

# Het minimumloonbegrip in de Detacheringsrichtlijn – ruimte voor sociale bescherming

Dr. A.G. Veldman\*

Het Hof van Justitie beoordeelt of het minimumloon dat een Poolse dienstverlener op grond van Fins recht moet betalen aan zijn Poolse werknemers die in Finland zijn gedetacheerd, in overeenstemming is met de bepalingen voor minimale bescherming uit de detacheringsrichtlijn. Het Hof van Justitie laat in zijn arrest een ruime marge aan de lidstaten om het minimumloon te bepalen. Hoewel uit het Laval-arrest voortvloeide dat de door de richtlijn beoogde minimumbescherming vanuit het oogpunt van vrij verkeer als plafond heeft te gelden, maakt dit arrest duidelijk dat de richtlijn niet noodzakelijkerwijs het absoluut laagste niveau verlangt dat het recht van de ontvangststaat aan sociale bescherming biedt.

*HvJ 12 februari 2015, C-396/13, Sähköalojen ammattiliitto ry/Elektrobudowa Spółka Akcyjna ('Finse vakbond'), ECLI:EU:C:2015:86*

## Achtergrond

Indien een migrerende Unieburger werkt in een andere lidstaat, heeft hij recht op gelijke behandeling met de werknemers die onderdaan zijn van die lidstaat op basis van het vrij verkeer van werknemers. Wordt een werknemer echter door zijn werkgever in de herkomststaat gedetacheerd in een andere lidstaat om daar tijdelijk te werken, dan profiteert niet de werknemer maar zijn werkgever van de economische vrijheden, namelijk het vrijdienstenverkeer. Omdat nationale sociale wetgeving de buitenlandse dienstverlener in beginsel niet mag belemmeren, kan deze concurreren op goedkope arbeid in de ontvangststaat. De binnenlandse aanbieder zal immers wel gebonden zijn aan nationale wetgeving of cao-stelsels die loonconcurrentie beperken.

Dit biedt uiteraard economische kansen. De mogelijkheid om arbeidskosten te besparen lokt daarbij ook meer 'inventieve' constructies uit, zoals bijvoorbeeld de U-bocht waarbij via een buitenlandse dochteronderneming werknemers worden teruggezonden.<sup>1</sup> Daarnaast is er een praktijk ontstaan van internationale uitzendbureaus die zich specialiseren in het tijdelijk aanwerven van werknemers in diverse lagelonenlanden met als doel deze voor de duur van het project uit te lenen aan dienstverleners in de hogelonenlanden. Dit alles geeft in sommige gevallen aanleiding tot sociale onrust, getuige de Nederlandse voorbeelden van de terbeschikkingstelling van Poolse en Portugese werknemers bij de bouw van de Eemshavencentrale in Groningen of de onder-tunneling van de A2 bij Maastricht.<sup>2</sup> Er zou hier sprake zijn van onderbetaling, ontduiking van de cao en uitbuiting door onredelijk hoge reis- en verblijfskosten met het loon te verrekenen. Toch zijn de mogelijkheden voor concurrentie op goedkope arbeid niet onbeperkt.

### De Detacheringsrichtlijn

Detacheringsrichtlijn 96/71/EG beoogt een balans te vinden tussen het onbelemmerd dienstenverkeer en de sociale bescherming van buitenlandse, gedetacheerde werknemers en kent daarmee een dubbele doelstelling. De balans is gezocht in een verplichting voor de ontvangststaat om door middel van het opleggen van de eigen wetgeving en/of algemeen verbindend verklaarde cao's een minimumbescherming te garanderen aan de buitenlandse werknemer ten aanzien van een beperkte lijst van arbeidsvoorwaarden (de zogeheten 'harde kern'<sup>3</sup>). Hiertoe behoren voornamelijk regels op het

\* Dr. A.G. (Albertine) Veldman is als universitair docent (Europees arbeidsrecht verbonden aan de Universiteit Utrecht.

1. Zie bijv. 'Onderzoek naar "premieshoppen" in transportsector' (Cyprus-constructie), *NRC* 5 februari 2013.
2. Zie 'De A2-tunnel piept en kraakt', *Limburgs Dagblad* 20 maart 2015; 'Bouwers A2-tunnel uitgebuit', *De Limburger* 5 oktober 2013; V.z. Rb. Groningen 5 oktober 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX9234 (*Eemshaven*); Rb. Midden-Nederland 22 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5393 (*A2-tunnel*).
3. Art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn.

gebied van arbeidstijden en arbeidsomstandigheden, maar ook een minimumloonregeling.

