



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

**NJ 2022/128**

Verhulp, E.

**Publication date**

2022

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Nederlandse Jurisprudentie

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Verhulp, E. (2022). NJ 2022/128. 128. Case note on: HR, 4/05/18, ECLI:NL:HR:2018:678 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2022(15), 2394-2411.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

(

tekst van de cao en de eventueel daarbij behorende toelichting. Dat wordt niet anders indien dergelijke andere stukken algemeen kenbaar zijn, afkomstig zijn van de gezamenlijke cao-partijen en bedoeld zijn om werkgevers en werknemers voor te lichten over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden.

Het begrip 'woning' in art. 55 lid 1 CAO moet aldus worden begrepen, dat het de plaats betreft waar de werknemer in de periode die het werk duurt, zijn reguliere verblijfplaats heeft. Dit kan de tijdelijke verblijfplaats zijn waarnaar de werknemer dagelijks na het werk terugkeert en waar hij slaapt, maar dit kan ook een verder van het werk gelegen woning of verblijfplaats zijn. Bij het bepalen welke van de verblijfplaatsen van de werknemer is aan te merken als 'woning' in de zin van art. 55 lid 1 CAO komt het aan op alle omstandigheden van het geval, waarbij onder meer van belang is waar de werknemer tijdens de duur van het werk doorgaans in het weekeinde, of tijdens een daarmee gelijk te stellen wekelijkse werkonderbreking, verblijft, en welke reisafstand bestaat tussen het werk en de mogelijk als 'woning' in aanmerking te nemen plaatsen. De 'woning' van een werknemer in de zin van art. 55 lid 1 CAO kan daardoor een andere plaats zijn dan de gewone verblijfplaats van de werknemer. Bij dat laatste begrip gaat het immers om de plaats waar de werknemer het permanente centrum van zijn belangen heeft gevestigd met de bedoeling daaraan een vast karakter te geven. Niet van belang bij de toepassing van art. 55 lid 1 CAO is of de gewone verblijfplaats van de werknemer al dan niet in Nederland is gelegen. Van ongelijke behandeling tussen Nederlandse werknemers en werknemers uit andere lidstaten van de EU is dan ook geen sprake.

---

## NJ 2022/128

### HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

4 mei 2018, nr. 17/00384  
 (Mrs. A.H.T. Heisterkamp, C.E. du Perron,  
 M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff;  
 A-G mr. B.J. Drijber)  
 m.nt. E. Verhulp

Art. 50, 51, 55 CAO Bouwnijverheid; art. 79 RO

RvdW 2018/591  
 NJB 2018/949  
 JAR 2018/147  
 ECLI:NL:HR:2018:678  
 ECLI:NL:PHR:2018:85

### Arbeidsrecht. Uitleg CAO Bouwnijverheid aan hand van 'cao-norm'; andere algemeen kenbare stukken dan tekst en toelichting? Begrip 'woning' in cao; toepassing op arbeidsmigranten.

*Art. 50, 51 en 55 CAO Bouwnijverheid zijn van toepassing op uitzendkrachten in een zogeheten bouwplaatsfunctie. Art. 55 CAO is algemeen verbindend verklaard en bevat dus recht in de zin van art. 79 RO. De uitleg dient te geschieden aan de hand van de cao-norm. Bij de toepassing van de cao-norm kan geen betekenis worden toegekend aan andere stukken dan de*

Federatie Nederlandse Vakbeweging, te Amsterdam, eiseres tot cassatie, adv.: mr. R.A.A. Duk, tegen [verweerster], verweerster in cassatie, adv.: mr. S.F. Sagel.

### Hof:

#### 5 De beoordeling van het geschil in hoger beroep

5.1 De partijen hebben zich in eerste aanleg samen op de voet van artikel 96 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) tot de kantonrechter gewend en haar beslissing ingeroepen.

Nu de partijen zich hierbij de mogelijkheid van hoger beroep hebben voorbehouden, staat op grond van de tweede volzin van artikel 333 Rv hoger beroep tegen het bestreden vonnis open.

5.2 Het geschil tussen de partijen betreft de uitleg van artikel 55 lid 1 van de CAO voor de Bouwnijverheid en spitst zich toe op de vraag of [verweerster] aan de werknemers die zij in het buitenland heeft geworven (arbeidsmigranten) kosten voor de door haar aan hen ter beschikking gestelde huisvesting in rekening mag brengen.

FNV heeft betoogd dat met *woning* (en *huiswaarts keren*) in artikel 55 van deze CAO niet anders kan zijn bedoeld dan de woonplaats van de arbeidsmigrant in het land van herkomst en dat daarom de kosten van huisvesting in Nederland door de werkgever moeten worden vergoed of die huisvesting kosteloos door de werkgever ter beschikking moet worden gesteld.

[verweerder] heeft betoogd dat het voornoemde artikel 55 is geschreven om de werknemer te beschermen tegen een onredelijke reistijd van zijn woning naar zijn werk. Daarvan is in casu geen sprake, aldus [verweerder], omdat de arbeidsmigranten in de omgeving van de werkplek gehuisvest zijn, zodat geen aanspraak kan worden gemaakt op de in artikel 55 bedoelde vergoeding.

5.3 De kantonrechter heeft – in hoger beroep onbestreden en terecht – overwogen dat voor de uitleg van CAO-bepalingen in beginsel de bewoordingen daarvan en van de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van de partijen, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting zijn gesteld. Bij die uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.

5.4 Het hof is daarbij – met de kantonrechter – van oordeel dat geen voor derden kenbare officiële toelichting op de onderhavige CAO voorhanden is. De door FNV genoemde toelichtingen kunnen – ook indien die voor [verweerder] kenbaar zijn – niet als voor een ieder kenbare officiële toelichtingen worden aangemerkt, nu deze niet onderdeel van de CAO uitmaken of daaraan zijn gehecht. Het is immers van belang dat de onderhavige CAO voor iedere betrokken werkgever en werknemer op eenduidige wijze wordt uitgelegd en niet verschillend voor degenen die een bepaalde toelichting wel of niet kennen.

Dit brengt mede dat de *grievens 3 en 4* falen.

5.5 Arbeidsmigranten die (al dan niet tijdelijk) in Nederland wonen om er te werken hebben wellicht naast een woning in hun land van herkomst – een woning in Nederland. Vanuit die Nederlandse woning verrichten zij hun arbeid in Nederland.

De bepaling van artikel 55 lid 1 van de CAO voor de Bouwnijverheid laat naar het oordeel van het hof geen andere uitleg toe dan dat met *woning* in de zin van dat artikel wordt bedoeld de woning waarin zij ten tijde van het verrichten van hun arbeid wonen, te weten de woning in Nederland en niet de eventuele woning in het land van herkomst. Het is evident dat de onderhavige bepaling betrekking heeft op (Nederlandse en buitenlandse) werknemers die op verzoek van hun werkgever arbeid verrichten ver van hun woning (in het geval van een arbeidsmigrant ver van zijn Nederlandse woning) en daardoor

onredelijk lange reistijden kunnen hebben en in zoverre bescherming behoeven.

De door FNV voorgestane uitleg van het begrip *woning* leidt tot ongerijmde gevolgen, zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 4.3.3 en 4.3.4 van het bestreden vonnis, bij welke overwegingen het hof zich aansluit.

De voornoemde uitleg leidt niet tot ongelijke behandeling van arbeidsmigranten, zoals FNV heeft gesteld. Voor zowel Nederlandse als buitenlandse werknemers geldt immers dezelfde bepaling, waarbij voor de beide categorieën geldt dat het begrip *woning* de woning is waar zij in de tijd van hun arbeid (al dan niet tijdelijk) wonen.

Dit brengt mede dat de *grievens 2, 5, 6, 7 en 10* niet tot vernietiging van het bestreden vonnis kunnen leiden.

5.6 De *grievens 1, 8 en 9* betreffen de mogelijkheid tot uitruil van het bruto loon met onder meer de kosten voor de huisvesting in Nederland en gaan ervan uit dat de door FNV voorgestane uitleg van het begrip *woning* in artikel 55 CAO Bouwnijverheid juist is.

Nu, zoals uit het hiervoor overwogene volgt, die uitleg niet juist is, zijn deze grieven ongegrond.

Nu [verweerder] niet gehouden is op grond van artikel 55 CAO Bouwnijverheid of enige andere wettelijke bepaling of overeenkomst de kosten huisvesting in Nederland te vergoeden, staat het haar en bij haar werkzame arbeidsmigranten vrij op de voet van artikel 22 CAO NBBU overeen te komen dat het bruto loon van arbeidsmigranten wordt uitgeruild tegen de voornoemde kosten.

5.7 *Grief 11* mist zelfstandige betekenis en kan evenmin tot vernietiging van het bestreden vonnis leiden.

#### Slotsom

5.9 Nu de grieven niet tot vernietiging van het bestreden vonnis kunnen leiden, moet dat vonnis worden bekrachtigd.

5.10 Als de in het ongelijk gestelde partij zal FNV worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

5.11 In eerste aanleg hebben de partijen in hun verzoekschriften aan de kantonrechter niet tevens om een veroordeling in de proceskosten verzocht. De kantonrechter heeft ook geen veroordeling in de kosten uitgesproken.

In hoger beroep heeft [verweerder] de veroordeling van FNV in de kosten van ook het geding in eerste aanleg gevorderd.

In eerste aanleg is [verweerder] voor een aanzienlijk deel van haar verzoeken niet-ontvankelijk verklaard. Aldus moet zij als voor een deel in het ongelijk worden gesteld, evenals FNV, zodat de kosten van het geding in eerste aanleg tussen de partijen zullen worden gecompenseerd in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

**Cassatiemiddel:**

1. Schending van het recht, inzonderheid van de (wettelijke) bepalingen inzake de uitleg van collectieve arbeidsovereenkomsten dan wel verzuim van vormen waarvan het niet in acht nemen grond voor vernietiging vormt;

doordat het Hof heeft overwogen als in *rov. 5.4* van het bestreden arrest vervat en (mede) op grond daarvan heeft beslist als in het dictum daarvan is omschreven;

ten onrechte en in strijd met het recht, op grond van het navolgende.

In de betrokken rechtsoverweging miskent het Hof dat voor de uitleg van bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst ook dient te worden gelet op andere vormen van toelichting dan die onderdeel van de collectieve arbeidsovereenkomst vormen of daaraan zijn gehecht, zoals stukken als waarop door FNV in deze procedure een beroep is gedaan, met name een gezamenlijke verklaring van cao-partijen, gepubliceerd op de website van het betrokken handhavingsorgaan en (daarmee) voor iedereen kenbaar.

2. Schending van het recht, inzonderheid van Artikel 22 van de CAO NBBU en art. 55 van de CAO voor de Bouwnijverheid, zoals die ten tijde van de hier van belang zijnde gebeurtenissen golden en die van tijd tot tijd algemeen verbindend zijn verklaard, dan wel verzuim van vormen waarvan het niet in acht nemen grond voor vernietiging vormt;

doordat het Hof heeft overwogen als in *rov. en 5.5 en 5.6* van het bestreden arrest is verwoord en op grond daarvan heeft beslist als in het dictum daarvan is omschreven;

ten onrechte en in strijd met het recht, op grond van het navolgende.

Ten onrechte heeft het Hof overwogen dat de bestreden bepaling (art. 55 lid 1 CAO NBBM) zo moet worden uitgelegd

“... dat met *woning* in de zin van dat artikel wordt bedoeld de woning waarin zij ten tijde van hun arbeid wonen, te weten de woning in Nederland en niet de eventuele woning in het land van herkomst. Het is evident dat de onderhavige bepaling betrekking heeft op (Nederlandse en buitenlandse) werknemers die op verzoek van hun werkgever arbeid verrichten ver van hun woning (in het geval van een arbeidsmigrant ver van zijn Nederlandse woning) en daardoor onredelijk lange reistijden kunnen hebben in zoverre bescherming behoeven.” (cursivering in het origineel R.D.)

Ten onrechte overweegt het Hof verder dat door FNV voorgestane uitleg ‘... leidt tot ongerijmde gevolgen...’ en dat de door [verweester] voorgestane uitleg niet leidt tot ongelijke behandeling. Aldus miskent het Hof dat, in gevallen als hier aan de orde, de woning in het land waarin de arbeidsmigrant permanent verblijf houdt – en waar bij voorbeeld zijn gezin verblijft –, zijn woning in de zin van de betrokken cao-bepaling is, althans – afhankelijk

van de omstandigheden – *kan* zijn én blijven. Dat geldt zeker, nu/omdat het artikellid ervan uitgaat dat in een geval als hier aan de orde, de werkgever dient zorg te dragen voor ‘behoorlijke huisvesting’ c.q. ‘verblijfsgelegenheid’ in de buurt van het werk.

De oordelen van het Hof doen geen recht aan wat van de kant van de FNV in de loop van de procedure is aangevoerd ten aanzien van ‘de woning van een arbeidsmigrant’, zoals samengevat is in de pleitaantekeningen van Mr. N. Ruiter voor de zitting van het Hof *onder 56. tot en met 73*. Cruciaal voor de toepassing van art. 55 lid 1 is dat de werknemer niet dagelijks huiswaarts (in zijn land van herkomst), naar zijn eigenlijke woonplaats, kan keren. Met name is van belang dat de huisvesting in de buurt van het Nederlandse werk voor de arbeidsmigrant *naar zijn aard* een tijdelijke verblijfplaats is, althans dat in ieder geval *kan* zijn. Zoals het in die aantekeningen *onder 72*, staat:

“De woning is waar je gezin woont of je partner of waar (je zelf) zelfstandig woont als je niet in Nederland aan het werk bent. Je woning is de plek waarnaar je terugkeert als het werk erop zit.”

