

Aan decentrale cao-partijen

AC/5367

Den Haag : 9 januari 2019

Ons kenmerk: S.A.19.40742 JM/JS

Uw kenmerk :

Betreft : Implementatie WagwEU in de cao

Geachte mevrouw, heer,

Hierbij ontvangt u de handreiking *Hoe maak ik mijn cao WagwEU proof?*, Een handreiking aan cao-partijen om de WagwEU in hun cao te implementeren.

Zoals bekend, dienen cao-partijen in hun cao de zogeheten 'harde kern' van hun arbeidsvoorwaarden zodanig te duiden zodat detacheerders snel weten waar gedetacheerde werknemers uit de EU-lidstaten, EER en Zwitserland in Nederland minimaal recht op hebben. Om u bij de vaststelling welke arbeidsvoorwaarden behoren tot de zogeheten 'harde kern' te faciliteren, heeft de Stichting van de Arbeid een handreiking opgesteld. Deze is gebaseerd op een recent rapport van prof. mr. dr. Houwerzijl, *Expertoordeel inzake de WagwEU*. Zij is expert op dit gebied. Dit rapport en de samenvatting kunt u downloaden van de website van de Stichting van de Arbeid:

<https://www.stvda.nl/nl/thema/arbeidsvoorwaarden>

Een aantal sectoren heeft de 'harde kern' reeds in hun cao verwerkt. Ingeval u dit nog niet gedaan heeft, wordt u verzocht in uw eerstvolgend cao-overleg de 'harde kern' te duiden indien er in uw sector/bedrijf gebruik wordt gemaakt van tijdelijke detachering van werknemers uit de EU-lidstaten, EER en Zwitserland.

Met vriendelijke groet,
STICHTING VAN DE ARBEID



drs. E.R. Haket
plv. secretaris

Bijlage: *Handreiking*

Januari 2019

Hoe maak ik mijn cao WagwEU-proof?

Een handreiking aan cao-partijen om de WagwEU in hun cao te implementeren

Inleiding

De Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagwEU) bepaalt welke arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn op werknemers die vanuit andere lidstaten zijn gedetacheerd in Nederland. Met deze wet heeft Nederland de Europese Detacheringsrichtlijn (1996) en de bijbehorende Handhavingsrichtlijn (2014) geïmplementeerd.

De WagwEU regelt dat werkgevers uit andere EU-lidstaten¹ verplicht zijn om aan hun werknemers die tijdelijk in Nederland zijn gedetacheerd bepaalde minimum-arbeidsvoorwaarden toe te kennen. Deze arbeidsvoorwaarden worden ook wel de ‘harde kern’ van de arbeidsvoorwaarden genoemd.

Dit leidt ertoe dat cao-partijen, als sprake is van een cao in de sector waarvoor een algemeen verbindendverklaring van toepassing is, wordt gevraagd op de kortst mogelijke termijn in hun cao’s duidelijk te maken welke specifieke cao-bepalingen tot de harde kern behoren.

In deze checklist staat uitgelegd hoe u uw cao WagwEU-proof kunt maken.

Deze handreiking is gebaseerd op *Expertoordeel inzake de WagwEU*, een rapport van prof. mr. dr. Houwerzijl dat in opdracht van de Stichting van de Arbeid in september 2018 is geschreven².

¹ Deze afspraken gelden - conform de WagwEU - ook voor de EER en Zwitserland.

² Zie www.stvda.nl bij publicaties 2018 of onder thema arbeidsvoorwaarden.

Wat te doen

1. U moet **zo spoedig mogelijk** aangeven in uw cao welke arbeidsvoorwaarden op grond van de WagwEU behoren tot de **harde kern**. Dit is een wettelijke verplichting. Cao-partijen dienen bij de **aanvraag voor algemeenverbindendverklaring (avv)** aan te geven om welke specifieke cao-bepalingen het gaat aangezien de harde kern per cao verschilt.
2. De harde kern moet snel **vindbaar** zijn in uw cao en op uw website. Belangrijk is dat de harde kern ook te vinden is op de website van het ministerie van SZW, <http://cao.szw.nl>. Dit is het internetportaal voor alle buitenlandse bedrijven die in Nederland een opdracht komen uitvoeren. Buitenlandse werkgevers raadplegen deze website zodat zij snel op de hoogte zijn welke arbeidsvoorwaarden zij moeten toekennen aan hun in Nederland gedetacheerde werknemers.
U kunt uw informatie mailen naar PostbusFunctioneelBeheerUAW@minszw.nl.
3. Zorg ervoor dat de harde kern goed **leesbaar** is. Een Engelse vertaling is aan te bevelen. Invoeging van een apart hoofdstuk in de cao waarin bij iedere kernarbeidsvoorwaarde een verwijzing staat naar het bijbehorende cao-artikel kan uitkomst bieden. Bijvoorbeeld: zie voor de minimumbeloning artikel X, zie voor de rusttijden artikel Y.
In de bijlage zijn drie voorbeelden van cao-partijen die de ‘harde kern’ reeds in hun cao hebben opgenomen: cao Bouw & Infra, cao Open Teelten en cao Uitzendkrachten. Er is een Engelse vertaling bijgevoegd van de ‘harde kern’ van deze laatste cao.
4. Het is niet nodig om de werkingssfeer van algemeen verbindend verklaarde cao’s expliciet of impliciet van toepassing te verklaren op gedetacheerde werknemers en hun werkgevers uit een andere lidstaat. Anderzijds schept het verwarring als u hen expliciet *uitsluit* van de werkingssfeer van de cao. Het advies is om **duidelijke, zo neutraal mogelijke, niet-discriminerende werkingssfeerbepalingen** op te nemen in de cao.
5. Mocht u nog vragen hebben, meldt u zich dan bij uw branchevereniging of vakbond. Brancheverenigingen en vakbonden kunnen op hun beurt terecht bij de centrale werkgeversorganisaties en vakbonden.
U kunt ook nagaan of uw vraag wordt opgelost door te rade te gaan bij de het *Expertoordeel inzake de WagwEU*, het rapport van prof. mr. dr. Houwerzijl³.

³ Zie www.stvda.nl bij publicaties 2018 of onder thema arbeidsvoorwaarden.

