UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De toepassing van Nederlandse cao's op buitenlandse chauffeurs in het goederenvervoer over de weg - Op de viersprong van transportrecht, arbeidsrecht, vrij verkeer en IPR

Eindrapportage uitgebracht aan de sociale partners in de transportsector, december 2008

van Hoek, A.A.H.; Houwerzijl, M.S.

DOI

[10.2139/ssrn.2930153](https://doi.org/10.2139/ssrn.2930153)

Publication date

2017

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Hoek, A. A. H., & Houwerzijl, M. S. (2017). *De toepassing van Nederlandse cao's op buitenlandse chauffeurs in het goederenvervoer over de weg - Op de viersprong van transportrecht, arbeidsrecht, vrij verkeer en IPR: Eindrapportage uitgebracht aan de sociale partners in de transportsector, december 2008*. (Amsterdam Law School Legal Studies research paper; No. 2017-15), (Centre for the Study of European Contract Law working paper; No. 2017-02), (University of Groningen Faculty of Law research paper series; No. 02/2017). University of Groningen, Faculty of Law. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2930153>

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.

university of
 groningen

faculty of law

University of Groningen Faculty of Law

**The Application of the Dutch Collective Agreements to the
Employment Contracts of Foreign Truck Drivers Active in the
Transport of Goods by Road in the Netherlands – On the
Intersection between Transport Regulation, Labour Law, Free
Movement and Private International Law.**

by Mijke Houwerzijl and Aukje van Hoek

**University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series
No. 02/2017**

This paper can be downloaded without charge from the
Social Science Research Network Electronic Paper Collection
Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2930153>

DE TOEPASSING VAN NEDERLANDSE CAO'S OP BUTTENLANDSE CHAUFFEURS IN HET GOEDERENVERVOER OVER DE WEG

OP DE VIERSPRONG VAN TRANSPORTRECHT, ARBEIDSRECHT, VRIJ VERKEER EN
IPR

Aukje A.H. van Hoek

Mijke S. Houwerzijl

Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-15

Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2017-02

CENTRE FOR THE STUDY OF EUROPEAN CONTRACT LAW

Centre for the Study of European Contract Law
Working Paper Series
No. 2017-02

De toepassing van Nederlandse cao's op buitenlandse chauffeurs in het goederenvervoer over de weg

Op de viersprong van transportrecht, arbeidsrecht, vrij verkeer en IPR

Aukje A.H. van Hoek

a.a.h.vanhoek@uva.nl

Mijke S. Houwerzijl

m.s.houwerzijl@rug.nl

Centre for the Study of European Contract Law
Universiteit van Amsterdam
P.O. Box 1030
1000 BA Amsterdam
The Netherlands

De toepassing van Nederlandse cao's op buitenlandse chauffeurs in het goederenvervoer over de weg

Op de viersprong van transportrecht, arbeidsrecht, vrij verkeer en IPR.

Eindrapportage uitgebracht aan de sociale partners in de transportsector, december 2008

Door:

Mw. mr. drs. A.A.H. van Hoek, Universiteit van Tilburg

Mw. mr. M.S. Houwerzijl, Radboud Universiteit Nijmegen

Inhoudsopgave

1 Inleiding: projectbeschrijving

- 1.1 Achtergrond en doel
- 1.2 Opzet en nadere afbakening
- 1.3 Werkwijze

DEEL I

2 Wettelijk kader van het beroepsgoederenvervoer over de weg

- 2.1 Inleiding
- 2.2 Begrippenkader
 - 2.2.1 Onderscheid naar geografie
 - 2.2.2 Onderscheid naar bedrijfsvoering
- 2.3 Europese regelgeving
 - 2.3.1 Vervoersbeleid
 - 2.3.2 EG-regelingen
- 2.4 Nationale regelgeving
 - 2.4.1 WGW en WWG
 - 2.4.2 De Cao
- 2.5 Internationale regelgeving
 - 2.5.1 Toegang tot de vervoersmarkt
 - 2.5.2 Sociale aspecten
- 2.6 Toekomstige regelgeving
- 2.7 Conclusie

3 Tewerkstellingsmodaliteiten voor buitenlandse chauffeurs

- 3.1 Reden en mogelijkheden voor de tewerkstellingsmodaliteiten
- 3.2 Gebruikte tewerkstellingsmodaliteiten geoorloofd?
- 3.3 Conclusie

DEEL II

4 Het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst van de internationale chauffeur

- 4.1 Inleiding
- 4.2 De regel van artikel 6 lid 2 en haar uitleg
 - 4.2.1. Inleiding
 - 4.2.2. Inspiratie uit het bevoegdheidsrecht
 - 4.2.3. Tussenstand
 - 4.2.4 Verordening Rome I
 - 4.2.5 Voorlopige uitleg van de bepalingen

- 4.3 Nationale rechtspraak inzake het internationaal transport en artikel 6 EVO
 - 4.3.1. Inleiding
 - 4.3.2 Uitspraken
 - 4.4. Toepassing op de besproken tewerkstellingsmodaliteiten
 - 4.4.1 Buitenlandse EU-werknemers in loondienst
 - Voorbeeld I
 - Voorbeeld II
 - Voorbeeld III
 - 4.4.2. Uitzendkrachten van een in een andere lidstaat gevestigd uitzendbureau
 - Voorbeeld IV
 - 4.4.3. Collegiale inleen uit een andere lidstaat
 - Voorbeeld V
 - 4.4.3. Charters uit een andere lidstaat
 - Voorbeeld VI
 - 4.4. Conclusie objectief toepasselijk recht
- 5 De toepasselijkheid van de Nederlandse cao op internationale arbeidsverhoudingen.
- 5.1 Inleiding: cao's in het IPR
 - 5.2 De internationale werkingssfeer van cao's in de cao-praktijk
 - 5.2.1 De werkingssfeer van een cao, algemeen
 - 5.2.2. Voorbeelden uit de praktijk
 - 5.2.3 Tussenconclusie
 - 5.3 Grenzen aan de werkingssfeer op basis van de Wet AVV of het IPR?
 - 5.3.1 Autonomie van de sociale partners is/was uitgangspunt
 - 5.3.2 Beperkingen op grond van de Wet AVV?
 - 5.3.3 Beperkingen op grond van het IPR?
 - 5.3.4 Tussenconclusie
 - 5.4 Toetsing van de werkingssfeerbepalingen in cao's aan het Europese recht
 - 5.4.1 Discriminatie en belemmeringen
 - 5.4.2 Discriminatie van werknemers door uitsluiting – art. 39 EG
 - 5.4.3 Discriminatie van werknemers door toepassing van de cao
 - 5.4.4 De vestigingsvrijheid
 - 5.4.5 Vrij verkeer van diensten – art. 49 EG en de Detacheringsrichtlijn
 - 5.4.6 Vrij verkeer en het internationale wegtransport
 - 5.5 Conclusie: Toepassing van het voorafgaande op de verschillende tewerkstellingsmodaliteiten.

DEEL III

6 Handhaving van cao-bepalingen bij grensoverschrijdende arbeid

- 6.1 Inleiding
- 6.2 Handhaving van arbeidsvoorwaarden bij grensoverschrijdende arbeid
 - 6.2.1 Drie niveaus van handhaving
 - 6.2.2 Europese eisen aan nationale handhaving
 - 6.2.3 Welke lidstaat moet handhaven?
 - 6.2.4 Recente Nederlandse initiatieven
- 6.3 Voorkomen van niet-naleving van de cao
 - 6.3.1 Preventie door voorlichting
 - 6.3.2 Preventie door gedragsbeïnvloedende cao-bepalingen
- 6.4 Controle op naleving van de cao (opsporing en bewijsproblematiek)
 - 6.4.1 Melding
 - 6.4.2 Risico-analyse
 - 6.4.3 Benodigde gegevens ter staving van vermoeden
 - 6.4.4 Hulp van SZW bij de opsporing van bewijsmateriaal
 - 6.4.5 ‘Self-help’: meldpunten en nalevingsinstanties bij cao
 - 6.4.6 Omgekeerde bewijslast
- 6.5 Afdwingen van naleving van de cao
 - 6.5.1 Wet Cao
 - 6.5.2 Wet Avv
 - 6.5.3 Collectieve actie ex art. 3:305a BW

EXECUTIVE SUMMARY EN AANBEVELINGEN.