Daarbij is van belang dat de tijdelijkheid van de Nederlandse verblijfplaats volgens de stellingen van FNV (pleitaantekeningen van Mr. Ruiter in hoger beroep *onder 72*.) met name hieruit volgt:

“... dat werknemers bij [verweester], conform de CAO, na afloop van hun werkzaamheden slechts kort tijd mogen blijven op de plek die [verweester] voor hen heeft uitgekozen. Geen arbeidsovereenkomst is geen verblijfplaats. Dat verdraagt zich niet met een plek die je als je woning moet beschouwen.”

Zie ook wat in die aantekeningen *onder 73*, is opgemerkt over wat er gebeurt als de betrokken werknemers op een ander project te werk worden gesteld. (“En dat niet 1 keer na een aantal jaren maar herhaaldelijk, afhankelijk van de duur van het dienstverband tot 10 keer of meer toe.”)

Voor zover in het voorgaande een beroep wordt gedaan op stellingen van FNV in de feitelijke instanties, kan daarvan in cassatie (veronderstellenderwijs) worden uitgegaan, nu het Hof die stellingen niet heeft besproken en – a fortiori – niet onjuist heeft bevonden.

Het betoog in genoemde pleitaantekeningen bouwt voort op en stemt inhoudelijk overeen met wat zijdens FNV bij memorie van grieven is aangevoerd, zoals bij voorbeeld blijkt uit de op p. 2 van die memorie gegeven ‘Toelichting op grief 2’.

De door het Hof gehanteerde uitleg staat daarenboven op gespannen voet met art. 50 lid 5 van de cao in kwestie, nu het daar gebezigde begrip ‘huiswaarts’ uitsluit dat de door de werkgever ter beschikking gestelde faciliteit kan worden gezien als de ‘woning’ van de betrokken werknemer.

Dat de uitleg van het Hof leidt tot (ongeoorloofde) ongelijke behandeling van buitenlandse werknemers, volgt uit wat zijdens FNV in de memorie van grieven als ‘Toelichting op grief 10’ is aange-

voerd. Immers, de daar bedoelde Nederlandse werknemers gaan in de gegeven situatie wel degelijk, ondanks de aan hen verstrekte huisvesting nabij het (tijdelijke) werk wekelijks naar hun 'echte' huis en krijgen daarvoor de in art. 55 voorziene vergoedingen (van welk een en ander in elk geval in cassatie veronderstellenderwijs kan worden uitgegaan).

### Conclusie A-G mr. B.J. Drijber:

Deze zaak gaat over de uitleg van een bepaling uit de CAO voor de Bouwnijverheid met betrekking tot de huisvestingskosten voor uitzendkrachten uit het buitenland. Ik concludeer vandaag ook in zaak 17/01687, *A/FNV* waarin eveneens een vraag van uitleg van een CAO-bepaling aan de orde is.

#### 1 Feiten

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten.<sup>1</sup>

1.2 Eiseres tot cassatie (hierna: FNV) is een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die zich krachtens haar statuten ten doel stelt de belangen te behartigen van werknemers.

1.3 Verweerster in cassatie (hierna: [verweerster]) is een uitzendonderneming. Zij stelt uitzendkrachten ter beschikking aan vooral bouwondernemingen. [verweerster] werft haar werknemers in Nederland, maar ook onder meer in Polen en Duitsland. Aan werknemers afkomstig uit die landen stelt zij in Nederland huisvesting ter beschikking in de buurt van de (bouw-)plaats waar zij moeten werken.

1.4 [verweerster] is lid van de Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen (NBBU). De NBBU heeft met de Landelijke Belangenvereniging een CAO afgesloten voor de periode 1 juni 2014 tot 1 juni 2019 (hierna: CAO-NBBU).<sup>2</sup> Op de uitzendovereenkomsten die [verweerster] met haar werknemers afsluit, zijn de bepalingen van deze CAO van toepassing.

1.5 Art. 22 CAO-NBBU, met als titel '*uurbeloningen en vergoedingen*', luidt – voor zover hier van belang –:

"1. Het loon en de vergoedingen van de uitzendkracht zijn gelijk aan het loon en vergoedingen die worden toegekend aan werknemers, werkzaam in gelijkwaardige functies in dienst van de inlener. Dit loonverhoudingsvoorschrift dient ter bescherming van de rust op de arbeidsmarkt en is opgenomen in artikel 8 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi).

2. Onder het loonverhoudingsvoorschrift vallen de volgende componenten:

> Uitsluitend het geldende periodeloan in de schaal; (...)

> Onbelaste kostenvergoedingen: reiskosten, pensioenkosten en andere kosten noodzakelijk wegens de uitoefening van de functie; (...)

(...)

4. De uitzendonderneming en de uitzendkracht kunnen schriftelijk overeenkomen dat een deel van het loon als bedoeld in lid 1, (...) wordt uitgeguld voor vrije vergoedingen of vrije verstrekkingen in verband met extraterritoriale kosten ('doelen'). De uitruil (...) is toegestaan met inachtneming van de volgende beperkingen en voorwaarden:

a. Uitruil van loon voor vrije vergoedingen of vrije verstrekkingen in verband met extraterritoriale kosten is uitsluitend toegestaan voor dubbele huisvestingskosten, vervoerskosten van en naar de woonplaats in het land van herkomst van de uitzendkracht en extra uitgaven van levensonderhoud. (...)

e. De uitruil van loon voor vrije vergoedingen of vrije verstrekkingen wordt vooraf met de uitzendkracht overeengekomen en vastgelegd in (een aanvulling op) de uitzendovereenkomst. In de (aanvulling op de) uitzendovereenkomst wordt onder andere opgenomen voor welke vrije vergoedingen of vrije verstrekkingen de uitzendkracht loon uitruilt en voor welke periode dit wordt afgesproken (...)

1.6 Het eerste en het tweede lid van art. 22 bevatten een 'loonverhoudingsvoorschrift': aan uitzendkrachten moeten hetzelfde loon en dezelfde vergoedingen worden betaald als aan werknemers in dienst van de inlener.<sup>3</sup> Op dit loonverhoudingsvoorschrift laat het vierde lid in zoverre een uitzondering toe, dat het de uitzendonderneming toestaat om met de werknemer een uitruil van een stuk brutoloon tegen onbelaste kostenvergoedingen overeen te komen, mits de in het vierde lid genoemde voorwaarden in acht worden genomen. Deze regeling wordt aangeduid als de 'ET-regeling'; de afkorting ET slaat op extraterritoriale kosten. De uitzendbranche heeft met de Belastingdienst een convenant afgesloten op grond waarvan de vergoedingen binnen de in dat convenant aangegeven voorwaarden zijn vrijgesteld van loonbelasting.<sup>4</sup> [verweerster] past de ET-regeling toe op uitzendkrachten die zij in het buitenland werft (hierna: arbeidsmigranten), als die daarmee hebben ingestemd.

1.7 In deze procedure staat een bepaling uit een andere CAO centraal, namelijk art. 55 lid 1 van de collectieve arbeidsovereenkomst voor de Bouwnijverheid (hierna: CAO Bouwnijverheid). De voor deze zaak relevante bepalingen van die CAO zijn op 17 juni 2014 algemeen verbindend verklaard tot en met december 2014. Ingevolge de loonverhoudings-

1 Vgl. rov. 4.1 tot en met 4.6 van het bestreden arrest. Zie ook rov. 2.1 tot en met 2.6 van het vonnis kantonrechter binnen de Rechtbank Gelderland (zittingsplaats Zutphen) van 5 november 2015.

2 Productie 8 bij het inleidend verzoekschrift van FNV.

3 Door gelijke behandeling tussen werknemers en uitzendkrachten voor te schrijven wordt voorkomen dat uitzendkrachten in financieel opzicht werknemers beconcurreren.

4 Convenant tussen de Belastingdienst en de Uitzendbranche van 14 december 2010; productie 3 bij de memorie van antwoord van [verweerster].

voorschriften in de NBBU-CAO moet [verweerster] de door haar uitgezonden bouwplaatswerknemers belonen conform de CAO Bouwnijverheid.

1.8 Genoemd art. 55 heeft als opschrift 'Vergoeding voor bouwplaatswerknemers bij verafgelegen werken'. Het luidt — voor zover hier van belang —:

"1. Indien het werk zo ver van de woning van de werknemer gelegen is dat dagelijks huiswaarts keren van de werknemer onredelijk zou zijn, zal zijn voeding, behoorlijke huisvesting en een vergoeding voor de verdere noodzakelijke verblijfskosten tijdens de daardoor ontstane afwezigheid van huis voor rekening komen van de werkgever, tenzij de werkgever een naar behoorlijke maatstaven uitgeruste verblijfsgelegenheid ter beschikking stelt en ter tegemoetkoming in de kosten voor voeding een toelage van € 6,65 per dag verstrekt. Het recht op vergoeding voor de verdere noodzakelijke verblijfskosten komt te vervallen als de zaken waarop deze kosten betrekking hebben in natura worden verstrekt. (...)"

1.9 Art. 55 staat in hoofdstuk 6 van de CAO Bouwnijverheid, met als opschrift 'Overige vergoedingen en toeslagen'. In dat hoofdstuk staan ook de artikelen 50 en 51.

Art. 50 gaat over reiskosten. Het luidt — voor zover hier van belang —:

"5. De werknemer als bedoeld in artikel 55 lid 1, zal — naast het reguliere woon-werkverkeer — als regel tussendoor eenmaal per week naar huis mogen gaan. De daaruit voortvloeiende reiskosten komen voor rekening van de werkgever."

Art. 51 gaat over reisure. Het bepaalt onder meer:

"1. Onder reisure worden verstaan de uren gedurende welke gereisd wordt van de woning tot het werk en terug. Zij moeten worden vergoed indien de arbeid in een andere dan de woongemeente van de werknemer plaatsvindt. Daarbij dienen de volgende bepalingen van dit artikel in acht te worden genomen.

2. De duur van de reis (reistijd) (...) zal — met uitzondering van de eerste zestig minuten per dag — door de werkgever aan de werknemer worden vergoed tegen het voor die werknemer geldende garantie-uurloon."

1.10 Uit art. 1 lid 3 en art. 6 CAO Bouwnijverheid volgt dat die CAO van toepassing is op uitzendondernemingen die voor meer dan 50% van de loonsom op jaarbasis arbeidskrachten ter beschikking stellen aan werkgevers in de bouw. In bijlage 2 ('Toepassing CAO voor de Bouwnijverheid voor uitzendkrachten als bedoeld in artikel 6') bij deze CAO is vastgelegd dat de voor deze zaak relevante bepalingen van art. 50, 51 en 55 van toepassing zijn op uitzendkrachten in een zogenoemde bouwplaatsfunctie. Verder volgt uit art. 7 CAO Bouwnijverheid, in combinatie met bijlage 3 ('Toepassing CAO voor de Bouwnijverheid voor buitenlandse arbeidskrachten als bedoeld in artikel 7') dat deze zelfde bepalingen van toepassing zijn op werknemers die gewoonlijk buiten Nederland werken en wiens arbeidsovereen-

komst wordt beheerst door een ander recht dan het Nederlands recht.

## 2 Het geschil en het procesverloop

2.1 Partijen hebben zich in eerste aanleg samen op de voet van art. 96 Rv tot de kantonrechter binnen de rechtbank Gelderland gewend en haar beslissing ingeroepen. Partijen hebben zich de mogelijkheid van hoger beroep uitdrukkelijk voorbehouden.<sup>5</sup>

2.2 FNV betoogt dat, in geval van arbeidsmigranten, met 'woning' (en 'huiswaarts keren') in art. 55 lid 1 CAO Bouwnijverheid is bedoeld diens woonplaats in het land van herkomst. Daarom moet de werkgever of de kosten van huisvesting in Nederland vergoeden of huisvesting dichtbij het werk *kosteloos* ter beschikking stellen.

2.3 [verweerster] betoogt dat art. 55 lid 1 CAO Bouwnijverheid is geschreven om de werknemer te beschermen tegen een onredelijke reistijd van zijn woning naar zijn werk. Van een onredelijke reistijd is geen sprake, aldus [verweerster], als een arbeidsmigrant in de omgeving van zijn werkplek is gehuisvest. In dat geval bestaat geen aanspraak op de in art. 55 lid 1 bedoelde vergoeding.<sup>6</sup> [verweerster] meent dan ook niet gehouden te zijn om, naast (of in plaats van) de ET-regeling, art. 55 lid 1 CAO Bouwnijverheid toe te passen.

2.4 Beide partijen hebben aan hun standpunten verscheidene vorderingen verbonden.<sup>7</sup>

2.5 Ten tijde van het indienen van het verzoek was de CAO Bouwnijverheid zoals deze gold in het jaar 2014, reeds verlopen. Partijen zijn ermee akkoord gegaan dat bij de beoordeling van het geschil wordt uitgegaan van de regelgeving zoals deze gold tot 1 januari 2015.<sup>8</sup> Dat is 'ge-avvde' versie van de CAO Bouwnijverheid.<sup>9</sup>

2.6 Bij vonnis van 5 november 2015<sup>10</sup> heeft de kantonrechter voor recht verklaard dat [verweerster] een deel van het loon van de werknemers mag uitruilen, zoals bedoeld in art. 22 CAO-NBBU.

