan de inlenersbeloning op basis van de WAADI of de harde kern van arbeidsvoorwaarden op grond van de WagwEU?*

Uitzendkrachten die in dienst van een buitenlands uitzendbureau naar Nederland worden gedetacheerd, vallen onder de Detacheringsrichtlijn en daarmee onder de WagwEU. In de harde kernaangelegenheden worden echter ook de “voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, inzonderheid door uitzendbedrijven” genoemd (art. 3 lid 1 sub d Detacheringsrichtlijn). In Nederland is via dit onderdeel van de harde kern art. 8 Waadi van toepassing op gedetacheerde uitzendkrachten. Bij de implementatie van de Detacheringsrichtlijn in Waga, en later WagwEU, vond de regering expliciete opname van ‘het wettelijke regime’ aan kernaangelegenheden niet nodig, ‘omdat genoemde wetten reeds op grond van artikel 7 EVO (thans artikel 9 Rome I) als ‘bijzonder dwingend recht’ van toepassing zijn op iedereen die in Nederland arbeid verricht. Wel wordt verwezen naar een deel van deze wetgeving in artikel 18 WagwEU waarbij in art. 6 sub c Rv de rechtsbevoegdheid van de kantonrechter is geregeld voor vorderingen van gedetacheerde werknemers. In dit kader wordt voor gedetacheerde werknemers de mogelijkheid gecreëerd om loonvorderingen in te stellen op grond van de Waadi.

Volgens art. 8 lid 1 Waadi heeft de nationale uitzendkracht (en dus via de doorwerking van deze bepaling in de harde kern, ook de gedetacheerde uitzendkracht in dienst van een buitenlands uitzendbureau) *recht op dezelfde arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, (sub a) met betrekking tot het loon en overige vergoedingen.* Dit wordt wel de loonverhoudingsnorm genoemd. Op basis daarvan zijn (ook) buitenlandse uitzendbureaus dus verplicht tot betaling van het inlenersloon. Volgens art. 8 lid 3 Waadi mag van bovengenoemde regel bij cao (van de intermediair of van de inlener) worden afgeweken. Vanaf 31 maart 2015 geldt bij de ABU-cao echter vanaf de eerste dag de inlenersbeloning (gelijke beloning en vergoedingen als worden toegekend aan werknemers, werkzaam in gelijkwaardige functies in dienst van de inlener). Dit betekent dat via beide onderdelen van art. 8 Waadi (ook) aan gedetacheerde werknemers de inlenersbeloning gegarandeerd moet worden. Deze ziet op het verlonen aan de hand van het loon en de vergoedingen die worden toegekend aan de eigen werknemers van de opdrachtgever (inlener), werkzaam in gelijkwaardige functies. Het uitgangspunt voor de vaststelling van de inlenersbeloning op grond van de ABU-cao is de verklaring van de inlener. De uitzendonderneming heeft jegens de inlener een opvraagplicht betreffende de inlenersbeloning. Deze bestaat uit het geldende periodeloon, van toepassing zijnde arbeidsduurverkortung, toeslagen voor overwerk, verschoven uren, onregelmatigheid en ploegentoeslag, initiële loonsverhoging, kostenvergoedingen en periodieken.⁴⁶

Herziene Detacheringsrichtlijn: “De uitzendrichtlijn 2008/104 geeft uitdrukking aan het beginsel dat de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die voor uitzendkrachten gelden, ten minste dezelfde moeten zijn als die welke voor deze werknemers zouden gelden als zij door de inlenende onderneming voor dezelfde functie in dienst zouden worden genomen. *Dat beginsel moet ook gelden voor uitzendkrachten die op het grondgebied van een andere lidstaat worden gedetacheerd.* Waar dat beginsel van toepassing is, moet de inlenende onderneming de uitzendonderneming op de hoogte brengen van de arbeidsomstandigheden en beloning die gelden voor haar werknemers. De lidstaten kunnen in bepaalde gevallen voorzien in uitzonderingen op de beginselen van gelijke behandeling en van gelijke beloning op grond van

⁴⁶ Dit komt nagenoeg overeen met hetgeen op basis van de WagwEU (inclusief art. 2 lid 6 sub c wet AVV) geldt.

artikel 5, leden 2 en 3, van Richtlijn 2008/104/EG. Indien een dergelijke uitzondering geldt, heeft het uitzendbureau de informatie over de arbeidsomstandigheden van de inlenende onderneming niet nodig en is het voorschrift betreffende de verstrekking van deze gegevens niet van toepassing.” (overweging 12)

f) Impact van de herziene Detacheringsrichtlijn

Vraag 11 werknemers: De herziene Detacheringsrichtlijn moet medio 2020 in Nederlandse wetgeving geïmplementeerd zijn. *Op welke punten zal de WagwEU, tbv de implementatie van de herziene Detacheringsrichtlijn, naar verwachting moeten worden aangepast? Leidt dit tot andere antwoorden op bovenstaande vragen en zo ja hoe?*