Dat zich desondanks problemen voordoen, heeft met name te maken met handhavingsproblemen. Deze worden onder meer gevoed door onduidelijkheid over de vraag welke arbeidsvoorwaarden, en tot welk niveau, nu precies mogen worden opgelegd door de ontvangstaat. Van belang hierbij is de ‘detacheringsrechtspraak’ van het Hof van Justitie over de laatste jaren.<sup>4</sup> Hierin komt naar voren dat, van de dubbele doelstelling van de richtlijn, het vrijdienstenverkeer een nadrukkelijke rol speelt.<sup>5</sup> Met het oog op dit doel is het de ontvangstlidstaat niet toegestaan de verrichting van diensten op zijn grondgebied afhankelijk te stellen van de inachtneming van arbeidsvoorwaarden die *verder* gaan dan de dwingende bepalingen voor minimale bescherming. Bovendien geldt dat als de werknemer gunstigere arbeidsvoorwaarden geniet volgens het (buitenlands) recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst, deze van kracht blijven. Dat betekent dat steeds een (soms moeilijke) vergelijking tussen rechtstelsels moet worden gemaakt.

### Begrip minimumloon

Welk minimumniveau aan arbeidsvoorwaarden de lidstaat van ontvangst dwingend mag opleggen aan buitenlandse werkgevers, is niet eenvoudig af te leiden uit de richtlijn omdat de ‘kernarbeidsvoorwaarden’ wel worden benoemd, maar niet zijn geharmoniseerd. Vooral de uitleg van het begrip ‘minimumloon’ is problematisch. Binnen de lidstaten wordt dit begrip uiteenlopend gedefinieerd. In de arresten *Commissie/Duitsland*<sup>6</sup> en *Isbir*<sup>7</sup> oordeelde het Hof van Justitie dat ‘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 in de zin van Richtlijn 96/71/EG. De arresten verduidelijken met name de voorwaarden waaronder de ontvangende lidstaat rekening moet houden met reeds aan de gedetacheerde werknemers betaalde vergoedingen die in de lidstaat van ontvangst niet als constituerende bestanddelen van het minimumloon worden aangemerkt. Zo mogen door de buitenlandse werkgever uitbetaalde conjunctuurtoeslagen of winstdeling verrekend worden met het verschuldigde minimumloon, maar een overwerk- of inconveniëntentoeslag niet omdat hiervoor een extra prestatie is geleverd door de werknemer.<sup>8</sup>

4. Onder meer HvJ 18 december 2007, zaak C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809; HvJ 3 april 2008, zaak C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189; HvJ 19 juni 2008, zaak C-319/06, *Commissie/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2008:350.
5. Zie 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.
6. HvJ 14 april 2005, zaak C-341/02, *Commissie/Duitsland*, ECLI:EU:C:2005:220.
7. HvJ 7 november 2013, zaak C-522/12, *Isbir*, ECLI:EU:C:2013:711.
8. M.S. Houwerzijl, ‘Minimumloonregeling voor gedetacheerde werknemers rechtvaardigt belemmeringen van het vrije dienstenverkeer’, *NTER* 2005/9, p. 185-190.

In het arrest *Finse vakbond* staat het begrip minimumloon wederom centraal, waarbij zowel het door de lidstaat te bepalen minimumloon als het door de werkgever te verrekenen minimumloon aan de orde is. Hieronder wordt het arrest, na een korte uiteenzetting van de feiten en het oordeel, nader besproken. Ingegaan wordt onder meer op de vraag of het Hof van Justitie opnieuw het vrijdienstenverkeer een belangrijke rol toedicht bij zijn uitleg van de Detacheringsrichtlijn. Vervolgens zal de betekenis van het arrest voor de Nederlandse praktijk worden besproken met aandacht voor de problemen die zich voordeden in de Eemshaven en bij de A2.

## Het Finse vakbond-arrest

### Feiten

ESA is een in Polen gevestigde onderneming in de elektriciteitssector. Zij heeft op basis van het Poolse recht arbeidsovereenkomsten gesloten met 186 werknemers voor werkzaamheden aan een kerncentrale in Finland. De werknemers worden gedetacheerd naar het Finse filiaal van ESA en gehuisvest in de buurt van de kerncentrale. De betrokken werknemers zijn van mening dat ESA niet het minimumloon betaalt conform de toepasselijke, algemeen verbindend verklaarde Finse cao. De werknemers hebben hun loonaanspraken overgedragen aan de Finse vakbond waarvan zij lid zijn. Deze heeft ESA voor de Finse rechter gedaagd. Het rechtsgeschil betreft, voor zover hier van belang, de vraag of de Finse cao in strijd is met artikel 3 lid 1 Richtlijn 96/71/EG en/of artikel 56 VWEU (vrijdienstenverkeer), wanneer deze cao de Poolse werkgever verplicht tot betaling van:

