

De detacheringsrichtlijn en de wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (waga)

1 Inleiding

Elke werkgever die een werknemer in het buitenland tewerkstelt, moet zich afvragen wat voor juridische gevolgen die tewerkstelling heeft voor de arbeidsverhouding met deze werknemer en voor de werknemer zelf. Welke recht is op deze werknemer van toepassing? Welke arbeidsvoorwaarden moeten worden toegekend? Moet de CAO van het woonland of het werkland - of misschien beide - worden toegepast? Deze vragen komen voort uit het feit dat op een werknemer die internationaal werkt meerdere rechtsstelsels van toepassing kunnen zijn. Deze stelsels geven bij samenloop vaak geen duidelijkheid wanneer deze van toepassing zijn of voorrang geven aan een ander stelsel.

In de praktijk wordt vaak contractueel vastgelegd dat het recht van het land van waaruit een werknemer tewerk wordt gesteld van toepassing is op de arbeidsovereenkomst gedurende de internationale werkzaamheden. Een dergelijke rechtskeuze is echter niet doorslaggevend aangezien ondanks het gekozen recht toch ook dwingendrechtelijke bepalingen van het (andere) land waar de werkzaamheden plaatsvinden van toepassing kunnen zijn.

2. Europees Verdrag

In het Europese Verdrag (EU-verdrag) is een viertal fundamentele vrijheden verankerd: het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal. Het vrij verkeer van personen kan verder worden onderverdeeld in vrij verkeer van werknemers en dat van bedrijfs- en beroepsuitoefening. Bij internationaal werken is het van belang om goed onderscheid te maken tussen het vrij verkeer van werknemers en het vrij verrichten van diensten.

2.1 Vrij verkeer van werknemers

Door het vrij verkeer van werknemers zijn werknemers uit EU lidstaten vrij om arbeid in loondienst te aanvaarden in een andere lidstaat.

Vrij verkeer van werknemers is van toepassing op de lidstaten België, Duitsland, Denemarken, Finland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, Italië, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk, Spanje, Portugal, Verenigd Koninkrijk, Zweden, IJsland, Liechtenstein, Noorwegen en, met ingang van 1 mei 2004, het Grieks gedeelte van Cyprus en Malta en, met ingang van 1 mei 2007 Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Polen, Slowakije, Slovenië en Tsjechië. Voor de lidstaten die per 1 januari 2007 zijn toegetreden tot de Europese Unie, Bulgarije en Roemenië, geldt nog geen vrij verkeer van werknemers. Het vrij verkeer van werknemers is verder uitgewerkt in Verordening 1612/68 en heeft tot doel om de beperkingen ten aanzien van werknemersmobiliteit binnen de Europese gemeenschap op te heffen waardoor werknemers uit EU-lidstaten arbeid in loondienst kunnen aanvaarden in een andere lidstaat. Dit houdt in dat elke vorm van discriminatie op grond van nationaliteit met betrekking tot werkgelegenheid, bezoldiging en andere arbeidsvoorwaarden, huisvesting en het recht van gezinshereniging moet worden afgeschaft. Een werknemer zal in een andere lidstaat dan waar hij woont daarom niet wegens zijn nationaliteit anders mogen worden behandeld dan de nationale werknemers wat betreft alle arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden (in het bijzonder ontslag en bezoldiging). Het recht van vrij verkeer is van toepassing zodra Europese onderdanen hun recht op mobiliteit uitoefenen. Dat geldt ook indien zij terugkeren naar hun land van herkomst nadat zij hun recht op vrij verkeer van werknemers hebben uitgeoefend. 2

Om vast te stellen dat sprake is van arbeid in loondienst is het gebruikelijk om uit te gaan van drie criteria: arbeid, loon en gezagsverhouding.

Gezinsleden van een Europees onderdaan, ongeacht hun nationaliteit, hebben het recht om bij de migrerende werknemer te verblijven. Daarnaast hebben de kinderen van migrerende werknemers, ongeacht hun nationaliteit, recht op onderwijsdeelname in het gastland.

Een onderdaan die zich in het geheel niet verplaatst binnen de EU zal ook geen aanspraak kunnen maken op de bepalingen ten behoeve van het vrij verkeer van werknemers. Indien een onderdaan eerder onderdaan is geweest van een andere EU-lidstaat, kan weer wel beroep doen op de bepalingen inzake vrij verkeer van werknemers.

Zoals aangegeven is het vrij werknemersverkeer in Nederland nog niet van toepassing op onderdanen uit Roemenië en Bulgarije. Zij dienen nog steeds een tewerkstellingsvergunning aan te vragen om in Nederland werkzaam te zijn.