Inmiddels is het voorstel tot herziening aangenomen: richtlijn 2018/957 moet medio 2020 worden geïmplementeerd. In dat licht zal de wetgever in samenspraak met sociale partners moeten screenen wat de wijziging van minimumloon naar remuneratie eventueel nog oplevert qua extra aan (bepaalde categorieën) gedetacheerde werknemers te garanderen aanspraken. Net als in nationale context, regelt de herziene Detacheringsrichtlijn verplicht de gelijkstelling tussen uitzendkrachten en reguliere werknemers in dienst van de inlener op basis van art. 5 Uitzendrichtlijn. Verder is niet alleen 'minimumbeloning' vervangen door beloning, ook zijn 'vakantiedagen' vervangen door 'verlofdagen'. Ten slotte zijn extra voorwaarden inzake huisvesting en bepaalde toeslagen expliciet opgenomen in de harde kern en is ook verder het eea verduidelijkt en verplicht gesteld met betrekking tot toeslagen in verband met detachering.

Bij langdurige detachering (langer dan 12 maanden en in sommige situaties 18 maanden), krijgt de werknemer recht op *alle* toepasselijke arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden die krachtens dwingendrechtelijke wettelijke en cao-bepalingen gelden voor nationale werknemers, *met uitzondering van* aanvullende bedrijfspensioenregelingen, en procedures, formaliteiten en voorwaarden van de sluiting en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, met inbegrip van concurrentiebedingen. Op het punt van kenbaarheid van loonbestanddelen zijn de eisen ook aangescherpt cq nader geconcretiseerd.

Mijn voorlopige inschatting is dat de Nederlandse wetgever relatief weinig hoeft te veranderen aan de WagwEU, nu hij het in de nationale praktijk gebruikelijke brede minimumloonbegrip reeds heeft geïmplementeerd en hij ook op het punt van de kenbaarheid van de loonbestanddelen in art. 2 lid 6 sub c Wet AVV al flinke stappen heeft gezet. Een van de aandachtspunten is langdurige detachering, waarbij mogelijk recht op bovenwettelijke socialezekerheidsuitkeringen zou kunnen ontstaan.

Bepalingen en een aantal overwegingen uit Detacheringsrichtlijn 2018/957

Concurreren op kwaliteit is het streven

Overweging 16: In een daadwerkelijk geïntegreerde en concurrerende interne markt concurreren ondernemingen op basis van factoren als productiviteit, efficiëntie en het opleidings- en vaardighedenniveau van de arbeidskrachten, alsmede de kwaliteit van goederen en diensten en de mate van innovatie daarvan.

De harde kern

Art 3 lid 1

„De lidstaten zien er, ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband, op toe dat in artikel 1, lid 1, bedoelde ondernemingen voor de werknemers die *op basis van een gelijke behandeling op hun grondgebied zijn gedetacheerd* de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden waarborgen die verband houden met de volgende aangelegenheden en die, in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd, zijn neergelegd in:

wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en/of collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard of anderszins van toepassing zijn overeenkomstig lid 8:

- a) maximale werk- en minimale rustperioden;
- b) minimumaantal betaalde jaarlijkse *verlofdagen* (ipv vakantiedagen);
- c) *beloning*, inclusief vergoedingen voor overwerk; dit punt is niet van toepassing op aanvullende bedrijfspensioenregelingen;
- d) voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, inzonderheid door uitzendbedrijven;
- e) gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk;
- f) beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van zwangere of onlangs bevallen vrouwen, van kinderen en jongeren;
- g) gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie;
- h) *de voorwaarden van huisvesting van werknemers, indien de werkgever huisvesting ter beschikking stelt aan werknemers die zich niet op hun gewone werkplaats bevinden;*
- i) *toeslagen of vergoeding van uitgaven voor reis-, maaltijd- en verblijfkosten voor werknemers die beroepshalve van huis zijn.*

Punt i) geldt uitsluitend voor de reis-, maaltijd-, en verblijfkosten die ter beschikking gestelde werknemers maken wanneer zij moeten reizen van en naar hun gewone werkplaats in de lidstaat op het grondgebied waarvan zij zijn gedetacheerd, of wanneer zij door hun werkgever tijdelijk vanuit die gewone werkplaats naar een andere werkplaats worden gezonden.