1. een minimumloon vastgesteld per loongroep waarin de individuele werknemer wordt ingedeeld;
2. een stukloongarantie wanneer het minimumloon berekend volgens tijdsloon lager uitpakt dan berekend volgens stukloon;
3. een vaste dagvergoeding wegens detachering;
4. een reistijdvergoeding voor woon-werkverkeer en
5. vakantiegeld.<sup>9</sup>

Voorts is in geschil of de werkgever de door hem betaalde logieskosten waartoe de cao verplicht en maaltijdbonnen die volgens de arbeidsovereenkomst worden verstrekt, mag verrekenen met het te betalen minimumloon. ESA meent dat de vakbond geen vordering toekomt omdat het Poolse recht dat op de arbeidsovereenkomsten van toepassing is, de overdracht van loonvorderingen verbiedt. De nationale rechter stelt prejudiciële vragen over alle looncomponenten, gelet op Richtlijn 96/71/EG en artikelen 56 en 57 VWEU, en over de bevoegdheid van de vakbond om voor de Poolse werknemers op te treden.<sup>10</sup>

9. *Finse vakbond*, punt 27.

10. *Finse vakbond*, punt 19.

### Oordeel van het Hof van Justitie

Op de laatste vraag beslist het Hof van Justitie kortweg dat de bevoegdheid van de vakbond geregeld wordt door het Finse procesrecht overeenkomstig het beginsel van *lex fori*.<sup>11</sup> Het Poolse recht is daarmee irrelevant. Wat betreft de vragen naar de uitleg van het begrip minimumloon, constateert het Hof van Justitie dat de Detacheringsrichtlijn niet de feitelijke inhoud van de minimumbescherming harmoniseert maar niettemin enige informatie verstrekt over die inhoud.<sup>12</sup> Zo blijkt uit artikel 3 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn dat voor de toepassing van de richtlijn het bedoelde minimumloon wordt bepaald door de nationale wetgeving of praktijk van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld. Ook is te wijzen op artikel 3 lid 7 tweede alinea van de Detacheringsrichtlijn die inhoudt dat toeslagen in verband met de terbeschikkingstelling als een deel van het minimumloon worden beschouwd, voor zover het niet gaat om vergoeding van daadwerkelijk in verband met de terbeschikkingstelling gemaakte onkosten, zoals reiskosten, verblijfkosten en kosten voor voeding. Onder verwijzing naar het arrest *Isbir* concludeert het Hof van Justitie dat, onder voorbehoud van de aanwijzingen verstrekt in artikel 3 lid 7 tweede alinea, de definitie van de constitutieve bestanddelen van het begrip minimumloon een zaak is van het recht van de ontvangstaat, mits dit niet tot gevolg heeft dat het verichten van diensten tussen de lidstaten wordt belemmerd.<sup>13</sup>

In het licht van de genoemde richtlijnbevestigingen komt het Hof van Justitie tot het oordeel dat de regels van de ontvangstaat kunnen bepalen of het minimumloon per uur en/of per afgewerkt stuk moet worden berekend, mits deze regels bindend en transparant zijn, wat inhoudt dat deze regels duidelijk en toegankelijk moeten zijn.<sup>14</sup> Het op basis van de toepasselijke cao berekende minimumloon 'kan 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'.<sup>15</sup> Ook een indeling van werknemers in loongroepen, afhankelijk van met name de kwalificatie, opleiding en ervaring en/of de aard van het werk, is aan de ontvangstaat om te bepalen, tenzij de indeling van de lidstaat van herkomst gunstiger is voor de werknemer.<sup>16</sup> De regels van de ontvangstaat moeten wederom wel bindend en duidelijk en toegankelijk zijn.

De dagvergoeding wegens detachering, zo wordt op basis van de feiten vastgesteld, is in dit geval een forfaitaire vergoeding die niet bedoeld is om daadwerkelijk gemaakte onkosten te vergoeden, maar om 'de sociale bescherming van gedetacheerde werknemers te verzekeren, voor zover zij een compensatie vormt voor de nadelen van de terbeschikkingstelling die verband houden

