

ANNOTATIE

Transnationale arbeid in de EU: race to the top or to the bottom?

mr. dr. J.H. Even

Een van de grootste ‘uitdagingen’ in een sociaal Europa is, naar mijn mening, de mogelijke wrijving tussen de Europese vrijheden enerzijds en sociale rechten anderzijds. Hiervan zijn tal van voorbeelden. Denk bijvoorbeeld aan de discussie over de zogenoemde Bolkestein-richtlijn, die tot een grote betoging in Brussel heeft geleid (zie hierover R. Blanpain, ‘Bolkestein: Sociale dumping’, *AI* 2005, 2, p. 99 e.v.). Of denk aan de arresten van het HvJ inzake *Spaanse aardbeien* (9 december 1997, C-265/95) en *Schmidberger* (12 juni 2003, C-112/00). Te veel om op te noemen, en zeker te veel om te verwerken in een commentaar. Ik beperk me dan ook tot de potentiële wrijving tussen de vrijheid van transnationale dienstverrichting (art. 56 e.v. VWEU) en de gerechtvaardigde belangen van het land van ontvangst, met inbegrip van het voorkomen van *social dumping*. Ik doe dit naar aanleiding van een politiek gezien belangwekkende uitspraak, namelijk die van de Rechtbank Den Haag van 11 december 2013. Naar de uitspraak zelf zal echter niet de meeste aandacht uitgaan. Die gaat uit naar de achtergrond van deze problematiek en de lange weg die wordt begaan om een oplossing hiervoor te zoeken.

1. Directe aanleiding voor de uitspraak van de Rechtbank Den Haag

Bij transnationale tijdelijke uitzending van uitzendkrachten van Polen naar Nederland dient de uitzendwerkgever op grond van de op de Detacheringsrichtlijn (Richtlijn 96/71/EG) gebaseerde implementatiewet de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (Waga) ten minste het minimumloon te voldoen aan de betrokken werknemers. Het betalen van onkosten valt niet onder het begrip minimumloon. Artikel 3 lid 7 tweede volzin van de Detacheringsrichtlijn bepaalt namelijk dat niet als deel van het minimumloon wordt beschouwd, de vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten, zoals reiskosten, verblijfkosten en kosten voor voeding. Dergelijke onkosten worden vide artikel 6 lid 1 onder f WML ook nationaal buiten de reikwijdte van ons minimumloonbegrip gehouden.

Het vergoeden van onkosten bij transnationale detachering wordt dus niet als minimumloon beschouwd dat de werkgever ten minste aan de uitgezonden werknemer dient te voldoen. Ook anderszins schrijft de Detacheringsrichtlijn niet voor dat onkosten voor de uitgezonden werknemer dienen te worden vergoed (A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, ‘Comparative

study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union', rapport voor de Europese Commissie, VT/2009/0541, 21 maart 2011, p. 74). De Waga kent een dergelijke bepaling evenmin. Dat betekent in principe dat de dienstverrichter de uitgezonden werknemers allerlei onkosten mag laten betalen. Voor zover deze kosten worden voorgeschoten door de werkgever, wil hij deze mogelijk verrekenen met het loon dat hij betaalt aan de betrokken werknemer. Deze praktijk is onder meer besproken in het debat over arbeidsmigranten uit Midden- en Oost-Europa. Daar zijn situaties geconstateerd dat werknemers door verrekeningen onder het minimumloon betaald krijgen. Aan die verrekeningen moet volgens de minister van SZW paal en perk worden gesteld. Voor twee kostenposten heeft de minister van SZW echter een uitzondering voorgesteld. Dat zijn verrekeningen ten aanzien van redelijke kosten voor huisvesting en de premie ziektekostenverzekering. Dit gaat volgens de minister om onvermijdelijke kosten. Bovendien, zo voegt de minister toe, 'als de werkgever behulpzaam is bij het voorzien in huisvesting en een ziektekostenverzekering tegens aanvaardbare kosten, is het niet bezwaarlijk als deze kosten worden verrekend met het minimumloon' (*Kamerstukken II* 2011/12, 32896, 5). Ook stelde de minister een grens aan deze verrekeningen: voor huisvestingskosten tot maximaal 20% van het brutominimum(jeugd)loon en voor de premie zorgverzekering tot maximaal 10% van het brutominimumloon. Deze regel is sedert 4 juli 2011 opgenomen in het handhavingsbeleid van de Inspectie SZW, die onder meer belast is met het controleren van de naleving van de WML. In het persbericht van 28 augustus 2011 waarin deze wijzigingen van de handhaving van de WML waren aangekondigd (met als titel: Handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag effectiever en efficiënter), voegde de minister dreigend toe: 'té omvangrijke inhoudingen (vooral voorkomend bij – tijdelijke – werknemers afkomstig uit Midden- en Oost-Europa) zijn niet in overeenstemming met de Wml.'