Welke arbeidsvoorwaarden behoren tot de ‘harde kern’

In de WagwEU staat dat cao-bepalingen die behoren tot de zogeheten ‘harde kern’ en die algemeen verbindend zijn verklaard ook van toepassing zijn op arbeidsovereenkomsten van gedetacheerde werknemers die uit andere Europese lidstaten tijdelijk komen werken in Nederland. Volgens artikel 2 lid 6 van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van cao’s (Wet AVV) gelden algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen die betrekking hebben op de hieronder volgende arbeidsvoorwaarden ook voor tijdelijk gedetacheerde werknemers uit andere lidstaten:

- a. Maximale werktijden en minimale rusttijden;
- b. Minimumaantal vakantiedagen waarover de werkgever verplicht is om loon te betalen en extra vergoedingen in verband met vakantie (vakantietoeslag);
- c. Minimumloon (zie hieronder);
- d. Voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers (voorwaarden voor het inzetten van uitzendwerk);
- e. Gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk;
- f. Beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden van kinderen, jongeren en zwangere en pas bevallen werkneemsters;
- g. Gelijke behandeling van mannen en vrouwen en andere bepalingen over niet-discriminatie.

NB Het is toegestaan om de harde kern uit de avv-cao voor tijdelijk gedetacheerde werknemers anders vorm te geven *mits* de waarde gelijk is aan de waarde van de arbeidsvoorwaarden voor de nationale werknemer.

In de WAGWEU is het minimumloon onderverdeeld.

- **Tot het minimumloon behoren in ieder geval:**

- Het periodeloon in de schaal: als bij het vaststellen van het periodeloon van nationale werknemers de functie-indeling, hun opleiding en ervaring en/of de aard van de werkzaamheden een rol spelen, moet dit ook het geval zijn bij gedetacheerde werknemers.
- De arbeidsduurverkortung per week, maand, jaar of periode als deze dagen fungeren als financiële compensatie voor verrichte arbeid.
- Toeslagen voor overwerk, verschoven uren en onregelmatigheid, waaronder feestdagen- en ploegentoeslag. Dit betreft ook vergoedingen voor bereikbaarheids- of consignatiediensten.
- Tussentijdse loonsverhoging.
- Kostenvergoeding: vergoeding voor reiskosten, reistijd, pensionkosten en andere kosten die noodzakelijk zijn om de functie uit te oefenen. Hieronder vallen ook specifieke toeslagen voor detachering, zoals een uitzendpremie of dagvergoeding, die zijn opgenomen in een wettelijke regeling of een algemeen verbindend verklaarde cao. Ook forfaitaire toeslagen in verband met de terbeschikkingstelling zijn onderdeel van het minimumloon.
- Periodieken: prestatiebeloning als het te behalen resultaat objectief meetbaar is en bij cao voor alle nationale werknemers (in bepaalde functies) is ingevoerd. Dat is

bijvoorbeeld het geval als een prestatiebeloning de standaard is in plaats van automatische periodieke salarisverhogingen. In andere gevallen - zoals prestatiebeloning 'on top of' of periodieke salarisverhogingen voor uitzonderlijke prestaties op basis van (soms) op een individuele werknemer toegesneden criteria - behoren periodieken niet tot het minimumloon.

- Eindejaarsuitkeringen: eindejaarsuitkeringen of een dertiende maand die aan iedere werknemer worden toegekend.
- Extra vergoedingen in verband met vakantie.

- ***Tot het minimumloon behoren niet:***

- Aanspraken op aanvullende bedrijfspensioenregelingen.
- Aanspraken op wettelijke en bovenwettelijke socialezekerheid zoals bepalingen over loondoorbetaling bij ziekte en ziektekostenvergoedingen.
- Vergoedingen van daadwerkelijk in verband met de detachering gemaakte onkosten zoals reizen, maaltijden en huisvesting. Hierbij gaat het niet om reis- en verblijfkosten die de werknemer maakt om zijn functie uit te oefenen maar om kosten die verband houden met de detachering zoals de kosten van de terugreis naar het thuisland.
- Scholings- en trainingskosten.

Bijlage

Voorbeeldteksten van ‘harde kern’-bepalingen in de cao

Hieronder volgen hieronder drie voorbeeldteksten. Een uit de cao Bouw & Infra 2018-2019. Een uit de cao Open Teelten 2018-2020 en een uit de Cao voor Uitzendkrachten 2018-2019.

De cao-bepalingen uit de cao Bouw&Infra wachten nog op avv. Beide andere cao's hebben inmiddels een avv. Omdat de harde kernbepalingen uit voorgaande cao's Bouw&Infra echter konden rekenen op avv is ook deze tekst als voorbeeld in de handreiking is opgenomen. Mocht als gevolg van de avv de tekst nog wijzigen dan zal de handreiking worden aangepast.

Als voorbeeld is tot slot ook de Engelse vertaling van de harde kern van de Cao voor Uitzendkrachten toegevoegd.

Voorbeeld 1: Cao Bouw en Infra 2019/2019, artikel 7 en bijlage 3
http://cao.minszw.nl/docs/pdf/174/2018/174_2018_13_240956.pdf

Artikel 7: Buitenlandse werknemers

In overeenstemming met het bepaalde in artikel 1 lid 6 en met de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagwEU) zijn verbindend verklaarde bepalingen van deze cao ten aanzien van

- a. maximale werktijden en minimale rusttijden;
- b. het minimum aantal vakantiedagen, gedurende welke de verplichting van de werkgever om loon te betalen bestaat, en extra vergoedingen in verband met vakantie;
- c. minimumloon, waarbij tot dit minimumloon in ieder geval behoren:
 1. het geldende periodeloan in de schaal;
 2. de van toepassing zijnde arbeidsduurverkortung per week/maand/jaar/periode;
 3. toeslagen voor overwerk, verschoven uren, onregelmatigheid, waaronder feestdagtoeslag en ploegtoeslag;
 4. tussentijdse loonsverhoging;
 5. kostenvergoeding: reiskosten en reistijdvergoeding, pensioenkosten en andere kosten noodzakelijk vanwege de uitoefening van de functie;
 6. periodieken;
 7. eindejaarsuitkeringen;
 8. extra vergoedingen in verband met vakantie,en waarbij niet tot dit minimumloon behoren: aanspraken op aanvullende bedrijfspensioenregelingen en op bovenwettelijke sociale zekerheidsaanspraken en vergoedingen boven het loon voor door de werknemer in verband met de detachering te maken onkosten voor reizen, huisvesting of voeding;
- d. voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers;
- e. gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk;
- f. beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden van kinderen, jongeren en van zwangere of pas bevalen werkneemsters;
- g. gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie,

ook van toepassing op de ter beschikking gestelde werknemer, die tijdelijk in Nederland arbeid verricht en wiens arbeidsovereenkomst wordt beheerst door een ander dan het Nederlandse recht (zie ook bijlage 3). Onder ter beschikking gestelde werknemer wordt in dit verband verstaan iedere werknemer die gedurende een bepaalde periode werkt in Nederland, dat niet het land is waar die werknemer gewoonlijk werkt.