2.7 De kantonrechter oordeelde dat voor de hier te geven uitleg van art. 55 CAO Bouwnijverheid de CAO-norm van toepassing is (rov. 4.2.3). De letterlijke bewoordingen van het artikel laten ruimte voor de door beide partijen bepleite tekstuele interpretaties, zowel waar het gaat om het begrip 'woning' als om het woord 'huis' (rov. 4.3.1). Een voor derden kenbare officiële toelichting op de CAO is niet voorhanden. De door FNV overgelegde notitie van de Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrach-

5 Vgl. rov. 3.1 van het vonnis van de kantonrechter. Zie ook rov. 5.1 van het bestreden arrest.

6 Vgl. de weergave van de kern van het geschil in rov. 5.2 van het bestreden arrest. Zie ook rov. 4.2 van het vonnis van de kantonrechter.

7 Zie rov. 3.2 en 3.3 van het vonnis van de kantonrechter.

8 Vgl. rov. 4.1 van het vonnis van de kantonrechter.

9 Productie 9 bij inleidend verzoekschrift van FNV.

10 ECLI:NL:RBGEL:2015:6830, JAR 2015/286, m.nt. E.J.A. Franssen (instemmend).

ten (SNCU)<sup>11</sup> is niet als een dergelijke toelichting aan te merken, aldus de kantonrechter (rov. 4.3.2).

2.8 De kantonrechter overweegt vervolgens omtrent de uitleg van beide genoemde begrippen het volgende:

“4.3.3 Artikel 50 van dezelfde CAO geeft een regeling voor dezelfde werknemers als bedoeld in artikel 55, dus kort gezegd, voor de werknemers die zo ver van het werk wonen dat dagelijks huiswaarts keren onredelijk zou zijn, in de onderhavige casus de arbeidsmigranten. In artikel 50 is bepaald dat deze werknemers ‘als regel’ een maal per week naar huis mogen gaan en dat de hiermee verband houdende reiskosten door de werkgever vergoed moeten worden. Artikel 51 van deze CAO bepaalt verder dat reizen moeten worden vergoed indien de arbeid in een andere dan de woongemeente van de werknemer plaatsvindt. Onder reizen moet worden verstaan de uren gedurende welke gereisd wordt van ‘de woning’ tot het werk en weer terug.

Zouden de begrippen ‘woning’ en ‘huis’ hier moeten worden begrepen in de door FNV voorgestane zin, dan zou dit betekenen dat arbeidsmigranten wekelijks naar het buitenland mogen reizen, waarbij de werkgever hen een vergoeding van € 0,19 per kilometer moet verstrekken. Voor bijvoorbeeld een werknemer uit Warschau die in Groningen werkt, betekent dit een theoretische kostenpost van (2200 km x € 0,19) € 418,- per week, waarbij overigens geldt dat, zoals [verweester] heeft opgemerkt, een dergelijke reis gezien de tijd die daarmee gemoeid zal zijn, ook als er voor een vliegreis wordt gekozen, praktisch gezien nauwelijks mogelijk is. Bovendien heeft deze werknemer indien de uitleg van FNV wordt gevolgd, ingevolge het bepaalde in artikel 51, het recht om – behoudens het eerste uur per dag – in de tijd van de werkgever te reizen van de woning naar het werk. Ook deze bepaling geldt in die uitleg voor de arbeidsmigrant uit bijvoorbeeld Polen. Het behoeft geen verdere toelichting dat toepassing van deze bepaling praktisch gezien onmogelijk is. Volledigheidshalve wordt hier nog overwogen, dat alle hier genoemde artikelen in hetzelfde hoofdstuk zijn geplaatst en eenzelfde materie regelen, namelijk de (overige) ‘vergoedingen en toeslagen’ en dat nergens uit blijkt of is af te leiden dat het begrip ‘woning’ in artikel 51 anders moet worden begrepen dan hetzelfde begrip in artikel 55.

4.3.4 De door FNV bepleite uitleg leidt derhalve tot het rechtsgevolg, dat de arbeidsmigrant, uit welk land hij ook komt, wekelijks op kosten van de werkgever naar en van het buitenland mag reizen en dit zelfs dagelijks mag doen in de tijd van de werkgever. Dit rechtsgevolg is in elk geval deels onmogelijk en voor het overige dermate ongerijmd, dat deze uitleg van FNV niet kan

worden gevolgd. Dat werknemers in de praktijk slechts een maal per vier weken naar de buitenlandse woning reizen zoals door FNV aangegeven, kan hier niet aan afdoen.

De uitleg van [verweester], leidt tot het rechtsgevolg dat arbeidsmigranten, net als de overige werknemers, slechts recht hebben op een vergoeding voor onder meer huisvesting indien zij vanuit hun (tijdelijke) huisvesting, alsnog elders op een verafgelegen plaats aan het werk moeten. Niet ter discussie staat tussen partijen, dat de regeling van artikel 55 is geschreven om werknemers te beschermen tegen onredelijk lange reistijden en ook in de uitleg van [verweester] wordt deze bescherming geboden.

De werknemers moeten hun huisvesting in Nederland dus zelf betalen, maar in aanmerking genomen dat de arbeidsmigrant zelf, zij het doorgaans niet uit luxe, de keuze maakt in Nederland te komen werken, is dit niet onredelijk. Tenslotte heeft [verweester] terecht betoogd dat bij de uitleg van een CAO-bepaling rekening gehouden kan worden met de wijze waarop het onderwerp waarop de uit te leggen bepaling betrekking heeft, in andere CAO’s is geregeld. [verweester] heeft hierbij verwezen naar de CAO’s in de sector Metaal en Techniek. Artikel 47 van deze CAO’s bepaalt dat indien de werknemer werkzaamheden moet verrichten buiten de plaats waarvoor de dienstbetrekking is aangegaan onder meer pensioenkosten worden vergoed, indien een overnachting noodzakelijk is in verband met de noodzakelijk reistijd en/of moeilijke reisgelegenheid. Hier wordt dus aangesloten bij de standplaats en dus niet, zoals in de uitleg van FNV bij de woning van de arbeidsmigrant in het buitenland. Ook aan deze omstandigheid komt betekenis toe, nu deze CAO’s aan werknemerszijde door dezelfde partijen zijn gesloten als de CAO Bouwnijverheid en ook betrekking hebben op een vergelijkbare sector.

Zoals reeds aangegeven, leidt dit alles tot het oordeel dat de uitleg van [verweester] de juiste is.”

2.9 De kantonrechter is er net als [verweester] van uitgegaan dat de toepasselijkheid van art. 55 CAO Bouwnijverheid impliceert dat de art. 50 en 51 van die zelfde CAO ook van toepassing zijn, met als gevolg dat de werkgever naast het verschaffen van kosteloze huisvesting ook moet toestaan dat de arbeidsmigrant als regel een maal per week naar de woonplaats in het land van herkomst zou kunnen terugkeren, op kosten van en in de tijd van de werkgever.

2.10 Op grond van het voorgaande oordeelt de kantonrechter dat een vijftal daarmee verband houdende gevorderde verklaringen voor recht van FNV moeten worden afgewezen (rov. 4.4).

2.11 Ook een door FNV gevorderde verklaring voor recht dat, indien [verweester] de kosten van huisvesting niet aan de arbeidsmigranten behoeft te vergoeden, uitruil niet is toegestaan, werd afgewe-

11 Productie 14 bij inleidend verzoekschrift van FNV.

zen (rov. 4.5). De kantonrechter motiveert die beslissing als volgt:

“4.5.1 In de CAO NBBU is in artikel 22 bepaald dat en onder welke voorwaarden uitruil voor onder meer dubbele huisvestingskosten mag plaatsvinden. FNV heeft gesteld dat, in het geval [verweerster] de kosten niet behoeft te vergoeden en de werknemers dus inderdaad dubbele huisvestingskosten hebben, heeft te gelden dat uitruil niet mag plaatsvinden omdat niet is voldaan aan de in de CAO NBBU hiervoor gestelde voorwaarden, in het bijzonder omdat niet in de uitzendovereenkomst is vermeld om welk soort vergoedingen het gaat. Ter zitting is evenwel desgevraagd en onweersproken zijdens [verweerster] aangegeven, dat de werknemers bij het aangaan van de uitzendovereenkomst een aparte bijlage ontvangen waarin is aangegeven dat en op welke wijze uitruil plaatsvindt. Hiermee is voldaan aan de eisen die in de CAO worden gesteld aan het rechtsgeldig overeenkomen van de uitruil. Of en in hoeverre de daadwerkelijk uitgeruilde bedragen correct zijn staat in deze procedure niet ter beoordeling, maar volledigheidshalve wordt hier overwogen dat onweersproken zijdens [verweerster] is betoogd dat zij zich aan de nadere regels voor wat betreft de maximale percentages ter zake houdt en dat de werknemers altijd in elk geval het minimumloon krijgen uitbetaald. (...)”

2.12 FNV heeft tegen het vonnis hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (hierna: het hof). Bij memorie van grieven heeft zij geconcludeerd dat het hof dat vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende voor recht zal verklaren dat:

- a. de vergoeding van kosten van huisvesting van uitzendkrachten uit het buitenland, die door [verweerster] in het buitenland zijn aangeworven, die in Nederland te werk worden gesteld en voor wie de afstand tussen hun woning het land van herkomst en de werkplek zodanig is dat redelijkerwijs van hen niet verlangd kan worden dat zij dagelijks na het werk huiswaarts keren, een onbelaste kostenvergoeding is als bedoeld in art. 22 lid 2 CAO NBBU;
- b. het loonverhoudingsvoorschrift van art 22 leden 1 en 2 CAO NBBU met zich brengt dat [verweerster] ten aanzien van de onder a bedoelde werknemers art. 55 CAO Bouwnijverheid moet toepassen;
- c. ook art. 8 van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) met zich brengt dat [verweerster] ten aanzien van de onder a bedoelde werknemers art. 55 CAO Bouwnijverheid moet toepassen;
- d. [verweerster] verplicht is de kosten van huisvesting in Nederland van de onder a bedoelde werknemers te vergoeden;
- e. het [verweerster] niet is toegestaan om de onder d bedoelde kosten van huisvesting geheel of gedeeltelijk op haar werknemers te verhalen;
- f. het [verweerster] niet is toegestaan de onder a en b bedoelde kosten uit te ruilen;

met veroordeling van [verweerster] in de kosten van het hoger beroep.<sup>12</sup>

2.13 [verweerster] heeft de stellingen van FNV gemotiveerd betwist. Bij arrest van 25 oktober 2016<sup>13</sup> heeft het hof het bestreden vonnis bekrachtigd, de kosten van het geding in eerste aanleg gecompenseerd en FNV veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. Voor zover in cassatie van belang, heeft het hof voorts als volgt overwogen:

“5.3 De kantonrechter heeft – in hoger beroep onbestreden en terecht – overwogen dat voor de uitleg van CAO-bepalingen in beginsel de woordingen daarvan en van de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van de partijen, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting zijn gesteld. Bij die uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.

5.4 Het hof is daarbij – met de kantonrechter – van oordeel dat geen voor derden kenbare officiële toelichting op de onderhavige CAO voorhanden is. De door FNV genoemde toelichtingen kunnen – ook indien die voor [verweerster] kenbaar zijn – niet als voor een ieder kenbare officiële toelichtingen worden aangemerkt, nu deze niet onderdeel van de CAO uitmaken of daaraan zijn gehecht. Het is immers van belang dat de onderhavige CAO voor iedere betrokken werkgever en werknemer op eenduidige wijze wordt uitgelegd en niet verschillend voor degenen die een bepaalde toelichting wel of niet kennen.

Dit brengt mede dat de *grievens 3 en 4* falen.

5.5 Arbeidsmigranten die (al dan niet tijdelijk) in Nederland wonen om er te werken hebben – wellicht naast een woning in hun land van herkomst – een woning in Nederland. Vanuit die Nederlandse woning verrichten zij hun arbeid in Nederland.

De bepaling van artikel 55 lid 1 van de CAO voor de Bouwnijverheid laat naar het oordeel van het hof geen andere uitleg toe dan dat met woning in de zin van dat artikel wordt bedoeld de *woning* waarin zij ten tijde van het verrichten van hun arbeid wonen, te weten de woning in Nederland en niet de eventuele woning in het land van herkomst. Het is evident dat de onderhavige bepaling betrekking heeft op (Nederlandse en buitenlandse) werknemers die op verzoek van hun werkgever arbeid verrichten ver van hun woning (in het geval van een arbeidsmigrant ver

<sup>12</sup> Vgl. de weergave van de vorderingen in hoger beroep in rov. 2 van het bestreden arrest.

<sup>13</sup> ECLI:NL:GHARL:2016:8599, JAR 2016/279.



van zijn Nederlandse woning) en daardoor onredelijk lange reistijden kunnen hebben en in zoverre bescherming behoeven.

De door FNV voorgestane uitleg van het begrip woning leidt tot ongerijmd gevolg, zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 4.3.3 en 4.3.4 van het bestreden vonnis, bij welke overwegingen het hof zich aansluit.

De voornoemde uitleg leidt niet tot ongelijke behandeling van arbeidsmigranten, zoals FNV heeft gesteld. Voor zowel Nederlandse als buitenlandse werknemers geldt immers dezelfde bepaling, waarbij voor de beide categorieën geldt dat het begrip *woning* de woning is waar zij in de tijd van hun arbeid (al dan niet tijdelijk) wonen.

