

322. Beloning bij tijdelijke internationale arbeid: is de verbouwing geslaagd?

MR. L.B. DE GRAAF

Een van de speerpunten van het Sociaal Akkoord uit 2013 was het tegengaan van *social dumping*: concurrentie op arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder door tijdelijke inschakeling van buitenlandse werknemers. De regering heeft met de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagwEU) geprobeerd hieraan invulling te geven. In deze bijdrage wordt uiteengezet welke regelgeving bepalend is voor beloning van tijdelijk in Nederland gedetacheerde werknemers en welke wijzigingen zich hebben voorgedaan. Ook wordt onderzocht of de WagwEU *social dumping* werkelijk tegen kan gaan.

1. Inleiding

Kort na de aanstelling van Lodewijk Asscher als minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid werd het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 gesloten. Een van de speerpunten daarin was het tegengaan van *social dumping*: concurrentie op arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder door tijdelijke inschakeling van buitenlandse werknemers. De dag nadat het Sociaal Akkoord bekend werd, publiceerde de Rijksoverheid een persbericht onder de kop: “Asscher pakt schijnconstructies en uitbuiting hard aan”. In het persbericht stond onder meer:¹

“Minister Asscher van Sociale Zaken en Werkgelegenheid beschrijft vandaag in een brief aan de Tweede Kamer een groot aantal maatregelen die erop gericht zijn werkgevers die de randen van de wet opzoeken of daar overheen gaan aan te pakken. Asscher: ‘Voor gelijk werk moeten gelijke arbeidsvoorwaarden gelden. Dit geldt voor werknemers uit Nederland en ook voor werknemers uit het buitenland die hier werken.’ Met het actieplan bindt de minister de strijd aan tegen oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden, verdringing van werknemers, onderbetaling en uitbuiting.”

De minister heeft de daad bij het woord gevoegd. Sinds begin 2015 is er veel gedaan om concurrentie op arbeidsvoorwaarden tegen te gaan. Dit artikel zet uiteen waaruit het regelgevingshuis bestond, waarom het niet stevig stond en welke verbouwingen hebben plaatsgevonden. Daarbij wordt ook ingegaan op de vraag of de verbouwingen het door minister Asscher gewenste resultaat zullen gaan brengen.

2. Het huis van regelgeving: voorheen

Het fundament van het huis werd (en wordt) gevormd door artikel 56 en 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU): het vrij verkeer van diensten. Op grond van deze bepalingen mogen bedrijven en personen uit andere lidstaten in Nederland diensten verrichten. Beperkingen op die vrijheid zijn in principe verboden.²

Op dit fundament zijn drie Europese pijlers gezet. Deze drie pijlers zijn bepalend ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden die moeten gelden als gebruik wordt gemaakt van de vrijheid die artikel 56 en 57 VWEU bieden.

De eerste pijler is Rome-I. Deze verordening (593/2008) stelt de rechtskeuze centraal die partijen in hun arbeidsverhouding hebben gekozen. Artikel 8 waarborgt echter dat die rechtskeuze er niet toe kan leiden dat een werknemer daardoor minder bescherming krijgt dan de dwingende bepalingen die het “gewoonlijk werkland” bieden. Oftewel: de werknemer heeft minimaal aanspraak op de dwingende arbeidsvoorwaarden van het gewoonlijk werkland. Als het gewoonlijk werkland van een buitenlandse werknemer Nederland wordt, heeft hij aanspraak op dwingende Nederlandse arbeidsvoorwaarden, ongeacht de eventuele rechtskeuze. Zolang echter het gewoonlijk werkland dat van een andere lidstaat blijft, heeft de buitenlandse werknemer in principe geen aanspraak op Nederlandse arbeidsvoorwaarden. Uitzondering hierop zijn volgens artikel

¹ <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2013/04/12/asscher-pakt-schijnconstructies-en-uitbuiting-hard-aan>

² Zie hierover nader: P.C. Vas Nunes, ‘Dumping in de Eemshaven’, in: C.J.H. Jansen & L.G. Verburg (red.), *Onderneming en Beloning* (Serie Onderneming & Recht, deel 82), Deventer: Kluwer 2014.

9 regels van “bijzonder dwingend recht” van het tijdelijk werkland. Dat zijn regels die dat land zo fundamenteel vindt dat ze moeten worden toegepast op eenieder die er werkt, ongeacht rechtskeuze en ongeacht waar de werknemer gewoonlijk werkt.