INLEIDING: PROJECTBESCHRIJVING

HOOFDSTUK 1

Inleiding: projectbeschrijving

1.1 Achtergrond en doel van het onderzoek

De voortschrijdende eenwording van de interne markt en de uitbreiding van de Europese Unie met 12 nieuwe lidstaten hebben een duidelijk effect op de concurrentiepositie van de Nederlandse transportsector (goederenvervoer over de weg). De liberalisering van het wegtransport leidt niet alleen tot directe concurrentie vanuit andere lidstaten, maar ook tot het verplaatsen van (delen van) de bedrijfsactiviteit van Nederlandse bedrijven naar landen met een lager loonniveau. Een dergelijk systeem van 'uitvlaggen' van werk is aantrekkelijk door de grote loonverschillen tussen Nederland en de nieuwe lidstaten. Het loont dus om te zoeken naar mogelijkheden om het internationale (of zelfs nationale) transport geheel of gedeeltelijk te doen verrichten door chauffeurs wier arbeidsovereenkomsten niet worden beheerst door de Nederlandse wet en de Nederlandse transport-cao's. De eenwording van de Europese markt biedt hiervoor ook mogelijkheden en kansen. Uit eerder, in opdracht van FNV Bondgenoten verricht onderzoek blijkt¹ dat in praktijk allerlei, in het betreffende onderzoek als constructies aangeduide tewerkstellingsmodaliteiten worden gebruikt, zoals grensoverschrijdende collegiale inleen en charters. Het gebruik van deze tewerkstellingsmodaliteiten brengt veel onduidelijkheid met zich, over de geoorloofdheid ervan als zodanig en over het effect ervan op de toepasselijkheid van het Nederlandse recht en de Nederlandse cao. In de praktijk ontstaan met name conflicten over het loon en over de bijdragen aan in de cao opgenomen fondsen. In verband hiermee hebben de sociale partners besloten om op dit terrein nader onderzoek te laten doen naar het wettelijke kader waarbinnen deze constructies zich afspelen. Onderhavig rapport bevat het verslag van dit onderzoek.

Onderzoeksvragen

In Nederland gevestigde ondernemingen maken op verschillende manieren gebruik van buitenlandse chauffeurs voor het verrichten van (inter)nationaal transport over de weg. Soms wordt gebruik gemaakt van speciale arbeidsrelaties zoals uitzendarbeid en collegiale inleen, soms wordt het werk geheel of gedeeltelijk uitgevoerd via buitenlandse vestigingen en/of dochters. Al deze vormen zullen in dit rapport worden aangeduid als 'tewerkstellingsmodaliteiten'. Dit rapport beantwoordt de vraag wat het gevolg is van deze tewerkstellingsmodaliteiten voor de toepasselijkheid van de Nederlandse cao.

Hiertoe moet het wettelijk kader waarbinnen de cao opereert in kaart worden gebracht.

Een eerste vraag die daarbij aan de orde komt is of de in de praktijk gebruikte modaliteiten allemaal *legaal* zijn. Als dit niet zo is, dan speelt alleen een vraag van handhaving en sanctionering. Bij legale constructies komen we toe aan de tweede vraag, namelijk welk gevolg de verschillende tewerkstellingmodaliteiten hebben voor

¹ Bosch & Ruiter, *Gaten in de weg*, december 2005, zie tevens FNV Bondgenoten, *Te koop aangeboden: Poolse vrachtwagenchauffeur*, 17 februari 2006 (verslag van de meldmaand 'Gelijk werk, gelijk loon').

de toepasselijkheid van Nederlands recht en de Nederlandse (algemeen verbindend verklaarde) vervoers-cao. Met betrekking tot de cao zal niet alleen aandacht worden besteed aan de huidige situatie, maar tevens aan de mogelijkheden van de sociale partners om hier wijziging in te brengen. Tenslotte heeft het weinig zin om regels uit te vaardigen die niet zijn te handhaven. Daarom zal afzonderlijk aandacht worden besteed aan de vraag welke handhavingsmogelijkheden open staan aan sociale partners in het licht van het Europese recht.

De in de praktijk gebezigde tewerkstellingsmodaliteiten worden onderzocht aan de hand van de volgende onderzoeksvragen:

1 zijn deze modaliteiten toegestaan onder het nationale respectievelijk het Europese transportrecht en levert het transportrecht rechtskeuze bestendige aanknopingspunten op voor de regulering van de arbeidsverhoudingen van internationale chauffeurs? (hoofdstuk 2 en 3)

2 welke gevolgen heeft de vormgeving van de arbeidsverhouding voor het recht dat (objectief) van toepassing is op de arbeidsovereenkomst tussen chauffeur en werkgever? (hoofdstuk 4)

3 is het toegestaan (of misschien zelf verplicht) om de Nederlandse cao mede van toepassing te verklaren op deze tewerkstellingsvarianten? (hoofdstuk 5)

4 welke aanbevelingen vloeien uit het voorgaande voort met betrekking tot de werkingssfeer van de Nederlandse transport-cao? (hoofdstuk 5)

5 welke nadere maatregelen kunnen cao-partijen nemen om de handhaving van de arbeidsvoorwaarden te verbeteren? (hoofdstuk 6)

1.2Opzet en nadere afbakening van het onderzoek

Het onderzoek bestaat uit drie afzonderlijke delen die zich richten op respectievelijk het wettelijke kader inzake goederenvervoer over de weg, het internationaal privaatrecht en de handhaving.

Deel 1: Regelgeving inzake goederenvervoer over de weg

Het onderzoek begint met een beschrijving van het wettelijke kader van het beroepsgoederenvervoer over de weg. Daarbij is aandacht voor zowel de nationale als de Europese en internationale regelgeving met betrekking tot het vervoer over de weg (en specifiek de arbeidsverhouding met en de arbeidsvoorwaarden van de chauffeurs).

Het doel van deze beschrijving is tweërlei: Allereerst zal op grond van de inventarisatie een schifting worden gemaakt tussen geoorloofde en ongeoorloofde tewerkstellingsmodaliteiten. Het tweede deel van het onderzoek (toepasselijk recht, toepasselijke cao) zal vervolgens uitsluitend worden uitgevoerd ten aanzien van geoorloofde constructies. De modaliteiten die worden beoordeeld op hun geoorloofdheid betreffen collegiale inleen, charters, uitzendconstructies, zzp'ers en werkzaamheden voor een Nederlandse werkgever zonder toepassing van de

Nederlandse cao.² We beperken ons daarbij tot de inzet van chauffeurs uit een van de lidstaten van de EU, met speciale aandacht voor de positie van de nieuwe lidstaten. Ten tweede is de inventarisatie van de regelgeving inzake het goederenvervoer over de weg van belang om te bepalen welke aanknopingspunten dit recht biedt voor de regulering van de arbeidsverhoudingen van internationale chauffeurs. Het internationaal privaatrecht maakt namelijk gebruik van bepaalde elementen van de arbeidsverhouding om te bepalen welk recht het nauwst met de overeenkomst is verbonden. Daarvoor is onder andere van belang met wie de arbeidsovereenkomst wordt aangegaan en waar deze werkgever is gevestigd. Ook het feit dat voor het transport een Nederlandse vergunning nodig is, is in dit opzicht relevant. Is uit de internationale en Europese vervoersregelgeving op te maken ten aanzien van welke chauffeurs Nederland verantwoordelijk is voor de arbeidsvoorwaarden? Welke reikwijdte hebben deze Europese en internationale verplichtingen van Nederland dan precies?