Dit brengt mede dat de *grievens 2, 5, 6, 7 en 10* niet tot vernietiging van het bestreden vonnis kunnen leiden.

5.6 De *grievens 1, 8 en 9* betreffen de mogelijkheid tot uitruil van het bruto loon met onder meer de kosten voor de huisvesting in Nederland en gaan ervan uit dat de door FNV voorgestane uitleg van het begrip *woning* in artikel 55 CAO Bouwnijverheid juist is.

Nu, zoals uit het hiervoor overwogene volgt, die uitleg niet juist is, zijn deze grieven ongegrond.

Nu [verweester] niet gehouden is op grond van artikel 55 CAO Bouwnijverheid of enige andere wettelijke bepaling of overeenkomst de kosten van huisvesting in Nederland te vergoeden, staat het haar en bij haar werkzame arbeidsmigranten vrij op de voet van artikel 22 CAO NBBU overeen te komen dat het bruto loon van arbeidsmigranten wordt uitgeruild tegen de voornoemde kosten.

5.7 *Grief 11* mist zelfstandige betekenis en kan evenmin tot vernietiging van het bestreden vonnis leiden."

2.14 Bij cassatiedagvaarding van 23 januari 2017 heeft FNV – tijdig – cassatieberoep ingesteld. [verweester] heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht. Vervolgens hebben zij gere- en gedupliceerd.

### 3 Inleidende opmerkingen

3.1 Gaandeweg is het onderhavige geschil in toonzetting verscherpt maar in omvang verkleind. De aan de kantonrechter voorgestelde vraagstelling had nog betrekking op (onder meer) de verhouding tussen art. 55 CAO Bouwnijverheid en art. 22 CAO-NBBU. In hoger beroep hadden de hiervoor in 2.13 onder a en b weergegeven vorderingen tot verklaring van recht eveneens nog betrekking op de uitleg van art. 22 CAO-NBBU. Het cassatiemiddel daarentegen is volledig toegespitst op (de uitleg van) art. 55 CAO lid 1 Bouwnijverheid.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Zie schriftelijke toelichting FNV, onder 3: "Het gaat (in cassatie) slechts om art. 55 CAO Bouw & Infra."

3.2 Volgens FNV moet deze bepaling worden toegepast op arbeidsmigranten die als uitzendkracht in de Nederlandse bouw werken, omdat – behoudens uitzonderingen – in hun geval de bouw-werkplaats steeds ver van de woning in het land van herkomst is gelegen. Hieruit leidt FNV af dat de in art. 22 lid 4 CAO-NBBU voorziene uitruilmogelijkheid in de bouwsector (waar veel arbeidsmigranten werken) niet zou zijn toegestaan, omdat de verplichting om een huisvestingsvergoeding *in de zin van art. 55 lid 1* te verstrekken voorrang zou hebben. Die consequentie maakt de door FNV voorgestane uitleg er naar mijn mening niet plausibeler op, zeker als men bedenkt dat de beide regelingen al geruime tijd naast elkaar bestaan<sup>15</sup> en de ET-regeling in de bouwsector kennelijk veelvuldig wordt toegepast.<sup>16</sup>

3.3 Dat arbeidsmigranten niet als zodanig buiten de werkingssfeer van genoemd art. 55 vallen is op zich zelf juist. Als een Poolse uitzendkracht is aangenomen voor een project in Maastricht en voor hem daar huisvesting is geregeld, maar hij tussendoor wordt ingezet op een meer spoedeisend project in Groningen, dan is – ook in de door [verweester] verdedigde uitleg – art. 55 lid 1 CAO Bouwnijverheid van toepassing gedurende de tijd dat deze arbeidsmigrant in Groningen werkt. Het is immers te ver om elke dag vanuit Groningen naar Maastricht te reizen. De Poolse uitzendkracht wordt dan precies zo behandeld als een Nederlandse in Zuid-Limburg woonachtige werknemer die voor dezelfde klus in Groningen tijdelijk wordt ingezet. In dit voorbeeld wordt met 'de woning' in de zin van art. 55 lid 1 bedoeld de Nederlandse huisvesting in Maastricht, en niet de (eventuele) woning in Polen.

3.4 Het partijdebat had in feitelijke instanties ook betrekking op de vraag in hoeverre de ene of juist de andere uitleg van art. 55 lid 1 CAO Bouwnijverheid zou leiden tot een ongelijke (want slechtere behandeling) van arbeidsmigranten.<sup>17</sup> Beide partijen stellen dat de door hen verdedigde uitleg de bescherming van de arbeidsmigrant dient.

3.5 Volgens FNV leidt de door het hof aanvaarde uitleg tot een ongelijke behandeling ten nadele van arbeidsmigranten: Nederlandse ingezetenen die ver van huis tewerk gesteld worden, krijgen de kosten van tijdelijke huisvesting wél vergoed, terwijl arbeidsmigranten in het kader van de uitruil zelf voor de kosten van de tijdelijke huisvesting opdraaien – de spreekwoordelijke sigaar uit eigen

<sup>15</sup> Het bepaalde in art. 55 CAO Bouwnijverheid stond voorheen in art. 40 van die CAO.

<sup>16</sup> Zie de "Verklaring NBBU" 24 augustus 2015 (productie 3 bij het voorwaardelijk verzoekschrift van [verweester]): "Zo is het in de uitzendbranche namelijk zeer gebruikelijk om de ET-regeling toe te passen op arbeidsmigranten, ook in de bouwsector. Het gevolg van de uitleg van artikel 55 [door FNV; toev. A-G] leidde ertoe dat de toepassing van deze regeling voor wat betreft de huisvesting in de bouwsector ineens niet meer was toegestaan. Echter, dit was voorheen nooit een issue, noch was dit een onderwerp bij de uitvoering van de handhaving in zowel de bouw- als de uitzendsector."

<sup>17</sup> Zie onder andere grief 10 in de memorie van grieven.

doos.<sup>18</sup> Zij worden benadeeld ten opzichte van Nederlandse werknemers indien art. 55 lid 1 CAO Bouwnijverheid niet op hen wordt toegepast. Ik heb daar zo mijn twijfels over. De (fiscaal gefaciliteerde) uitruil leidt tot een hoger netto-loon en is in zoverre voor de arbeidsmigrant juist voordelig. Daar staat weliswaar tegenover dat aanspraken die zijn afgeleid van het bruto-loon, zoals pensioenopbouw en sociale zekerheidsaanspraken, lager uitvallen, maar voor een buitenlandse arbeidskracht die tijdelijk als in Nederland in de bouw werkt, zal naar alle waarschijnlijk het voordeel van het hogere netto-loon zwaarder wegen. Ik ben er dus niet van overtuigd dat arbeidsmigranten ongunstiger worden behandeld dan nationale uitzendkrachten en dit hen ervan kan weerhouden om tijdelijk in Nederland werk te gaan verrichten.

3.6 Volgens [verweerster] brengt de toepassing van art. 55 lid 1 CAO Bouwnijverheid mee dat ook art. 50 en art. 51 van die CAO moeten worden toegepast.<sup>19</sup> Dat zou ertoe leiden dat de kostprijs van een arbeidsmigrant aanzienlijk hoger komt te liggen dan die van een Nederlandse werknemer, met als gevolg dat de arbeidsmigrant uit de markt wordt geprijsd.<sup>20</sup> Het is daarom de door FNV voorgestane uitleg die de toegang voor arbeidsmigranten tot de Nederlandse arbeidsmarkt belemmert, aldus [verweerster].

3.7 Ik laat deze discussie rusten omdat FNV in haar schriftelijke toelichting opmerkt: "In het betoog van FNV in cassatie speelt de ongelijke behandeling geen rol..."<sup>21</sup> Daarmee lijkt zij de laatste klacht van onderdeel 2 in te trekken. Ook als dat niet zo is bedoeld, kan m.i. aan die klacht voorbij worden gegaan, nu deze uitsluitend was onderbouwd met een verwijzing naar een passage in de processtukken.<sup>22</sup>

3.8 *Par acquit de conscience* wijs ik er nog op dat de regels inzake het vrij verkeer van werknemers binnen de Europese Unie,<sup>23</sup> waar FNV zich in feitelijke instanties op heeft beroepen, door het Hof van Justitie wel als een fundamentele vrijheid maar niet als een regel van openbare orde is aangemerkt.<sup>24</sup> De rechter hoeft daarom niet ambtshalve

art. 55 lid 1 CAO Bouwnijverheid (dan wel art. 22 CAO-NBBU) aan de regels van het vrij verkeer van werknemers te toetsen.

#### 4 Bespreking van de cassatiemiddelen

4.1 De cassatiedagvaarding bevat twee middelen. Middel 1 richt een rechtsklacht tegen de door het hof in rov. 5.4 aangelegde norm voor de uitleg van art. 55 lid 1 CAO Bouwnijverheid. Middel 2 richt een klacht tegen de uitleg die het hof in rov. 5.5 en 5.6 van die bepaling heeft gegeven.

4.2 [verweerster] bespreekt in haar schriftelijke toelichting de twee middelen in omgekeerde volgorde. Volgens haar heeft FNV bij middel 1 geen belang, omdat het hof de betrokken cao-bepaling juist heeft uitgelegd.<sup>25</sup> Ik zal de twee onderdelen in volgorde bespreken: indien FNV in middel 1 er terecht over klaagt dat het hof bepaalde stukken buiten beschouwing heeft gelaten die een relevante toelichting op art. 55 lid 1 CAO Bouwnijverheid bevatten, dan kan niet worden uitgesloten dat die stukken van invloed zijn op de door het hof gegeven uitleg waar middel 2 over klaagt.

#### Middel 1

4.3 FNV klaagt dat het hof heeft miskend dat bij de uitleg van bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst ook dient te worden gelet op andere vormen van toelichting dan die welke onderdeel van de collectieve arbeidsovereenkomst vormen of daaraan zijn gehecht, zoals de stukken waarop in feitelijke aanleg door haar een beroep is gedaan. Uit de schriftelijke toelichting onder 21, waarin wordt verwezen naar de toelichting op de grieven 3 en 4 in hoger beroep en de daarbij genoemde producties, maak ik op dat FNV doelt op: (i) Bijlage 2 bij de CAO Bouw + Infra,<sup>26</sup> (ii) een circulaire van de Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (hierna: SNCU)<sup>27</sup> en (iii) een tweetal brieven van het Technisch Bureau Bouwnijverheid (hierna: TBB), dat is belast met de handhaving van de CAO Bouwnijverheid.<sup>28</sup>

4.4 Het was wellicht mooier geweest als al in het middel naar de betrokken documenten en hun vindplaatsen was verwezen,<sup>29</sup> maar daar hoeft het onderdeel wat mij betreft niet op stuk te lopen. Het gaat erom of het oordeel van het hof dat bedoelde documenten niet als voor een ieder kenbare officiële toelichtingen kunnen worden aangemerkt, als juist kan worden aanvaard. Als dat het geval is, dan mist het onderhavige middel belang, wat er ook zij van het door het hof gehanteerde uitgangspunt dat

18 Schriftelijke toelichting FNV, onder 9, ingesprongen tekstdeel.

19 Zie de door [verweerster] aan de Kantonrechter voorgelegde vraag 2.

20 Zie schriftelijke toelichting [verweerster] onder 46.

21 Schriftelijke toelichting onder 37.

22 In de cassatiedagvaarding staat: "Dat de uitleg van het Hof leidt tot (ongeoorloofde) ongelijke behandeling van buitenlandse werknemers, volgt uit wat zijdens FNV in de memorie van grieven als 'Toelichting op grief 10' is aangevoerd."

23 Art. 45 VWEU en Verordening (EU) Nr. 492/2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie (Pb 2011, L 141/1), waarbij Verordening (EEG) nr. 1612/68 is ingetrokken.

24 Het Hof van Justitie heeft alleen de volgende materiële bepalingen als Unierechtelijk van openbare orde aangemerkt: (a) het kartelverbod van art. 101 lid 1 VWEU (HvJEG 1 juni 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:269, punt 39 en 40; HvJEG 13 juli 2006, C-295/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, punt 31; en HvJEG 4 juni 2009, C-8/08, *T-Mobile*, ECLI:EU:C:2009:343, punt 49) en (b) bepalingen van Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (vaste rechtspraak sinds HvJEG 27 juni 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial*, ECLI:EU:C:2000:346).

25 Schriftelijke toelichting [verweerster] onder 2 en 72.

26 Dat is sinds 2015 de nieuwe naam van de CAO Bouwnijverheid. Genoemde bijlage is niet overgelegd. Wel is overgelegd bijlage 3 bij deze (latere) cao (productie 1 bij memorie van grieven).

27 De circulaire is overgelegd als productie 14 bij de inleidende dagvaarding.

28 De brieven zijn overgelegd als productie 2 en 3 bij de memorie van grieven.

29 Zie HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5889, NJ 2003/636.

slechts een toelichting die onderdeel van de collectieve arbeidsovereenkomst vormt of daaraan is gehecht, bij de uitleg van een CAO mag worden betrokken.