De tweede pijler is de Detacheringsrichtlijn (96/71/EG). Deze richtlijn uit 1996 dient ertoe te waarborgen dat werknemers die *tijdelijk* in een andere lidstaat werken – en die dus niet de bescherming genieten van artikel 8 Rome-I – aanspraak kunnen maken op de zogenoemde “harde kern”-arbeidsvoorwaarden van het tijdelijke werkland, uiteraard voor zover deze gunstiger zijn dan de arbeidsvoorwaarden uit het gewoonlijk werkland. De Detacheringsrichtlijn is zodoende een uitzondering op artikel 56 en 57 VWEU en artikel 8 Rome-I. Artikel 3 Detacheringsrichtlijn bepaalt wat deze harde kern inhoudt: regels, neergelegd in wet of algemeen verbindend verklaarde (a.v.v.-) cao, met betrekking tot (i) maximale werk- en minimale rusttijden, (ii) minimumaantal betaalde vakantiedagen, (iii) minimumloon (inclusief vergoeding voor overwerk maar uitgezonderd bedrijfspensioenregelingen), (iv) het ter beschikking stellen van werknemers, (v) arbeidsomstandigheden, (vi) bescherming van vrouwen tijdens en na zwangerschap en van jongeren en kinderen, en (vii) gelijke behandeling van mannen en vrouwen en non-discriminatie. De derde pijler is de Coördinatieverordening (883/2004). Op basis van die verordening kunnen werknemers voor de sociale zekerheid verzekerd blijven in hun thuisland, ook als zij tijdelijk in het buitenland werken. Als hiervoor wordt gekozen – en dat is vrijwel zonder uitzondering het geval – dan worden de door de werkgever te betalen premies bepaald door het thuisland. Dit geldt zolang de werknemer een zogenoemde A1-verklaring heeft, maar in principe voor maximaal twee jaar. Een A1-verklaring wordt afgegeven door het thuisland.

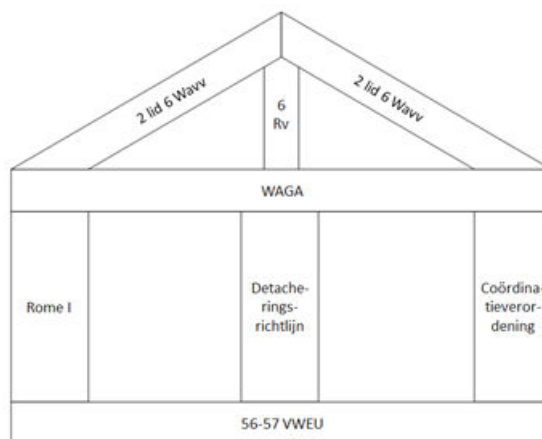
In het huis van regelgeving vormde tot voor kort de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (Waga) de nationale dwarsbalk op deze drie Europese pijlers. Met de Waga werd in 1999 de Detacheringsrichtlijn in Nederland geïmplementeerd. De Waga bepaalde – kort samengevat – welke Nederlandse regels op tijdelijk in Nederland werkende werknemers van toepassing waren. Op werknemers dus, op wie het Nederlands recht krachtens Rome-I in beginsel niet van toepassing was. Op grond van artikel 1 Waga, in combinatie met artikel 9 Rome-I, konden deze gedetacheerde werknemers aanspraak maken op de Nederlandse regels omtrent vakantie, gelijke behandeling, werkgeversaansprakelijkheid en bescherming tijdens zwangerschap. Bij de totstandkoming van de Waga merkte de regering op dat deze werknemers aanspraak konden maken op de bescherming van de Wet minimumloon en vakantiebijslag, de Arbeidstijdenwet, de Arbeidsomstandighedenwet, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs en de Algemene wet gelijke behandeling. Deze wetgeving was volgens de regering van “bijzonder dwingend recht” ex

artikel 9 Rome-I (destijds: artikel 7 EVO).³

De Waga voerde artikel 2 lid 6 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wavv) in. Dat vormde het dak van het huis. Tijdelijk in Nederland werkende werknemers, op wier arbeidsovereenkomsten het Nederlands recht niet van toepassing was, konden aanspraak maken op a.v.v.-cao-bepalingen ten aanzien van de zeven onderwerpen genoemd in artikel 3 Detacheringsrichtlijn, waaronder het “minimumloon” krachtens de a.v.v.-cao.

