

EXPERTOORDEEL inzake de WagwEU - Samenvatting

Prof. mr. Mijke Houwerzijl, 21 december 2018

Door de werkgevers- en werknemersorganisaties vertegenwoordigd in de Stichting van de Arbeid zijn 22 vragen gesteld met betrekking tot de interpretatie van de WagwEU en/of de huidige Detacheringsrichtlijn; 11 van werkgevers- en 11 van werknemerskant. Bij de beantwoording heb ik de vragen onder de volgende zes thema's gegroepeerd.

- a) Relevantie cao-werkingsfeerbepaling voor aanspraken van gedetacheerde werknemers
- b) WagwEU minimumloonbegrip in lijn met EU-recht?
- c) Niet-aangeduide cao-kernarbeidsvoorwaarden
- d) Interpretatie minimumloonbestanddelen
- e) Verhouding WagwEU/Waadi (Detacheringsrichtlijn/Uitzendrichtlijn)
- f) Impact herziene Detacheringsrichtlijn

Hieronder volgt per thema een samenvatting van de antwoorden/conclusies. Voor een volledige beantwoording verwijs ik naar het expertoordeel van 28 september jl.

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

Artikel 3 Detacheringsrichtlijn

Op grond van art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn zijn in een andere EU-lidstaat gevestigde werkgevers (hierna: buitenlandse werkgevers) verplicht 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.

Door gedetacheerde werknemers met betrekking tot de harde kern dezelfde bescherming te bieden als nationale werknemers, wordt op dat vlak een gelijk speelveld gecreëerd. Dit past bij 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). 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 een gelijke behandeling inzake de kernaangelegenheden beoogd is.

Dit betekent echter niet dat sociale partners verplicht zijn om op het vlak van de kernaangelegenheden ook daadwerkelijk dwingendrechtelijke arbeidsbescherming te creëren: de Detacheringsrichtlijn is in die zin slechts van coördinerende aard en heeft geen harmoniserende Europees arbeidsrechtelijke 'ambities'. Alleen indien 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.

Omzetting van artikel 3 Detacheringsrichtlijn in art. 2 lid 6 Wet AVV

De uitbreiding van het territoriale toepassingsbereik van verbindend verklaarde cao-bepalingen op het vlak van de 'kernonderwerpen' tot in Nederland gedetacheerde werknemers, is door de wetgever terecht direct neergelegd in art. 2 lid 6 Wet AVV. 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, 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.

De toepasselijkheid van verbindend verklaarde cao-kernbepalingen op gedetacheerde werknemers en hun buitenlandse werkgevers is dus terecht onttrokken aan de beleidsvrijheid van sociale partners. Wat de Detacheringsrichtlijn beoogt, zou anders 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 door bijvoorbeeld een werkingssfeer waarin bepaald wordt dat de cao geldt voor in Nederland gevestigde werkgevers.

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 (reeds) verbindend verklaarde cao-bepalingen met betrekking tot de kernaangelegenheden doorwerken. Buitenlandse dienstverrichters en hun gedetacheerde werknemers dienen 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.

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, terwijl avv-kernbepalingen uit die cao vervolgens toch doorwerken in de relatie van gedetacheerde werknemer en zijn buitenlandse werkgever op grond van art. 2 lid 6 Wet AVV. Het verdient 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.

Duidelijke, niet discriminerende, neutrale werkingssfeerbepalingen dienen *naast en niet in plaats* van het van rechtswege toepasselijk verklaren via art. 2 lid 6 Wet AVV te worden bevorderd. Wanneer cao-partijen desalniettemin aan een uitsluitende werkingssfeerbepaling vasthouden, zou de Minister wellicht zijn bevoegdheid kunnen inzetten door op een nadere omschrijving van de werkingssfeer van te avv-en cao-bepalingen aan te dringen om te voorkomen dat ge-avv-de cao-werkingssfeerbepalingen aan art. 2 lid 6 Wet AVV tegenstrijdige 'signalen uitzenden'. Het zou te vergaan als de Minister een uitsluitende werkingssfeerbepaling 'bestraft' door de cao niet algemeen verbindend te verklaren. Een eventueel in te stellen 'sanctie' voor een uitsluitende werkingssfeerbepaling dient immers 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).

b) WagwEU minimumloonbegrip in lijn met EU-recht?

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.