Bijlage 3: Toepassing cao Bouw & Infra voor buitenlandse arbeidskrachten als bedoeld in artikel 7

DEEL I: INVENTARISATIE EN UITWERKING TOEPASSELIJKE BEPALINGEN

Overeenkomstig de bepalingen van de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagwEU) zijn op ter beschikking gestelde werknemers, als bedoeld in artikel 7 de volgende artikelen van deze cao van toepassing.

Tabel 1: Overzicht

Onderwerpen	cao-artikelen
Algemeen	Artikel 1: Definities Artikel 13: Nalevingonderzoeken Artikel 40: Begrippen
Maximale werktijden en minimale rusttijden	Artikel 23: Basisregeling arbeidsduur en arbeidstijden Artikel 24: Kaderregeling arbeidsduur en arbeidstijden Artikel 29 en 31: Overwerk Artikel 32: Verschoven uren Infra Artikel 33: Ploegendienst Artikel 34: Bereikbaarheidsdienst Artikel 38: Kort verzuim
Minimum aantal vakantiedagen	Artikel 20a en 20b: Beëindiging dienstverband Artikel 35a en 35b: Vakantie Artikel 36a en 36b: Roostervrije dagen Artikel 36c en 36d: Extra roostervrije dagen Artikel 37: Feestdagen
Minimumloon	Artikel 30a: Toeslag bijzondere uren Artikel 30b en 31: Overwerkvergoeding Artikel 32: Toeslag verschoven uren Infra Artikel 33: Toeslag ploegendienst Artikel 34: Vergoeding bereikbaarheidsdienst Artikel 41a en 41b: Functie-indeling Artikel 42a t/m 42c en 43: Garantielonen en salarisschalen Artikel 44: Loons- en salarisverhogingen Artikel 45: Prestatiebeloning Artikel 46a en 46b: Vakantietoeslag Artikel 49: Wijze van loonbetaling Artikel 50 en 54: Reiskostenvergoeding Artikel 51: Reisurenvergoeding Artikel 52: Chauffeurstoelag Artikel 53: Premie schadevrij rijden Artikel 55: Vergoeding verafgelegen werken Artikel 56: Vergoeding werkkleding en gereedschap Artikel 57: Toeslag steenzetterswerkzaamheden
Voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers	Artikel 6: Uitzendarbeid en inleen uitzendkrachten
Gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk	Artikel 56: Persoonlijke beschermingsmiddelen Artikel 70a, 70b en 70c: Bijzondere veiligheids- en arbobepalingen Artikel 71: Veiligheid bij Infrawerkzaamheden
	Artikel 73 en 74: Ongunstige weersomstandigheden

Beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden van kinderen, jongeren en van zwangere of pas bevallen werkneemsters	Artikel 29: Verbod op overwerk door jongeren Artikel 45: Verbod op werken in tarief door jongeren
Gelijke behandeling van mannen en vrouwen	

Tabel 2: Uitwerking van toepassing zijnde bepalingen

Artikel	Van toepassing zijnde delen
Artikel 1: Definities	Integraal
Artikel 6: Uitzendarbeid en in-leen uitzendkrachten	Lid 1a Lid 1b: 'De toepasselijke cao-bepalingen: h. zijn nader uitgewerkt en verbijszonderd in bijlage 2 van deze cao; i. zijn voor buitenlandse uitzendkrachten van toepassing voor zover ze ook zijn opgenomen in bijlage 3 van deze cao.' Lid 3
Artikel 13: Nalevingonderzoeken	Integraal
Artikel 20a: Beëindiging dienstverband bouwplaatswerknemers	Lid 8 Lid 9a Lid 9b: 'Alleen wanneer het dienstverband op verzoek van de werknemer wordt beëindigd, dan wel bij beëindiging van het dienstverband met als reden zeer verwijtbaar gedrag van de werknemer, kan in geval bij de beëindiging van het dienstverband de werknemer meer roostervrije dagen blijkt te hebben opgenomen dan waarop hij op de datum van beëindiging recht had, de werkgever deze meerdere dag(en) met de werknemer verrekenen.' Lid 10
Artikel 20b: Beëindiging dienstverband uta-werknemers	Lid 7 Lid 8a Lid 8b: 'Alleen wanneer het dienstverband op verzoek van de werknemer wordt beëindigd, dan wel bij beëindiging van het dienstverband met als reden zeer verwijtbaar gedrag van de werknemer, kan in geval bij de beëindiging van het dienstverband de werknemer meer roostervrije dagen blijkt te hebben opgenomen dan waarop hij op de datum van beëindiging recht had, de werkgever deze meerdere dag(en) met de werknemer verrekenen.' Lid 9
Artikel 23: Basisregeling arbeidsduur en arbeidstijden	Integraal
Artikel 24: Kaderregeling arbeidsduur en arbeidstijden	Integraal