Dit dak werd gestut door artikel 6 sub c Rv, dat ook door de Waga was ingevoerd. Dat artikel bepaalde dat de Nederlandse rechter rechtsmacht had als de vordering werd gebaseerd op – samengevat – de Nederlandse regels waarop de tijdelijk in Nederland tewerkgestelde werknemer krachtens de Waga aanspraak kon maken. Die vordering kon uitsluitend worden ingesteld tegen de (veelal) buitenlandse werkgever.

Samenvattend: op het fundament van artikel 56 en 57 VWEU stonden voorheen drie pijlers: Rome-I, de Detacheringsrichtlijn en de Coördinatieverordening. Op die drie



Europese pijlers lag een nationale dwarsbalk: de Waga. Het dak werd gevormd door artikel 2 lid 6 Wavv. Dit dak werd gestut door artikel 6 sub c Rv.

3. En stond dat huis een beetje?

Het huis bood niet de beschutting die was beoogd. Zowel de Stichting van de Arbeid als de SER concludeerden in 2014 dat de naleving van de harde-kern-arbeidsvoorwaarden bij internationale detachering naar Nederland onvoldoende was en deden aanbevelingen om hierin verandering te brengen.⁴ Het voert te ver om hier uitgebreid in te gaan op

³ Kamerstukken II 1998/99, 26524, nr. 3, p. 2 en 3.

⁴ Stichting van de Arbeid, *Advies naleving en handhaving van de cao*, 27 juni 2014; SER, *Advies Arbeidsmigratie*, SER-advies 2014/09, 10 december 2014.

de mogelijke redenen van deze onvoldoende naleving. Naar mijn mening komen deze redenen in de kern echter neer op het volgende.

De werknemers die een beroep konden doen op artikel 2 lid 6 Wavv, waren de buitenlandse, tijdelijk in Nederland tewerkgestelde werknemers. Neem als voorbeeld Bulgaren met een Bulgaarse werkgever, die hen tijdelijk in Nederland tewerkstelde. Stel dat deze Bulgaren een loon ontvingen dat hoger lag dan het Bulgaarse, maar lager dan het Nederlandse (minimum) a.v.v.-cao-loon. De kans was aanzienlijk dat deze Bulgaarse werknemers konden leven met de situatie; men verdiende immers meer dan in Bulgarije. Bovendien, als men al actie wilde ondernemen, diende men de eigen werkgever te dagvaarden. Weliswaar kon dat op grond van artikel 6 sub c Rv in Nederland, maar bescherming tegen victimisatieontslag werd door de Detacheringsrichtlijn en de Waga niet geboden. Het instellen van een vordering

Het huis van regelgeving bood niet de bescherming die was beoogd

tegen de werkgever kon zodoende riskant zijn. Dus moest het komen van de Inspectie SZW, van Nederlandse vakbonden of van nalevingsstichtingen die bij cao kunnen worden opgericht. Maar de Inspectie SZW kon vanwege een gebrek aan informatie (en mankracht) niet veel uitrichten, ondanks de verplichting van lidstaten om samen te werken en informatie uit te wisselen (art. 4 Detacheringsrichtlijn). De Nederlandse vakbonden, die handhaving wensen om verdringing van hun eigen achterban door goedkope buitenlandse krachten tegen te gaan, hebben beperkte middelen om handhaving in rechte af te dwingen. En, naar ik onlangs tijdens een bijeenkomst op de Erasmus Universiteit begreep,⁵ is slechts in zeven Nederlandse cao's een nalevingsstichting opgericht die namens werkgevers- en werknemerspartijen nalevingsvorderingen kan instellen. Handhaving was dus het voornaamste issue.

4. Het huis van regelgeving: nu

Handhaving is dan ook waar de focus heeft gelegen in de verbouwingen die recent op Europees en nationaal niveau hebben plaatsgevonden.

Ten eerste is een vierde pijler aan het bouwwerk toegevoegd: de Handhavingsrichtlijn (2014/67/EU). Deze richtlijn tracht de samenwerking tussen lidstaten en hun toezicht-houders te verbeteren (o.a. door het delen van informatie), verplicht detacherende bedrijven ("dienstverrichters") om informatie beschikbaar te maken en introduceert meldingsplichten voor detacherende én inlenende bedrijven ("dienstontvangers").

De Handhavingsrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd via de Wet arbeidsvoorwaarden gedetacheerde werknemers in de Europese Unie (WagwEU). Deze wet vervangt als nationale dwarsbalk de Waga en is op 18 juni 2016 in werking getreden.⁶ Wat doet de WagwEU? De WagwEU doet hetzelfde als de Waga maar voegt daar enkele dingen aan toe:⁷

- De dienstverrichter moet in Nederland een persoon aanstellen die fungeert als aanspreekpunt en beschikbaar is voor verzending en ontvangst van informatie over de detachering (art. 7).
- De dienstverrichter moet voor aanvang van de werkzaamheden bij de Inspectie SZW melding doen van onder andere zijn identiteit, die van de dienstontvanger, die van de werknemer en die van de voor de loonbetaling verantwoordelijke persoon, en voorts van de aard en vermoedelijke duur van het werk en van het adres van de werkplek (art. 8 lid 1).
- Afschrift van de melding als bedoeld in artikel 8 lid 1 moet door de dienstverrichter voor aanvang van de werkzaamheden worden toegezonden aan de dienstontvanger. Die laatste moet de gegevens controleren en onjuistheden melden bij de Inspectie SZW. Doet de dienstontvanger dit niet, dan stelt hij zich bloot aan het risico van een boete van maximaal € 20.500 (art. 8 lid 2 en 3, art. 12 lid 2 sub b en art. 15 lid 1).
- Gedurende de detachering moeten op de werkplek van de gedetacheerde werknemer diverse gegevens aanwezig zijn, waaronder alle loonstroken, bescheiden waaruit blijkt hoeveel de gedetacheerde werknemer heeft gewerkt en betalingsbewijzen van het loon en sociale zekerheidsbijdragen (art. 9 lid 1).

Deze maatregelen maken handhaving door de Inspectie SZW al een stuk makkelijker. Maar ook is via de WagwEU (art. 17) een bepaling toegevoegd aan de Wavv (art. 10a), op grond waarvan vakbonden en nalevingsstichtingen de Inspectie SZW kunnen verzoeken de informatie uit artikel 8 WagwEU te mogen ontvangen, om na te gaan of de a.v.v.-cao's worden nageleefd.

Voorts heeft de WagwEU ervoor gezorgd dat gedetacheerde werknemers een beroep kunnen doen op (een gedeelte van) de Wet aanpak schijnconstructies (WAS). Artikel 2 WagwEU bepaalt namelijk dat artikel 7:616a t/m 7:616f BW ook van toepassing zijn op de tijdelijk in Nederland tewerkgestelde werknemer. Consequentie hiervan is dat de gedetacheerde werknemers (en vakbonden en/of nalevingsstichtingen) een directe vordering hebben op de dienstontvanger, indien de werknemers te weinig betaald krijgen. Artikel 7:616a BW gaat immers uit van hoofdelijke aansprakelijkheid van de werkgever en diens opdrachtgever voor betaling van het

6 Stb. 2016, 220.

7 Alle inlichtingverplichtingen uit de WagwEU zijn in werking getreden per 18 juni 2016. De meldingsplichten treden pas in werking als het digitale meldingssysteem daarvoor gereed is. *Kamerstukken II 2015/16, 34408, nr. 7, p. 2.*

5 Rimec-symposium van 18 mei 2016, Erasmus Universiteit Rotterdam.

loon, tenzij de opdrachtgever aannemelijk kan maken dat hem niet kan worden verweten dat het loon niet is voldaan. De toepasselijkheid van artikel 7:616a t/m 7:616f BW leidt er ook toe dat de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van vorderingen op grond van de ketenaansprakelijkheid.⁸ Met deze extra verhaalsmogelijkheid en de aanvullende bevoegdheid van de Nederlandse rechter wordt het dak van het bouwwerk extra gestut.