Wijziging in de eisen met betrekking tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst kunnen effect hebben op de aanknopingspunten voor de bepaling van het toepasselijke recht. Bij de inventarisatie van regelgeving zal dus rekening worden gehouden met de op handen zijnde wijziging van de Nederlandse wetgeving inzake goederenvervoer over de weg.

Deel 2: Internationaal privaatrecht

Het internationaal privaatrecht bevat verschillende regels over de vraag welk recht van toepassing is op de arbeidsverhoudingen van internationale chauffeurs. Het belangrijkste document in dit verband is het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst van 1980 (EVO). Dit verdrag bevat een apart artikel over het recht dat van toepassing is op internationale arbeidsovereenkomsten (art. 6). Inmiddels is binnen de Europese Unie een verordening vastgesteld die per 17 december 2009 het EVO zal vervangen. Bij die omzetting is de bepaling inzake arbeidsovereenkomsten licht gewijzigd. Op basis van dit verdrag (en binnen afzienbare tijd dus de verordening) wordt vastgesteld welk recht de overeenkomst als geheel beheerst. In het onderzoek zal worden beschreven hoe in de praktijk het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten van internationale chauffeurs wordt vastgesteld en welke invloed het verschil in de manier waarop de arbeidsverhouding is vormgegeven dan heeft op het toepasselijke recht.

Een belangrijke vraag is dus welk recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomst als geheel. Daarnaast is het mogelijk dat Nederland eenzijdig bepaalde delen van zijn arbeidsrecht van toepassing verklaard op (bijvoorbeeld) wegtransport vanuit Nederland. Dit eenzijdige mechanisme noemen we het systeem van voorrangsregels. De Europese richtlijn inzake detachering van werknemers gaat over dergelijke voorrangsregels. De Wet minimumloon is daarvan in Nederland een voorbeeld en ook algemeenverbindendverklaarde cao's zijn erkend als voorrangsregels. Het onderzoek zal dan ook uitgebreid ingegaan op de vraag in hoeverre het mogelijk is de onderzochte tewerkstellingsmodaliteiten alsnog onder de Nederlandse cao te brengen.

² De door Bosch en Ruiter onderscheiden constructie op grond van de uitzonderingsbepaling van de VIA-cao blijft buiten beschouwing, nu deze door het strengere toetsingskader AVV sinds 1 januari 2007 minder relevant is geworden.

Hierbij moet rekening gehouden worden met Europese randvoorwaarden. Voorrangsregels kunnen namelijk een belemmering vormen van het vrij verkeer. In dit deel van het onderzoek zal dan ook nadrukkelijk ingegaan worden op de beperkingen die het EG-recht in dit opzicht oplegt aan de sociale partners.

Deel 3: Handhaving

Bij handhaving van arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden kunnen drie niveaus betrokken zijn: de individuele werknemer zelf, de sociale partners en de overheid. In dit onderzoek beperken we ons tot de rol die sociale partners (kunnen) spelen in de handhaving. Het gaat dan om de naleving van de toepasselijke cao('s). De handhaving van de regels die thans gelden met betrekking tot de collectieve arbeidsvoorwaarden van vrachtwagenchauffeurs is lang niet altijd adequaat. Dit ligt deels aan een tekort aan controle op de naleving, maar deels (waarschijnlijk) ook aan de handhaafbaarheid van de regels. Dit laatste aspect staat centraal in dit onderdeel van het onderzoek. Het onderzoek spitst zich toe op de volgende vragen: Welke mogelijkheden biedt en welke grenzen stelt het Europese recht aan nationale of sectorale handhavingsmaatregelen? Beschikken sociale partners in dat licht bezien over de juiste en over voldoende instrumenten om naleving van de vervoerscao's af te dwingen?

1.2.1 Werkwijze

Voor dit onderzoek is wetgeving, jurisprudentie en literatuur verzameld, bestudeerd, verwerkt en geanalyseerd. Ten einde een beeld te krijgen van de praktijk en om bepaalde bevindingen te verifiëren, hebben wij tevens de volgende deskundigen geraadpleegd:

L. Benjamins	(FNV bondgenoten)
P. Bosch	(Advocatenkantoor Bosch & Ruiter)
L. Ceelen	(TLN)
H. Dikken	(KNV goederenvervoer)
P. van Dun	(Arbeidsinspectie)
P. Hamilton	(NIWO)
J. Heilig	(FNV bondgenoten)
M. Kraamwinkel	(FNV bondgenoten)
P. Kievit	(KNV goederenvervoer)
W. van Neuren	(KNV goederenvervoer)
N., Schaap-Krul	(TLN)

DEEL I – WETTELIJK KADER

HOOFDSTUK 2

Wettelijk kader van het beroepsgoederenvervoer over de weg³

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat het wettelijke kader van het beroepsgoederenvervoer over de weg centraal. Daarbij is aandacht voor zowel de nationale als de Europese en internationale regelgeving met betrekking tot het vervoer over de weg. Na een inventarisatie van de regelgeving wordt bekeken welke aanknopingspunten dit recht biedt voor de regulering van de arbeidsverhoudingen van internationale chauffeurs. Het feit dat voor het transport een vergunning nodig is, is in dit opzicht relevant. Is uit de internationale en Europese vervoersregelgeving op te maken ten aanzien van welke chauffeurs Nederland verantwoordelijk is voor de arbeidsvoorwaarden? Welke reikwijdte hebben deze Europese en internationale verplichtingen van Nederland dan precies?

Wijzigingen in het wettelijk kader kunnen effect hebben op de aanknopingspunten voor de bepaling van het toepasselijke recht op de arbeidsverhoudingen van internationale chauffeurs. Bij de inventarisatie van regelgeving is rekening gehouden met de recent aangenomen wijziging van de Nederlandse wetgeving inzake goederenvervoer over de weg en zal worden ingegaan op Europese voorstellen voor nieuwe regelgeving. In hoofdstuk 3 wordt vervolgens een schifting gemaakt tussen geoorloofde en ongeoorloofde tewerkstellingsmodaliteiten van uit het buitenland afkomstige chauffeurs.

2.2 Begrippen

In de wereld van het vervoer van goederen over de weg zijn verschillende soorten van transport te onderscheiden die ieder een eigen regime kennen. Hoewel de soort van vervoer niet direct van belang is voor de vraag welk recht van toepassing is op de arbeidsverhouding, bepaalt het toepasselijke regime echter wel wat voor arbeidsverhoudingen geoorloofd zijn. Om die reden is het van belang de onderscheidende soorten van vervoer te schetsen, zoals vastgelegd in Nederlandse en Europese regelgeving.

2.2.1 Onderscheid naar geografie

Binnenlands vervoer

Onder het binnenlandse vervoer moet worden begrepen de verplaatsingen van een voertuig, waarvan het punt van vertrek en het punt van aankomst in hetzelfde land. Hierbij is irrelevant of in transitu het grondgebied van een ander land wordt aangedaan.⁴

³ Dit deel is geschreven door V. van Hoof, student-assistent bij de vaksectie sociaal recht van de RU, samen met M. Houwerzijl, onder verantwoordelijkheid van M. Houwerzijl en A. van Hoek.

⁴ Zie art. 1 lid 1 sub i Wet goederenvervoer over de weg (Wgw).

Internationaal vervoer

Met internationaal vervoer worden bedoeld de verplaatsingen van een voertuig, waarvan het punt van vertrek en het punt van aankomst zich in twee verschillende lidstaten bevinden, met of zonder transit via een of meer lidstaten of derde landen, de verplaatsingen van een voertuig vanuit een lidstaat naar een derde land en omgekeerd, met of zonder transit via een of meer lidstaten of derde landen, de verplaatsingen van een voertuig tussen derde landen met transit via een of meer lidstaten en de ledige ritten in verband met dit vervoer.⁵

Cabotage

Onder cabotage wordt verstaan het tijdelijk verrichten van binnenlands beroepsgoederenvervoer over de weg in een andere lidstaat dan waar de vervoerende onderneming gevestigd is.⁶

2.2.2 Onderscheid naar bedrijfsvoering

Een ander relevant onderscheid wordt gemaakt aan de hand van het antwoord op de vraag voor wiens rekening het vervoer plaats vindt.