Meer inhoudelijk is art. 2 lid 6 sub c Wet AVV evenmin strijdig met het Europese recht. Zoals het Hof in het arrest *Sähköalojen ammattiliitto ry* (C-396/13; hierna: het Finse arrest) bepaalt, 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” (r.o. 41). 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 breed minimumloonbegrip op zijn grondgebied/in zijn sectoren algemeen gangbaar is voor de eigen werknemers in vergelijkbare functies/werkzaamheden.

Mijns inziens bevestigt het Hof in het Finse arrest dat voor gedetacheerde werknemers geen ‘afgeslankt’ minimumloonbegrip kan worden gehanteerd ten opzichte van het geldende minimumloonniveau voor nationale werknemers. Integendeel, er moet precies aangesloten worden bij het nationale minimumloonbegrip; niet minder dan dat, vanuit het belang van de bescherming van gedetacheerde werknemers en vanuit het oogpunt van een gelijk speelveld, 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.

Art. 2 lid 6 Wet AVV sub c maakt geen inbreuk op de bevoegdheid van cao-partijen om zelf het minimumloon op cao niveau vast te stellen. 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.

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

In het Finse arrest 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. Dit houdt, aldus het Hof, met name in 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?

Ten eerste is van belang op te merken dat het Finse arrest is geweest voordat de implementatietermijn van de Handhavingsrichtlijn verstreken was. Art. 5 van de Handhavingsrichtlijn preciseert de transparantievereisten en bepaalt dat de informatie "duidelijk, transparant, begrijpelijk, volledig en op gemakkelijk toegankelijke wijze algemeen gratis beschikbaar" moet zijn. 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*". Cao-partijen dienen een bijlage waarin de kernbepalingen zijn genoemd in te sturen, dan wel door middel van markerings, renvooi, of een aangepaste opmaak te hebben aangeduid welke cao-bepalingen de kernbepalingen betreffen, of een bestand toe te zenden 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? Dit zijn vragen waarop nog geen antwoord is te geven.

Noch jurisprudentie, noch de tekst van Detacheringsrichtlijn of Handhavingsrichtlijn nopen tot de conclusie dat cao-bepalingen alleen verbindend verklaard mogen worden als zij voldoende kenbaar zijn (nog daargelaten dat voornog 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 verstreckende sanctie te koppelen aan onvoldoende kenbare cao-bepalingen. Integendeel, in beginsel is de beleidsvrijheid van lidstaten in hun sanctiebeleid groot, zolang sancties maar 'voldoende afschrikwekkend' zijn en voldoen aan vereisten zoals de proportionaliteitstoets.

Zoals ondersteund lijkt te worden door overweging 21 en het nieuwe art. 3 lid 1 van de herziene Detacheringsrichtlijn (Richtlijn 957/2018), 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, waarop de ontvangstlidstaat moet toezien (zie ook hierboven onder b).

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. De buitenlandse werkgever kan vervolgens de schade proberen te verhalen op cao-partijen (en eventueel ook de staat) in het ontvangstland. 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.

Vereenvoudigd loongebouw/indeling functiegroepen in de Cao Bouwnijverheid

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 garantieloon en/of garantieloon voor stukwerk, vastgesteld op basis van de toepasselijke loongroepen.

Het vereenvoudigde loongebouw/indeling functiegroepen in de Cao Bouwnijverheid is ingesteld om de toegankelijkheid van de toepasselijke cao-bepalingen te vergroten voor buitenlandse dienstverrichters (en hun werknemers) en daarmee de kans te vergroten dat een en ander correct wordt toegepast. Een dergelijk initiatief vergroot de transparantie, maar mag tegelijkertijd niet strijdig zijn 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

Algemene maatstaf

Zoals bevestigd in 2015 in het Finse arrest, kan de nationale wetgeving iets tot het ten aanzien van gedetacheerde werknemers te hanteren minimumloonbegrip rekenen 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.

Eindejaarsuitkering en ADV/ATV-dagen?

Bij zijn beoordeling zal het EU Hof van Justitie 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. ADV/ATV-dagen fungeren 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 mogen worden verkocht). Per cao zal een beoordeling moeten plaatsvinden op grond van de specifieke kenmerken van de hierin opgenomen ADV/ATV regeling.

Loondoorbetaling bij ziekte?

Loondoorbetaling bij ziekte behoort 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 geen deel uitmaken van de minimumloonbestanddelen die ten aanzien van gedetacheerde werknemers moeten worden gegarandeerd.