Met de WagwEU is ook het begrip “minimumloon” van artikel 2 lid 6 sub c Wavv verduidelijkt, hetgeen een extra isolatielaag aan het dak heeft toegevoegd. Hoewel het volgens artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn aan de lidstaten zelf is om te bepalen wat onder het minimumloon uit de a.v.v.-cao moet worden verstaan, was tot nu toe onduidelijk wat in Nederland wel en niet onder dit begrip viel. Uit een advies van de Stichting van de Arbeid (StvA) van 27 april 2014 blijkt dat werknemers- en werkgeversorganisaties er andere interpretaties van het begrip minimumloon op nahielden:⁹

“Een voorbeeld van de behoefte aan verduidelijking is dat de werknemersorganisaties van opvatting zijn dat onderstaande verdieping van de cao-bepalingen over beloning onderdeel is van de kernvoorwaarden en als zodanig herkenbaar benoemd dient te worden. (...) De noodzakelijke verdieping betreft:

- opname van functie-indeling en bijbehorend cao-loon;
- brutoloon voor normale arbeidstijd van voltijds werkende werknemers inclusief initiële loonsverhogingen en periodieken;
- toepassing van de arbeidsduurverkortingen per week/maand/jaar/periode;
- alle bindend voorgeschreven toeslagen zoals overwerk, verschoven uren, onregelmatigheidstoelage, ploegen-toelage en (on)belaste (kosten)vergoedingen;
- alle bindend voorgeschreven (bijzondere) beloningscomponenten zoals de vakantietoelage of eindejaarsuitkering;
- loondoorbetaling bij ziekte.

(...)

Werkgeversorganisaties zijn echter van mening dat deze zaken niet behoren tot de kernbepalingen. Zij verwijzen ter onderbouwing hiervan naar de Detacheringsrichtlijn waarin dit is aangegeven en geven aan dat dit inmiddels ook uitgekristalliseerd is in jurisprudentie van het Hof van Justitie.”

Uiteindelijk hebben de werknemersorganisaties op dit punt een klinkende overwinning geboekt. In de kabinetsreactie van 16 juni 2015 op het SER-advies *Arbeidsmigratie* heeft de regering aangegeven wat naar haar mening tot het minimumloon behoort. De regering heeft, ook naar

aanleiding van het *Finse vakbond*-arrest,¹⁰ letterlijk het ‘rijtje’ van de werknemersorganisaties uit het advies van de StvA overgenomen, met uitzondering van de loondoorbetaling bij ziekte.¹¹ Dit ‘rijtje’ is vervolgens, via artikel 17 WagwEU, toegevoegd aan artikel 2 lid 6 sub c Wavv.

De uitbreiding van het minimumloombegrip uit artikel 2 lid 6 sub c Wavv verhindert volgens de minister echter nog steeds niet dat een gedetacheerde werknemer een stuk minder verdient dan een vergelijkbare Nederlandse werknemer. Tijdens de parlementaire behandeling stelde hij:¹²

“Ook met deze codificatie van de jurisprudentie is het nog steeds mogelijk dat een zeer ervaren Poolse werknemer in de bouw betaald wordt alsof hij net begint, dus op basis van de minimumloonschaal in de cao, en daarmee honderden euro’s goedkoper is dan een even ervaren Nederlandse werknemer.”

Daarmee blijft onduidelijkheid bestaan over het minimumloon dat een gedetacheerde werknemer op grond van de a.v.v.-cao moet ontvangen, in de zin dat onduidelijk is hoe artikel 2 lid 6 sub c onder 1 Wavv moet worden uitgelegd (“het geldende periodeloon in de schaal”). Want in de kabinetsreactie op het SER-advies, waarin de regering uiteenzette waarom zij bepaalde beloningselementen onder het minimumloon schaarde, werd onder de kop “Opname van functie-indeling en bijbehorend cao-loon” gesteld:¹³ *“Het Hof heeft aangegeven in de zaak [Finse vakbond, LBdG] 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.”*

Ten aanzien van de uitleg van het begrip “minimumloon” uit artikel 2 lid 6 sub c Wavv hebben de werknemersorganisaties een klinkende overwinning geboekt

Moeten gedetacheerde werknemers nu worden beloond conform kwalificatie, opleiding en ervaring, als dat in de Nederlandse a.v.v.-cao is geregeld? Of is dit alleen maar van belang voor de indeling in de loonschaal en mag binnen die loonschaal altijd het minimum worden betaald? In het laatste geval lijken cao-partijen zelf in de hand te

8 Kamerstukken II 2015/16, 34408, nr. 7, p. 2.

9 Stichting van de Arbeid, *Advies naleving en handhaving van de cao*, 27 juni 2014, p. 9.

10 HvJ EU 12 februari 2015, «JAR» 2015/77 (*Finse vakbond*).

11 Kabinetsreactie SER-advies *Arbeidsmigratie*, 16 juni 2015, 2015-0000151449, p. 20-21.

12 *Handelingen II* 2015/16, 81, item 32, p. 15.