Artikel 29: Niet-verplicht overwerk bouwplaatswerknemers	Lid 1: 'Wanneer in bijzondere gevallen de omstandigheden dat vereisen, kan de werkgever na overleg en met instemming van 70% van de daarbij betrokken werknemers bepalen dat overwerk wordt verricht, met inachtneming van de volgende bepalingen.' Lid 2 t/m 7
Artikel 30a: Toeslag bijzondere uren	Integraal
Artikel 30b: Overwerkvergoeding bouwplaatswerknemers	Integraal
Artikel 31: Overwerk uta-werknemers	Integraal
Artikel 32: Verschoven uren Infra bouwplaatswerknemers	Integraal
Artikel 33: Ploegendienst	Integraal
Artikel 34: Bereikbaarheidsdienst	Integraal
Artikel 35a: Vakantie bouwplaatswerknemers	Lid 1 en 2 Lid 4, alleen eerste volzin Lid 5 t/m 10
Artikel 35b: Vakantie uta-werknemers	Integraal, behoudens lid 1 laatste volzin
Artikel 36a: Roostervrije dagen bouwplaatswerknemers	Lid 1 Lid 2: 'In het kader van deze cao is het aantal roostervrije dagen per kalenderjaar vastgesteld op 20. Van de 20 roostervrije dagen per kalenderjaar worden: a. 10 dagen vastgesteld in de onderneming op basis van de in lid 4a genoemde regeling; b. 10 dagen vastgesteld overeenkomstig het verzoek van de werknemer. Het verzoek wordt in ieder geval gehonoreerd indien dit twee weken voor aanvang aan de werkgever kenbaar is gemaakt.' Lid 4a Lid 6
Artikel 36b: Roostervrije dagen uta-werknemers	Lid 1 Lid 2, alleen eerste volzin Lid 3 t/m 6
Artikel 36c: Extra roostervrije dagen voor oudere bouwplaatswerknemers	Integraal
Artikel 36d: Extra roostervrije dagen voor oudere uta-werknemers	Integraal
Artikel 37: Feestdagen	Integraal

Artikel 38: Kort verzuim	Lid 1: 'In de hierna te noemen gevallen heeft de werknemer gedurende in totaal maximaal drie werkdagen per kalenderjaar recht op vrijaf, met doorbetaling van het vast overeengekomen loon: (...)'. Rest lid 1 ongewijzigd Lid 6 en 7
Artikel 40: Begrippen	Integraal
Artikel 41a: Functie-indeling bouwplaatswerknemers	Lid 1, met dien verstande dat voor buitenlandse werknemers een aangepaste functie-indeling geldt (zie deel II van deze bijlage). Lid 2 Lid 4
Artikel 41b: Functie-indeling uta-werknemers	Lid 1, met dien verstande dat voor buitenlandse werknemers een aangepaste functie-indeling geldt (zie deel II van deze bijlage). Lid 2 en 3
Artikel 42a t/m 42c: Garantielonen bouwplaatswerknemers	Zie aparte uitwerking in deel III van deze bijlage. 42a lid 7a: 'De werkgever betaalt een werknemer die nog nooit in de bouw heeft gewerkt, maximaal voor de periode van een jaar een loon volgens de inloopschaal (zie tabel V, bijlage 10a).' 42a lid 7b
Artikel 43: Salarisschalen uta-werknemers	Lid 1 Lid 2: 'De werkgever zal aan de werknemer van 22 jaar of ouder een salaris betalen dat ligt op of boven het minimum van de salarisschaal behorend bij diens functieniveau. De salarissen zijn opgenomen in tabel 1 van bijlage 10b.' Lid 3: 'De werkgever zal aan de jeugdige werknemer beneden de leeftijd van 22 jaar een salaris betalen dat ligt op of boven het minimum van de salarisschaal behorend bij diens functieniveau. De salarissen zijn opgenomen in tabel 2 van bijlage 10b.' Lid 4 t/m 6
Artikel 44: Loons- en salarisverhogingen	Integraal
Artikel 45: Prestatiebeloning	Integraal
Artikel 46a: Vakantietoeslag	Alleen eerste volzin
Artikel 46b: Vakantietoeslag voor uta-werknemers	Lid 1 en 2
Artikel 49: Wijze van loonbetaling	Lid 1 en 2 Lid 3: 'Bij elke loonbetaling zal aan de werknemer een specificatie worden verstrekt van het brutoloon, verdeeld in bijvoorbeeld garantieloon, prestatiebeloning of soortgelijke beloningscomponenten, overuren, reisinvergoeding en andere vergoedingen en/of toeslagen.'
Artikel 50: Reiskostenvergoeding bouwplaatswerknemers	Lid 1: in dit geval moet onder woning worden verstaan de tijdelijke verblijfplaats in Nederland van de ter beschikking gestelde werknemer Lid 2 t/m 7

Artikel 51: Reisuren	Lid 1: 'Onder reisen worden verstaan de uren gedurende welke gereisd wordt van de tijdelijke verblijfplaats in Nederland tot het werk en terug. Zij moeten worden vergoed indien de arbeid in een andere dan de tijdelijke verblijfsgemeente van de werknemer plaatsvindt. Daarbij dient de werkgever de bepalingen van dit artikel in acht te nemen.' Lid 2 t/m 6 Lid 8 en 9
----------------------	---

Artikel 52: Chauffeurtoeslag	Integraal
Artikel 53: Premie schadevrij rijden	Integraal
Artikel 54: Reiskostenvergoeding uta- werknemers	Lid 1 t/m 3 Lid 6
Artikel 55: Vergoeding verafgelegen werken	Lid 1 en 2
Artikel 56: Vergoeding werkkleding en gereedschap	Integraal
Artikel 57: Toeslag steenzetterswerkzaamheden	Integraal
Artikel 70a: Bijzondere veiligheids- en arbobepalingen	Integraal
Artikel 70b: Bijzondere veiligheids- en arbobepalingen bouwplaatswerknemers	Lid 1 en 2 Lid 3: 'Jeugdige werknemers beneden 18 jaar mogen niet zelfstandig bouwkransen, graafmachines, handtrilwalsen, smalspoorlocomotieven, kleine funderingsinstallaties, bouwmachines en mobiele kransen bedienen of onderhouden. Jeugdige werknemers van 18 jaar en ouder mogen deze werkzaamheden zelfstandig verrichten wanneer zij: a. de leeftijd van 18 jaar of 19 jaar hebben bereikt, in opleiding zijn voor, respectievelijk in het bezit zijn van een diploma van een opleiding tot machinist, monteur of materieelkundige, werken onder deskundig toezicht van uitvoerders of vakvolwassen werknemers met dezelfde functie; b. de leeftijd van 20 jaar hebben bereikt en in het bezit zijn van een diploma van een opleiding tot machinist, monteur of materieelkundige.' Lid 4 t/m 17