4.5 Het oordeel van het hof dat de beoogde stukken niet een voor een ieder kenbare officiële toelichting van de CAO-partijen op de onderhavige CAO vormen, lijkt mij juist. Vooropgesteld moet worden dat uit de toelichting op de grieven 3 en 4 niet volgt dat in feitelijke aanleg voor de uitleg van de CAO geen beroep zou zijn gedaan op Bijlage 2 bij de CAO Bouw + Infra. Wel is een beroep gedaan op Bijlage 3 bij de CAO<sup>30</sup> waarbij is opgemerkt dat deze bijlage niet van toepassing is op de werknemers van [verweester].<sup>31</sup> Reeds hierom valt niet in te zien waarom deze bijlage in dit geval een rol bij de uitleg van art. 55 lid 1 CAO Bouwnijverheid kan spelen, nog daargelaten dat het in dit artikel gebezigde begrip ‘woning’ daarin niet wordt uitgelegd.<sup>32</sup> Een dergelijke toelichting kan overigens ook niet worden gevonden in de – thans in cassatie genoemde – Bijlage 2 bij de CAO Bouw + Infra.<sup>33</sup>

4.6 De in feitelijke aanleg overgelegde notitie van de SNCU kan evenmin als een voor een ieder kenbare toelichting van de CAO-partijen worden aangemerkt.<sup>34</sup> Dit orgaan is belast met het toezicht op naleving van voor uitzendkrachten gesloten CAO’s, niet met het toezicht op naleving van de CAO Bouwnijverheid en is in elk geval geen partij bij deze CAO. De notitie is bovendien – ook als zij op de website van de SNCU is geplaatst, zoals FNV stelt<sup>35</sup> – niet voor een ieder kenbaar. Voor betrokkenen bij

de CAO Bouwnijverheid, die niet betrokken zijn bij de uitzendbranche, bestaat er geen aanleiding de SNCU in dit verband te raadplegen.

4.7 Ook de door FNV beoogde brieven van TBB – in de woorden van FNV “*een organisatie waarin werkgevers en werknemers in verband met de uitvoering en toepassing van de CAO Bouw + Infra en de andere in de branche geldende CAO’s, zoals die betreffen de fondsenbepaling, paritair samenwerken*” – zijn niet aan te merken als voor een ieder kenbare officiële toelichting van de CAO-partijen op de onderhavige CAO.<sup>36</sup> Dat volgt reeds, zoals [verweester] in haar schriftelijke toelichting onder 74 terecht opmerkt, uit het feit dat het gaat om brieven die gericht zijn aan CAO-partijen bij de ABU-CAO voor Uitzendkrachten en partijen bij de NBBU-CAO voor uitzendkrachten, respectievelijk aan de NBBU.<sup>37</sup> Daarbij komt dat ook het TBB geen partij bij de onderhavige CAO is.

4.8 In haar schriftelijke toelichting onder 25 wijst FNV nog op de considerans van het besluit van de Minister van SZW tot algemeen verbindend verklaring van bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst voor de Bouwnijverheid d.d. 17 juni 2013,<sup>38</sup> waarin het volgende kan worden gelezen:

“Voor de beoordeling of sprake is van ‘verafgelegen werk’ is volgens de uitleg die partijen bij onderhavige CAO eraan geven, voor een arbeidsmigrant het vertrekpunt de woning van het land van herkomst en niet de tijdelijke verblijfplaats in Nederland.”

FNV lijkt met dit citaat de indruk te willen wekken dat het door haar bepleite standpunt door de Minister wordt bevestigd. Zij laat evenwel na te vermelden dat de geciteerde passage onderdeel vormt van de een samenvatting van de bedenkingen die door een marktpartij waren ingebracht met betrekking tot de veronderstelde bedoelingen van de CAO-partijen. Het is op die plaats dus niet de Minister die de bedoeling van de CAO-partijen heeft weergegeven.<sup>39</sup> Het voorgaande brengt mee dat, nu de door FNV aangehaalde bronnen geen van alle zijn aan te merken als voor een ieder kenbare officiële toelichting van de CAO-partijen, het middel bij gebrek aan belang moet falen.

30 Deze bijlage 3 (*Toepassing cao Bouw & Infra voor buitenlandse arbeidskrachten als bedoeld in artikel 7*) is overgelegd als productie 1 bij memorie van grieven. De bijlage behoort niet bij de CAO Bouwnijverheid, waarom het in cassatie gaat. De inhoud daarvan is echter, voor zover hier van belang, vergelijkbaar met de inhoud van *Bijlage 3: Toepassing CAO voor de Bouwnijverheid voor buitenlandse arbeidskrachten als bedoeld in artikel 7*, bij de als productie 9 bij de inleidende dagvaarding overgelegde CAO Bouwnijverheid.

31 Deze bijlage betreft werknemers in de zin van de voormalige Wet Arbeidsvoorwaarden Grensoverschrijdende Arbeid (WAGA), die tijdelijk in Nederland arbeid verrichten en van wie de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door ander recht dan het Nederlands recht. Zie ook hiervoor onder 1.10.

32 De bijlage verduidelijkt dat in art. 50 (reiskostenvergoeding bouwplaatswerknemers) en 51 (reisure) de tijdelijke verblijfplaats in Nederland maatgevend is en zwijgt waar het art. 55 (vergoeding verafgelegen werken) betreft. Ik zie niet in waarom daaruit zou moeten worden afgeleid dat het begrip woning in laatstgenoemd artikel niet ook de tijdelijke verblijfplaats in Nederland betreft. Zie ook E.J.A. Fransen, *JAR* 2015/286, die stelt dat het voor de hand ligt dat de invulling van het begrip ‘woning’ dezelfde is in art. 55.

33 Overigens ook niet in bijlage 2 bij de CAO Bouwnijverheid.

34 De notitie draagt als titel ‘*Uitleg artikel 55 CAO voor de Bouwnijverheid in relatie tot arbeidsmigranten en de invloed ervan op de naleving van de CAO’s voor Uitzendkrachten*’. De passage waar FNV zich op beroept luidt als volgt: “*Voor de beoordeling of sprake is van een verafgelegen werk, is voor een arbeidsmigrant het vertrekpunt de (aantoonbaar bestaande) woning in het land van herkomst en niet de tijdelijke verblijfplaats in Nederland (woningplaatsbeginsel).*”

35 Ik neem aan dat FNV het oog heeft op deze productie, waar zij in het middel spreekt over een verklaring gepubliceerd op de website van het betrokken handavingsorgaan.

36 De beide brieven betreffen de uitleg van de voorloper van art. 55 CAO Bouwnijverheid waarom het thans gaat. Voor zover hier van belang heeft het TBB het volgende geschreven: “*Voor de beoordeling of sprake is van ‘verafgelegen werken’ is voor een arbeidsmigrant het vertrekpunt de woning in het land van herkomst en niet de tijdelijke verblijfplaats in Nederland. Het is partijen niet bekend dat bouwbedrijven dit artikel niet als zodanig toepassen*” en in de tweede brief “*(...) wij [zien] geen reden om onze eerdere toelichting op artikel 40 CAO (...) te heroverwegen.*”

37 De als productie 2 bij de memorie van antwoord overgelegde brief van 27 februari 2012 is gericht aan de partijen bij de ABU-CAO voor Uitzendkrachten en partijen bij de NBBU-CAO voor uitzendkrachten. De als productie 3 bij dezelfde memorie overgelegde brief van 10 juli 2012 is gericht aan de NBBU.

38 *Stcrt.* 2014/11368, 20 juni 2014.

39 Zie ook hetgeen daaromtrent namens [verweester] is opgemerkt in haar schriftelijke dupliek onder 13 tot en met 17.

4.10 Voor de volledigheid merk ik op dat ook bij een inhoudelijke beoordeling het middel geen doel treft. Het hof heeft in rov. 5.3 de juiste beoordelingsmaatstaf vooropgesteld en daaraan in rov. 5.4 en verder een juiste toepassing gegeven. Voor de uitleg van CAO-bepalingen komt het in beginsel aan op de bewoordingen daarvan en van de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst.<sup>40</sup> Alleen een toelichting die onderdeel van de CAO uitmaakt of daaraan is gehecht, kan worden aangemerkt als een daarbij behorende schriftelijke toelichting. In dat geval is verzekerd dat sprake is van een voor een ieder – ook voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest – kenbare toelichting van de partijen bij de CAO. Bij de uitleg van CAO-bepalingen kan geen acht worden geslagen op andere vormen van toelichting of commentaar. De kenbaarheid is van belang omdat gekomen moet worden tot een voor alle betrokken werkgevers en werknemers eenvormige uitleg, temeer daar individuele werkgevers en werknemers wel aan de CAO zijn gebonden. Die dubbele ratio (derdenbescherming en uniforme toepassing) komt vooral goed naar voren in het recente arrest *FNV/Condor*.<sup>41</sup>

4.11 Het oordeel van het hof geeft dan ook niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

#### Middel 2

4.12 Het tweede middel is gericht tegen rov. 5.5 en 5.6 van het bestreden arrest. In het middel wordt verwezen naar stellingen die in de pleitaantekeningen in hoger beroep zouden zijn betrokken (paragrafen 56 tot en met 73); een drietal passages daaruit wordt geciteerd. Geklaagd wordt dat de oordelen van het Hof geen recht doen aan die stellingen en dat in cassatie (veronderstellenderwijs) van de juistheid daarvan kan worden uitgegaan nu het hof een en ander onbesproken heeft gelaten.

4.13 In de schriftelijke toelichting namens [verweester] worden bij dit middel twee processuele kanttekeningen geplaatst.<sup>42</sup>

4.14 [verweester] stelt in de eerste plaats dat het middel, in strijd met art. 419 lid 2 Rv, verwijst naar randnummers in de processtukken in feitelijke instanties die geen deel uitmaken van de gedingstukken.<sup>43</sup> Uit het proces-verbaal van de zitting van 23 maart 2016 bij het hof volgt namelijk dat de paragrafen 58 tot en met 78 van de pleitnota van de advocaat van FNV door deze niet zijn voorgedragen. Zij maken daarom geen onderdeel uit van het procesdossier.<sup>44</sup>

4.15 Het lijdt geen twijfel dat stellingen die niet zijn ingenomen, niet in de beoordeling kunnen worden betrokken. FNV, wier cassatieadvocaat bij het opstellen van het middel mogelijk (alleen) beschikte over de pleitaantekeningen in hun oorspronkelijke vorm, erkent in haar schriftelijke repliek onder 6 dat de passages in de pleitnota onder 61 tot en met 78 buiten beschouwing moeten worden gelaten. Zij voegt daar aan toe dat 'het vorenstaande' duidelijk maakt waarom dat niet uitmaakt, waarbij zij met 'het vorenstaande' – naar ik veronderstel – het oog heeft op het standpunt dat een rechtsklacht slechts behoeft aan te geven dat een beslissing onjuist is en, maar niet meer dan tot op zekere hoogte, welke regel in plaats daarvan geldt.

4.16 [verweester] stelt in de tweede plaats dat het middel niet voldoet aan de eisen die art. 407 lid 2 Rv aan een cassatiemiddel stelt.<sup>45</sup> Zij wijst erop dat een rechtsklacht met bepaaldheid en precisie dient in te houden welke beslissing of overweging in de bestreden uitspraak onjuist is en *waarom* door die beslissing of overweging het recht is geschonden.

4.17 Ik denk dat [verweester] hier een punt heeft. Middelen kunnen beknopt zijn (graag zelfs), maar daaraan zit wel een ondergrens. Duidelijk moet blijken waar het middel tegen opkomt en

40 Vgl. HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1059 (*Gerritse/HAS*) en HR 24 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1072 (*Hol/EIM*), NJ 1994/174, m.nt. P.A. Stein, HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2376 (*De Heel/Huisman*), NJ 2003/110, JAR 2002/153, m.nt. E. Verhulp, Hoge Raad 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4366 (*[...]...*), NJ 2003/111, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss, JAR 2002/168, m.nt. E. Verhulp, OR 2002/53, m.nt. F.B.J. Grapperhaus. Voor overzichtsartikelen uit deze eerdere periode verwijs ik naar T.H. Tanja-van den Broek, De Hoge Raad, CAO's en uitleg, in: Voor De Laet: de Hoge Raad, Reeks Vereniging Arbeidsrecht, nr. 34, p.133 e.v.; M.H. Wissink, Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen, *WPNR* 04/6529; en S.F. Sagel, De objectief-tekstuele uitleg van CAO-bepalingen: betekenis en reikwijdte (I), *Arbeidsrecht* 2003/49. Zie meer recent HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 (*FNV/Condor*), NJ 2017/114, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Voor de bredere context verwijs ik naar H.N. Schelhaas en W.L. Valk, 'Uitleg van rechtshandelingen', preadviezen 2016 voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, met name p. 34: "Naast de tekst van de CAO dient ook de 'objectieve context' in de beoordeling te worden betrokken."

41 HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 (*FNV/Condor*), rov. 3.5: "dat de bestaansgrond van de CAO-norm is gelegen in de bescherming van derden tegen een uitleg van een bepaling in een overeenkomst waarbij betekenis wordt toegekend aan de voor hen niet kenbare partijbedoeling, en in de noodzaak van een eenvormige uitleg voor alle door die overeenkomst gebonden partijen." Zie ook de commentaren op dit arrest in JAR 2016/303, m.nt. R.L. van Heusden, OR 2017/88, m.nt. H.N. Schelhaas, JIN 2017/2, m.nt. I.D. Hoekerd, AR 2016-1356, m.nt. L.C.J. Sprengers, TRA 2017/17, m.nt. J.J.M. de Laat. Zie voorts A.L. Koster, Haviltex op een cao; het zit 'm in de ratio, *Arbeids-Recht* 2017/23 en H.N. Schelhaas, Tussen de cao-norm en de Haviltex-formule: uitleg in het arbeidsrecht, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2017/261.