13 Kabinetsreactie SER-advies *Arbeidsmigratie*, 16 juni 2015, 2015-0000151449, p. 20.

hebben in hoeverre een beloningsverschil kan ontstaan tussen buitenlandse en Nederlandse werknemers. Men kan immers kiezen voor een loonsystematiek waarbij niet langer met schalen binnen een loongroep wordt gewerkt, maar met (veel) meer verschillende loongroepen zonder minimum en maximum.

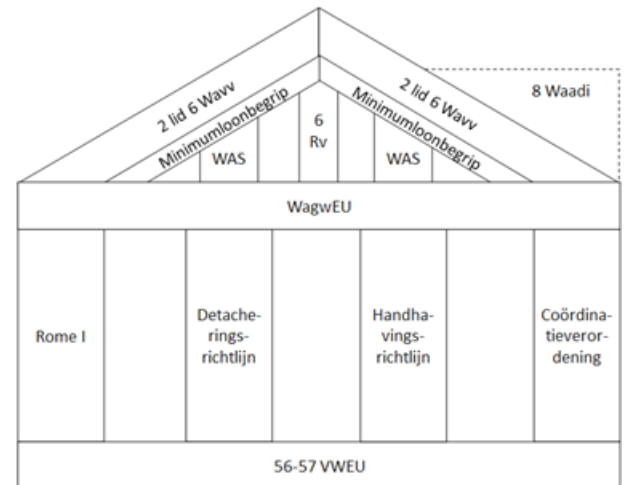
Verder is inmiddels in artikel 2 lid 6 sub c Wavv opgenomen dat niet tot het minimumloon behoren, vergoedingen boven het loon voor reis-, huisvestings- en voedingskosten in verband met detachering.¹⁴ Dat betekent dat bedragen die de gedetacheerde werknemers op dit vlak ontvangen, niet meetellen voor het antwoord op de vraag of de werknemers wel ten minste het minimumloon krachtens de a.v.v.-cao verdienen.

Tot slot lijkt het huis van regelgeving een dakkapel te hebben die tot nog toe niet lijkt te zijn ontdekt. Volgens de regering is de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 9 Rome-I. Dit stelde de regering reeds in 1999 en werd onlangs herhaald.¹⁵ Uit artikel 6 sub c Rv blijkt voorts dat in het bijzonder ook artikel 8 Waadi tot het bijzonder dwingend recht van artikel 9 Rome-I wordt gerekend.¹⁶ Artikel 8 Waadi geeft ter beschikking gestelde werknemers recht op gelijke beloning ten opzichte van werknemers van de inlener in gelijke of gelijkwaardige

De WagwEU heeft ervoor gezorgd dat gedetacheerde werknemers een beroep kunnen doen op (een gedeelte van) de Wet aanpak schijnconstructies

functies. Artikel 8 Waadi gaat daarmee veel verder dan artikel 2 lid 6 Wavv, omdat het gaat om gelijkheid van beloning, en niet om minimumbeloning, en omdat deze aanspraak niet is beperkt tot a.v.v.-cao's. Wel vereist artikel 8 Waadi dat de inlener zelf werknemers heeft in gelijke of gelijkwaardige functies. Maar als daaraan is voldaan, zouden de gedetacheerde werknemers, ook al is Nederland niet het gewoonlijk werkland, volgens de regering via artikel 9 Rome-I een beroep moeten kunnen doen op artikel 8 Waadi. Zij zouden de (gelijke) beloning zelfs direct van de inlener kunnen vorderen, aangezien zij ook een beroep kunnen doen op artikel 7:616a BW. Ik betwijfel echter of een dergelijke vordering niet in strijd is met artikel 56 en 57 VWEU. Artikel 8 Waadi gaat immers verder dan de minimumnorm van de Detacheringsrichtlijn. In het arrest *Laval* is uitgemaakt dat de minimumnorm van de Detacheringsrichtlijn tegelijk ook het maximum is.¹⁷ En uit het arrest *Rüffert* blijkt dat overschrijding van dat

maximum strijd oplevert met artikel 56 en 57 VWEU.¹⁸ Een ontvangende lidstaat mag volgens artikel 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn uitsluitend verdergaande arbeidsvoorwaarden voorschrijven, als het gaat om andere aangelegenheden dan genoemd in de harde kern van artikel 3 lid 1 en deze de openbare orde betreffen. Hieraan voldoet artikel 8 Waadi mijns inziens niet.¹⁹