met het feit dat de betrokkenen zich ver van hun gewoonlijke omgeving bevinden'.<sup>17</sup> Het gaat dan, aldus het Hof van Justitie, om toeslagen in verband met de terbeschikkingstelling die, ingevolge artikel 3 lid 7 van de richtlijn, binnen het minimumloon vallen. De vaste vergoeding moet derhalve aan de betrokken werknemers worden betaald onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor lokale werknemers die binnen de betrokken lidstaat worden gedetacheerd. Ook de reistijdvergoeding die wordt uitgekeerd wanneer de dagelijkse reistijd naar het werk meer dan een uur bedraagt, is een forfaitaire vergoeding en dus een toeslag in verband met de terbeschikkingstelling. Het is daarmee onderdeel van het minimumloon dat aan de Poolse werknemers moet worden betaald, mits de daadwerkelijke reistijd die nodig is om zich te begeven van de plaats waar zij in Finland verblijven naar hun werkplek meer dan een uur bedraagt.<sup>18</sup> Voor de bekostiging van huisvesting en maaltijdbonnen geldt het omgekeerde. Deze zijn geen deel van het minimumloon omdat deze wel daadwerkelijk gemaakte kosten vergoeden.<sup>19</sup>

Wat betreft het 'vakantiegeld' tot slot, wijst het Hof van Justitie op het Europese minimale vakantierecht met behoud van loon dat is gereguleerd door Richtlijn 2008/88/EG en stelt vast dat dit wordt toegekend aan alle werknemers, ongeacht waar zij in de Unie te werk worden gesteld.<sup>20</sup> Volgens vaste rechtspraak heeft het vakantierecht tot doel de werknemer tijdens de jaarlijkse vakantie in een situatie te brengen die qua beloning vergelijkbaar is met de situatie tijdens de gewerkte periodes. Het vakantiegeld is daarmee intrinsiek deel van de beloning die de werknemer ontvangt in ruil voor de door hem verrichte diensten. Daaruit volgt dat het minimumvakantiegeld dat overeenkomstig artikel 3 lid 1 onder b van de richtlijn moet worden toegekend voor het minimumaantal betaalde vakantiedagen, 'overeenkomt met het minimumloon waarop de gedetacheerde werknemer in de referentieperiode recht heeft'.<sup>21</sup>

## Opmerkingen bij het arrest

### Ruimte voor sociale bescherming

Ik beperk mij tot de gegeven uitleg van het begrip minimumloon, verreweg het opvallendste aspect van deze uitspraak.<sup>22</sup> Het Hof van Justitie laat namelijk veel ruimte aan de ontvangende lidstaat om het minimumloon te definiëren ten gunste van de sociale bescherming van de buitenlandse werknemer. Het vrijdienstenverkeer dat deel uitmaakt van de dubbele doelstelling van de richtlijn, komt in het hier besproken arrest alleen om de hoek kijken voor zover wordt vereist dat de regels

11. *Finse vakbond*, punt 20.

12. *Finse vakbond*, punt 31.

13. *Finse vakbond*, punt 34.

14. *Finse vakbond*, punt 40.

15. *Finse vakbond*, punt 41.

16. *Finse vakbond*, punt 43.

17. *Finse vakbond*, punt 47-48.

18. *Finse vakbond*, punt 55.

19. *Finse vakbond*, punten 58 en 63.

20. *Finse vakbond*, punt 65.

21. *Finse vakbond*, punt 69.

22. Zie voor enige beschouwingen over de prejudiciële vraag naar het toepasselijk procesrecht o.m. N. Gundt 'Detacheringsrichtlijn, definitie minimumloon, cessie loonvordering aan vakbond', *TRA* 2015/53.

van de ontvangststaat duidelijk en toegankelijk moeten zijn en onder dezelfde voorwaarden moeten worden toegepast op nationale werknemers. Het Hof van Justitie toetst naar eigen zeggen aan de Detacheringsrichtlijn gelezen in samenhang met de artikelen 56 VWEU en 57 VWEU<sup>23</sup> en herhaalt de randvoorwaarde uit het arrest *Isbir*, namelijk dat het door de lidstaat te bepalen minimumloon niet tot gevolg mag hebben dat het verrichten van diensten tussen de lidstaten wordt belemmerd (zie boven). Dit geeft echter geen aanleiding tot een expliciete vrijverkeertoets waarbij ook het doel, de geschiktheid en de noodzakelijkheid van een belemmerende maatregel aan de orde komen. Dit was anders in het befaamde *Laval*-arrest. In deze laatste uitspraak echter werd de aan de orde zijnde staking (bedoeld om onderhandelingen over minimumloon af te dwingen) rechtstreeks aan artikel 56 VWEU getoetst omdat de stakingsactie op zich niet onder de Detacheringsrichtlijn valt.<sup>24</sup> Toetsing van de door de vakbonden nagestreefde arbeidsvoorwaarden aan de Detacheringsrichtlijn vond dan ook binnen deze context plaats.<sup>25</sup> In het hier besproken *Finse vakbond*-arrest wordt primair aan de Detacheringsrichtlijn getoetst; het gaat immers om de uitleg van het begrip minimumloon uit deze richtlijn. Dit verschil tussen de beide arresten kan het achterwege blijven van een expliciete vrijverkeertoets verklaren. Dit neemt niet weg dat het Hof van Justitie in het *Finse vakbond*-arrest wel de mogelijkheid had om op grond van *Laval* het belang van het vrijedienstenverkeer sterker aan te zetten dan het heeft gedaan op het moment dat nagegaan moet worden of aan de randvoorwaarde uit het *Isbir*-arrest is voldaan. Die opvatting spreekt ook uit de conclusie van advocaat-generaal Wahl.