Artikel 70c: Bijzondere veiligheids- en arbobepalingen uitwerkingnemers	Lid 1: 'Indien de werkgever werknemers opdraagt taken uit te oefenen, voortvloeiende uit zijn zorg voor de naleving van het bij of krachtens de Arbo-wet bepaalde, dienen daarmee samenhangende verantwoordelijkheden en bevoegdheden iedere werknemer die het betreft op schrift verstrekt te worden.' Lid 2 Lid 3: 'In overleg met en na toestemming van de werkgever kunnen uitvoerders jaarlijks een dag voorlichting en instructie krijgen gericht op het bevorderen van goede arbeidsomstandigheden op de bouwplaats.' Lid 4 en 5
Artikel 71: Veiligheid bij Infrawerkzaamheden	Integraal
Artikel 73: Ongunstige weersomstandigheden bouwplaatswerknemers	Lid 1 t/m 4 Lid 5, behoudens laatste volzin Lid 7 Lid 10 t/m 14
Artikel 74: Ongunstige weersomstandigheden	Lid 2

Voorbeeld 2: Cao Open teelten 2018/2020, artikel 37 en bijlage XXIII

http://cao.minszw.nl/docs/pdf/71/2018/71_2018_13_240327.pdf

Artikel 37 Wet gedetacheerde werknemers (WagwEU) per 1 juni 2016

In overeenstemming met de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagwEU), zijn verbindend verklaarde bepalingen van deze cao ten aanzien van:

- a. maximale werktijden en minimale rusttijden;
- b. minimum aantal vakantiedagen, gedurende welke de verplichting van de werkgever om loon te betalen bestaat;
- c. het loongebouw in deze cao, inclusief de functie-indeling en ervaring (diensttijd) van werknemers, en/of aard van de verrichte werkzaamheden, salarisschalen met inbegrip van periodiek systeem (ook voor jeugdigen);
- d. de vakantietoeslag over het loongebouw;
- e. tussentijdse cao-loonsverhogingen;
- f. overwerkvergoedingen;
- g. kostenvergoedingen: reistijdvergoeding;
- h. toeslag voor verschoven uren;
- i. feestdagtoeslag;
- j. werken op zon- en feestdagen;
- k. scholing;
- l. minimumlonen, daaronder begrepen vakantietoeslag, vergoedingen voor overwerk, en daar niet begrepen aanvullende bedrijfspensioenregelingen;
- m. voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers;
- n. gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk;
- o. beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden van kinderen, jongeren en van zwangere of pas bevallen vrouwen;
- p. gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie, ook van toepassing op de ter beschikking gestelde werknemer, die tijdelijk in Nederland arbeid verricht en wiens arbeidsovereenkomst wordt beheerst door een ander dan het Nederlandse recht. Onder ter beschikking gestelde werknemer wordt in dit verband verstaan iedere werknemer die gedurende een bepaalde periode werkt in Nederland, dat niet het land is waar die werknemer gewoonlijk werkt.

bijlage XXIII WagwEU

Tabel 1. Overzicht

Onderwerpen WAGA (WagwEU)	Cao-artikelen
a) Algemeen	Artikel 3 Definities Artikel 5 Verplichting van de werkgever Artikel 6 Verplichting van de werknemer Artikel 46 Beroep tegen cao-indeling
b) Maximale werktijden en minimale rust-tijden	Artikel 13 Algemene bepalingen Artikel 14 Basis regeling Artikel 15 Jaarurenmodel Artikel 16 Aanvullende bepalingen voor de basis-regeling en het jaarurenmodel
c) Minimum aantal vakantiedagen	Artikel 27 Vakantie m.u.v. lid 4
d) Minimumloon	Artikel 17 Functie-indeling Artikel 18 Loon en vergoedingsregeling lid 8 en 9 Artikel 28 Vakantietoelage lid 4 Artikel 32 Doorbetaald bijzonder verlof Artikel 41 Reiskosten woon-werkverkeer
e) Voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers	Artikel 36 Uitzendwerk en uitzendkrachten Artikel 42 Huisvesting
f) Gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk. Beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden van kinderen, jongeren en van zwangere of pas bevallen werknemers	Artikel 7 Branche RI&E Artikel 43 Werkkleding

Tabel 2. Uitwerking van toepassing zijnde bepalingen

Artikel	Van toepassing zijnde leden
Artikel 3: Definities	Alle leden met uitzondering van: lid 3) seizoenarbeider lid 4) piekarbeider lid 6) zaterdaghulp lid 26) uitzendovereenkomst lid 28) inlenersbeloning
Artikel 5: Verplichtingen van de werkgever	Integraal
Artikel 6: Verplichting van de werknemer	Integraal
Artikel 7: Branche RI&E	Leden 1 t/m 4
Artikel 13: Algemene bepalingen	Integraal
Artikel 14: Basis regeling	Integraal
Artikel 15: Jaarurenmodel	Integraal
Artikel 16: Aanvullende bepalingen voor de basis regeling en het jaarurenmodel	Integraal
Artikel 17: Functie-indeling en beloning	Alle leden met uitzondering van: lid 2 en lid 3 b t/m e
Artikel 18: Loon en vergoedingsregeling	Leden 3+4
Artikel 27: Vakantie en vakantietoelage	Integraal
Artikel 32: Doorbetaald bijzonder verlof	Integraal
Artikel 36: Uitzendwerk en uitzendkrachten	Integraal
Artikel 41: Reiskosten woon-werkverkeer	Alle leden met uitzondering van lid 1c.