2. Rechtbank Den Haag

De Rechtbank Den Haag moest oordelen over een werkgever (uitzendbureau) die met betrekking tot twee Poolse uitzendwerknemers méér had verrekend ten aanzien van huisvestingskosten en de premie ziektekostenverzekering dan het in het handhavingsbeleid toegestane maximum. Hiervoor had de werkgever van de Inspectie SZW een boete opgelegd gekregen. De werkgever achtte die boete ontoelaatbaar. Zijn standpunt was eenvoudig: de wet staat verrekening van dergelijke kosten toe (tot de beslagvrije voet). Het gewijzigde handhavingsbeleid, dat verder gaat dan de wet, kent geen wettelijke grondslag. De Inspectie SZW stelde daarentegen dat, door de verrekening, de werkgever minder dan het minimumloon had betaald. Dat zou in strijd met de WML zijn. De rechtbank volgde het standpunt van de werkgever. De WML kent volgens de rechtbank geen expliciete bepalingen inzake verrekening. Daardoor dient te worden aangesloten bij de definitie van artikel 6:127 BW. Verrekening is daarmee een manier waarop, anders dan door betaling, een verbintenis tot betaling van een geldsom teniet gaat. Artikel 7 WML ziet op een *aanspraak* op minimumloon, niet op *betaling* van het minimumloon. Die aanspraak gaat naar zijn aard vooraf aan verrekening. Door een aanspraak ontstaat een verbintenis, die door verrekening teniet kan gaan. Artikel 7 WML kent bovendien geen verbod op verrekening. Door de verrekening heeft

de werkgever dan ook geen publiekrechtelijk voorschrift overtreden. Er bestond daardoor geen bevoegdheid aan de zijde van de Inspectie SZW tot handhaving.

3. Analyse van deze uitspraak

De uitspraak heeft de charme van de eenvoud en verraadt (terecht) niets over de complexe politieke en maatschappelijke achtergrond van deze zaak. Ik heb wel enkele kanttekeningen bij het oordeel van de rechtbank. Wat opvalt is dat voor het toestaan van de verrekening in de arbeidsrelatie aan Nederlands recht wordt getoetst. Het is mij niet op voorhand duidelijk op grond waarvan Nederlands recht op de ongetwijfeld internationale arbeidsovereenkomst tussen werkgever en buitenlandse werknemer van toepassing is. Het is zeer wel mogelijk dat Pools recht de arbeidsovereenkomst beheerst. Zie hierover onderdeel 4, waar ik Rome I bespreek. Voorts wordt in de uitspraak artikel 7:632 BW genoemd – het artikel dat verrekening van geldsommen door de werkgever jegens de werknemer tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst slechts onder strikte voorwaarden toelaat - maar wordt niet aangegeven op basis van welke limitatieve gronden genoemd in lid 1 van dit artikel precies is verrekend. Die grond zie ik niet onmiddellijk ten aanzien van de premie ziektekostenverzekering. Bij verrekening van de huurprijs van de woning moet volgens onderdeel e aan bijzondere voorwaarden worden voldaan. Of daaraan is voldaan wordt in de uitspraak niet duidelijk gemaakt. Wellicht dat het de rechtbank niet uitmaakte of aan de regels van artikel 7:632 BW was voldaan bij de verrekening. Het gevolg van overtreding van deze regels is immers vernietigbaarheid, en niet is gebleken dat is vernietigd. Aangenomen wordt dat een werknemer zich mag neerleggen bij verrekening van geldsommen in strijd met artikel 7:632 BW (zie bijv. W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, bewerkt door W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Deventer: Kluwer 2008, p. 143). Dat naar Nederlands recht verrekend mag worden, ook tot onder het niveau van het minimumloon, lijkt mij tamelijk helder te volgen uit lid 2 van artikel 7:632 BW. Volgens die bepaling mag immers worden verrekend tot de beslagvrije voet, die lager ligt dan het minimumloon.

De minister van SZW heeft fel gereageerd op deze uitspraak. In een brief van 15 januari 2014 aan de Tweede Kamer wordt op niet mis te verstane wijze hoger beroep aangekondigd (*Kamerstukken II 2013/14, 33623, 10*). Zonder enige vorm van inhoudelijke motivering schrijft hij: 'Ik kan mij niet vinden in het oordeel van de rechtbank en sta op het standpunt dat verrekening met het minimumloon niet is toegestaan (met uitzondering van de gelimiteerde bedragen voor huisvesting en ziektekostenverzekering). Ik zal dan ook hoger beroep instellen.' Vanwaar deze stevige reactie? Dat komt door de wrijving tussen de vrijheid van transnationale dienstverrichting en de gerechtvaardigde belangen van het land van ontvangst, in dit geval Nederland. Die wrijving heeft tot maatschappelijke onrust geleid.