42 Zie de schriftelijke toelichting van [verweester] onder 3 tot en met 19.

43 Zie de schriftelijke toelichting van [verweester] onder 5 tot en met 14.

44 Ook in fysieke zin niet; de overgelegde procesdossiers bevatten enkel exemplaren van de pleitaantekeningen, waarin de paragrafen 58 tot en met 60 zijn doorgestreept en de paragrafen 61 tot en met 78 ontbreken.

45 Zie de schriftelijke toelichting van [verweester] onder 15 tot en met 18.

waarom.<sup>46</sup> Dit lijkt slechts dan uitzondering indien zonder meer duidelijk blijkt – zo nodig mede uit de gedingstukken – waarin volgens het middel de onjuistheid van de bestreden rechtsopvatting is gelegen, dan wel indien de wederpartij op basis van de in het middel vervatte klachten de rechtsstrijd in cassatie heeft aanvaard.<sup>47</sup> Uit de onderhavige rechtsklacht blijkt niet duidelijk waarin de onjuistheid van de door het hof aanvaarde uitleg volgens FNV gelegen is, terwijl uit de namens [verweerster] gevoerde processuele verweren volgt dat zij de rechtsstrijd in zoverre niet aanvaard heeft. Verdedigbaar is daarom dat het middel om die reden niet voldoet aan de daaraan op grond van art. 407 Rv te stellen eisen.<sup>48</sup>

4.18 Niettemin zal ik het middel nader bespreken, zoals [verweerster] overigens ook heeft gedaan. Gelet op het debat in feitelijke instanties diende voor [verweerster] duidelijk te zijn waartegen zij zich moest verweren, namelijk tegen de door FNV voorgestane – en door het hof verworpen – uitleg van art. 55 lid 1 CAO Bouwnijverheid.<sup>49</sup>

4.19 Zie ik het goed, dan stelt FNV zich in de eerste plaats op het standpunt dat de bewoordingen van de CAO-bepaling geen ruimte laten voor een tekstuele interpretatie volgens welke in een geval als het onderhavige onder het begrip ‘woning’ de (tijdelijke) woning van de arbeidsmigrant in Nederland wordt verstaan.

4.20 Wat FNV tegen de door het hof gegeven uitleg inbrengt, acht ik weinig overtuigend. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom de omstandigheid dat de werkgever dient zorg te dragen voor behoorlijke huisvesting of verblijfsgelegenheid in de buurt van het werk, meebrengt dat de woning in het land waarin de arbeidsmigrant – en eventueel zijn gezin – permanent verblijf houdt, zijn woning in de zin van art. 55 lid 1 CAO Bouwnijverheid is. Voor zover FNV klaagt dat de oordelen van het hof geen recht doen aan wat in feitelijke aanleg is aangevoerd, strandt het middel op hetgeen hiervoor onder 4.14 en 4.15 is overwogen.<sup>50</sup> De omstandigheid dat de woning in Nederland in de meeste gevallen tijdelijk zal zijn en de arbeidsmigrant doorgaans niet dagelijks naar zijn woning in het land van herkomst zal kunnen keren, staat er niet aan in de weg het begrip ‘woning’ in art. 55 lid 1 CAO Bouwnijverheid aldus uit te leggen dat

daarmee de (tijdelijke) woning van de arbeidsmigrant in Nederland wordt bedoeld.<sup>51</sup> Door FNV wordt niet toegelicht waarom de door het hof gehanteerde uitleg op gespannen voet zou staan met art. 50 lid 5 CAO Bouwnijverheid en waarom het daar bezigde begrip ‘huiswaarts’ uitsluit dat de door de werkgever ter beschikking gestelde (tijdelijke) woning kan worden gezien als de woning van de betrokken werknemer.<sup>52</sup>

4.21 FNV verwijst ter onderbouwing van haar klacht nog naar haar toelichting op grief 2, zonder duidelijk te maken waarom hetgeen daar is gesteld hier van belang is. In de beoogde toelichting klinkt door dat deze grief berust op de veronderstelling dat de uitleg van het begrip ‘woning’ en het begrip ‘huis’ in de CAO-bepaling bij de door [verweerster] bepleite uitleg uiteen gaan lopen, omdat het begrip ‘huis’ uitsluitend kan zien op het huis van de arbeidsmigrant in zijn land van herkomst.<sup>53</sup> Ik zie dat niet in. Zowel bij het begrip woning als bij het begrip huis kan het gaan om de (tijdelijke) woning van de arbeidsmigrant in Nederland. FNV maakt onvoldoende duidelijk waarom de bewoordingen van de CAO-bepaling geen ruimte zouden laten voor een dergelijke interpretatie.

4.22 In de tweede plaats beoogt FNV op te komen tegen het oordeel van het hof (onder verwijzing naar het vonnis van de kantonrechter) dat de door haar voorgestane uitleg leidt tot ongerijmde gevolgen.

4.23 Het hof heeft in rov. 5.3 terecht vooropgesteld dat bij de uitleg van de CAO-bepaling ook acht kan worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.<sup>54</sup> Het hof heeft voor de motivering van het oordeel dat de door FNV bepleite uitleg tot ongerijmde gevolgen leidt, aansluiting gezocht bij rov. 4.3.3 en 4.3.4 van de kantonrechter. Tegen die motivering is FNV niet opgekomen. Als in cassatie onbestreden staat vast dat de door FNV voorgestane uitleg onder meer meebrengt dat de arbeidsmigrant, uit welk land hij ook komt, ingevolge art. 50 en 51 van dezelfde CAO wettelijk op kosten van de werkgever

46 De in de schriftelijke repliek van FNV onder 4 en 5 uitgedragen opvatting dat het ‘waarom’ volledig bewaard kan blijven voor de schriftelijke toelichting, is derhalve onjuist.

47 Vgl. HR 5 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6196, NJ 2013/124, JBPR 2011/6, m.nt. R.P.J.L. Tjittes en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2639, NJ 2013/125, steeds met verdere verwijzingen.

48 Zie ook W.D.H. Asser, Civiele cassatie, tweede druk, p. 89-90.

49 Een CAO-bepaling is aan te merken als recht in de zin van art. 79 RO wanneer zij algemeen verbindend is verklaard, zodat de uitleg die daaraan is gegeven in cassatie op juistheid kan worden getoetst. Vgl. Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/111 onder verwijzing naar vaste jurisprudentie. Zie meer recent HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:772, JAR 2017/137.

50 In de pleitaantekeningen in hoger beroep onder 56 en 57 staat m.i. niets dat tot een ander oordeel noopt.

51 In haar schriftelijke toelichting onder 12 verwijst FNV naar het woonplaatsbegrip in art. 1:10 en 1:11 BW. Dit wettelijk begrip is evenwel zonder betekenis voor de uitleg van het begrip woning in de CAO Bouwnijverheid.

52 Zie ook de schriftelijke toelichting van [verweerster] onder 63. Bij deze uitleg heeft het begrip *huiswaarts* ook betrekking op de (al dan niet tijdelijke) woning in Nederland.

53 In de toelichting kan het volgende worden gelezen. “[D]e formulering ‘afwezigheid van huis’, duidt onmiskenbaar op het huis van de arbeidsmigrant in zijn woonland. (...) Het is (...) onaannemelijk dat partijen bij de CAO Bouwnijverheid zouden hebben kunnen beogen het begrip ‘huis’ niet logisch aan te laten sluiten bij het begrip ‘woning’ in hetzelfde artikel. Als ‘het huis’ van de arbeidsmigrant in artikel 55 in zijn woonland staat, geldt dat ook voor zijn woning.”

54 Vgl. HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2376 (*De Heel/Huisman*), NJ 2003/110, JAR 2002/153, m.nt. E. Verhulst en meer recent HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 (*FNV/Condor*).

naar en van het buitenland mag reizen en dit in de tijd van de werkgever. Die uitkomst is door kantonrechter en hof op goede grond als ongerijmd aangemerkt. De stelling van FNV dat – kort gezegd – de feitelijke gevolgen mee zullen vallen, omdat arbeidsmigranten in de praktijk niet wekelijks naar het land van herkomst zullen reizen, doet aan de geconstateerde ongerijmdheid niet af.<sup>55</sup>

4.24 FNV stelt *tot slot* dat de door [verweerster] bepleite uitleg een ongelijke behandeling van arbeidsmigranten tot gevolg heeft. De andersluidende overweging van het hof bestrijdt zij met een verwijzing naar haar toelichting op grief 10.

4.25 Zoals ik hiervoor onder 3.7 heb opgemerkt, stelt FNV in haar schriftelijke repliek onder 37 dat in haar betoog in cassatie de ongelijke behandeling geen rol speelt. Ik heb daar toegelicht dat, ook als het FNV's bedoeling is om haar klacht over ongelijke behandeling niet in te trekken, de klacht geen behandeling behoeft. Voor het geval Uw Raad daar anders over zou oordelen meen ik dat deze klacht om de volgende reden tevergeefs is voorgesteld.

4.26 De toelichting op de beoogde grief neemt tot uitgangspunt dat van een ongelijke behandeling sprake is, omdat art. 55 lid 1 CAO Bouwsector niet op arbeidsmigranten wordt toegepast. Dat uitgangspunt is onjuist (zie hiervoor onder 3.3).<sup>56</sup> Verder vergelijkt FNV ongelijke gevallen. [verweerster] stelt met juistheid dat de arbeidsmigrant die ervoor kiest om (tijdelijk) in Nederland te gaan wonen om bij een Nederlandse werkgever in dienst te treden en daarbij een woning in het buitenland aanhoudt, niet vergelijkbaar is met een Nederlandse werknemer die bij indiensttreding in de buurt van zijn werkgever woont en vervolgens opdracht krijgt om elders, veraf van zijn woning, te gaan werken. Veeleer is hij vergelijkbaar met een Nederlandse werknemer die er voor kiest in dienst te treden bij een verafgelegen werkgever en met het oog daarop (al dan niet tijdelijk) een tweede woning betreft. Het ligt voor de hand ook bij deze werknemer de

(tijdelijke) tweede woning als 'woning' in de zin van de CAO-bepaling aan te merken.<sup>57</sup>

4.27 Uit het voorgaande volgt ook dat van een achterstelling van arbeidsmigranten geen sprake is.<sup>58</sup> Zij worden op gelijke wijze behandeld als Nederlandse werknemers in vergelijkbare omstandigheden.

4.28 De keuze geen klachten te richten tegen de door het hof overgenomen motivering van de kantonrechter, brengt mee dat in cassatie tot uitgangspunt strekt dat bij de uitleg rekening gehouden kan worden met de wijze waarop het onderwerp waarop de uit te leggen bepaling betrekking heeft, in andere CAO's is geregeld en dat in de CAO's in de sector Metaal en Techniek – aan werknemerszijde door dezelfde partijen gesloten als de onderhavige CAO en betrekking hebbend op een vergelijkbare sector – is aangesloten bij de standplaats en niet bij de woning van de arbeidsmigrant in het buitenland.<sup>59</sup>

4.29 Aan de opmerkingen die in de schriftelijke repliek over de vergelijking met deze CAO's worden gemaakt (met name de stelling dat het in andere branches gewoonlijk gaat om werknemers die op een vaste standplaats – bijvoorbeeld in een fabriek – werken en slechts incidenteel elders), moet worden voorbijgegaan, aangezien het middel de gronden van het cassatieberoep behoort te bevatten.

4.30 De slotsom is daarom dat ook middel 2 faalt.

## 5 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

## Hoge Raad:

### 1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- het vonnis in de zaak 4439972 CV 15-6194 van de kantonrechter te Zutphen van 5 november 2015;
- het arrest in de zaak 200.181.129 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 25 oktober 2016.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

55 In haar schriftelijke toelichting onder 11 en 16 lijkt FNV te onderkennen dat de door haar voorgestane uitleg tot ongerijmde gevolgen leidt, waar zij voorstelt zulks op te lossen door middel van een creatieve interpretatie van de art. 50 en 51 van de CAO. De voorgestelde oplossingen – het lezen van een 'cap' in de bepaling, al dan niet vanwege een Europeesrechtelijke noodzaak daartoe, dan wel het inlezen in de bepalingen dat een reis naar het land van herkomst alleen is toegestaan indien zij per auto in het weekend praktisch haalbaar is – ontberen een deugdelijke grondslag. Zie ook de schriftelijke toelichting van [verweerster] onder 7 tot en met 10.

56 Vgl. ook rov. 4.3.4 van het vonnis van de kantonrechter: "De uitleg van [verweerster], leidt tot het rechtsgevolg dat arbeidsmigranten, net als de overige werknemers, slechts recht hebben op een vergoeding voor onder meer huisvesting indien zij vanuit hun (tijdelijke) huisvesting, alsnog elders op een verafgelegen plek aan het werk moeten."

57 Vgl. de schriftelijke toelichting van [verweerster] onder 66 - 68. Zie ook rov. 5.5 van het bestreden arrest: "Voor zowel Nederlandse als buitenlandse werknemers geldt immers dezelfde bepaling, waarbij voor de beide categorieën geldt dat het begrip woning de woning is waar zij in de tijd van hun arbeid (al dan niet tijdelijk) wonen."