Toeslagen die de verhouding 'prestatie-tegenprestatie' wijzigen?

Het onderbrengen van toeslagen voor overwerk, verschoven uren, onregelmatigheid, waaronder feestdagtoeslag en ploegentoeslag, in artikel 2, lid 6 sub c onder 3 wet AVV, is duidelijk gebaseerd op het 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. Voorkomen moet dan ook worden dat dergelijke toeslagen bij de bepaling van het te garanderen minimumloon in de ontvangstlidstaat in aanmerking worden genomen op een wijze die de betrokken werknemers de hogere economische tegenwaarde van hun arbeid onthoudt.

Bij het interpreteren van deze jurisprudentie wordt vaak over het hoofd gezien dat het van de nationale praktijk of wetgeving afhangt of genoemde toeslagen daarmee juist wel of juist niet tot het nationale minimumloonbegrip gerekend moeten worden. In het 'Duitse arrest' was het laatste het geval omdat in de betreffende Duitse cao (met federaal toepassingsgebied) een 'enge' minimumloondefinitie (van alleen het 'flat rate' basisloon) werd gehanteerd (vergelijkbaar met de definitie in de Nederlandse WML). 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 toeslagen – voor zover cao's hierover bepalingen kennen – in art. 2 lid 6 sub c onder 3 wet AVV juist wél tot het minimumloonbegrip worden gerekend.

Dagvergoeding die wordt uitgekeerd ongeacht werkelijk gemaakte kosten & vergoeding voor veraf gelegen werken?

Art. 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn 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. *Forfaitaire toeslagen* in verband met de terbeschikkingstelling moeten daarentegen *als een deel van het minimumloon worden beschouwd*. In het Finse arrest ziet het Hof deze vaste toeslagen namelijk niet als vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten. 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.

Vergoeding voor bereikbaarheids- of consignatie-diensten?

Bij bereikbaarheids- of consignatiediensten, moet een werknemer beschikbaar zijn buiten zijn normale rooster zodat hij 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 economische prestatie van de werknemer en de vergoeding die hij daarvoor ontvangt. Vergelijkbaar met toeslagen voor overwerk, nachtwerk en werk op zon- en feestdagen,

verplaatsingsvergoedingen en toeslagen voor zwaar werk, dient een in de avv cao opgenomen vergoeding voor bereikbaarheids- of consignatie-diensten dus op gelijke wijze aan gedetacheerde werknemers en aan nationale werknemers gegarandeerd te worden.

Scholings- en taaltrainingskosten en –uren?

Scholings- en taaltrainingskosten houden geen verband met de in art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn genoemde onderwerpen en kunnen dus niet tot het aan gedetacheerde werknemers te garanderen minimumloon worden gerekend. Dit geldt ook voor pensioenbijdragen, ziektekostenvergoedingen etc.

Prestatiebeloning?

Of prestatiebeloning deel uit kan maken van de te garanderen minimumloonbestanddelen aan gedetacheerde werknemers hangt af van de precieze vormgeving. 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.

Moeten bij de bepaling van het geldende periodeloan in de schaal, de functie-indeling en opleiding en ervaring van werknemers en/of de aard van de verrichtte werkzaamheden mee worden genomen?

Mits dit ook voor nationale werknemers die onder de betreffende cao vallen gebeurt, moet dat tevens gebeuren ten aanzien van gedetacheerde werknemers. Het Hof heeft aangegeven in het Finse arrest 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 met het in dit arrest geïntroduceerde ‘plafond’ voor de aan buitenlandse werkgevers op te leggen minimumbeloning in het ontvangstland, gedoeld werd op het laagste loontarief.

e) Verhouding WagwEU/Waadi (Detacheringsrichtlijn/Uitzendrichtlijn)

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. Krachtens art. 6 sub c Rv kunnen gedetacheerde werknemers loonvorderingen in stellen op grond van de Waadi. Vanaf 31 maart 2015 geldt bij de ABU-cao 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 zowel via lid 1 als lid 3 van art. 8 Waadi (ook) aan gedetacheerde werknemers de inlenersbeloning gegarandeerd moet worden.

f) Impact herziene Detacheringsrichtlijn

Richtlijn 2018/957 moet medio 2020 worden geïmplementeerd. De herziene Detacheringsrichtlijn verplicht tot 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 een en ander 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.