4. Maatschappelijke onrust: uitbuiting en verdringing op de arbeidsmarkt

Op 22 november 2013 heeft de Expertcommissie A2 Maastricht een advies geopenbaard (<http://www.a2maastricht.nl/data/files/alg/id1344/Advies%20Expertcommissie.pdf>). Portugese werknemers werden ingezet voor allerlei werkzaamheden ten behoeve van de bouw

van een tunnel voor de A2 in Maastricht. Van hun salaris werd bijna € 1000 per maand ingehouden, ter dekking van diverse kosten, zoals woon- en reiskosten. De centrale vraag die aan de Expertcommissie was gesteld – is hier sprake van arbeidsuitbuiting of moderne slavernij – werd met een duidelijk ‘nee’ beantwoord. De inhouding van dit bedrag werd echter in strijd geacht met artikel 55 lid 1 van de op dat moment algemeen verbindend verklaarde cao voor de bouwnijverheid. Dat artikel bepaalt, kort gezegd, dat de werkgever huisvestingskosten en andere onkosten vergoedt als het werk zo ver van de woning is gelegen dat dagelijks huiswaarts keren van de werknemer onredelijk zou zijn. Een belangrijke vraag in dat verband, de vraag of artikel 55 lid 1 van deze cao mogelijk in strijd is met artikel 56 VWEU, liet de Expertcommissie helaas onbeantwoord. De relevantie van die vraag was daar, omdat de Europese Commissie enige tijd daarvoor was gevraagd te onderzoeken of juist deze bepaling de toets van artikel 56 VWEU zou doorstaan. Het beantwoorden van deze vraag zou echter buiten de opdracht van de Expertcommissie liggen. Ten overvloede concludeerde de commissie niettemin: ‘het [valt] nog te bezien of de Europese Commissie de ingediende klacht gegrond zal verklaren en zo ja op welke gronden.’

Interessanter was de bespiegeling van de Expertcommissie over de sociaal-maatschappelijke context van dit geschil. De Expertcommissie refereerde aan de door de minister van SZW aangekondigde maatregelen schijnconstructies bij internationale dienstverlening tegen te gaan (brief van de minister en staatsecretaris van SZW aan de Tweede Kamer van 11 april 2013, betreffende resultaten sociaal overleg). Die schijnconstructies (met name schijnzelfstandigheid, ontduiking minimumloon en premieafdracht en niet toepassen cao-normen) leiden tot oneerlijke concurrentie, onderbetaling en soms ook uitbuiting. In een latere brief voegde de minister SZW hieraan toe dat hierdoor ook verdringing plaatsvindt aan de onderkant van de arbeidsmarkt (brief van de minister en staatsecretaris van SZW aan de Tweede Kamer van 13 september 2013, betreffende EU-arbeidsmigratie). In deze brief kondigde de minister diverse maatregelen aan om schijnconstructies tegen te gaan. De Expertcommissie verwees niet slechts naar de politiek, maar trachtte ook zelf met een zienswijze te komen over dit probleem (p. 61-62):

‘Kijkend naar de sociaal|maatschappelijke discussie dan lijkt daar een communis opinio te bestaan dat (i) een inhouding ten behoeve van kosten van huisvesting c.a. als er geen andere regeling, zoals een (algemeen verbindend verklaarde) cao geldt, op zich zelf niet onaanvaardbaar is, maar (ii) de hoogte daarvan en de wijze van huisvesting wel punt van zorg en aandacht zijn. (...) Formele wet| en regelgeving die als toetssteen zou kunnen dienen, ontbreekt. Wel wordt er soms in een cao iets over de huisvesting van werknemers geregeld. (...) Als norm voor verrekening van huisvestingskosten houdt de Inspectie SZW een maximum van 20% van het fulltime WML|loon aan. De huisvestingskosten die Rimec [de in het onderzoek betrokken partij; JHE] bij de werknemers in rekening brengt zijn hoger dan deze norm. (...) Het overgrote deel van de door Atop [een andere betrokken partij; JHE] gemaakte kosten betreffen de kosten voor huisvesting. Bij het inhouden van een bedrag op een salaris voor een werknemer die € 13,12 per uur verdient voor voornamelijk huisvesting ad € 968,75, afgezet tegen de goedkope huurprijs van een aantal woningen, kunnen vraagtekens worden

gezet. Wanneer deze vergelijking zou worden benaderd vanuit het perspectief van een commerciële op winst gerichte onderneming, is misschien nog wel vol te houden dat er een gemiddeld kostenniveau wordt bereikt waardoor een bedrag van € 968,75 niet onredelijk is (als een behoorlijke risico|opslag en winstmarge wordt ingecalculeerd). (...) Maar kijkend vanuit sociaal|maatschappelijk perspectief, zien we een situatie waarin ca. een derde van het nettoloon wordt ingehouden ten behoeve van de huisvesting van één persoon, in ordentelijke maar zeker niet overmatig luxueuze woningen. (...) De meer dan 30% inhouding op het nettosalaris van de Portugese werknemers ligt wel heel erg ver verwijderd van de 20%|norm van de Inspectie SZW, zelfs wanneer daarbij de kosten van woon|werkverkeer en vliettickets worden meegenomen. De commissie is van oordeel dat de inhouding voor de kosten van huisvesting en vervoer op het salaris van de werknemers in ieder geval vanuit sociaal maatschappelijk oogpunt te hoog is.'