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt het begrip beloning vastgesteld overeenkomstig het nationale recht en/of de nationale praktijk van de lidstaat op wiens grondgebied de werknemer is gedetacheerd, *en wordt eronder verstaan alle beloningscomponenten die verplicht zijn op grond van nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, of collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die in die lidstaat algemeen verbindend zijn verklaard of anderszins van toepassing zijn overeenkomstig lid 8.*

Onverminderd artikel 5 van Richtlijn 2014/67/EU, publiceren de lidstaten overeenkomstig het nationale recht en/of de nationale praktijk zonder onnodige vertraging en op transparante wijze op de in dat artikel bedoelde enige officiële nationale website informatie over de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, waaronder de componenten van de beloning als

bedoeld in de derde alinea van dit lid, alsmede alle arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden in overeenstemming met lid 1 bis van dit artikel.

De lidstaten zien erop toe dat de op de enige officiële nationale website verstrekte informatie juist en actueel is. De Commissie publiceert de adressen van de enige officiële nationale websites op haar website.

Wanneer, in strijd met artikel 5 van Richtlijn 2014/67/EU, de informatie op de enige officiële nationale website niet vermeldt welke arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden moeten worden toegepast, wordt *bij het bepalen van sancties bij overtredingen van de krachtens deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen met deze omstandigheid overeenkomstig het nationaal recht en/of de nationale praktijk rekening gehouden, voor zover nodig ter waarborging van de evenredigheid ervan.*”;

Vergelijkingsmethode en transparantievereisten

Overweging 18: Bij het vergelijken van de aan een ter beschikking gestelde werknemer betaalde beloning en de beloning die verschuldigd is overeenkomstig het nationale recht en/of de nationale praktijk van de ontvangende lidstaat, moet het brutobedrag van de beloning in aanmerking worden genomen. De totale brutobedragen van de beloning moeten worden vergeleken, in plaats van de afzonderlijke beloningscomponenten die verplicht zijn zoals bepaald in deze richtlijn. ***Met het oog op de transparantie en als hulp voor de bevoegde autoriteiten en instanties bij het verrichten van controles, is het niettemin noodzakelijk dat de beloningscomponenten overeenkomstig het nationale recht en/of de nationale praktijk van de lidstaat van waaruit de werknemer was gedetacheerd, in voldoende detail kunnen worden onderscheiden.***

Overweging 21: **De componenten van de beloning en andere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die voortvloeien uit het nationaal recht of collectieve arbeidsovereenkomsten als bedoeld in deze richtlijn, moeten duidelijk en transparant zijn voor alle ondernemingen en ter beschikking gestelde werknemers.** Aangezien transparantie van en toegang tot informatie essentieel zijn voor de rechtszekerheid en de rechtshandhaving, is het ten aanzien van artikel 5 van Richtlijn 2014/67/EU gerechtvaardigd om de lidstaten de verplichting op te leggen om op de enige officiële nationale website de **informatie over de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, en de verplichte componenten van de beloning bekend te maken, alsmede de aanvullende voorwaarden en omstandigheden die van toepassing zijn op detachering langer dan twaalf maanden of, in voorkomend geval, 18 maanden, op grond van deze richtlijn.** Elke lidstaat moet erop toezien dat de enige officiële nationale website juiste informatie bevat en regelmatig wordt geactualiseerd. **Sancties tegen een dienstverrichter wegens niet-naleving van de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die ter beschikking gestelde werknemers moeten worden geboden, moeten proportioneel zijn, en bij de vaststelling moet in het bijzonder rekening worden gehouden met de vraag of de informatie op de enige officiële nationale website over arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden is verstrekt** in overeenstemming met artikel 5 van Richtlijn 2014/67/EU, met *eerbiediging van de autonomie van de sociale partners.*

Toeslagen

Overweging 18: Toeslagen in verband met de detachering moeten worden beschouwd als een deel van de beloning; deze **toeslagen moeten derhalve worden meegenomen in de vergelijking van de totale brutobedragen van de beloning, tenzij zij betrekking hebben op daadwerkelijk in verband met de detachering gemaakte kosten, zoals reis-, maaltijd- en verblijfkosten.**

Overweging 19: Toeslagen in verband met de detachering dienen vaak meerdere doelen. Voor zover zij bestemd zijn voor de terugbetaling van in verband met de detachering gemaakte onkosten, zoals reis-, maaltijd- en verblijfkosten, mogen zij niet worden beschouwd als deel van de beloning. Het is aan de lidstaten, in overeenstemming met hun nationale recht en/of praktijk, om regels vast te stellen betreffende de vergoeding van dergelijke kosten. De werkgever moet die kosten terugbetalen aan de ter beschikking gestelde werknemers volgens het voor het dienstverband geldende nationaal recht en/of de voor het dienstverband geldende nationale praktijk.