Artikel 42: Huisvesting	Integraal
Artikel 43: Werkkleding	Integraal
Artikel 46: Beroep tegen cao-indeling	Integraal

Voorbeeld 3: Cao voor Uitzendkrachten 2018/2019, artikel 68 en bijlage IV

http://cao.minszw.nl/docs/pdf/71/2018/71_2018_13_240025.pdf

Artikel 68

De uitzendkracht met een buitenlandse arbeidsovereenkomst (WagwEU)

In overeenstemming met het bepaalde in artikel 2 van de cao en met de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagwEU) zijn de op de hieronder genoemde gebieden algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de cao ook van toepassing op de uitzendkracht die vanuit het buitenland door een buitenlandse uitzendonderneming aan een opdrachtgever in Nederland ter beschikking wordt gesteld en van wie de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door ander recht dan het Nederlandse recht. Het betreft de volgende gebieden:

- a. maximale werktijden en minimale rusttijden;
- b. minimumaantal vakantiedagen gedurende welke de verplichting van de uitzendonderneming om loon te betalen bestaat;
- c. minimumlonen, daaronder begrepen vergoedingen voor overwerk en daaronder niet begrepen aanvullende bedrijfspensioenregelingen;
- d. voorwaarden voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, in het bijzonder voor uitzendbedrijven;
- e. gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk;
- f. beschermende maatregelen met betrekking tot arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden van kinderen, jongeren en zwangere of pas bevallen vrouwen;
- g. gelijke behandeling mannen en vrouwen.

Bijlage IV is op deze arbeidsovereenkomst van toepassing.

Bijlage IV Matrix Uitzendkrachten met een buitenlandse arbeidsovereenkomst (WagwEU)

De onderstaande matrix geeft aan welke bepalingen van de cao integraal en/of aangepast van toepas zijn op de werknemers als bedoeld in artikel 68 van de cao.

Algemeen	Artikel 1 Definities Artikel 59 Vakantiewerkers Artikel 64 De uitzendkracht die niet permanent in Nederland woont Artikel 67 Aanvullende regeling voor de uitzendkracht die niet permanent in Nederland woont Artikel 68 De uitzendkracht met een buitenlandse arbeidsovereenkomst (WagwEU) Artikel 75 Naleving Bijlage IV Matrix Uitzendkrachten met een buitenlandse arbeidsovereenkomst (WagwEU) Bijlage V Niet indeelbare functies Bijlage VII Huisvestingsnormen
Maximale werktijden en minimale rusttijden	Artikel 11 Tijdverantwoording Artikel 54 Arbeids- en rusttijden Artikel 57 Kort verzuim en buitengewoon verlof
Minimumaantal vakantiedagen	Artikel 55 Vakantiedagen Artikel 56 Vakantiebijslag Artikel 58 Algemeen erkende feestdagen

Minimumloon	Artikelen 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 46, 49, 50, 51 Bijlage I Functie-indeling Bijlage II Aanvullende bepalingen beloning
Voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers	Artikel 6 Voorwaarden van uitzending
Gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk	Artikel 9 Verhouding uitzendkracht/opdrachtgever/ uitzendonderneming Artikel 52 Verplichtingen uitzendonderneming inzake gezondheid en veiligheid
Gelijke behandeling van mannen en vrouwen	Artikel 9 lid 4 Gelijke behandeling

Van toepassing zijnde delen

Artikel 1 Definities

Integraal, met uitzondering van:

'zoals bedoeld in artikel 7:626 BW' onder l.;

'zie artikel 7:691 BW' onder v.;

'als bedoeld in 7:690 BW' onder y.

Artikel 6 Voorwaarden van uitzending

Lid 2 met als volgt aangepaste tekst: 'De uitzendonderneming en de uitzendkracht maken schriftelijke afspraken over functie, arbeidstijd en salariëring, met inachtneming van de in deze bijlage opgesomde cao-bepalingen en bijlagen (indien er sprake is van toepassing van de inlenersbeloning zullen de in dit lid beschreven afspraken worden gemaakt met inachtneming van de geldende regelingen bij de opdrachtgever)'.

Lid 3 Afwijking van de opgesomde bepalingen en bijlagen van de CAO voor Uitzendkrachten is slechts toegestaan voor zover dit geschiedt ten gunste van de uitzendkracht en mits de afwijking tussen uitzendonderneming en uitzendkracht schriftelijk is overeengekomen.

Artikel 9 Verhouding uitzendkracht/opdrachtgever/uitzendonderneming Le-den 3 en 4

Artikel 11 Tijdverantwoording

Integraal

Functie-indeling

Artikelen 20 lid 1, 29 lid 1, 30 lid 1, 31 lid 1 en 32 lid 1 (met uitzondering van 'in fase C')

Inlenersbeloning

Artikel 19 integraal m.u.v.:

ABU-Beloning

Artikel 27 leden 1, 2, 3 en 4 (m.u.v. 'in fase C' en de laatste zin luidt: 'De keuze kan gedurende de

Artikel 51 Uitzendkrachten werkzaam in de bouw

Integraal m.u.v. de laatste zin in lid 3.

Loonsverhoging

Artikel 20 lid 2 onder d. en artikel 23

Periodieken

Artikel 20 lid 2 onder f. en artikel 25 Artikel 28 lid 3 onder a. integraal

Toeslagen onregelmatige werktijden

Artikelen 20 lid 2 onder b. en 22

Overwerktoeslag

Artikel 20 lid 2 onder b. en 22 Artikel 37 m.u.v. lid 1 onder b.