5. Europese context: de Detacheringsrichtlijn en de Waga

De hier besproken wrijving tussen vrijheden en sociale rechten (in overigens fundamentele vorm dan 'slechts' het wel of niet mogen verrekenen) gaat al geruime tijd terug. De *landmark ruling* in dat verband is *Rush Portuguesa* (HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89). Het Portugese *Rush Portuguesa* assisteerde een Frans bedrijf in onderaanneming met bouwwerkzaamheden aan een spoorlijn in Frankrijk. Portugal was net toegetreden tot de EEG. Conform de Toetredingsakte gold voor Portugal al wel de vrijheid van dienstverrichting, maar de regels van het vrije verkeer van werknemers nog niet. *Rush Portuguesa* liet voor het verrichten van de werkzaamheden haar werknemers uit Portugal overkomen. Zij vroeg hiervoor geen vergunningen aan. Naar Frans recht was dat in strijd met immigratiewetgeving en een boete volgde. *Rush Portuguesa* riep de vernietiging van de boete in en beriep zich op de vrijheid van dienstverrichting. Het HvJ volgde *Rush Portuguesa*. De Toetredingsakte wilde weliswaar vermijden dat zich ingevolge de toetreding van Portugal door een onmiddellijke, massale toevloed van werknemers verstoringen voordoen op de arbeidsmarkt, maar die situatie was hier niet aan de orde. Het gaat hier namelijk om de tijdelijke verplaatsing van werknemers die naar een andere lidstaat worden gezonden. Die werknemers keerden na voltooiing van hun taak terug naar hun land van herkomst. De vrijheid van dienstverrichting verzette zich volgens het HvJ ertegen dat een lidstaat een in een andere lidstaat gevestigde dienstverlener verbiedt, zich op zijn grondgebied met zijn personeel vrij te verplaatsen, of hem aan beperkende voorwaarden onderwerpt (zoals het aanvragen van werkvergunningen). Dat betekende dat *Rush Portuguesa* zich met haar Portugese personeel mocht verplaatsen voor de duur van de aangenomen werkzaamheden. (Voor uitzendkrachten zijn deze overwegingen genuanceerd in HvJ EU 10 februari 2011, C-307/09 tot en met C-309/09, *Vicoplus*.) Het gemeenschapsrecht belette de lidstaten echter niet hun wetgeving of collectieve arbeidsovereenkomsten tussen de sociale partners te laten gelden voor een ieder die – zelfs tijdelijk – arbeid in loondienst op hun grondgebied verricht, ongeacht het land van vestiging van de werkgever.

Deze uitspraak poogde, kort gezegd, een balans aan te brengen tussen de fundamentele vrijheden van (in dit geval) een Portugees bedrijf, en de belangen van een ander land, Frankrijk, waarin de diensten werden verricht, met name het belang om niet overspoeld te

worden met wat ik maar noem goedkope arbeidskrachten (met een mogelijke verdringing van Franse werknemers tot gevolg). Dat laatste, ook wel (een vorm van) *social dumping* genoemd, kon Frankrijk voorkomen door eigen wetgeving of cao's te laten gelden op deze Portugese werknemers. En passant zou dit een financieel voordeel opleveren voor de uitgezonden Portugese werknemers, die gebruik zouden kunnen maken van de betere Franse arbeidsvoorwaarden. Deze door het HvJ aangebrachte balans vormde de basis voor de Detacheringsrichtlijn. Zie overweging 5 daarvan: 'overwegende dat voor de bevordering van het grensoverschrijdend verrichten van diensten eerlijke mededinging alsook maatregelen die de eerbiediging van de rechten van werknemers garanderen noodzakelijk zijn.' Op basis van de Detacheringsrichtlijn dient, in geval van transnationale detachering binnen de EU, de werkgever ten aanzien van zijn uitgezonden werknemers kernarbeidsvoorwaarden van het land van ontvangst (gastland) toe te passen. Die kernarbeidsvoorwaarden dienen te blijken uit wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en/of collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechtelijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard. Zij betreffen de in artikel 3 lid 1 opgesomde onderwerpen, waaronder maximale werktijden en minimale rustperiodes, minimaal aantal betaalde vakantiedagen en minimumlonen inclusief vergoedingen voor overwerk.