Eigen vervoer

Onder eigen vervoer wordt verstaan het vervoer dat door ondernemingen voor eigen rekening wordt verricht. Om onder dit begrip te vallen moet het vervoer voorts aan de volgende voorwaarden voldoen:⁷

- a) de vervoerde goederen dienen eigendom te zijn van de onderneming of door haar te zijn verkocht of gekocht, verhuurd of gehuurd, voortgebracht, gedolven, bewerkt of hersteld;
- b) doel van het vervoer dient te zijn de goederen naar de onderneming te brengen of ze van de onderneming uit te verzenden, of wel ze te verplaatsen binnen de onderneming of voor eigen behoeften buiten de onderneming;
- c) de voor dit vervoer gebruikte motorvoertuigen moeten door het eigen personeel van de onderneming worden bestuurd;
- d) de voertuigen die de goederen vervoeren, moeten eigendom zijn van de onderneming of door haar op krediet zijn gekocht of door haar zijn gehuurd, in het laatste geval mits zij voldoen aan de voorwaarden van Richtlijn 2006/1/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 18 januari 2006 betreffende het gebruik van gehuurde voertuigen zonder bestuurder voor het vervoer van goederen over de weg.

⁵ Art. 2 Verordening (EEG) Nr. 881/92 van de Raad van 26 maart 1992 betreffende de toegang tot de markt van het goederenvervoer over de weg in de Gemeenschap van of naar het grondgebied van een Lid-Staat of over het grondgebied van een of meer Lid-Staten.

⁶ Art. 1 Verordening (EEG) nr. 3118/93 van de Raad van 25 oktober 1993 tot vaststelling van de voorwaarden waaronder vervoersondernemers worden toegelaten tot het binnenlands goederenvervoer over de weg in een Lid-Staat waar zij niet gevestigd zijn.

⁷ Bijlage I onder 4 van Richtlijn 2006/94/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de vaststelling van gemeenschappelijke regels voor bepaalde soorten goederenvervoer over de weg.

e) het vervoer mag slechts een secundaire bedrijvigheid zijn in het kader van de algemene werkzaamheden van de onderneming.

In Nederland wordt voor concernvervoer, waarbij de vervoerder en de andere rechtspersoon tot hetzelfde concern behoren, verschil gemaakt tussen binnenlands en grensoverschrijdend goederenvervoer: Het binnenlands goederenvervoer voor een andere rechtspersoon binnen hetzelfde concern wordt aangemerkt als een verrichting voor eigen rekening en is daarmee eigen vervoer. Het criterium is hier dat de vervoerder en de andere rechtspersoon binnen het concern deel uitmaken van eenzelfde fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting en/of voor de omzetbelasting. Er zijn dus geen vergunningen beroepsvervoer nodig voor dit vervoer. Aangezien echter in het buitenland vervoer binnen een concern niet wordt aangemerkt als eigen vervoer maar als beroepsvervoer, geldt de uitzondering van de vergunningplicht niet voor het internationale concernvervoer.⁸

Eigen vervoer valt buiten het bestek van dit onderzoek.

Beroepsgoederenvervoer

A contrario aan de omschrijving van eigen vervoer kan het beroepsgoederenvervoer worden omschreven als vervoer dat niet voor eigen rekening verricht wordt.

2.3 Europese regelgeving

2.3.1 Vervoersbeleid

Bij de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (EEG) in 1957 is er voor gekozen een gemeenschappelijk vervoerbeleid vast te stellen (art. 71-80 e.v. EG-Verdrag). Hiervan maakt het wegvervoer deel uit. Ten aanzien van het internationale beroepsvervoer en het zogeheten cabotage beroepsvervoer (het verrichten van nationaal vervoer in een lidstaat waar de vervoerder niet gevestigd is) over de weg werden gemeenschappelijke bepalingen onmisbaar geacht voor het goed functioneren van de interne markt.⁹ De Raad had de verplichting dit te realiseren voor het jaar 1969. In de jaren na 1957 kwamen er mondjesmaat regelingen tot stand, maar van een echte liberalisering van het goederenvervoer over de weg was geen sprake.¹⁰ Het Europese Parlement stelde in 1983 beroep in tegen de Raad bij het Hof van Justitie van de EG (hierna: HvJ EG of 'Hof') wegens diens nalatigheid om een gemeenschappelijk vervoersbeleid tot stand te brengen.¹¹ Het Hof heeft in zijn uitspraak de Raad op de vingers getikt wegens deze schending van de plicht zoals neergelegd in art. 71 (art. 75

⁸ Zie Hamilton en Scherpenisse, De nieuwe Wet Wegvervoer Goederen: enkele belangrijke materiële wijzigingen, Tijdschrift Vervoer en Recht (TVR) 2007-6, p. 184.

⁹ Zie art. 71 EG. Vgl. L. van Herk, Arbeidsvoorwaardenvorming op Europees niveau. Een onderzoek naar communautaire of transnationale regelgeving in het beroepsgoederenvervoer over de weg, (diss.UU) Utrecht 1998, par. 1.1.

¹⁰ Jacobs en Van Herk, Sociale aspecten van de Europese liberalisering van het beroepsgoederenvervoer over de weg, SEW, 1995/3, p. 155.

¹¹ HvJ EG, 22 mei 1985, zaak 13/83, Europees Parlement tegen de Raad van de EG.

oud) en heeft de Raad een redelijke termijn geboden om deze regelingen alsnog tot stand te brengen. Uit het ‘nalatigheids-arrest’ kan worden afgeleid dat de Raad verplicht was een besluit te nemen over de vrijheid van dienstverlening op het gebied van het beroepswegvervoer. Dit hield echter niet in dat de bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten (thans art. 49 e.v. EG) door het verstrijken van de overgangperiode rechtstreeks op het vervoer van toepassing zouden zijn. Zoals blijkt uit art. 51 lid 1 EG krijgt deze vrijheid pas gestalte als het gemeenschappelijk vervoerbeleid tot stand is gebracht. Volgens het Hof beschikt de Raad namelijk over een discretionaire bevoegdheid (met beoordelingsvrijheid) om ‘in de volgorde die hem goeddunkt, de maatregelen te nemen die hij noodzakelijk acht ter begeleiding van de vereiste liberalisatie-maatregelen’.¹² Hierbij moet gedacht worden aan maatregelen ter harmonisatie van randvoorwaarden om het vervoer in de EG feitelijk te kunnen liberaliseren zonder de concurrentieverhoudingen binnen de vervoersmarkt te verstoren. Het nalatigheidsarrest viel ongeveer samen met het door toenmalig voorzitter van de Europese Commissie Jacques Delors geïnitieerde plan inzake de voltooiing van de interne markt (Europa 1992).¹³ Beiden vormden de opmaat voor een pakket aan maatregelen waardoor vanaf 1 januari 1993 het internationale vervoer en vanaf 1 juli 1998 ook de cabotage in vergaande mate geliberaliseerd zijn.¹⁴

Het gemeenschappelijke vervoersbeleid is inmiddels grotendeels voltooid en daarmee is tevens de vrijheid van dienstverlening in de vervoersector gerealiseerd.¹⁵ De Gemeenschap beschikt echter op het terrein van het vervoer niet over een exclusieve maar over een gedeelde bevoegdheid.¹⁶ Dit verklaart waarom er ook nog autonome nationale regels gelden op dit terrein, zoals we hieronder in par. 2.4 zullen zien. Zowel de Gemeenschap als de lidstaten oefenen dus bevoegdheden uit. Het is niet precies aan te geven hoe de bevoegdheden op nationaal niveau en op gemeenschapsniveau ten opzichte van elkaar afgebakend moeten worden. In elk geval zijn de lidstaten bevoegd op de terreinen waar de Vervoertitel in het EG-Verdrag zich niet over uitlaat dan wel geen (exclusieve) bevoegdheid bij de Gemeenschap neerlegt. Lidstaten mogen tevens eigen bevoegdheden uitoefenen zolang en voorzover de instellingen van de Gemeenschap hun bevoegdheden niet uitputtend hebben benut.¹⁷ De ruimte van de lidstaten voor het uitoefenen van hun bevoegdheden wordt echter wel weer beperkt door de grenzen die

¹² HvJ EG, zaak 13/83, r.o. 70-71. Vgl. Barents en Brinkhorst, Grondlijnen van Europees recht, 12^e druk, Kluwer: 2006, p. 511.