58 Onder verwijzing naar o.a. rechtbank Midden-Nederland 22 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5393 (Rimec), JAR 2015/203, m.nt. E.J.A. Franssen. In die zaak was de vraag aan de orde of art. 55 CAO Bouwnijverheid in strijd zou zijn met het vrij verkeer van werknemers als de uitleg van de FNV zou worden gevolgd. Die vraag werd door de kantonrechter, die tot een andere invulling kwam van deze cao-bepaling dan kantonrechter en hof in de onderhavige zaak, ontkennend beantwoord.

59 [verweerster] wijst in haar schriftelijke toelichting onder 31 naar HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0010, NJ 2011/258, JAR 2011/172, m.nt. E. Koot-van der Putte.

## 2 *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft FNV beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

[verweester] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van FNV heeft bij brief van 9 februari 2018 op die conclusie gereageerd.

## 3 *Beoordeling van de middelen*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) FNV is een vereniging die zich ten doel stelt de belangen van werknemers te behartigen.

(ii) [verweester] is een uitzendonderneming. Zij stelt uitzendkrachten ter beschikking aan vooral bouwondernemingen. [verweester] werft haar werknemers in Nederland, maar ook onder meer in Polen en Duitsland. Aan werknemers afkomstig uit die landen stelt zij in Nederland huisvesting ter beschikking in de buurt van de (bouw-)plaats waar zij moeten werken.

(iii) [verweester] is lid van de Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen (NBBU).

(iv) Op de uitzendovereenkomsten tussen [verweester] en haar werknemers zijn de bepalingen van de CAO-NBBU 2014-2019 (hierna: CAO-NBBU) van toepassing.

(v) Volgens de CAO-NBBU moet [verweester] de door haar uitgezonden bouwplaatswerknemers belonen conform de CAO Bouwnijverheid (hierna: de CAO).

(vi) Hoofdstuk 6 van de CAO heeft als opschrift 'Overige vergoedingen en toeslagen'. In het hoofdstuk staan – voor zover in cassatie van belang – de volgende bepalingen:

"Art. 50: Reiskostenvergoeding  
bouwplaatswerknemers

(...)

5. De werknemer als bedoeld in artikel 55 lid 1, zal – naast het reguliere woon-werkverkeer – als regel tussendoor eenmaal per week naar huis mogen gaan. De daaruit voortvloeiende reiskosten komen voor rekening van de werkgever. (...) Zolang de werknemer door (...) arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte of ongeval niet in staat is wekelijks huiswaarts te keren, worden zijn gezinsleden of ouders eenmaal per week op kosten van de werkgever in de gelegenheid gesteld hem te bezoeken.

(...)

Art. 51: Reisurenvergoeding bouwplaatswerknemers

1. Onder reisure worden verstaan de uren gedurende welke gereisd wordt van de woning tot het werk en terug. Zij moeten worden vergoed indien de arbeid in een andere dan de woonge-

meente van de werknemer plaatsvindt. Daarbij dienen de volgende bepalingen van dit artikel in acht te worden genomen.

2. De duur van de reis (reistijd) (...) zal – met uitzondering van de eerste zestig minuten per dag – door de werkgever aan de werknemer worden vergoed tegen het voor die werknemer geldende garantie-uurloon. (...)

Art. 55: Vergoeding voor bouwplaatswerknemers bij verafgelegen werken

1. Indien het werk zo ver van de woning van de werknemer gelegen is dat dagelijks huiswaarts keren van de werknemer onredelijk zou zijn, zal zijn voeding, behoorlijke huisvesting en een vergoeding voor de verdere noodzakelijke verblijfskosten tijdens de daardoor ontstane afwezigheid van huis voor rekening komen van de werkgever, tenzij de werkgever een naar behoorlijke maatstaven uitgeruste verblijfsgelegenheid ter beschikking stelt en ter tegemoetkoming in de kosten voor voeding een toelage van €6,65 per dag verstrekt. Het recht op vergoeding voor de verdere noodzakelijke verblijfskosten komt te vervallen als de zaken waarop deze kosten betrekking hebben in natura worden verstrekt. (...)"

(vii) De art. 50, 51 en 55 van de CAO zijn van toepassing op uitzendkrachten in een zogeheten bouwplaatsfunctie. Onder andere deze bepalingen van de CAO zijn bij besluit van 17 juni 2014 (*Stcrt.* 2014, 11368) algemeen verbindend verklaard tot en met december 2014.

(viii) Partijen zijn ermee akkoord gegaan dat bij de beoordeling van het geschil wordt uitgegaan van de regelgeving zoals deze gold tot 1 januari 2015.

3.2.1 Partijen verschillen van mening over de uitleg van art. 55 CAO. Zij hebben aan hun standpunten in deze procedure diverse vorderingen verbonden.

FNV beoogt dat, in geval van arbeidsmigranten, met 'woning' (en 'huiswaarts keren') in art. 55 lid 1 CAO is bedoeld (de reis naar) hun woonplaats in het land van herkomst. Daarom moet de werkgever of de kosten van huisvesting in Nederland vergoeden of huisvesting dichtbij het werk kosteloos ter beschikking stellen.

[verweester] voert aan dat art. 55 lid 1 CAO is geschreven om de werknemer te beschermen tegen een onredelijke reistijd van zijn woning naar zijn werk. Van een onredelijke reistijd is geen sprake, aldus [verweester], als een arbeidsmigrant in de omgeving van zijn werkplek is gehuisvest. In dat geval bestaat geen aanspraak op de in art. 55 lid 1 bedoelde vergoeding. [verweester] meent dan ook niet gehouden te zijn om art. 55 lid 1 CAO in dergelijke gevallen toe te passen.

3.2.2 De kantonrechter heeft de vorderingen van FNV afgewezen en de vorderingen van [verweester] deels toegewezen.

3.2.3 Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. Daaraan heeft het hof het volgende ten grondslag gelegd.

De uitleg van de CAO dient te gebeuren volgens de 'cao-norm'. (rov. 5.3)

Er is geen voor derden kenbare officiële toelichting op de onderhavige CAO voorhanden. De door FNV genoemde toelichtingen kunnen – ook als deze voor [verweerster] kenbaar zijn – niet als voor een ieder kenbare officiële toelichtingen worden aangemerkt, omdat zij geen onderdeel uitmaken van de CAO en daaraan niet zijn aangehecht. Het is immers van belang dat de onderhavige CAO voor iedere betrokken werkgever en werknemer op een duidelijke wijze wordt uitgelegd. (rov. 5.4)

Arbeidsmigranten die (al dan niet tijdelijk) in Nederland wonen om er te werken hebben – wellicht naast een woning in hun land van herkomst – een woning in Nederland. Vanuit die woning verrichten zij hun arbeid in Nederland. De bepaling van art. 55 lid 1 CAO laat geen andere uitleg toe dan dat met woning in de zin van dat artikel wordt bedoeld de woning waarin zij ten tijde van het verrichten van hun arbeid wonen, te weten de woning in Nederland en niet de eventuele woning in het land van herkomst. Het is evident dat de bepaling betrekking heeft op (Nederlandse en buitenlandse) werknemers die op verzoek van hun werkgever arbeid verrichten ver van hun woning (in het geval van een arbeidsmigrant ver van zijn Nederlandse woning) en daardoor onredelijk lange reistijden kunnen hebben en in zoverre bescherming behoeven.

De door FNV voorgestane uitleg van het begrip woning leidt in verband met de art. 50 en 51 CAO tot ongerijmde gevolgen. Zo zouden arbeidsmigranten wekelijks naar het buitenland mogen reizen, waarbij de werkgever hun een vergoeding van € 0,19 per kilometer moet verstrekken. Bovendien zouden deze werknemers het recht hebben om – behoudens het eerste uur per dag – in de tijd van de werkgever te reizen van de woning in bijvoorbeeld Polen naar het werk.

De voornoemde uitleg leidt niet tot ongelijke behandeling van arbeidsmigranten. Voor zowel Nederlandse als buitenlandse werknemers geldt immers dezelfde bepaling, waarbij voor de beide categorieën geldt dat het begrip woning de woning is waar zij in de tijd van hun arbeid (al dan niet tijdelijk) wonen. (rov. 5.5)

3.3 De middelen klagen over de wijze waarop het hof het begrip 'woning' in art. 55 lid 1 CAO heeft uitgelegd. Art. 55 CAO is algemeen verbindend verklaard (zie hiervoor in 3.1 onder (vii)) en bevat dus recht in de zin van art. 79 RO. De door het hof aan deze bepaling gegeven uitleg kan derhalve in cassatie op juistheid worden onderzocht.

3.4.1 Middel I klaagt dat het hof heeft miskend dat voor de uitleg van bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst ook dient te worden gelet op andere vormen van toelichting dan die onderdeel van de CAO vormen of daaraan zijn aangehecht, zoals stukken als waarop door FNV in deze

procedure een beroep is gedaan, met name een gezamenlijke verklaring van cao-partijen die is gepubliceerd op de website van het betrokken handhavingsorgaan en (daarmee) voor iedereen kenbaar is.

3.4.2 Volgens vaste rechtspraak geldt voor de uitleg van een cao de zogenoemde cao-norm. Deze houdt in dat aan een bepaling van een cao een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn, zodat het niet aankomt op de bedoelingen van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao is gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Ook de bewoordingen van de eventueel bij de cao behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg van de cao worden betrokken. Indien de bedoeling van de partijen bij de cao naar objectieve maatstaven volgt uit de cao-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest, kenbaar is, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend. (Zie onder meer HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, *NJ* 2017/114 (*FNV/Condor*), rov. 3.4 en HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493 (*DSM/Fox*), rov. 4.2-4.5.)

3.4.3 Anders dan het middel betoogt, kan bij de toepassing van de cao-norm geen betekenis worden toegekend aan andere stukken dan de tekst van de cao en de eventueel daarbij behorende toelichting. Dat wordt niet anders indien dergelijke andere stukken algemeen kenbaar zijn, afkomstig zijn van de gezamenlijke cao-partijen en bedoeld zijn om werkgevers en werknemers voor te lichten over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden. Zij vormen ook dan immers geen deel van de uit te leggen rechtsbron (de tekst van de cao), en hebben evenmin de status van een bij die tekst behorende toelichting. Bij een andere opvatting zou voor degenen voor wie de cao geldt onvoldoende duidelijk zijn welke bronnen wel en welke niet bij de uitleg mogen worden betrokken. Gelet op de bestaansgrond van de cao-norm (zie het hiervoor genoemde arrest *FNV/Condor*, rov. 3.5) kan dit niet worden aanvaard. Het middel faalt daarom.

3.5.1 Middel II voert aan dat het hof aan het begrip 'woning' in art. 55 CAO een onjuiste uitleg heeft gegeven, omdat het heeft miskend dat de woning in het land waar de arbeidsmigrant zijn permanent verblijf houdt, zijn woning is of althans – afhankelijk van de omstandigheden – kan zijn en blijven. Volgens het middel is het hof ten onrechte voorbijgegaan aan de stellingen van FNV dat de Neder-



landse verblijfplaats van de arbeidsmigrant naar haar aard tijdelijk is, en dat de werknemers na afloop van hun werkzaamheden, overeenkomstig de CAO, slechts kort mogen blijven op de plaats die [verweester] voor hen heeft uitgekozen. De uitleg van het hof staat bovendien op gespannen voet met het woord 'huiswaarts' in art. 50 lid 5 CAO. Daarnaast leidt de uitleg van het hof tot ongelijke behandeling van buitenlandse werknemers.

3.5.2 Gelet op de bewoordingen van art. 55 CAO in het licht van de overige relevante bepalingen van de CAO, moet het begrip 'woning' in art. 55 lid 1 CAO aldus worden begrepen, dat het de plaats betreft waar de werknemer in de periode die het werk duurt, zijn reguliere verblijfplaats heeft. Dit kan de tijdelijke verblijfplaats zijn waarnaar de werknemer dagelijks na het werk terugkeert en waar hij slaapt, maar dit kan ook een verder van het werk gelegen woning of verblijfplaats zijn. Bij het bepalen welke van de verblijfplaatsen van de werknemer is aan te merken als 'woning' in de zin van art. 55 lid 1 CAO komt het aan op alle omstandigheden van het geval, waarbij onder meer van belang is waar de werknemer tijdens de duur van het werk doorgaans in het weekeinde, of tijdens een daarmee gelijk te stellen wekelijkse werkonderbreking, verblijft, en welke reisafstand bestaat tussen het werk en de mogelijk als 'woning' in aanmerking te nemen plaatsen. Deze uitleg sluit aan bij de woorden 'dat dagelijks huiswaarts keren van de werknemer onredelijk zou zijn' in art. 55 lid 1 CAO, bij de bepaling van art. 51 CAO dat de werknemer recht heeft op een reisenvergoeding indien de reistijd tussen woning en werk meer dan zestig minuten bedraagt, en bij de bepaling in art. 50 lid 5 CAO dat de werknemer bedoeld in art. 55 lid 1, naast het reguliere woon-werkverkeer, het recht heeft tussendoor eenmaal per week op kosten van de werkgever naar huis te gaan. Deze bepalingen veronderstellen immers dat tussen het werk en het huis of de woning een in beginsel dagelijks, en in ieder geval wekelijks praktisch overbrugbare afstand bestaat. De 'woning' van een werknemer in de zin van art. 55 lid 1 CAO kan daardoor, anders dan het middel in de kern betoogt, een andere plaats zijn dan de gewone verblijfplaats van de werknemer. Bij dat laatste begrip gaat het immers om de plaats waar de werknemer het permanente centrum van zijn belangen heeft gevestigd met de bedoeling daaraan een vast karakter te geven. Niet van belang bij de toepassing van art. 55 lid 1 CAO is of de gewone verblijfplaats van de werknemer al dan niet in Nederland is gelegen. Van ongelijke behandeling tussen Nederlandse werknemers en werknemers uit andere lidstaten van de EU is dan ook geen sprake.