Het toepassen van deze arbeidsvoorwaarden van het gastland is vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief niet onmiddellijk voor de hand liggend. Hier is de Verordening inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) relevant. De arbeidsvoorwaarden van de werknemers worden vastgesteld door het gekozen recht (in de praktijk vrijwel uitsluitend het recht van het land waar de dienstverrichter zich bevindt), en door dwingende bepalingen van het recht van het land dat zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn (art. 8 lid 1 Rome I). Als hoofdregel geldt dat het recht van toepassing is van het land waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht (art. 8 lid 2 Rome I). Daaraan wordt toegevoegd dat het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht niet geacht wordt te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht. Die laatste uitzondering is bij transnationale detachering in de regel cruciaal: het gewoonlijke werkland blijft vrijwel steeds het land van uitzending. Dat betekent dat de arbeidsrechtelijke regels van het gastland niet van toepassing zijn. Een uitzondering hierop is dat op grond van artikel 9 Rome I regels van bijzonder dwingend recht (voorrangsregels) van het gastland kunnen gelden. Voorrangsregels zijn bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst. De kernarbeidsvoorwaarden zijn door de Detacheringsrichtlijn tot dergelijke voorrangsregels verheven. De kernarbeidsvoorwaarden zijn daardoor van toepassing op de uitgezonden werknemers in geval van Europese transnationale detachering, ongeacht het recht dat de arbeidsovereenkomst beheerst.

De Detacheringsrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Waga. Op basis hiervan

dient, toegepast op de *inbound* detachering, de buitenlandse dienstverrichter niet alleen de regels uit zijn land toe te passen op de werknemer, maar ook de gunstiger Nederlandse kernarbeidsvoorwaarden. Die kernarbeidsvoorwaarden zijn terug te vinden in onze wetgeving, maar kunnen per sector ook verbeterd worden door middel van een algemeen verbindend verklaarde cao (art. 2 lid 6 Wet AVV).

Probleem opgelost, zou je zeggen. De vrijheid van dienstverrichting is gewaarborgd. Dat is belangrijk, want de Europese vrijheden worden toch als hoekstenen van de EU beschouwd. *Social dumping* wordt voorkomen, omdat de concurrentie op kernarbeidsvoorwaarden wordt beperkt. Iedereen, ook de transnationale dienstverrichter, dient de minima aan kernarbeidsvoorwaarden na te leven, die zelfs op sectorniveau door de sociale partners kunnen worden vastgesteld. Zo wordt verdringing van de lokale beroepsbevolking door goedkope arbeidskrachten in het gastland voorkomen. Het toepassen van deze gunstigere kernarbeidsvoorwaarden is bovendien een leuk extraatje voor de uitgezonden werknemer. Kortom, iedereen gelukkig.

Toch is dit niet het geval gebleken. In de praktijk blijkt dat het enkele toepassen van de kernarbeidsvoorwaarden van het land van ontvangst onvoldoende is om het gevoel te krijgen dat eerlijk wordt geconcurrereerd. Vakbonden (maar soms ook lokale overheden: zie in dat verband HvJ EG 3 april 2008, C-346/06, *Rüffert*) willen volledige cao's opleggen, niet alleen minimumkernarbeidsvoorwaarden daaruit, zodat een werkelijk *level playing field* wordt verkregen waarmee *social dumping* wordt voorkomen. Dat standpunt wordt naar mijn ervaring soms ook (vaak zuiver informeel) door nationale werkgeversverenigingen onderschreven, die het bovendien als prettig ervaren dat goedkope buitenlandse concurrenten zo veel mogelijk buiten de deur worden gehouden. (Het formele standpunt van werkgeversverenigingen ligt overigens vaak ingewikkelder, omdat sommige werkgevers juist weer gebruik maken en willen blijven maken van 'goedkopere buitenlandse dienstverleners' in projecten.) Het opleggen van volledige cao's, en van niet algemeen verbindend verklaarde cao's, is echter door het HvJ verboden. Het opleggen van verdergaande verplichtingen aan de transnationale dienstverrichter dan de minimale verplichtingen die volgen uit de Detacheringsrichtlijn, wordt tot nu toe namelijk steeds door het HvJ als belemmering van de vrijheid van dienstverrichting beschouwd. En artikel 56 VWEU verbiedt dergelijke belemmeringen. Een belemmering is slechts toegestaan indien deze (1) een rechtmatig, met het verdrag verenigbaar doel nastreeft en haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang, (2) geschikt is om verwezenlijking van dat doel te verzekeren en (3) niet verder gaat dan noodzakelijk om dit doel te bereiken. En deze toets wordt steeds niet gehaald, om de eenvoudige reden dat het HvJ het standpunt huldigt dat, kort gezegd, reeds in de belangen van het land van ontvangst is voorzien door de Detacheringsrichtlijn. Hierdoor wordt de 'minimumbescherming die de richtlijn aan gedetacheerde werknemers garandeert, (...) feitelijk ook het maximale niveau', zoals Houwerzijl en Van Hoek dat hebben verwoord (A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, 'Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – deel 2: de arresten Laval, Rüffert en Commissie/Luxemburg, interpretatie van de detacheringsrichtlijn', *NTER* 2008/12, p. 346). De enige grond uit de Detacheringsrichtlijn die zich leent voor het opleggen van