¹³ Commissie van de EG, Voltooiing van de interne markt, Witboek, juni 1985, COM (85) 310 def.

¹⁴ Op grond van Verordening (EEG) nr. 3118/93 werd de markt voor cabotagevervoer tegen 1 juli 1998 geleidelijk geliberaliseerd. Tijdens een overgangperiode van vier en een half jaar beschikten de lidstaten over een contingent cabotagevergunningen van telkens twee maanden. Deze cabotagevergunningen konden worden omgezet in twee kortlopende vergunningen van telkens één maand. Elke vergunning was slechts geldig voor één periode van één of twee maanden. Zie Interpretatieve Mededeling Commissie 2005, p. 5. (2005/C 21/02).

¹⁵ Kapteyn/VerLoren van Themaat, Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen, 2003, p. 996-999. Zie bijv. Preambule Vo. 881/92: ‘Overwegende dat deze uniforme regeling voor toegang tot de markt tevens de vrijheid van dienstverlening invoert..’

¹⁶ Zie ook art 4 van het Verdrag betreffende de werking van de EU (herzien EG-verdrag)

http://www.minbuza.nl/verdragen/nl/Geconsolideerde_EU_en_EG_Verdragen

¹⁷ Zie Barents & Brinkhorst, a.w., 2006, p. 151.

hieraan gesteld worden in het kader van het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal in de EG.¹⁸

2.3.2 EG-regelingen

De regelingen die door de Raad tot stand zijn gebracht, vallen grofweg uiteen in drie deelgebieden:

1. De toegang tot de markt van het goederenvervoer
2. De toegang tot het beroep van ondernemer van goederenvervoer (vervoerder)
3. Sociale aspecten

De regelgeving onder 3 is in Europees verband voornamelijk beperkt tot rij- en rusttijden, waarvoor een (minimum)harmonisatie geldt. Dit onderwerp is niet van belang voor beantwoording van de vraag voor welke chauffeurs Nederland verantwoordelijk is voor de arbeidsverhoudingen. Hieronder gaan we dan ook alleen in op Europese regelgeving op deelgebieden 1 en 2, waarbij deels ook specifiek Nederlandse interpretatie hiervan aan de orde komt, namelijk daar waar deze regels in de Nederlandse jurisprudentie nader worden uitgelegd.

Ad 1a. Toegang tot de markt van het internationaal vervoer

In 1962 wordt de aanzet gegeven om de toegang tot de markt van het internationale goederenvervoer vrijer te maken door verscheidene soorten vervoer vrij te stellen van een contingenteringstelsel en/of een vergunningenstelsel.¹⁹ Tot die tijd was het namelijk niet ongebruikelijk dat lidstaten hun markt reguleerden door middel van dergelijke stelsels. Als gevolg van de richtlijn uit 1962 en de daarop voortbouwende regelgeving zijn vele transportmodaliteiten inmiddels ontheven van dergelijke belemmeringen. Een belangrijke vrijstelling geldt voor vervoer met motorvoertuigen waarvan het toegestane totaalgewicht in beladen toestand, met inbegrip van dat van de aanhangwagen(s), niet meer dan 6 ton bedraagt of waarvan het toegestane laadvermogen, met inbegrip van dat van de aanhangwagen(s), niet meer dan 3,5 ton bedraagt.²⁰ Relevant is verder dat ook het internationale eigen vervoer is vrijgesteld van zowel een contingenteringstelsel als een vergunningenstelsel.²¹

In de jaren '60 en '70 worden de nationale contingenteringstelsels respectievelijk vergunningenstelsels voor internationaal vervoer vervangen door een communautair

¹⁸ Uit het Franse Zeeliedenarrest (C-167/73), t.a.v. het vrij verkeer van werknemers, en de arresten Asjes (C-209-213/84) en Ahmed Saeed Flugreisen (C-66/86) t.a.v. vrijheid van vestiging kan worden afgeleid dat deze vrijheden, behoudens uitdrukkelijke uitzonderingen, ook gelden in de vervoersector.

¹⁹ Eerste richtlijn van de Raad inzake de vaststelling van bepaalde gemeenschappelijke regels voor het internationale vervoer (goederenvervoer over de weg tegen vergoeding) van 6 juli 1962, Pb 70 6/8/1962.

²⁰ Richtlijn 2006/94/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de vaststelling van gemeenschappelijke regels voor bepaalde soorten goederenvervoer over de weg, Pb Nr. L 374 van 27/12/2006 blz. 0005 – 0009.

²¹ Onder dit Europese begrip 'eigen vervoer' valt niet het internationaal vervoer binnen het concern. Zie hierboven tekst bij noot 8.

contingent²² met vergunningen²³ en nadat per 1 januari 1993 het contingenteringstelsel is afgeschaft, resteert heden ten dage enkel het communautaire vergunningstelsel.²⁴ De uitgifte van de vergunningen is opgedragen aan de lidstaten van vestiging. Krachtens art. 3 van ‘vestigingsverordening’ 881/92 geeft de lidstaat een communautaire vergunning af aan alle ondernemers die beroepsgoederenvervoer over de weg verrichten en gevestigd zijn in de betreffende lidstaat, overeenkomstig de daar geldende wetgeving.

Maar wat moet worden verstaan onder vestiging? Het begrip ‘vestiging’ is niet nader gedefinieerd in de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving. Is daadwerkelijke cq. reële vestiging (daadwerkelijke activiteiten, sociale zetel) in een lidstaat vereist of slechts een juridische vestiging (formele zetel), bijvoorbeeld door inschrijving bij de Kamer van Koophandel? Dit ligt ingewikkeld en hangt mede af van de nationale wetgeving. Er bestaan binnen de EU zogenoemde ‘siège réel’- en incorporatiestelsels. In Nederland zijn over het vestigingsbegrip in de transportsector vooral sinds het jaar 2000 gerechtelijke procedures gevoerd, naar aanleiding van (algemene) jurisprudentie van het HvJ EG in het kader van art. 43 (vrijheid van vestiging).²⁵ Op grond van deze jurisprudentie moeten ontvangende lidstaten, ongeacht hun eigen nationale stelsel, rechtspersoonlijkheid, statuut en procesbevoegdheid van immigrerende rechtspersonen van andere lidstaten (met incorporatiestelsels) erkennen.²⁶ Dit geldt ook als de rechtspersoon geen reële band heeft met de lidstaat van oprichting en daarentegen zijn economische activiteiten uitsluitend richt op een andere lidstaat. In dit kader werd de Nederlandse Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen (een pseudo siège réel stelsel dat buitenslands opgerichte maar in Nederland opererende vennootschappen – met name Limiteds – dwong te voldoen aan Nederlandse regels) onverenigbaar geacht met de EG-vestigingsvrijheid.²⁷ Lidstaten mogen wel specifieke (gerichte en proportionele) maatregelen tegen misbruik nemen.²⁸

Inzake vestigingsverordening 881/92 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) echter uitgemaakt dat onder het begrip vestiging daadwerkelijke,

²² Verordening (EEG) nr. 1018/68 van de Raad van 19 juli 1968 houdende de vorming van een communautair contingent voor het goederenvervoer over de weg tussen Lid-Staten.

²³ Verordening (EEG) Nr . 3164/76 van de Raad van 16 december 1976 betreffende het communautair contingent voor het goederenvervoer over de weg tussen de Lid-Staten.