2.2 Vrij verrichten van diensten

Vrij verrichten van diensten is een belangrijk fundament van het EU-verdrag en heeft tot doel dienstverrichting binnen de Europese Unie te bevorderen. Dit is vastgelegd in de artikelen 49 tot en met 55 van het Europese Verdrag en verder uitgewerkt in de Richtlijn 96/71 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, ook wel detacheringsrichtlijn genoemd.

Kort gezegd, houdt het vrij verrichten van diensten in dat een werknemer, in dienst bij zijn werkgever in een EU-lidstaat, tijdelijk diensten mag verrichten in een andere lidstaat. Deze werknemer - of duidelijker: dienstverrichter - treedt dus niet in dienst bij een werkgever in de andere lidstaat.

Schematisch kan het volgende onderscheid worden gemaakt:

Vrij Verkeer van Werknemers

Thuisland Werkland

- Arbeidsovereenkomst in werkland
- Werknemer werkt onder leiding werkgever in werkland
- Werknemer betreedt arbeidsmarkt werkland
- Rechtstreeks in dienst bij een Nederlandse werkgever

Vrij verrichten van Diensten

Thuisland Werkland

- Arbeidsovereenkomst in thuisland
- Werknemer werkt onder leiding werkgever woonland
- Uitzenden/detacheren door buitenlandse werkgever

Het vrij verrichten van diensten kent twee belangrijke richtlijnen; de Detacheringsrichtlijn en de Dienstenrichtlijn.

De detacheringsrichtlijn heeft tot doel om werknemers die tijdelijk in een andere lidstaat diensten verrichten tenminste bepaalde minimum arbeidsvoorwaarden van het land van tijdelijke werkzaamheden te garanderen en daarnaast de eerlijke concurrentie in het land van werkzaamheden te beschermen. Hiermee wordt tegengegaan dat werknemers uit EU-lidstaten met relatief lage lonen als goedkope arbeidskracht worden uitgeleend in lidstaten met hogere lonen.

De dienstenrichtlijn heeft tot doel om de belemmeringen weg te nemen die de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrij verrichten van diensten tussen de lidstaten in de weg staan, en tegelijkertijd de dienstverrichters en afnemers de nodige rechtszekerheid te bieden voor de concrete uitoefening van deze twee in het Verdrag vastgelegde fundamentele vrijheden. Hierna wordt enkel ingegaan op de detacheringsrichtlijn.

3 De detacheringsrichtlijn

In beginsel kunnen partijen zelf een rechtskeuze maken in hun overeenkomst. De Europese Richtlijn 96/71 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (hierna "de Detacheringsrichtlijn") beperkt echter de vrijheid van rechtskeuze in bepaalde mate. Deze Detacheringsrichtlijn heeft tot doel te bewerkstelligen dat indien een werknemer tijdelijk werk verricht in een andere lidstaat dan die waar hij gewoonlijk werkt, het recht ten aanzien van de volgende aangelegenheden – ongeacht een andere rechtskeuze - van het land waar de arbeid wordt verricht van toepassing is (ook wel genoemd: "de harde kern"). Deze harde kern werkt door in de arbeidsovereenkomst van de werknemer voor zover deze zijn vastgelegd in 1) wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen en/of 2) in collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken welke algemeen verbindend zijn verklaard en voor zover deze betrekking hebben op bouwactiviteiten.

Opzet van de richtlijn is niet harmonisatie van de materiële regels maar harmonisatie van de verwijzingsregels en het internationaal privaatrecht op bepaalde punten. De Detacheringsrichtlijn garandeert derhalve dat een lidstaat een buitenlandse werknemer bescherming biedt ten aanzien van een aantal elementaire rechten. De bepalingen uit het tijdelijke werkland met betrekking tot de harde 4

kern moeten slechts wijken voor de bepalingen uit het land waar gewoonlijk wordt gewerkt voor zover deze een gelijkwaardige of betere bescherming bieden. In de Detacheringsrichtlijn is nu verder uitgewerkt dat bij tijdelijke werkzaamheden in een ander land een aantal elementaire arbeidsvoorwaarden van dat land van toepassing zijn. De Detacheringsrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Wet Arbeidsvoorwaarden Grensoverschrijdende arbeid (WAGA).