verdergaande bescherming, is die van artikel 3 lid 10. De kernarbeidsvoorwaarden kunnen op grond hiervan worden uitgebreid door bepalingen ter bescherming van de openbare orde. Van deze bepaling kan uitsluitend de wetgever – en niet de sociale partners in het kader van het vaststellen van een cao – gebruik maken (HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *Laval*, punt 84, en HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06, *Commissie/Luxemburg*, punten 64 – 66). De wetgever kan dan wel worden gecontroleerd door het HvJ, ingevolge de al genoemde uitspraak *Commissie/Luxemburg*. Het HvJ heeft hierin duidelijk gemaakt dat de term openbare orde als bedoeld in lid 10 een ‘Europees’ begrip is dat strikt moet worden uitgelegd. Hierop kan slechts een beroep worden gedaan in geval van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving. Het moet gaan om ‘bepalingen van de inachtneming waaraan zo veel belang wordt gehecht voor de handhaving van de politieke, sociale of economische organisatie van de betrokken lidstaat, dat zij moeten worden nageleefd door een ieder die zich op het nationale grondgebied van deze lidstaat bevindt, en voor elke daarin gesitueerde rechtsbetrekking’. Er kunnen bovendien géén voorwaarden aan de tewerkstelling worden gesteld als deze voorwaarden al gelden in het land van herkomst.

Het voorgaande betekent dat de wetgever en de sociale partners het uiterste moeten halen uit de kernarbeidsvoorwaarden zelf, willen zij zo veel mogelijk dat door hen gewenste *level playing field* bereiken en mogelijke verdringing van de lokale beroepsbevolking voorkomen. In dat verband speelt in de praktijk vaak een belangrijke rol dat transnationale dienstverrichters op grond van de Detacheringsrichtlijn de ‘minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk’ van het gastland moet respecteren. Over dit onderdeel van de Detacheringsrichtlijn is daardoor veel te doen.

6. Minimumloon onder de Detacheringsrichtlijn en de Waga

Het begrip minimumloon wordt in de Detacheringsrichtlijn niet gedefinieerd, maar wel enigszins afgebakend. Het gaat gezien artikel 3 lid 1 onder c over: ‘minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk; dit punt is niet van toepassing op de aanvullende bedrijfspensioenregelingen.’ De laatste paragraaf van artikel 3 lid 1 voegt toe dat dit begrip ‘minimumlonen’ wordt bepaald door de nationale wetgeving en/of praktijk van de Lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld. In artikel 3 lid 7 tweede volzin van de Detacheringsrichtlijn wordt toegevoegd dat niet als deel van het minimumloon wordt beschouwd, de vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten, zoals reiskosten, verblijfkosten en kosten voor voeding.

Maar wat heeft wel en wat niet te gelden als minimumloon? Die vraag is uiteraard van belang en werkt mogelijk twee kanten uit. Als het gastland een ‘breed’ minimumloonbegrip hanteert, kan dat gastland al deze componenten opleggen aan de dienstverrichter. Daar staat tegenover dat als het gastland een ‘smal’ minimumloonbegrip hanteert, het gastland zou kunnen bepleiten dat allerlei toeslagen en extra’s die de dienstverrichter betaalt aan zijn werknemer, niet mee mogen worden genomen bij het antwoord op de vraag of de dienstverrichter een afdoende loon betaalt. Er zou dan volgens het gastland zuiver naar het brutoloon, zonder poespas, moeten worden gekeken.

In de zaak *Commissie/Duitsland* (HvJ EG 14 april 2005, C-341/02) kwam dit tweede punt aan de orde. Om te bezien of de dienstverrichter voldeed aan het Duitse minimumloon voor de bouwsector, keek de Duitse inspectie uitsluitend naar het door de dienstverrichter betaalde loon en een eventuele bouwtoeslag. Andere door de dienstverrichter betaalde looncomponenten – zoals een dertiende en veertiende maand, en stortingen in vakantie- en compensatiekassen – werden niet in beschouwing genomen. Dat werd door het HvJ in strijd met de Detacheringsrichtlijn en de vrijheid van dienstverrichting geacht. Duitsland was, kort gezegd, niet bevoegd zijn eigen voorgeschreven beloningsstructuur op te leggen aan de dienstverrichters bij het vergelijken van zijn minimumloon met het loon dat in andere lidstaten gevestigde werkgevers betaalden. Toeslagen en bijslagen ‘die geen wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en het loon dat hij daarvoor ontvangt’ moesten door Duitsland worden meegenomen. Als de dienstverrichter toeslagen en bijslagen betaalt die wél een wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en het loon dat hij daarvoor ontvangt – zoals het betalen van toeslagen voor vuil, zwaar of gevaarlijk werk – dan hoefden die niet door Duitsland te worden meegenomen, indien dergelijke toeslagen voor de Duitse situatie geen deel uitmaakten van de definitie van minimumloon. In de procedure was tussen Duitsland en de Commissie in confesso dat vergoedingen voor overwerk, bijdragen aan aanvullende bedrijfspensioenregelingen, vergoedingen voor wegens de terbeschikkingstelling daadwerkelijk gemaakte kosten en op een andere grond dan op uurbasis berekende vaste bedragen, *niet* als bestanddelen van het minimumloon in aanmerking moesten worden genomen.