²⁴ Verordening (EEG) Nr. 881/92 van de Raad van 26 maart 1992 betreffende de toegang tot de markt van het goederenvervoer over de weg in de Gemeenschap van of naar het grondgebied van een Lid-Staat of over het grondgebied van een of meer Lid-Staten.

²⁵ HvJ EG, zaak C-212/97, Centros en HvJ EG, zaak C-208/00, Überseering. Op basis van het Centros-arrest (C-212/97), r.o. 20 werd in de praktijk de zogeheten ‘secundaire vrijheid van vestiging’ opgerekt: het recht om in andere lidstaten filialen en vaste instellingen op te richten, zou zelfs aan zogeheten postbusfilialen toekomen. Zie J.B. Vallenduuk, Eén gemeenschappelijke vervoermarkt voor wegtransport? Tijdschrift Vervoer & Recht (TVR), 2005/9, p. 231-232.

²⁶ Zie recent Peter Wattel, Vooraf: Cartesio Oktató és Szolgáltatás: vennootschapsleven en –dood, NJB 22/08. Wattel legt hierbij op kritische wijze het verschil uit in de behandeling van een vestiging, al naar gelang het de inkomende of de vertrekstaat betreft. Omtrent vennootschappelijke emigratie heeft het HvJ EG aanvaard dat de lidstaten, die nu eenmaal de bestaansvoorwaarden van hun rechtspersonen bepalen, het behoud van rechtspersoonlijkheid afhankelijk maken van de plaats van werkelijke leiding. Zie HvJ EG, zaak 81/87, Daily Mail. Ten aanzien van vertrekstaten haalt Wattel de A-G Poiares Maduro aan in zijn conclusie van 22 mei 2008 in zaak C-210/06, Cartesio, over het Hongaarse siège réel stelsel, die het aldus samenvat: ‘De staat heeft gegeven, de staat heeft genomen – daarin moeten we ons schikken.’

²⁷ HvJ EG, zaak C-167/01, Inspire Art.

²⁸ Zie bijv. HvJ EG, C-196/04, Cadbury Schweppes.

feitelijke vestiging hier te lande moet worden verstaan. Een postbus is dus onvoldoende om van gebruikmaking van het vrije vestigingsrecht te kunnen spreken.²⁹ Dit betekent dat de lidstaat waarin een vervoersvergunning wordt aangevraagd, bevoegd is te eisen dat de aanvrager een reële vestiging in die lidstaat bezit. Het argument hiervoor is dat alleen bij een reële vestiging feitelijke controle van de vervoerder mogelijk is op hieronder nog te behandelen vereisten als kredietwaardigheid en vakbekwaamheid. Vakbekwaamheid en reële vestiging houden nauw verband met elkaar. De vakbekwame persoon dient immers leiding te geven aan de vervoersactiviteiten binnen de in een lidstaat gevestigde onderneming. Volgens het CBB is het mogelijk dat aan een feitelijk in Nederland gevestigd vervoerbedrijf permanent en daadwerkelijk leiding wordt gegeven vanuit het buitenland (relevant in het geval van een filiaal met een buitenlandse hoofdvestiging).³⁰ Voorts is uit de jurisprudentie in het kader van de in par. 2.4.1 nader te behandelen Wet Goederenvervoer over de Weg (WGW) op te maken dat het hebben van een reële vestiging in elk geval afhankelijk is van de plaats waar de (officiële) gegevens zich bevinden, de naam waarop de bescheiden staan gesteld, of er een BTW-nummer is verstrekt, of er (reeds) ondernemingsactiviteiten zijn ontplooid en zo ja, op welke landen het vervoer van de onderneming zich richt. De beoordeling hiervan moet plaatsvinden van geval tot geval.³¹

Ad 1b: Toegang tot de markt van het binnenlands vervoer

Wanneer ondernemers toegelaten willen worden tot de markt van het binnenlandse vervoer hebben zij twee mogelijkheden om dit bewerkstelligen.

De eerste mogelijkheid is *cabotage*, het tijdelijk verrichten van binnenlands beroepsgoederenvervoer over de weg in een andere Lid-Staat dan waar de vervoerende onderneming gevestigd is.³² Op basis van ‘cabotageverordening’ 3118/93 is iedere beroepsvervoerder die in het bezit is van een communautaire vergunning voor internationaal vervoer gerechtigd tot cabotage.³³ In het kader van een overgangsregime is alleen aan vervoerders die gevestigd zijn in de lidstaten die voortkomen uit het

²⁹ Op basis van het Factortame-II arrest (C-221/89) uit 1991 dat ging over vissersvaartuigen. Zie CBB 11 december 2003, LJN: AF3249, AWB 01/43, zoals aangehaald bij Vallenduik, a.w., p. 232.

³⁰ Zie publicatie NIWO Stcrt. 2005, nr. 115, p. 13. Aangehaald bij Vallenduik, a.w., p. 232. Volgens Hamilton en Scherpenisse zou uit EG-jurisprudentie echter kunnen worden afgeleid dat (mede) leiding moet worden gegeven vanuit een kantoor op het grondgebied van de vestigingsstaat. Hoe zich dit verhoudt tot het oordeel van het CBB is nog niet duidelijk adus Hamilton en Scherpenisse, a.w., die het arrest: HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-299/02 inzake registratie-eisen die gesteld werden aan een schip in Nederland aanhalen. Onder verwijzing naar het arrest Factortame (zie nt 23) oordeelde het Hof hier dat een lidstaat als (aanvullende) vergunningsvoorwaarde mag eisen dat het beheer van een schip vanuit een vestiging in Nederland moet worden verzekerd door een persoon die de bevoegdheid bezit om de eigenaar van het schip te vertegenwoordigen (r.o. 36).

³¹ Hamilton en Scherpenisse, a.w., p. 189-190.

³² Verordening (EEG) nr. 3118/93 van de Raad van 25 oktober 1993 tot vaststelling van de voorwaarden waaronder vervoersondernemers worden toegelaten tot het binnenlands goederenvervoer over de weg in een lidstaat waar zij niet gevestigd zijn

³³ Art 1 jo. Art. 12 lid 2 en 3 Vo. 3118/93.

voormalige Oostblok voorlopig nog niet toegestaan cabotage te verrichten onder een communautaire vergunning.³⁴

Cabotage is echter slechts geoorloofd in het geval het vervoer van *tijdelijke aard* is. Het ontbreken van een definitie van het begrip ‘tijdelijk’ in de communautaire verordeningen zorgt al enige tijd voor onzekerheid over de exacte draagwijdte van het cabotagevervoer, vooral nu een aantal lidstaten een maximumperiode ingesteld hebben waarna de vervoerder moet terugkeren naar zijn land van herkomst. Andere lidstaten hebben formeel criteria vastgelegd om te bepalen of een vervoersprestatie of een geheel van vervoersprestaties die door een vervoerder werd geleverd in een andere lidstaat dan waar hij gevestigd is, van tijdelijk aard is.³⁵ Deze nationale maatregelen zijn mede genomen in het licht van de toetreding van de nieuwste lidstaten, ofschoon het toetredingsverdrag voorziet in overgangperiodes voor het cabotagevervoer. Gelet op deze verschillende opvattingen van de lidstaten over de tijdelijkheid³⁶, heeft de Commissie gepoogd duidelijkheid te scheppen met een interpretatieve Mededeling over de tijdelijke aard van het cabotagevervoer.³⁷ In mei 2007 heeft zij bovendien een voorstel gedaan voor een nieuwe verordening waarin het begrip ‘cabotage’ concreter wordt beschreven (zie hierover par. 2.6.1).