4 De Wet Arbeidsvoorwaarden Grensoverschrijdende Arbeid

De Wet Arbeidsvoorwaarden Grensoverschrijdende Arbeid (WAGA) is de Nederlandse uitwerking van de detacheringsrichtlijn. De WAGA is op 14 december 2005 in werking getreden. Op basis van deze wet kan in aanvulling op een aantal wettelijke minimumarbeidsvoorwaarden, een aantal algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen opgelegd worden aan buitenlandse werkgevers die hun werknemers naar Nederland detacheren. Hierdoor ontstaan er bij algemeen verbindendverklaring **twee regimes**, een dat geldt **voor in Nederland gevestigde werkgevers** en een dat geldt **voor in het buitenland gevestigde werkgevers**. De daadwerkelijke voorwaarden verschillen aanzienlijk, aangezien buitenlandse werkgevers niet alle algemeen verbindend verklaarde voorwaarden van de CAO in acht moeten nemen. Wanneer sociale partners overwegen de CAO voor algemeen verbindendverklaring voor te leggen moeten zij eerst overeenstemming bereiken over de bepalingen van de CAO die ook toegepast kunnen worden op buitenlandse werkgevers en hun gedetacheerde werknemers. Tevens dienen zij aan te geven welke bepalingen het daadwerkelijk betreft.

5 Wat valt niet onder de richtlijn?

De detacheringsrichtlijn en WAGA hebben alleen betrekking op arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden en niet op sociale zekerheid en op het migratierecht. Daar waar bepalingen in CAO's derhalve betrekking hebben op sociale zekerheid kunnen deze niet onder de harde kern van arbeidsvoorwaarden worden geschaard en kunnen deze niet dwingend opgelegd worden aan buitenlandse werkgevers. Verder vallen de volgende arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden niet onder de richtlijn:

- Aanvullend bedrijfspensioen;
- Vut-uitkeringen;
- Aanvullingen op WW, WAO, ANW, etc.;
- Collectieve ongevallenverzekering.

Daarnaast blijft een groot deel van de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden onderworpen aan het individuele arbeidsrecht van het gewoonlijke werkland of van het door de werkgever en werknemer gekozen recht. In principe is het Nederlandse individuele arbeidsrecht, noch het CAO-recht, van toepassing op dit soort bepalingen wanneer een buitenlandse werknemer in Nederland komt werken en de buitenlandse werknemer in dienst blijft bij zijn buitenlandse werkgever. Genoemd kunnen worden:

- regels over de vorm waarin de arbeidsovereenkomst wordt gegoten;
- onderbreking, schorsing, wijziging van de arbeidsovereenkomst;
- beëindiging van de arbeidsovereenkomst;
- voorlichting aan en vertegenwoordiging van de werknemers;
- medezeggenschap en ontslagrecht in zijn algemeenheid; 5

6 Wat valt wel onder de richtlijn?

Een aantal met name genoemde arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden valt onder de richtlijn, op voorwaarde dat ze in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn opgenomen of in CAO' s of scheidsrechterlijke uitspraken, voor zover deze algemeen verbindend zijn verklaard. Ze moeten dus algemeen gelden voor werknemers die gewoonlijk op/in dezelfde plaats, dezelfde functie, sector of bedrijfstak werkzaam zijn. Bovendien moeten deze „kenbaar“ zijn, dat wil zeggen, duidelijk zijn voor de buitenlandse dienstverrichter, vóórdat hij in Nederland met zijn eigen personeel diensten kwam verlenen.

Wanneer dit het geval is kunnen buitenlandse werkgevers dus verplicht worden de harde kern van beschermende bepalingen in acht te nemen voor de werknemers die zij detacheren op het grondgebied van een andere lidstaat. Het gaat om de volgende arbeidsvoorwaarden- en arbeidsomstandigheden:

- a) maximale werk- en minimale rustperioden;
- b) minimum aantal betaalde vakantiedagen;
- c) minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk;
- d) voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, inzonderheid door uitzendbedrijven;

e) gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk;

f) beschermende maatregelen met betrekking tot arbeidsvoorwaarden en – omstandigheden

van zwangere of pas bevallen vrouwen, kinderen en jongeren;

g) gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake non discriminatie.