### ‘Concurrerende minima’

In navolging van verschillende schrijvers<sup>26</sup> stelt de advocaat-generaal dat het *Laval*-arrest de minimumbescherming waartoe de Detacheringsrichtlijn verplicht (waarbij de lidstaten een ruime marge wordt gelaten om een hoge standaard vast te stellen) lijkt te hebben omgezet in een plafond.<sup>27</sup> Het Hof van Justitie stelde in dat arrest onder meer dat cao-voorwaarden die gunstiger zijn dan de wettelijke bepalingen van de ontvangststaat over dezelfde arbeidsvoorwaarde, niet dwingend kunnen worden opgelegd.<sup>28</sup> Ook blijkt uit het arrest dat een door middel van cao-onderhandelingen te bepalen ‘minimumloon’ dat is gebaseerd op de regionale loonstatistieken van gekwalificeerd bouw personeel, geen minimum-

loon is in de zin van de richtlijn.<sup>29</sup> Gesteund door wederom de literatuur<sup>30</sup> leidt de advocaat-generaal hieruit af dat wanneer, zoals in *Laval*, een meervoud aan minima bestaat omdat in feite wordt uitgegaan van verschillende loonniveaus die afhangen van de persoonlijke omstandigheden van iedere werknemer, het volgens de wet of cao laagst vastgestelde niveau moet gelden.<sup>31</sup> Het berekenen van lonen via loongroepen, en daarmee dus afhankelijk van persoonlijke omstandigheden, is volgens de advocaat-generaal dan ook niet in overeenstemming met de richtlijn.<sup>32</sup> Hetzelfde geldt voor de stukwerkgarantie omdat deze garantie geldt wanneer de berekening van het cao-loon op basis van stukwerk meer oplevert dan berekend op basis van uren, hetgeen impliceert dat de (lagere) uurloonregeling het feitelijk minimum is.<sup>33</sup> Het Hof van Justitie volgt de advocaat-generaal op beide punten niet, zoals uit de weergave van het arrest boven blijkt. Op basis van de tekst van de richtlijn is het in beginsel aan de lidstaat om de criteria voor de berekening van het minimumloon te bepalen. De vrijverkeertoets beperkt zich tot de eis dat deze regels bindend en transparant moeten zijn. Strikt genomen staat het Hof van Justitie hiermee ‘concurrerende minimumniveaus’ in lonen toe. Ook al heeft de door de richtlijn beoogde minimumbescherming vanuit het oogpunt van vrij verkeer als plafond te gelden, dit betekent blijkbaar nog niet dat de richtlijn alleen het absoluut laagste niveau verlangt dat het recht van de ontvangststaat aan sociale bescherming biedt. Hetzelfde vloeit voort uit het bestaan van een stukwerkgarantie om zo het minimumloon te verkrijgen dat volgens de diverse cao-berekeningswijzen het hoogste is. Het Hof van Justitie voegt daar nog aan toe dat de berekening niet kan afhangen van de vrije keuze van de dienstverlener die werknemers enkel detachert met als doel te concurreren op lagere arbeidskosten.

Interessant zou zijn of het Hof van Justitie concurrerende minima ook zou toelaten in het geval algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen met betrekking tot de kernarbeidsvoorwaarden van artikel 3 lid 1 richtlijn, gunstiger zijn dan nationale, wettelijke bepalingen op dat gebied. Het *Laval*-arrest lijkt dit af te wijzen.<sup>34</sup> In het hier besproken *Finse vakbond*-arrest is mogelijk sprake van een dergelijke gunstiger cao-bepaling, namelijk als het om het ‘vakantiegeld’ gaat. Helaas komt dit onderdeel in het arrest niet goed uit de verf (zie hierna). Het zou voor Nederland van belang zijn omdat de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WMM) een lager minimumloon kent dan de meeste cao-minimumlonen die Nederland oplegt aan buitenlandse dienstverleners.<sup>35</sup>

23. *Finse vakbond*, punt 27.

24. HvJ 18 december 2007, zaak C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, punt 86 e.v.

25. *Laval*, punt 85.