In haar interpretatieve Mededeling noemt de Commissie op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG inzake het verschil tussen dienst en vestiging in het algemeen enkele criteria op grond waarvan beoordeeld moet worden of het vervoer als tijdelijk kan worden aangemerkt.³⁸ Deze criteria zijn duur, frequentie, periodiciteit en continuïteit. Om aan deze criteria te toetsen, moet volgens de Commissie rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. De Commissie geeft daarbij nog de volgende verduidelijking: “De *duur* is de tijdsperiode (weken, maanden) waarin een vervoerder een of meerdere cabotagetransporten³⁹ verricht op het grondgebied van een andere lidstaat dan die waar hij gevestigd is. De duur is sterk verbonden met de *frequentie*, d.w.z. hoeveel cabotagetransporten per maand of per jaar uitgevoerd worden. Concreet moet de tijdelijkheid van de vervoersdiensten anders beoordeeld worden

³⁴ Zie bijvoorbeeld de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Republiek Bulgarije en Roemenië en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond Pb. L 157 van 21/06/2005 blz. 0285 – 0289. Volgens NIWO-mededeling 6702 van 07-05-2008 is voor Tsjechië, Slowakije, Estland, Letland en Litouwen vanaf 1 mei 2008 het cabotagevervoer vrij. Voor Polen en Hongarije geldt nog een verbod tot 1 mei 2009 en voor Roemenië en Bulgarije tot 1 januari 2010.

³⁵ Hiermee wordt beoogd het cabotagevervoer, en met name de referentieperiode, beter controleerbaar te maken. Zie par. 2.2.3 Interpretatieve Mededeling voor een overzicht van de nationale maatregelen. Het gaat om de lidstaten Griekenland, Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Italië. De Nederlandse transportsector heeft zich ontpopt tot veruit de grootste cabotagevervoerder in Europa en is daarom gekant tegen dergelijke beperkende maatregelen. Zie bijv. http://www.nieuwsbladtransport.nl/nieuws/id18591-Brussel_wil_rem_op_cabotagevervoer.html.

³⁶ Sevinga, Interpretatie van een mededeling: over het begrip ‘tijdelijkheid’ in het cabotagevervoer over de weg, NTER, 2005/3-4, p. 62-63.

³⁷ Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende de tijdelijke aard van cabotagevervoer over de weg, Pb C 021 van 26/01/2005, p. 2-7

³⁸ HvJ EG 30 november 1995, Gebhardt, C-55/94, Rec. blz. I-4165; HvJ EG, 11 december 2003, Bruno Schnitzer, C-215/01; HvJ EG 2 juli 2002, Andreas Hoves Internationaler Transport Service Sarl, C-115/2000. Deze laatste zaak heeft betrekking op de vervoertitel.

³⁹ Het is niet duidelijk wat de Commissie bedoeld met de term ‘cabotagetransport’. Gaat het hier om één rit – waarschijnlijk niet 1 rit tussen A en B want dat duurt geen weken – of gaat het om ononderbroken verblijf van het voertuig binnen de grenzen?

wanneer een vervoerder cabotagevervoer verricht gedurende twee periodes (criterium frequentie van de dienst) van 20 dagen (criterium duur van elke vervoersprestatie) binnen hetzelfde jaar, dan wel cabotagevervoer verricht gedurende 12 periodes van 20 dagen binnen datzelfde jaar.”⁴⁰ Een tijdelijke nationale beperking voor cabotagevervoer tot een maximumduur van één tot twee maanden acht de Commissie aanvaardbaar, zij het dat deze grens niet automatisch of als enige criterium kan worden toegepast. Het is echter op zijn minst een nuttige referentie. Na één maand zou het voertuig normaal moeten terugkeren naar het land waar het ingeschreven is. “Het begrip *periodiciteit* mag niet verward worden met de frequentie. De *periodiciteit* duidt op de regelmaat van het cabotagevervoer, met andere woorden of het gaat om occasioneel dan wel vervoer dat vrij regelmatig verricht wordt. Hierbij moet bijvoorbeeld worden nagegaan of de klant gevestigd in het land waar het cabotagevervoer verricht wordt een occasionele dan wel regelmatige klant is. De *continuïteit* ten slotte duidt aan dat de vervoerder gedurende een bepaalde periode enkel cabotagevervoer verricht. De permanente of constante aard van het vervoer is hier essentieel.”⁴¹ Ter illustratie van het feit dat oneigenlijk gebruik van cabotage niet automatisch onder de genoemde criteria te vangen is, geeft de Commissie nog het volgende voorbeeld: “Het kan voorkomen dat een vervoersonderneming twee vrachtwagens bezit maar slechts één bestuurder in dienst heeft. Vrachtwagen nr. 1 verlaat het grondgebied van het land waar cabotagevervoer verricht werd na 20 dagen en keert er pas terug na 20 dagen. In de periode waarin vrachtwagen nr. 1 niet meer op dat grondgebied is, wordt vrachtwagen nr. 2 van het vervoersbedrijf (met dezelfde bestuurder) gedurende 20 dagen gebruikt voor cabotagevervoer. Het is duidelijk dat dit eenmansbedrijf permanent actief is op het grondgebied van dit land, hoewel enkel de analyse van het gebruik van de twee vrachtwagens tot een andere conclusie zou hebben geleid.”⁴²

Afgezien van de mogelijkheid voor lidstaten om het begrip ‘tijdelijkheid’ nader te definiëren, gelden voor het verrichten van cabotagevervoer de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften van de lidstaat van ontvangst op de volgende gebieden⁴³:

- a) de tarieven en contractuele voorwaarden van het vervoer;
- b) de afmetingen en gewichten van wegvoertuigen: de afmetingen en gewichten mogen eventueel groter zijn dan die welke in de Lid-Staat van vestiging van de vervoersondernemer gelden, doch zij mogen in geen geval groter zijn dan de technische normen die door de in artikel 1, lid 1, van Richtlijn 86/364/EEG (6) bedoelde conformiteitsbewijzen zijn gecertificeerd;
- c) de voorschriften inzake het vervoer van sommige categorieën goederen, met name gevaarlijke goederen, bederfelijke levensmiddelen, levende dieren;
- d) de rij- en rusttijden;
- e) de belasting over de toegevoegde waarde (BTW) op vervoerdiensten. Op dit gebied is artikel 21, lid 1, onder a), van Richtlijn 77/388/EEG (7) van toepassing op de verrichtingen bedoeld in artikel 1 van deze verordening.

⁴⁰ Interpretatieve mededeling 2005, a.w., p. 5.

⁴¹ Interpretatieve mededeling 2005, a.w., p. 6.

⁴² Interpretatieve mededeling 2005, a.w., p. 6. Dit voorbeeld duidt er op dat de Commissie met de term ‘cabotagevervoer’ enkel vervoer met een bepaald voertuig bedoelt en niet met het bedrijf als geheel.

⁴³ Art. 6 Vo 3118/93.

De lidstaat van ontvangst moet deze voorwaarden op de niet in die lidstaat gevestigde vervoerder toepassen onder dezelfde voorwaarden als die waaraan de betrokken Lid-Staat zijn eigen onderdanen onderwerpt, zodat duidelijke of verhulde discriminatie op grond van nationaliteit of plaats van vestiging daadwerkelijk wordt uitgesloten.⁴⁴ In het rijtje voorwaarden komen arbeidsvoorwaarden niet voor, met uitzondering van de onder d) genoemde rij- en rusttijden, die wij in dit onderzoek buiten beschouwing laten.⁴⁵

De tweede mogelijkheid die de ondernemer heeft, is zich te vestigen in de lidstaat alwaar hij het binnenlandse vervoer wil verrichten. Dit is een reële oplossing voor de vervoerder die niet beperkt wil worden door het tijdelijke karakter van de cabotage of de vervoerder die uit een van de nieuwe lidstaten komt en aan wie het niet toegestaan is cabotage te verrichten. In het geval de ondernemer zich als vervoerder wil vestigen in een lidstaat is hij uiteraard onderworpen aan het recht van dat land – inclusief de voorwaarden die de vervoerswetgeving van dat land stelt aan de vestiging als zodanig.⁴⁶

Ad 2: Toegang tot het beroep van ondernemer van goederenvervoer

Waaraan moet nu een kandidaat-vervoerder voldoen om een vergunning te bemachtigen voor internationaal en binnenlands vervoer? Deze vergunningen zullen hem worden verleend indien de vervoerder (reëel) gevestigd is in een lidstaat én in die lidstaat, overeenkomstig de voorschriften van de Gemeenschap en van die lidstaat inzake de *toegang* tot het beroep van vervoerondernemer, gemachtigd is internationaal vervoer van goederen over de weg te verrichten, zo blijkt uit art. 3 lid 2 Vo. 881/92. De voorschriften bestaan uit de eisen van betrouwbaarheid, financiële draagkracht en vakbekwaamheid⁴⁷ die elke lidstaat moet stellen (en deels zelf mag invullen) aan de toegang tot het beroep van vervoerder.