Samenvattend: op het fundament van artikel 56 en 57 VWEU staan nu vier Europese pijlers: Rome-I, de Detacheringsrichtlijn, de Handhavingsrichtlijn en de Coördinatieverordening. Op die vier pijlers ligt een nationale dwarsbalk: de WagwEU. Het dak wordt gevormd door artikel 2 lid 6 Wavv, dat met de uitbreiding van het minimumloonbegrip extra is geïsoleerd. Dit dak wordt naast artikel 6 Rv gestut door toepasselijkheid van artikelen 7:616a t/m 7:616f BW (WAS). De dakkapel van artikel 8 Waadi lijkt nog extra mogelijkheden te bieden, maar die is waarschijnlijk illegaal geplaatst.

5. En staat het huis nu wel goed?

Hoewel het te vroeg is om hierop een duidelijk antwoord gegeven, ben ik voorshands sceptisch. Ten eerste zie ik twee elementen in de wetgeving die het door de minister beoogde effect in de weg kunnen staan.

- Het begrip “transnationale dienstverrichting” staat centraal in de WagwEU, en daarmee ook in artikel 2 lid 6 Wavv. Om van transnationale dienstverrichting te kunnen spreken, moet sprake zijn van een “dienstverrichter” en een “dienstontvanger”. Artikel 1 lid 1 WagwEU geeft de definitie van de dienstontvanger: “de in Nederland gevestigde onderneming waarvoor een gedetacheerde werknemer of zelfstandige in het kader van transnationale dienstverrichting werkzaamheden verricht” (markering in citaat, LBdG). Maar wat nu als een onderneming die in Ierland is gevestigd tijde-

14 Vgl. HvJ EU 12 februari 2015, «JAR» 2015/77 (*Finse vakbond*) en art. 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn.

15 Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26524, nr. 3, p. 2 en 3 en *Kamerstukken II* 2015/16, 34408, nr. 3, p. 3.

16 Zie ook *Kamerstukken II* 1998/99, 26524, nr. 3, p. 6.

17 HvJ EU 18 december 2007, «JAR» 2008/21, r.o. 70 en 80 (*Laval*).

18 HvJ EU 3 april 2008, «JAR» 2008/115 (*Rüffert*).

19 Het begrip openbare orde moet ook zeer strikt worden uitgelegd, zo blijkt uit het HvJ EU 19 juni 2008, *RAR* 2008/121 (*Commissie/Luxemburg*).

lijk in Nederland werkzaamheden laat verrichten door werknemers van een Bulgaarse onderneming? De Ierse onderneming is niet in Nederland gevestigd en voldoet daarom niet aan het begrip dienstontvanger. Een buitenlandconstructie zou derhalve omzeiling mogelijk kunnen maken. Beter was het geweest als de definitie had geluid: “de onderneming waarvoor een gedetacheerde werknemer of zelfstandige in het kader van transnationale dienstverrichting werkzaamheden verricht in Nederland”.

- In artikel 10a Wavv is opgenomen dat de Inspectie SZW de in artikel 8 WagwEU genoemde gegevens ter beschikking mag stellen aan vakbonden en nalevingsstichtingen. Maar de gegevens in artikel 8 WagwEU – identiteit van betrokkenen, werkplek, et cetera – zijn slechts ten dele relevant. Voor effectieve handhaving zijn pas echt relevant de gegevens die zijn opgenomen in artikel 9 lid 1 WagwEU, in het bijzonder de loonstroken, de urenregistratie en de betalingsbewijzen. Als vakbonden en nalevingsstichtingen ook die gegevens zouden kunnen ontvangen, wordt (privaatrechtelijke) handhaving pas echt haalbaar. Dan kan immers eenvoudig worden bepaald, wellicht zelfs geautomatiseerd, op welke plekken het minimum a.v.v.-cao-loon niet wordt betaald.