Overweging 20: Gelet op het belang van toeslagen in verband met de detachering, moet **onduidelijkheid vermeden worden over welke onderdelen van deze toeslagen bestemd zijn voor de vergoeding van kosten in verband met de detachering. De volledige toeslag moet worden geacht te zijn betaald ter vergoeding van kosten, tenzij** de arbeidsvoorwaarden die voortvloeien uit wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, **collectieve arbeidsovereenkomsten**, scheidsrechtelijke uitspraken of overeenkomsten die van toepassing zijn op het dienstverband, **bepalen welke onderdelen van de toeslag bestemd zijn voor de vergoeding van kosten die verband houden met de detachering en die deel uitmaken van de beloning.**

Art 3 lid 7: De leden 1 tot en met 6 vormen geen beletsel voor de toepassing van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die gunstiger zijn voor de werknemers.

Toeslagen in verband met de detachering worden als onderdeel van de beloning beschouwd, voor zover ze niet worden uitgekeerd als vergoeding van daadwerkelijk in verband met de detachering gemaakte kosten, zoals reis-, maaltijd-, en verblijfkosten. De werkgever vergoedt onverminderd lid 1, eerste alinea, onder h), ter beschikking gestelde werknemers voor die uitgaven *volgens het voor het dienstverband van de ter beschikking gestelde werknemer geldende nationaal recht en/of de nationale praktijk.*

Indien niet uit de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die van toepassing zijn op het dienstverband blijkt of, en zo ja welke, onderdelen van een toeslag in verband met detachering worden uitgekeerd als vergoeding voor kosten die daadwerkelijk verband houden met de detachering of die onderdeel zijn van de beloning, dan wordt de volledige toeslag geacht te zijn betaald als vergoeding voor kosten.”

[Uitzendkrachten](#)

Art. 3 lid 1 ter. De lidstaten bepalen dat de in artikel 1, lid 3, onder c), bedoelde ondernemingen de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die krachtens artikel 5 van Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en van de Raad gelden **voor uitzendkrachten** die ter beschikking worden gesteld door uitzendbedrijven die zijn gevestigd in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd, tevens garanderen voor ter beschikking gestelde werknemers.

De inlenende onderneming stelt de in artikel 1, lid 3, onder c), bedoelde ondernemingen in kennis van de arbeidsvoorwaarden die zij toepast wat betreft arbeidsomstandigheden en beloning overeenkomstig de eerste alinea van dit lid.

[Langdurige detachering](#)

Overweging 9: Wel “moeten de ontvangende lidstaten er **bij detachering voor meer dan twaalf maanden** op toezien dat ondernemingen die werknemers detacheren op hun grondgebied, *een extra reeks arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden* waarborgen die verplicht van toepassing zijn op werknemers in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd.” Die periode moet worden verlengd tot, *in voorkomend geval, 18 maanden*, indien de dienstverlener een gemotiveerde kennisgeving verstrekt”. “

Overweging 11: Indien een detachering langer duurt dan twaalf maanden of, in voorkomend geval, 18 maanden moeten de **extra arbeidsvoorwaarden** en -omstandigheden die moeten worden gewaarborgd door de onderneming die werknemers detacheert op het grondgebied van een andere lidstaat, *ook gelden voor werknemers die zijn gedetacheerd ter vervanging van andere ter beschikking gestelde werknemers die dezelfde taak uitvoeren op dezelfde plaats*, zulks om ervoor te zorgen dat dergelijke vervangingen niet worden aangewend om de anderszins toepasselijke regels te omzeilen”.

Art 3 lid 1 bis: Wanneer de daadwerkelijke duur van een detachering **meer dan twaalf maanden** bedraagt, zien de lidstaten er, ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband, op toe dat de in artikel 1, lid 1, bedoelde ondernemingen voor op hun grondgebied ter beschikking gestelde werknemers *op basis van gelijke behandeling*, naast de in lid 1 van dit artikel bedoelde arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, **alle toepasselijke arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden waarborgen die in de lidstaat waar het werk wordt uitgevoerd**, zijn neergelegd in:

wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en/of collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard of anderszins van toepassing zijn overeenkomstig lid 8.

De eerste alinea van dit lid geldt **niet voor: a) procedures, formaliteiten en voorwaarden van de sluiting en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, met inbegrip van concurrentiebedingen;**

b) aanvullende bedrijfspensioenregelingen.

Indien de dienstverrichter een gemotiveerde kennisgeving verstrekt, verlengt de lidstaat waar de dienst wordt verleend, de in de eerste alinea bedoelde periode tot 18 maanden.

Indien een onderneming als bedoeld in artikel 1, lid 1, een ter beschikking gestelde werknemer vervangt door een andere ter beschikking gestelde werknemer die op dezelfde plaats hetzelfde werk uitvoert, is de duur van de detachering voor de toepassing van dit lid de totale duur van de perioden van detachering van de afzonderlijke betrokken ter beschikking gestelde werknemers.

Het begrip „op dezelfde plaats hetzelfde werk” als bedoeld in de vierde alinea van dit lid wordt bepaald met inachtneming van onder meer de aard van de te verlenen dienst, het uit te voeren werk en het adres of de adressen van de werkplaats.