3.5.3 Uit het voorgaande volgt dat het middel faalt.

#### 4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt FNV in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweester] begroot op € 854,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

#### Noot

1. Cao's bepalen de arbeidsvoorwaarden van ongeveer 80% van de werknemers in Nederland. Het is een prestatie van formaat, gelet op alle belangen- tegenstellingen en de beperkte middelen, dat cao-partijen bijna altijd weer in staat blijven om voor zoveel werknemers belangrijke afspraken te maken en die ook nog op papier te krijgen. In dat proces nemen de onderhandelaars soms een tekst op die voor meerdere uitleg vatbaar is om een akkoord te bereiken. Vaker zullen onderhandelaars niet hebben voorzien dat de bewoordingen waarmee de gemaakte afspraken in de cao terecht komen, tot onduidelijkheid kunnen leiden. Anders dan bij wetgeving is bij de totstandkoming van een cao geen formele procedure voorgeschreven en kent het proces geen formele vereisten, zodat een objectieve verslaglegging van alle relevante overwegingen die zijn betrokken bij de afwegingen van cao-partijen ontbreekt. Cao-partijen worden door werkgevers en werknemers zelf gefinancierd om hun belangen te behartigen en dat leidt ertoe dat de regels die zowel aan deze partijen als aan het totstandkomingsproces van de cao kunnen worden gesteld, beperkt zijn.

2. Als tijdens de totstandkoming van een cao al wat gedocumenteerd wordt, betreft dat vaak informatie die de onderhandelende partijen aan hun achterban verstrekken. Het gaat dan bijna uitsluitend om partijdige informatie die niet zonder meer voor alle belanghebbenden kenbaar is. Om deze redenen is dergelijke informatie vaak niet geschikt om te gebruiken bij het uitleggen van bepalingen van de cao. Dat is anders als cao-partijen gezamenlijk duidelijk maken wat ze met een bepaling uit de cao bedoelen. Als cao-partijen regels stellen die ook de bedoeling hebben rechtsgevolgen teweeg te brengen tussen anderen dan de cao-sluitende partijen, zou hun opvatting over de uitleg van die regels bij die uitleg ook belang toekomen. Voordat die opvatting belang kan toekomen moet wel kunnen worden aangenomen dat derden die opvatting kunnen kennen. Cao-partijen weten tenslotte als geen ander wat ze beoogd hebben met de bepaling in de cao, hoe die in de praktijk uitpakt en welk belang daarmee is gediend. De Hoge Raad is daarvan ook steeds uitgegaan, zo blijkt uit de rechtspraak van de laatste 25 jaar.

3. Voor de uitleg van bepalingen van de cao heeft de Hoge Raad overwogen dat de bewoordingen daarvan, gezien in het licht van de gehele tekst van de cao, in beginsel doorslaggevende betekenis hebben (HR 17 september 1993, NJ 1994/173, m.nt. P.A. Stein onder NJ 1994/174 (X/HAS)). In latere arresten heeft de Hoge Raad daaraan toegevoegd dat bij de uitleg ook betekenis kan worden toegekend aan eerdere versies van dezelfde cao waarnaar wordt

verwezen in de uit te leggen bepaling en elders in de cao gebruikte formuleringen (HR 31 mei 2002, *NJ* 2003/110, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder *NJ* 2003/111 (*De Heel/Y*)). Bij de uitleg mag worden gelet op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen die de verschillende mogelijke interpretaties van de bewoording van de cao tot gevolg hebben (HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/X*)). Sagel en Koster wijzen erop dat Hoge Raad soms als steunargument voor een bepaalde uitleg van een cao-bepaling gebruikt dat die uitleg 'strookt met' of 'bevestiging vindt' in een toelichting op een latere cao of in de bewoordingen van een aanpalende cao, terwijl soms ook de wet en wetsgeschiedenis en andere voor ieder toegankelijke bronnen bij de uitleg van cao-bepalingen betrokken zijn (Sagel en Koster, *ArbeidsRecht* 2018/38). A-G de Bock biedt in haar conclusie van 25 oktober 2019, (ECLI:NL:PHR:2019:1082, onder 3.9) een mooi overzicht van de door de Hoge Raad eerder gegeven 'hulpmiddelen' bij de interpretatie van cao-teksten.

4. In het onderhavige arrest lijkt de Hoge Raad op die uitbreiding van 'hulpmiddelen', dus documenten die kunnen worden ingezet bij de interpretatie van bepalingen van de cao, terug te komen. De overweging "Anders dan het middel betoogt, kan bij de toepassing van de cao-norm geen betekenis worden toegekend aan andere stukken dan de tekst van de cao en de eventueel daarbij behorende toelichting" lijkt weinig ruimte te laten ook andere dan de 'de eventueel daarbij behorende toelichting' bij de uitleg te betrekken. Dat geldt te meer nu de Hoge Raad vervolgens overweegt dat aan die 'andere stukken (die) algemeen kenbaar zijn, afkomstig zijn van de gezamenlijke cao-partijen en bedoeld zijn om werkgevers en werknemers voor te lichten over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden' bij de uitleg geen betekenis kan worden toegekend.

5. De beperking die de Hoge Raad hier aanbrengt leidt op zijn minst weer tot onduidelijkheid. Die onduidelijkheid ontstaat omdat niet duidelijk is wat de Hoge Raad bedoelt met de 'daarbij' behorende toelichting. Hij bedoelt, zo neem ik aan, de bij de uit te leggen bepaling van de cao behorende toelichting, maar wanneer behoort een toelichting 'bij' de cao? De bij de bepalingen van een cao behorende toelichtingen of voetnoten komen op grond van art. 4.3. onder 1 van het Toetsingskader algemeenverbindendverklaring cao-bepalingen (*Strct.* 2019, 38118) niet voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking. Toelichtende teksten kunnen dus geen recht in de zin van art. 79 RO zijn. Het gevolg is dat een bij de cao behorende toelichting elders dan in de Staatscourant moet worden gevonden.

6. Een partij die de toelichting van partijen bij bepalingen in de cao zoekt, kan proberen die toelichting te vinden op de site van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. ([www.uitvoeringsarbeidsvoorwaardenwetgeving.nl](http://www.uitvoeringsarbeidsvoorwaardenwetgeving.nl)). Krachtens het obsoleete art. 4 lid 3 van de Wet op de Loonvorming kan een cao pas inwerking treden de dag nadat de Minister van Sociale Zaken en Werkge-

legenheid een zogenaamde kennisgeving van ontvangst heeft afgegeven. Het is de vraag of deze verplichting niet in strijd is met ILO-verdragen (zie hierover mijn bijdrage aan Jacobs/Pennings, *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, 2007, p. 104). Hoe dat ook zij, aannemelijk is dat niet alle toelichtingen bij de cao samen met de cao worden aangemeld bij de minister, omdat de toelichtingen toch niet voor algemeenverbindendverklaring in aanmerking komen. Dan zijn de toelichtingen op bepalingen van de cao slechts te vinden op de door sociale partners in standgehouden webpagina's. Het is op de site van het ministerie niet altijd even makkelijk een bepaalde cao te vinden, omdat de site niet erg overzichtelijk is vormgegeven, de algemeenverbindendverklaringen niet zijn opgenomen en daarom de verschillende versies niet eenvoudig van elkaar onderscheiden zijn. Op de door sociale partners ingerichte internetpagina's zijn de cao's met toelichtingen makkelijker te vinden dan op de site van het ministerie, zodat de toegankelijkheid van de toelichtingen aanzienlijk wordt vergroot door deze dienstverlening van werkgevers- en werknemersorganisaties. Zal nu een toelichting op bepalingen van de cao die door alle cao-partijen is geaccordeerd en die een gebruiker van de cao vindt op de site van een van de cao-sluitende organisaties alleen daarom geen betekenis toekomen bij de uitleg van die cao-bepalingen? Dat lijkt me, met Valk (*NJB* 2018/1360), sterk. Waar het mijns inziens om moet gaan is dat voor gebruikers van de cao duidelijk is dat de toelichting door de cao-sluitende organisaties wordt onderschreven en niet slechts door een van de partijen. Dat geldt ook voor een later dan op het moment van de totstandkoming van een cao gegeven toelichting op bepalingen uit de cao. Ik zie niet in waarom die toelichting niet zou kunnen worden betrokken bij de uitleg van de cao.

7. Uit dit arrest leid ik af dat ook indien partij en bij de cao het eens zijn over een bepaalde uitleg van een bepaling uit de cao, en zelfs als ze die overeenstemming vastleggen — en wellicht zelfs als dat geschiedt in de daarbij horende toelichting —, daarmee die uitleg van de cao niet zonder meer gevolgd hoeft te worden. Om dit punt toe te lichten is het van belang nog een keer goed naar de casus te kijken die heeft geleid tot dit arrest. In dit arrest gaat het om een uitzendwerkgever die op grond van de voor hem geldende NBBU-cao zijn werknemers overeenkomstig de cao Bouwnijverheid moet belonen. In art. 55 van de cao Bouwnijverheid is, kort samengevat, geregeld dat als een werknemer moet werken op een bouwplaats die te ver van zijn woning is gelegen om dagelijks heen en weer te reizen, de werknemer dan wekelijks naar huis mag gaan en dat de daaruit voortvloeiende kosten en tijd voor rekening van de werkgever zullen zijn. FNV stelt zich in deze procedure op het standpunt dat deze bepaling betekent dat een buitenlandse werknemer die door zijn werkgever huisvesting in Nederland heeft gekregen wekelijks naar zijn land van herkomst mag reizen 'op kosten van de werkgever'. FNV

wordt in dit standpunt gesteund door het door werkgevers en werknemers ingestelde bureau, het Technisch Bureau Bouw, dat zich richt op de naleving van de cao. Tegen de algemeenverbindendverklaring van art. 55 van de cao Bouw zijn bedenkingen ingediend namens een uitzendwerkgever in de bouwnijverheid die wijst op deze uitleg van cao-partijen van de bepaling en meent dat deze bepaling in strijd is met het vrij verkeer van werknemers en leidt tot '(in)directe discriminatie en oneerlijke concurrentie.' De minister oordeelde dat deze bedenkingen geen doel treffen omdat het aan cao-partijen is de inhoud van de cao vast te stellen (besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 17 juni 2014, UAW Nr. 11560, *Stcr.* 2014, 11368).

8. Bedenkingen tegen de inhoud van de cao zijn op grond van het bepaalde in art. 3.2. van het toetsingskader AVV normaliter evident kansloos omdat het aan cao-partijen is om de inhoud van de cao vast te stellen. Maar als cao-partijen die inhoud niet duidelijk en ondubbelzinnig vaststellen, blijft er ruimte voor de rechter om de cao uit te leggen. De werkgever stelt zich op het standpunt dat onder de 'woning' de door hem verstrekte huisvesting moet worden begrepen, en wijst op de ongerijmde gevolgen die de door FNV voorgestane uitleg van het begrip met zich brengen. Dat van die ongerijmde gevolgen bij de uitleg die FNV aan het begrip woning geeft, sprake is, benadrukt ook de A-G. Waarom FNV die uitleg dan toch volhoudt, is niet duidelijk. Ik sluit niet uit dat het betoog van de indiener van de bedenkingen tegen de algemeenverbindendverklaring van de cao juist is. Het gaat er dan om dat werkgevers verbonden aan de cao Bouw van een dergelijke uitleg nauwelijks last zouden hebben omdat zij weinig tot geen werknemers met een woning in het buitenland waar ze wonen, in dienst hebben. Dat is anders voor de uitzendwerkgevers die in de bouw actief zijn. Deze uitzendwerkgevers zullen vooral werknemers uit het buitenland in dienst nemen. In dat geval leidt de door FNV voorgestane uitleg tot een aanzienlijke verhoging van de loonsom voor deze uitzendwerkgevers en dus tot concurrentienadeel voor in de bouwnijverheid werkzame uitzendondernemingen ten opzichte van reguliere bouwondernemingen. Als dat zo is, maakt dat de uitleg die FNV voorstaat weinig sympathiek. Die uitleg had wellicht gevolgd kunnen worden als die zou zijn onderbouwd met voorbeelden waaruit blijkt dat direct onder de cao vallende werkgevers hun buitenlandse werknemers wekelijks op hun kosten en doorbetaalde tijd naar de woning in het buitenland laten reizen. Nu FNV dergelijke voorbeelden niet heeft overgelegd is het de vraag of dat wel gebeurt. Dit alles maakt dat de door FNV voorgestane uitleg tot een minder waarschijnlijk, of een zelfs ongerijmd rechtsgevolg leidt. Juist als cao-partijen een rechtsgevolg beogen dat minder voor de hand ligt, mag van ze worden verlangd dat ze de bepaling die daartoe leidt precies en duidelijk opschrijven in de cao of in een toelichting daarbij. Nu cao-partijen dat

hebben nagelaten kan een beroep op de rechter om de door hen voorgestane uitleg toch te onderschrijven, niet helpen.

E. Verhulp

---