Ten tweede blijft een voornaam deel van de in paragraaf 3 genoemde obstakels bestaan:

- De gedetacheerde werknemers kunnen door de toepasselijkheid van de WAS nu weliswaar eenvoudiger naar de Nederlandse rechter, maar de overige obstakels (intrinsieke motivatie, mogelijk ontslag/niet verlengen contract) blijven bestaan.
- De Inspectie SZW kan nu weliswaar meer informatie krijgen, maar als de meldingsplicht wordt genegeerd, kunnen bedrijven alsnog onder de radar blijven vliegen.
- En de vakbonden en nalevingsstichtingen hebben nu weliswaar meer toegang tot informatie, maar de beperkte middelen blijven een issue en de écht relevante informatie kunnen zij niet krijgen op grond van artikel 10a Wavv.

Maar misschien wordt het door de minister beoogde resultaat op geheel andere wijze alsnog bereikt. Bij vrijwel alle grote bouwprojecten en transportketens staat bovenaan de keten een grote, soms zelfs beursgenoteerde onderneming. Door de toepasselijkheid van de WAS bij transnationale dienstverrichting zijn deze ondernemingen tot op zekere hoogte mede-eigenaar van het probleem geworden. Dit kan een gedragsverandering tot gevolg hebben. Zo begreep ik uit de transportsector dat sommige grote opdrachtgevers na invoering van de WAS alleen nog willen werken met transportbedrijven waarvan zeker is dat zij voldoende loon aan hun werknemers betalen, om eigen aansprakelijkheid en negatieve (media-)aandacht te vermijden. Via de website www.paychecked.nl, een initiatief van TLN en EVO, kunnen transportondernemingen een keurmerk krijgen over juiste loonbetaling in

de logistieke keten. Via deze *top-down* benadering zou minister Asscher in deze ondernemingen wel eens de meest effectieve handhavers kunnen hebben.

Toch blijft het huis van regelgeving een instabiel geheel. De oorzaak is eenvoudig aan te wijzen: één van de pijlers, de Detacheringsrichtlijn, conflicteert met het fundament van artikel 56 en 57 VWEU, waardoor het huis altijd scheef zal staan. Want alle nieuwe regelgeving ten spijt, ook als alle nieuwe regelgeving wordt nageleefd blijft het lucratief om Oost- en Zuid-Europese arbeidskrachten in te schakelen. Al was het maar omdat pensioenopbouw en loondoorbetaling bij ziekte niet tot de “harde kern” behoren en de socialeverzekeringspremies nog steeds bepaald kunnen worden door het land van herkomst.²⁰ De recente poging van de Europese Commissie om de “harde kern” uit te breiden²¹ kreeg direct een zogenoemde gele kaart van de Oost-Europese parlementen en het parlement van Denemarken.²² Weliswaar besloot de Commissie op 20 juli 2016 deze gele kaart te negeren,²³ maar duidelijk is dat uitbreiding van de “harde kern” een zware strijd zal opleveren. Bovendien zouden de plannen van de Commissie geen, althans amper, wijzigingen aanbrengen op het gebied van sociale zekerheid, loondoorbetaling bij ziekte en pensioen, zodat inschakeling van buitenlandse werknemers nog steeds goedkoper zou blijven. Of het huis van regelgeving binnenkort weer wordt verbouwd, zal de tijd uitwijzen. Duidelijk is al wel dat die eventuele verbouwing niet door Oost-Europeanen zal worden uitgevoerd...



Over de auteur

Mr. L.B. de Graaf is advocaat bij BarentsKrans in Den Haag.

20 Vooral Frankrijk is hier groot tegenstander van. Premier Valls dreigde op zondag 3 juli 2016 in een televisie-uitzending op TF1 zelfs de Detacheringsrichtlijn niet meer toe te zullen passen als hierin geen wijziging wordt aangebracht. Zie de Belgische krant *De Standaard* 5 juli 2016, p. 19: ‘Frankrijk dreigt EU-richtlijn te negeren’. De Franse autoriteiten weigeren inmiddels ook bepaalde A1-verklaringen te accepteren. Zie *EELC* 2014/26.

21 Voorstel voor een Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG van het Europese Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, 8 maart 2016, COM (2016) 128 final, 2016/0070 (COD).

22 Het Financieele Dagblad 11 mei 2016, p. 3: ‘Gele kaart dreigt voor EU-wetgeving gelijk loon buitenlandse werknemers’.

23 *Het Financieele Dagblad* 21 juli 2016, p. 5: ‘Brussel negeert “gele kaart” Oost-Europa voor detacheringsrichtlijn’.