26. O.a. S. Deakin, ‘The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe’s Social Market Economy’, in: N. Bruun, K. Lörcher en I. Schömann (red.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 19-43; C. Kilpatrick, ‘Laval’s regulatory conundrum: collective standard-setting and the Court’s new approach to posted workers’, *European Law Review* 2009, nr. 6, p. 855-856; Van Hoek en Houwerzijl 2008.

27. Conclusie A-G Wahl in *Finse vakbond*, punt 67.

28. *Laval*, punt 78-81.

29. *Laval*, punt 30 en 70. Overigens werd het loon ook afgewezen omdat de cao niet algemeen verbindend was.

30. Met name de bijdrage van Kilpatrick 2009.

31. Conclusie A-G Wahl in *Finse vakbond*, punt 76.

32. Conclusie A-G Wahl in *Finse vakbond*, punt 83.

33. Conclusie A-G Wahl in *Finse vakbond*, punt 81.

34. *Laval*, punt 78-81.

35. Art. 2 lid 6 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten.

### Forfaitaire vergoedingen

Naast berekening van het basisloon is vanuit het oogpunt van het onbelemmerd dienstenverkeer ook de beoordeling door het Hof van Justitie van de detachingsvergoeding en reistijdvergoeding opvallend. Dergelijke vergoedingen of toeslagen zouden indirect discriminerend kunnen zijn omdat de gebruikelijke woonplaats van de buitenlandse werknemer in de meeste gevallen veel verder van het werk ligt dan die van de binnenlandse werknemer. Bij de reistijdvergoeding preciseert het Hof van Justitie in het besproken arrest dat het moet gaan om de reisduur tussen het werk en de tijdelijke woonplaats in Finland, maar dit vloeit in feite al voort uit de betreffende cao-bepaling zelf, die op het dagelijkse woon-werkverkeer ziet. Voor de detachingsvergoeding ligt dit anders. De verwijzende rechter heeft aangegeven dat hiervoor als uitgangspunt geldt dat de werknemers niet dagelijks naar hun woonplaats in Polen kunnen terugkeren. Advocaat-generaal Wahl meent dat als de dagvergoeding over de gehele periode van detachering zou moeten worden betaald, dit het concurrentievermogen van buitenlandse ondernemingen aanzienlijk belemmert omdat dit niet per definitie het geval zal zijn voor binnenlandse ondernemingen.<sup>36</sup> Het Hof van Justitie stelt in zijn oordeel echter niet dat voor de toekenning van een detachingsvergoeding alleen de afstand tussen het werk en de tijdelijke woonplaats in Finland uitgangspunt mag zijn. Integendeel zelfs, want volgens het Hof verzekert de vergoeding de sociale bescherming van werknemers omdat deze de nadelen compenseert wanneer de werknemers zich tijdens detachering ‘ver van hun *gewoonlijke* omgeving’ [cursivering AV] bevinden.<sup>37</sup> Met het oog op het vrije dienstenverkeer mag de forfaitaire vergoeding door de ontvangstaat dwingend worden opgelegd aan buitenlandse dienstverrichters, mits deze onder dezelfde voorwaarden wordt toegekend aan lokale werknemers die *binnen* de betrokken lidstaat worden gedetacheerd. De tekst van de richtlijnbevestiging is doorslaggevend, zo lijkt het, omdat artikel 3 lid 7 ‘de toeslag in verband met de terbeschikkingstelling’ expliciet tot het minimumloon rekent.

### Vakantiegeld

Afsluitend valt nog een blik te werpen op de opmerkelijke beoordeling van het ‘vakantiegeld’. Het arrest zelf geeft geen aanwijzingen over de feitelijke aard van dit vakantiegeld. Uit de feiten zoals gepresenteerd in de conclusie in deze zaak, valt echter af te leiden dat de cao voorziet in ‘vakantiegeld’ in aanvulling op een wettelijk verschuldigde ‘vakantievergoeding’.<sup>38</sup> Hoewel de verwijzende rechter vraagt of het vakantiegeld onder het begrip minimumloon valt (genoemd in art. 3 lid 1 onder c van de richtlijn), wijst advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie op artikel 3 lid 1 onder *b*, waaruit volgt dat de lidstaat zijn regels inzake een minimumaantal *betaalde* vakantiedagen dwingend mag voorschrijven. Volgens deze advocaat-generaal betekent het loutere feit dat een