Voor Nederland waren de volgende wettelijke regelingen al van toepassing op alle arbeid die in Nederland wordt verricht, ongeacht het recht dat de arbeidsovereenkomst beheerst:

- De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (minimumloon en minimumvakantie)
- De Arbeidstijdenwet (Maximale werktijden en minimale rusttijden)
- De Arbeidsomstandighedenwet (Gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk)
- De Wet Arbeids Allocatie Door Intermediairs (WAADI) (Voorwaarden voor het terbeschikking stellen van werknemers, in het bijzonder door uitzendbureaus)
- De Algemene Wet gelijke behandeling (Gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen van non-discriminatie)

Als gevolg van de Detacheringsrichtlijn en de implementatie daarvan in Nederland in de WAGA gelden aanvullend de volgende wettelijke bepalingen die dwingend moeten worden nageleefd:

Artikel 7:634 BW: Verwerving vakantiedagen

Artikel 7:635 BW: Bijzondere regeling bij opbouw vakantiedagen

Artikel 7:636 BW: Als vakantiedagen aan te merken dagen

Artikel 7:637 BW: Ziekte-dagen en vakantiedagen

Artikel 7:638 BW: Vaststellen van vakantiedagen

Artikel 7:639 BW: Recht op loon over vakantiedagen

Artikel 7:640 BW: Geen afkoop van niet genoten vakantiedagen

Artikel 7:641 BW: Aanspraak bij einde arbeidsovereenkomst

Artikel 7:642 BW: Verjaring vakantieaanspraken

Artikel 7:645 BW: Bevestiging dat artikel 634 t/m 642 van dwingend recht is

Artikel 7:646 BW: Gelijke behandeling man/vrouw 6

Artikel 7:647 BW: Victimisatieontslag

Artikel 7:648 BW: Onderscheid naar arbeidsduur

Artikel 7:658 BW: Zorgplicht werkgever

Artikel 7:670 lid 2 BW: Verbod opzegging arbeidsovereenkomst gedurende zwangerschap.

Wanneer sprake is van een algemeen verbindend verklaarde CAO, blijven alle hiervoor genoemde wettelijke minimumvoorwaarden van toepassing maar dienen deze aangevuld te worden tot het algemeen verbindend verklaarde CAO-niveau.

Wat betekenen de bepalingen onder a tot en met g in relatie tot een algemeen verbindend verklaarde CAO?

Wat onder de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aan minimumarbeidsvoorwaarden wordt verstaan is hiervoor aangegeven. Er geldt dus altijd een wettelijke vloer. Deze wettelijke vloer kan aangevuld worden met een CAO-vloer, voor zover deze algemeen verbindend is verklaard.

Dit betreft buitenlandse werkgevers die hun werknemers detacheren, echter enkel de voorwaarden onder a tot en met g en niet alle algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen. Er ontstaan derhalve twee groepen met elk een eigen pakket algemeen verbindend verklaarde CAO-voorwaarden.

De eerste groep betreft de in Nederland gevestigde werkgever en de werknemers die bij haar in dienst zijn. Daarvoor kunnen alle bepalingen van de CAO die algemeen verbindend zijn verklaard van toepassing zijn.

De tweede groep betreft de buitenlandse werkgever die haar buitenlandse werknemers naar Nederland detachert. Daarvoor kunnen enkel de voorwaarden van de Detacheringsrichtlijn en WAGA, de voorwaarden a tot en met g, voor zover algemeen verbindend verklaard, van toepassing zijn.

In de CAO moet worden nagegaan wat onder de diverse begrippen, zoals hiervoor genoemd onder a tot en met g, wordt begrepen. Dat betekent dat een nauwkeurige exercitie moet worden gemaakt, teneinde te komen tot een rubricering van artikelen van de CAO die wel en niet onder de diverse begrippen vallen.

Daarnaast moet in de CAO een werkingssfeerbepaling worden opgenomen, teneinde duidelijk tot uitdrukking te laten komen dat een aantal bepalingen van de CAO, mits algemeen verbindend verklaard, ook van toepassing zijn op buitenlandse werkgevers en werknemers.

In het hiernavolgende schema wordt in hoofdlijn de situatie en arbeidsvoorwaarden aangegeven voor de in Nederland en in het buitenland gevestigde werkgever: 7 Vrij verkeer van werknemers

Werkgevers is in Nederland gevestigd
Eventueel tewerkstellingsvergunning noodzakelijk (voor Roemenen en Bulgaren)
Nederlandse sociale zekerheid

Nederlands arbeidsrecht
Nederlandse arbeidsvoorwaarden

Eventueel Nederlandse CAO van toepassing

Werkgever gevestigd in andere lidstaten. Geen tewerkstelling noodzakelijk (m.u.v. buitenlands uitzendbureau?!), eventueel notificatie
Sociale verzekering van andere lidstaten (bij detachering)
Arbeidsrecht van andere lidstaten
Arbeidsvoorwaarden van andere lidstaten, eventueel aangevuld met Nederlandse, wettelijke "harde kern" van arbeidsvoorwaarden
Eventueel Nederlandse wettelijke harde kern aangevuld tot AW CAO-

Nederlands pensioen

niveau
Voortzetting pensioen andere lidstaten