Over het begrip minimumloon heeft het HvJ zich recent voor een tweede maal uitgesproken (HvJ EU 7 november 2013, C-522/12, *Isbir/DB Services*). Daarin is helder aangegeven dat het aan het gastland is te bepalen welke bestanddelen onder het minimumloombegrip worden geschoven, zolang dit maar niet tot gevolg heeft dat het verrichten van diensten tussen lidstaten wordt belemmerd (zoals in voornoemde zaak het geval was met betrekking tot de wijze waarop Duitsland het door de dienstverrichter betaalde loon vaststelde). Volgens het HvJ konden enkel loonbestanddelen die geen wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en de tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt, in aanmerking worden genomen voor de berekening van het minimumloon. Dat zijn bijvoorbeeld componenten zoals de dertiende en veertiende maand als genoemd in *Commissie/Duitsland*, maar ook componenten zoals winstdeling en conjunctuurtoeslagen, als aan de orde in *Isbir/DB Services*. Dergelijke toeslagen konden volgens het HvJ worden beschouwd als tegenprestatie voor de normale activiteit van de werknemer. Een spaarloonregeling daarentegen, zoals eveneens aan de orde in *Isbir/DB Services*, diende echter niet onder het begrip minimumloon te worden gebracht, omdat een dergelijke bijdrage moest worden onderscheiden van loon in eigenlijke zin. Die bijdrage paste in een doelstelling van sociaal beleid en werd in de zaak *Isbir/DB Services* ondersteund door Duitsland, en paste niet in het kader van de verhouding tussen de arbeidsprestatie en de financiële tegensprestatie die daarvoor wordt verlangd van de werkgever.

Uit deze overigens niet al te duidelijke uitspraken volgt dat de wetgever en de sociale partners

er verstandig aan doen een ruime opvatting te huldigen van het begrip ‘minimumloon’. Die ruime opvatting kan gezien de zaak *Isbir/DB Services* vervolgens worden opgelegd aan de dienstverrichter. Als er geen ruime, maar juist een enge opvatting wordt gehanteerd, kan die enge opvatting niet (steeds) worden gebruikt bij het bepalen van de hoogte van het loon dat de transnationale dienstverrichter betaalt, zo blijkt uit *Commissie/Duitsland*. Toeslagen en bijlagen betaald door deze dienstverrichter aan de werknemer ‘die geen wijziging brengen in de verhouding tussen de prestatie van de werknemer en het loon dat hij daarvoor ontvangt’ dienen immers door het gastland te worden meegenomen. Voor mij is echter nog niet duidelijk of dat ook opgaat als bepaalde loonelementen in het gastland expliciet van de definitie van minimumloon zijn uitgesloten. Zo vallen winstuitkeringen gezien artikel 6 lid 1 onder c WML expliciet niet onder de definitie van minimumloon. Ik leid niet zonder meer uit de uitspraak *Commissie/Duitsland* af dat de Nederlandse inspectie zou moeten toestaan dat, bij het bepalen of een dienstverrichter ten minste het minimumloon heeft betaald, deze dienstverrichter bij de opgave van het betaalde loon elke winstuitkering mag meenemen.

Gegeven het voorgaande wekt geen verbazing dat sociale partners in cao’s soms zeer ruim omgaan met het begrip minimumloon en vele in de cao benoemde elementen als minimumloon willen opleggen aan buitenlandse dienstverrichters. Het gaat niet om het zuivere loon, maar ook om allerlei toelagen. En soms bijvoorbeeld ook om additionele vergoedingen voor werknemers die verder dan een bepaalde afstand wonen van het werkobject. Zie in dat verband het reeds genoemde voorbeeld artikel 55 lid 1 cao voor de bouwnijverheid (zie onderdeel 4). Hierbij was reeds opgemerkt dat sociale partners hierbij moeten opletten. Zij mogen niet over de grenzen van de mogelijkheden die de Detacheringsrichtlijn hun biedt heenstappen. Dat zou namelijk hoogstwaarschijnlijk een overtreding van het bepaalde in artikel 56 VWEU opleveren. Vandaar dat de grenzen van het begrip minimumloon steeds worden opgezocht. Zie in dat verband bijvoorbeeld de prejudiciële vraag van de Finse rechter (C-396/13): ‘Dient artikel 3 van Richtlijn 96/71, gelezen in samenhang met de artikelen 56 VWEU en 57 VWEU, aldus te worden uitgelegd dat het begrip minimumloon het basisuurloon overeenkomstig de loongroep, het garantieloon voor stukwerk, het vakantiegeld, de vaste dagvergoeding en de vergoeding voor de dagelijkse reis naar het werk omvat, zoals deze arbeidsvoorwaarden zijn neergelegd in een, in het kader van de bijlage bij de richtlijn in aanmerking komende, algemeen verbindend verklaarde cao?’