gedeelte van die betaling is vastgelegd in een cao niet dat het van dit laatste begrip kan worden uitgesloten.<sup>39</sup> Kijken we naar het arrest, dan volstaat het Hof van Justitie met het oordeel dat het vakantiegeld dat overeenkomstig artikel 3 lid 1 onder b aan de gedetacheerde werknemer moet worden toegekend, overeenkomt met het minimumloon waarop hij in de referentieperiode recht heeft. Dit lijkt de vraag naar het aanvullende vakantiegeld uit de cao niet direct te beantwoorden. Betekent dit nu dat vakantiegeld niet onder het minimumloon (onder c) kan vallen omdat het al onder een andere arbeidsvoorwaarde (onder b) valt? En mocht dat zo zijn, moet dan geconcludeerd worden dat het Hof van Justitie voor het vakantiegeld wel een absolute minimumnorm stelt, afgeleid van het Europese minimumvakantierecht? Wanneer het vakantiegeld moet ‘overeenkomen’ met het minimumloon dat gewoonlijk verdiend zou worden, kan dit wellicht betekenen dat een aanvullende vakantievergoeding die hier bovenuit gaat, niet tot de harde kern behoort. Dat zou voor Nederland een probleem geven omdat de buitenlandse werkgever niet alleen verplicht wordt tot doorbetaling van het loon maar ook tot het betalen van minimumvakantiebijslag.<sup>40</sup> Het arrest geeft echter te weinig houvast voor verregaande conclusies. Misschien was het voor het Hof van Justitie niet duidelijk waar de verwijzende rechter met ‘vakantiegeld’ op doelde. Bovendien valt op grond van het uiteindelijke oordeel niet uit te sluiten dat een vakantiebijslag onder het minimumloon begrepen mag worden.

## Betekenis voor de Nederlandse arbeidsrechtspraktijk

### Berekening van het minimumloon

Kijken we naar de betekenis voor Nederland, dan is voor de berekening van het minimumloon van belang dat het Hof van Justitie het gebruik van loongroepen die ook de Nederlandse cao's kenmerken, onverlet laat, mits deze volgens bindende en transparante regels zijn vastgesteld. Dit is in overeenstemming met het standpunt van het kabinet in antwoord op vragen van de Stichting van de Arbeid over de loonelementen die al dan niet tot de harde kern van de arbeidsvoorwaarden behoren.<sup>41</sup> Volgens het kabinet behoren daartoe, behalve de loongroepen, ook onder meer periodieken, roostervrije uren als gevolg van arbeidsduurverkorting en vakantiebijslag. Hoewel het Hof van Justitie zich niet uitlaat over periodieken (treden binnen de loongroep), lijkt dit wel aanneemelijk. De berekening van het minimumloon mag afhankelijk zijn van onder meer de ervaring van de

36. Conclusie A-G Wahl in *Finse vakbond*, punt 103.

37. *Finse vakbond*, punt 48.

38. Conclusie A-G Wahl in *Finse vakbond*, punt 84.

39. Conclusie A-G Wahl in *Finse vakbond*, punt 89. Overigens neemt de advocaat-generaal aan dat het hier niet om ‘concurrerende minima’ gaat omdat beide vergoedingen een andere looncomponent zouden bestrijken.

40. Op grond van resp. art. 1 Waga jo. art. 7:639 BW en de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

41. Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 16 juni 2015, *Kamerstukken I* 2014/15, 33 475, nr. 1.

werknemer en periodieken zijn hiervoor een maatstaf. De arbeidsduurverkorting is echter kwestieus. In *Isbir* nam het Hof van Justitie aan dat spaarloon, al is het niet los te koppelen van de arbeidsprestatie, geen loon in eigenlijke zin vormt omdat het een sociaal overheidsdoel dient.<sup>42</sup> Dat kan ook van arbeidsduurverkorting worden gezegd, die destijds werd ingevoerd om werkgelegenheid te scheppen.

Naar aanleiding van het conflict over de Poolse gedetacheerde werknemers in de Eemshaven oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen om dezelfde reden dat de algemeen verbindend verklaarde bepalingen uit de Metalektro-cao over indeling in loongroepen wel, maar arbeidsduurverkorting niet tot de harde kern van arbeidsvoorwaarden uit de Detacheringsrichtlijn konden worden gerekend.<sup>43</sup> De vakantiebijslag uit de cao behoorde volgens deze rechter tot het minimumloon omdat het een tegenprestatie vormt voor de verrichte arbeid en het bestendige praktijk is om deze te betalen op grond van de WMM. Zoals gezegd verschafft het arrest *Finse vakbond* onvoldoende duidelijkheid om vast te stellen of de vakantiebijslag wel of niet tot het minimumloon behoort.