Overige toeslagen

Artikel 38 integraal m.u.v. lid 6

Kostenvergoeding

Artikel 20 lid 2 onder e.,

<i>Artikel 49 Compensatie-uren</i> <i>Integraal</i>
<i>Artikel 52 Verplichtingen uitzendonderneming inzake gezondheid en veiligheid</i> <i>integraal</i>
<i>Artikel 54 Arbeids- en rusttijden</i> <i>integraal</i>
<i>Artikel 55 Vakantiedagen</i> <i>Lid 1</i>
<i>Artikel 56 Vakantiebijslag</i> <i>Integraal</i>
<i>Artikel 57 Kort verzuim en buitengewoon verlof</i> <i>Lid 1 met als toevoeging: 'De uitzendkracht heeft in deze gevallen recht op doorbetaling van het</i>
<i>Artikel 58 Algemeen erkende feestdagen</i> <i>Lid 1</i>
<i>Artikel 59 Vakantiewerkers</i> <i>Lid 1</i> <i>Lid 2 als volgt: 'De in deze bijlage opgesomde bepalingen gelden evenzeer voor vakantiewerkers, echter met dien verstande, dat zij in afwijking van artikel 35 lid 1 van de cao voor elke volledig ge-</i> <i>werkte werkmaand recht hebben op 13 1/3 uur vakantie of een evenredig deel daarvan, indien niet</i> <i>een volledige werkmaand is gewerkt.'</i>
<i>Artikel 50 Uitrui van arbeidsvoorwaarden</i> <i>Integraal</i>
<i>Artikel 64 De uitzendkracht die niet permanent in Nederland woont</i> <i>Lid 1</i> <i>Lid 4</i> <i>Lid 5</i> <i>Lid 7</i>
<i>Artikel 67 Aanvullende regeling voor de uitzendkracht die niet permanent in Nederland woont</i> <i>Integraal</i>
<i>Artikel 68 De uitzendkracht met een buitenlandse arbeidsovereenkomst (WagwEU)</i> <i>Integraal</i>
<i>Artikel 75 Naleving</i> <i>Leden 1 en 2</i>
<i>Bijlage I Functie-Indeling</i> <i>Integraal</i> Ten behoeve van de in de cao opgenomen diploma's worden vergelijkbare in EG-verband erkende buitenlandse diploma's erkend. Hiervoor kan contact opgenomen worden met het Expertisecentrum Internationale diplomawaardering SBB, www.s-bb.nl/ .
<i>Bijlage II Aanvullende bepalingen beloning</i> <i>Integraal</i> Artikel 2 als volgt: 'Bij elke loonbetaling zal aan de uitzendkracht een schriftelijke of digitale specificatie worden verstrekt van het brutoloonbedrag, alsmede van het bedrag van het bruto- uurloon, het aantal gewerkte uren en de over het uurloon verstrekte toeslagen gespecificeerd per toeslagsoort en uren.'
<i>Bijlage IV Matrix Uitzendkrachten met een buitenlandse arbeidsovereenkomst</i> <i>Integraal</i>
<i>Bijlage V Niet indeelbare functies</i> <i>Integraal</i>
<i>Bijlage VII Huisvestingsnormen</i> <i>Integraal</i>

Collective Labour Agreement for Temporary Agency Workers 2017-2019

http://cao.minszw.nl/docs/pdf/174/2018/174_2018_13_240585.pdf

Article 68 Temporary agency workers with a foreign employment contract (WagwEU)

In accordance with the provisions of article 2 of this CLA and the Terms of Employment Posted Workers in the European Union Act (WagwEU), in the fields indicated below the provisions of this CLA that have been decreed to be compulsorily applicable, also apply to temporary agency workers who are deployed from abroad by a foreign private employment agency to a user company in the Netherlands, and whose employment contract is governed by the law of a country other than the Netherlands. The fields concerned are:

- maximum working times and minimum rest periods;
- minimum number of holidays during which the private employment agency has an obligation to pay wage;
- minimum wages, including payments for overtime and not including additional company pension schemes;
- conditions for placing temporary agency workers, in particular for private employment agencies;
- health, safety and hygiene at work;
- protective measures with regard to employment conditions and circumstances for children, young persons and pregnant employees or employees who have recently given birth;
- equal treatment of men and women.

Appendix IV applies to this employment agreement.

Appendix IV Matrix Temporary agency workers with a foreign employment contract (WagwEU)

The matrix below shows which provisions of the CLA apply, either in full or after amendment, to the employees referred to in article 68 of the CLA.

General	Article 1 Definitions Article 59 Holiday workers Article 64 Temporary agency workers who do not reside permanently in the Netherlands Article 67 Additional rules for temporary agency workers who do not reside permanently in the Netherlands Article 68 Temporary agency workers with a foreign employment contract (WagwEU) Article 75 Observance Appendix IV Matrix Temporary agency workers with a foreign employment contract (WagwEU) Appendix V Non-gradable jobs Appendix VII Housing Standards
Maximum working times and minimum rest times	Article 11 Time registration Article 54 Work and rest times Article 57 Short-term absenteeism and special leave
Minimum number of holidays	Article 55 Holidays Article 56 Holiday allowance Article 58 Generally recognised public holidays

Minimum wage	Articles 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 46, 49, 50, 51 Appendix I Job classification Appendix II Additional provisions remuneration
Conditions for the provision of workers	Article 6 Conditions of deployment
Health, safety and hygiene at work	Article 9 Relationship temporary agency worker/user company/private employment agency Article 52 Private employment agency's obligations concerning health and safety
Equal treatment of men and women	Article 9, paragraph 4 Equal treatment

Article
Article 1 Definitions In full, with the exception of 'see Section 7:691 Netherlands Civil Code' under v. and 'as meant in 7:690 Netherlands Civil Code' under y. and l. as follows: 'a written statement of the wage'.
Article 6 Conditions of deployment Paragraph 2 with text amended as follows: 'The private employment agency and the temporary agency worker make agreements set forth in writing, regarding the job, working hours and payment, taking into account the Collective Labour Agreement provisions and appendices summarised in this appendix (if the hirer's remuneration applies, then the agreements described in this paragraph will be concluded taking the arrangements that apply in the hirer's organisation into account)'. Paragraph 3: Divergences from the summarised provisions and appendices of the <i>Collective Labour Agreement for Temporary Agency Workers</i> are only permissible if they benefit the temporary agency worker and provided the divergences are agreed on in writing between the private employment agency and temporary agency worker.
Article 9 Relationship temporary agency worker/user company/private employment agency Paragraphs 3 and 4
Article 11 Time registration
In full
Job classification Articles 20(1), 29(1), 30(1), 31(1), 32(1) In full
Hirer's remuneration Article 19 in full Paragraph 2 with exception of 'in phase C' Paragraph 3 with exception of 'in phase C' and the last sentence as follows:xxxxxxxxxxxxxxxxxx Articles 20, 21, 22, 23, 24, 25 and 26
ABU remuneration Articles 27 paragraph 1, 2, 3 and 4 (with the exception of 'in phase C' and the last sentence as follows:xxxxxxxxxxxxxxxxxx Articles 28 (paragraph 2 with the exception of end salary and paragraph 3(b), 29 (with the exception of paragraph 8), 30 paragraphs 1 through 4, 31 paragraphs 1 through 5, 33, 34, 50 Article 32 paragraphs 1 through 4; Paragraph 1 with the exception of 'in phase C'; Paragraph 2 with the exception of 'in phase B'; Paragraph 3 with the exception of 'in phase C'.
Article 51 Temporary agency workers working in the construction industry In full with the exception of the last sentence in paragraph 3
Wage increase Article 20 (2) (d) and article 23 Article 35 in full