7. Hoe nu verder: een race to the bottom or to the top?

Simpel gezegd moeten de marktvrijheden ervoor zorgen dat bedrijven en werknemers daar gaan zitten waar zij het best tot hun recht komen. Voor werknemers betekent dat, dat werknemers uit landen met een hoge mate van werkloosheid gaan naar landen met een vraag naar arbeid. Dit is in elk geval de achtergrond van de vrijheid van vrij verkeer van werknemers (C. Barnard, *EU Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 143). Dit zou tot een *race to the top* moeten leiden. Dit is het gunstige scenario. In het minder gunstige scenario kom je terecht in een *race to the bottom*. Goedkope arbeidskrachten overspoelen een markt die dit niet aankan. Deze arbeidskrachten kunnen uitgebuit worden bovendien. In dat verband wordt de term *social dumping* gebruikt.

De minister van SZW ziet blijkens zijn brief van 13 september 2013 voor hoogopgeleiden een race to the top: 'Vrij verkeer van werknemers is een van de verworvenheden van de Europese Unie. Nederland heeft een open, internationaal georiënteerde economie en heeft baat bij een Europese arbeidsmarkt. Vrij verkeer van werknemers biedt voor de individuele burgers kansen om al dan niet tijdelijk in een ander land te werken, maar is ook goed voor de Nederlandse economie en samenleving als geheel. Nederland kent daarom ook een uitnodigend beleid voor hooggekwalificeerde arbeidsmigranten. Zij zijn nodig om onze economie concurrerend te houden en knelpunten op de arbeidsmarkt op te vullen. De vraag naar hooggekwalificeerde arbeid stijgt vooralsnog sneller dan het aanbod.'

Voor de onderkant van de arbeidsmarkt is zijn visie bepaald minder rooskleurig. De minister van SWZ signaleert dat betrekkelijk weinig hoogopgeleiden, en betrekkelijk veel laagopgeleide arbeidsmigranten naar Nederland komen. Dat beschouwt de minister van SZW als een probleem: 'Dit in een periode dat de werkloosheid in Nederland nog steeds stijgt. Een aanzienlijk deel van de beroepsbevolking heeft geen werk. We moeten dan ook voorkomen dat er juist op dit moment verdringing plaatsvindt aan de onderkant van de arbeidsmarkt als gevolg van grote stromen EU-burgers die naar Nederland komen om laaggekwalificeerd werk te verrichten. Verdringing kan plaatsvinden als er sprake is van oneerlijke concurrentie door het gebruik van (oneigenlijke) constructies.' De minister wil hier wat aan doen, waaronder het aanpakken van schijnconstructies. Maar vanwege de duidelijke Europese achtergronden van dit probleem ziet de minister in dat Nederland dit niet alleen kan oplossen. Dat moet in Europees verband geschieden. Hij wil dit in de EU bespreekbaar maken om draagvlak te creëren. Er zijn in dat verband recentelijk al wat proefballonnetjes opgelaten, ook vanuit andere lidstaten. Cameron heeft bijvoorbeeld gesuggereerd om het vrije verkeer te beperken tot de 'volwassen economieën'. Zo ver gaat onze minister niet, maar hij wil wel degelijk de toegang tot de arbeidsmarkt voor EU-migranten verder beperken dan nu (Zie Nu.nl: Vrij verkeer EU niet heilig voor Asscher, 4 december 2013). Dit wordt echter een proces van de lange adem.

In de tussentijd moeten we roeien met de riemen die we hebben. Dat betekent dat we, als we reden zien onze arbeidsmarkt maximaal te beschermen, de Detacheringsrichtlijn ten volle moeten inzetten. Ik zie, toegepast op de hier besproken uitspraak, geen reden waarom het niet mogelijk zou kunnen zijn de WML te veranderen om verrekening tot onder het niveau van het minimumloon slechts beperkt mogelijk te maken. Die beperkingen zullen dan niet uitsluitend aan internationale dienstverrichters moeten worden opgelegd, maar aan een ieder. Ik kan mij voorstellen dat onder de WML slechts een beperkt aantal verrekeningsgronden wordt geïntroduceerd, en dat verrekening bijvoorbeeld wordt gemaximeerd tot de beslagvrije voet. Ik sluit niet uit dat de minister van SZW al met zoiets bezig is, gezien zijn opmerking in de reeds genoemde brief aan de Tweede Kamer van 15 januari 2014: 'Voorts is het van belang om deze zaak zo snel mogelijk nader te analyseren. Ik zal u voor 1 maart 2014 informeren over onze conclusies hieromtrent en welke maatregelen eventueel genomen zullen worden ter verduidelijking van de wetgeving en ter verbetering van de handhaving.' Wordt vervolgd.