### Vergoedingen

Naast de minimumloomberekening verschafft het besproken arrest duidelijkheid over vragen naar de geoorlooftheid van cao-bepalingen over vergoedingen in verband met terbeschikkingstelling, logies, voedsel of reizen. In Nederland bestaat discussie over de detacheringvergoeding van artikel 55 Bouwnijverheidcao (versie 2014).<sup>44</sup> Ingevolge deze cao-bepaling komen huisvesting en voedsel voor rekening van de werkgever wanneer de werknemer door de verafgelegen plaats van het werk redelijkerwijs niet dagelijks huiswaarts kan keren. Volgens buitenlandse werkgevers is de bepaling discriminerend omdat zij per definitie meer kosten moeten maken dan Nederlandse bedrijven die van Nederlandse arbeidskrachten gebruikmaken. De Rechtbank Groningen veroordeelde een Turks bouwbedrijf desalniettemin tot nakoming van althans de vaste dagvergoeding voor voedsel.<sup>45</sup> In de huisvesting van de werknemers werd al door het bouwbedrijf voorzien. In het conflict over de vermeende uitbuiting van buitenlandse uitzendkrachten bij het werk aan de A2 werden de betrokken internationale uitzendbureaus door de Rechtbank Midden-Nederland tot volledige naleving van artikel 55 cao verplicht.<sup>46</sup>

De rechtbank neemt geen strijd met het vrij verkeer van diensten aan omdat de bepaling ook op Nederlandse gedetacheerde werknemers van toepassing is.

Uit het arrest *Finse vakbond* kan worden afgeleid dat toepassing van een cao-bepaling zoals artikel 55 niet in strijd is met de Detacheringsrichtlijn, voor zover het een forfaitaire vergoeding zou betreffen die onder dezelfde voorwaarden geldt voor binnenlandse gedetacheerde werknemers. Voor de vaste voedselvergoeding lijkt dat het geval maar niet voor de huisvestingskosten die, of het nu in geld of in natura wordt verstrekt, de vergoeding van daadwerkelijk gemaakte onkosten betreft. Cao-partijen kunnen de buitenlandse werkgever derhalve niet verplichten tot het betalen van de daadwerkelijke huisvestingskosten van de gedetacheerde werknemer.

Bij het A2-project speelde, tot slot, ook nog de vraag naar de inhouding van kosten op het verschuldigde minimumloon. Op het maandloon van de betrokken Portugese en Poolse werknemers werd bijna duizend euro ingehouden voor huisvesting en transport. *Finse vakbond* maakt duidelijk dat een vergoeding door de werkgever van daadwerkelijk gemaakte onkosten geen deel vormt van het minimumloon dat de ontvangststaat dwingend mag opleggen. In het geval van de gedetacheerde werknemers bij de A2 lag het echter anders. Zij werden geacht hun reis- en verblijfskosten zelf te dragen. Het hiervoor verschuldigde bedrag werd door de werkgever ingehouden op het nettoloan. Een dergelijke verrekening van wederzijdse vorderingen die partijen op elkaar hebben, valt buiten de Detacheringsrichtlijn. Dat neemt niet weg dat de A2-werknemers wel buitensporig veel moesten afdragen voor hun huisvesting waardoor twijfel rees of de werknemers niet werden uitgebuit. Om onder andere dit soort praktijken tegen te gaan is als gevolg van de onlangs aangenomen Wet Aanpak Schijnconstructies in de WMM bepaald dat verrekeningen met en inhoudingen op het minimumloon niet langer zijn toegestaan.<sup>47</sup> De Detacheringsrichtlijn is hiervoor geen belemmering zolang het niet gaat om de mogelijke verrekening van door de buitenlandse werkgever uitgekeerd minimumloon dat onder de richtlijn valt, met naar Nederlands recht gedefinieerd minimumloon.<sup>48</sup>

42. HvJ 7 november 2013, zaak C-522/12, *Isbir*, ECLI:EU:C:2013:711, punt 44.

43. V.zr. Rb. Groningen 5 oktober 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX9234.

44. De NBBU (werkgeversorganisatie in de uitzendsector) heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid erop gewezen dat art. 55 strijd oplevert met het vrij verkeer wanneer de woning in het land van herkomst als vertrekpunt geldt. De minister meende dat niet was gebleken dat de betreffende bepaling in strijd is met wet- en/of regelgeving (*Stcr.* 2012, 24953).

45. Rb. Groningen 5 december 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BY8802.

46. Rb. Midden-Nederland 22 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5393. De rechtbank nam echter aan dat de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing was omdat Nederland het gewoonlijk werkland zou zijn. Het voert te ver om hier nader op in te gaan, zie voor kritiek de noot van E. Franssen bij *JAR* 2015/203.

47. *Stb.* 2015, 233.

48. Zoals volgt uit de arresten *Commissie/Duitsland* en *Isbir*; zie hierover in de paragraaf 'achtergrond' in deze bijdrage.