Period-linked salary amounts Article 20 (2) (f) and article 25 Article 28 (3) in full
Bonuses irregular working hours Ar- ticles 20(2)(b) and 22 Article 36(1) minimum bonus factors table only, (2)
Overtime bonus Arti- cle 20(2)(b) and 22 Article 37 with the exception of the last sentence in paragraph 1(b)
Other bonuses Article 38 in full with the exception of paragraph 6
Compensation hours Arti- cles 20 (2), 24 and 39 In full
Work-related expenses and allowances Arti- cle 49 in full
Article 52 Private employment agency's obligations concerning health and safety In full
Article 54 Work and rest times In full
Article 55 Holidays Paragraph 1 Temporary agency workers are entitled to continued payment of the actual wage during their holidays, insofar as the right to holidays has been accumulated pursuant to paragraph 1, of this article. Temporary agency workers who are still entitled to holidays when the agency work employment contract expires shall be entitled to a financial payment for those holiday entitlements. Paragraph 5
Article 56 Holiday allowance In full
Article 57 Short-term absenteeism and special leave Paragraph 1 with addition of: 'The temporary agency worker shall be entitled to continued payment of the actual wage in these cases.'
Article 58 Generally recognised public holidays Paragraph 1 Paragraph 2 as follows: 'The temporary agency worker shall be entitled to continued payment of the actual wage on public holidays on which the temporary agency worker has not worked on account of that public holiday.'
Article 59 Holiday workers Paragraph 1 Paragraph 2 as follows: 'The provisions of this appendix likewise apply to holiday workers, however, on the understanding that, contrary to article 35, paragraph 1 of the Collective Labour Agreement, they shall be entitled to 13 1/3 hours' holiday for each full working month they have worked or a proportional part thereof in the case of not having worked a full working month.'
Article 50 Conversion of employment conditions In full
Article 64 Temporary agency workers who do not reside permanently in the Netherlands Paragraph 1 Paragraph 4 Paragraph 5 Paragraph 7
Article 67 Additional rules for temporary agency workers who do not reside permanently in the Nether- lands In full
Article 68 Temporary agency workers with a foreign employment contract (WagwEU) In full

Article 75 Observance Paragraphs 1 and 2

<i>Appendix I Job classification</i>	In full Foreign diplomas recognised at EC level comparable to the diplomas referred to in the Collective Labour Agreement will be recognised. Contact the International Credential Evaluation expertise centre of the SBB, www.s-bb.nl .
<i>Appendix II Additional remuneration provisions</i>	In full with the exception of article 2. Article 2 as follows: 'For any wage payment the temporary agency worker will be provided with a written or electronic specification of the gross wage amount, as well as the amount of the gross hourly wage, the number of hours worked and the bonuses paid on the hourly wage specified as to bonus type and hours.'
<i>Appendix IV Matrix Temporary agency workers with a foreign employment contract (WagwEU)</i>	In full
<i>Appendix V Non-gradable jobs</i>	In full
<i>Appendix VII Housing standards</i>	In full

Relevante sectoren voor implementatie van de harde kern van arbeidsvoorwaarden

De centrale organisaties van de Stichting van de Arbeid zullen met name decentrale cao-partijen van onderstaande sectoren wijzen op het belang om zo spoedig mogelijk de harde kern van cao-bepalingen op te nemen in hun cao en aan te dragen voor avv.

- Bouw inclusief Afbouw e.d.
- Uitzendsector
- Agrarische sectoren inclusief Landschapsverzorging
- Catering
- Kleinmetaal
- Metalektro
- Offshore
- Gezondheidszorg
- Schoonmaak
- Transport
- Binnenvisserij
- Slachterijen en vleesverwerking
- Visverwerking
- Verwerking van aardappels, groente en fruit
- Vervaardiging van niet-metaalhoudende minerale producten
- Vervaardiging van transportmiddelen.

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-werkingssfeerbepaling 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-werkingssfeerbepaling 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 gewezen 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 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, 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 garantie-uurloon 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, bedoeld 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.

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-werkingssfeerbepaling 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-werkingssfeerbepaling 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 werkingssfeer 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 werkingssfeer 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 werkingssfeer, 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 Sinne 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 afspraken 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 afspraken 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 werkingssfeerbepalingen 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 werkingssfeerbepaling, 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 werkingssfeer 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) afspraken 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 werkingssfeer 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 werkingssfeer van rechtswege aangepast? De vraag is of een beperking in de werkingssfeer 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-werkingssfeerbepaling ‘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 werkingssfeer 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 werkingssfeerbepaling 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 scheidsrechterlijke 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-werkingssfeer. 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 werkingssfeer 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 verstreckende 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 ontvangstland 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 verstrekken 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 werkingssfeerbepaling 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 werkingssfeerbepalingen 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 werkingssfeerbepalingen 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 werkingssfeerbepalingen 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 werkingssfeerbepalingen 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 werkingssfeerbepalingen *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 werkingssfeerbepaling 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 werkingssfeerbepaling 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-werkingssfeerbepalingen (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 AWWN 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 AWWN 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, gespitst 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 tegenwerpelijheid, [...] 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 markerings, 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 werkingssfeerbepaling 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 verstrekende 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 verstrekende 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 *arbeidsduurverkortung* 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 AWWN 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 AWWN, 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 AWWN 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 achtereenvolgens 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 achtereenvolgende 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/arbeidstijdverkortung> Zie tevens C. de Galan, Doelstellingen en consequenties van arbeidstijdverkortung, 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 AWWN 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).”

AWVN 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 AWWN 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 minimumloombegrip in art. 2 lid 6 WAVV zich tot de conclusie dat op voorhand niet is vast te stellen welke vergoedingen wel en niet een wijzigingen 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 minimumloombegrip gerekend moeten worden. In Duitsland was het laatste het geval⁴⁴: “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).”

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 deelstaatsniveau (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 minimumloombegrip 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 verblijfskosten 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 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 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 periodeloan, 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, scheidsrechterlijke 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.