Zo stellen de lidstaten op grond van art. 3 lid 2 richtlijn 96/26 onder meer de (minimum)voorwaarden vast die de op hun grondgebied gevestigde ondernemingen moeten vervullen om aan het betrouwbaarheids criterium te voldoen. Krachtens art. 3 lid 3 sub c wordt hieraan niet meer voldaan als de ondernemer veroordeeld is voor ernstige en herhaalde inbreuken inzake onder meer de ‘in het beroep geldende loon- en arbeidsvoorwaarden’. Voorts wordt in een bijlage bij de richtlijn inzake de te stellen vakbekwaamheidseisen ook (enige) kennis verlangd van het burgerlijk recht, handelsrecht, *sociaal recht* en belastingrecht, zowel op nationaal als Europees niveau. Overigens moeten lidstaten op grond van art. 10 van de richtlijn in andere lidstaten afgegeven verklaringen van vakbekwaamheid erkennen als voldoende bewijs, hetgeen

⁴⁴ Art. 6 lid 3 Vo 3118/93.

⁴⁵ De opsomming is limitatief – zie HvJ EG, zaak C-115/00, Hoves, r.o. 54.

⁴⁶ Uiteraard voor zover deze eisen niet in strijd zijn met het Europese recht. Zie voor de ingewikkelde interpretatie van het vestigingsbegrip hierboven onder 1a : uitleg van de Europese jurisprudentie inzake de vrijheid van vestiging in het algemeen (art. 43 EG) en de nationale rechtspraak inzake vestigingsverordening 881/92.

⁴⁷ Richtlijn 96/26/EG van 29 april 1996 inzake de toegang tot het beroep van ondernemer van goederen-, respectievelijk personenvervoer over de weg, nationaal en internationaal, en inzake de wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels ter vergemakkelijking van de uitoefening van het recht van vrije vestiging van bedoelde vervoerondernemers. Naderhand aangescherpt (bij richtlijn 98/76) waarbij onder meer de definitie van normale verblijfplaats is toegevoegd.

impliceert dat aan de vereiste kennis van het toepasselijke nationale recht kan worden voldaan ook al betreft het het recht van een andere lidstaat.

In de boven beschreven regelgeving biedt alleen het betrouwbaarheidsvereiste voor de afgifte van een vergunning aan de vervoerder een duidelijk aanknopingspunt voor de voor chauffeurs geldende loon- en arbeidsvoorwaarden. Niet gesteld is echter dat de vervoerder moet voldoen aan de in zijn lidstaat van vestiging geldende voorwaarden. Hij moet ‘slechts’ de in *zijn beroep* geldende arbeidsvoorwaarden toepassen. De formulering verwijst derhalve niet exclusief naar de regels van een bepaald land.

2.4 Nationale regelgeving

2.4.1 *Wet goederenvervoer over de weg*⁴⁸ en *Wet wegvervoer goederen*⁴⁹

Algemeen

Uit de Memorie van Toelichting van de huidige Wet Goederenvervoer over de weg⁵⁰ (WGW) volgt dat deze wet er op gericht is een in sociaal-economische opzicht goede bedrijfsuitoefening mogelijk te maken in het kader van het goederenvervoer over de weg. Daar waar de voorganger van de WGW, de Wet Autoverkeer Goederen (WAG)⁵¹ nog gericht was op het afstemmen van vraag en aanbod met behulp van een zogenaamd capaciteitsregime, beoogde de wetgever met de WGW een vrijere verrichting van vervoersdiensten te faciliteren.⁵² Bedacht moet echter worden dat deze wet voornamelijk een geheel is van implementatie van en aanpassing aan Europese richtlijnen en verordeningen. Zo kent de wet in de eerste plaats voorwaarden waaronder het beroep van ondernemer in het goederenvervoer over de weg mag worden uitgeoefend. Met deze bepalingen wordt uitvoering gegeven aan richtlijnen 89/438/EEG⁵³, 96/26/EG⁵⁴, 2003/59/EG⁵⁵. In de tweede plaats bevat de wet voorwaarden waaronder de in Nederland

⁴⁸ Wet Goederenvervoer over de Weg, 12 maart 1992, Stbl. 145

⁴⁹ Wetsvoorstel 30896, aangenomen in de Eerste Kamer op 28 oktober 2008, zie: Handelingen 2008-2009, nr. 5, Eerste Kamer, p. 206-207.

⁵⁰ TK 1989-1990, 21532, nr. 3, p. 12

⁵¹ Wet Autovervoer Goederen, Stb. 1951, 342

⁵² TK 1989-1990, 21532, nr. 3, § 8.2

⁵³ Richtlijn 89/438/EEG van de Raad van 21 juni 1989 tot wijziging van Richtlijn 74/561/EEG inzake de toegang tot het beroep van ondernemer van nationaal en internationaal goederenvervoer over de weg, Richtlijn 74/562/EEG inzake de toegang tot het beroep van ondernemer van nationaal en internationaal personenvervoer over de weg en Richtlijn 77/796/EEG inzake de onderlinge erkenning van diploma's, certificaten en andere titels van ondernemer van goederenvervoer over de weg en ondernemer van personenvervoer over de weg en houdende maatregelen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het recht van vrije vestiging van die vervoersondernemers.

⁵⁴ Richtlijn 96/26/EG van 29 april 1996 inzake de toegang tot het beroep van ondernemer van goederen-, respectievelijk personenvervoer over de weg, nationaal en internationaal, en inzake de wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels ter vergemakkelijking van de uitoefening van het recht van vrije vestiging van bedoelde vervoerondernemers.

⁵⁵ Richtlijn 2003/59/EG van 15 juli 2003 betreffende de vakbekwaamheid en de opleiding en nascholing van bestuurders van bepaalde voor goederen- en personenvervoer over de weg bestemde voertuigen, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 3820/85 van de Raad en Richtlijn 91/439/EEG van de Raad en tot intrekking van Richtlijn 76/914/EEG van de Raad.

gevestigde vervoerder of de vervoerder die niet in een EU-lidstaat gevestigd is goederenvervoer over de weg mag vervoeren. Deze bepalingen sluiten aan de bij de direct werkende verordeningen 881/92⁵⁶ (marktverordening) en 792/94⁵⁷ en 3118/93⁵⁸ (cabotageverordening). In de derde plaats kent de wet de mogelijkheid van delegatie om te voorzien in de uitvoering van in de toekomst te maken internationale afspraken. Op deze manier is het mogelijk geweest de richtlijnen die tot stand zijn gekomen na deze wet op een eenvoudige manier te implementeren. Ten slotte worden er regels gegeven voor het eigen vervoer.

In 2009 (de precieze datum is nog onbekend op het moment van schrijven van dit eindrapport) treedt de opvolger van de WGW in werking, de Wet wegvervoer goederen (WWG).⁵⁹ De wet is op 28 oktober 2008 aangenomen door de Eerste Kamer. Met deze wet streeft de wetgever meerdere doelstellingen na. De eerste doelstelling zoals deze in de Memorie van Toelichting naar voren komt, is de wens de regelgeving in vergelijking met de WGW te versoberen. In het kader van de deregulering dienen daarom niet meer nationale bepalingen dan strikt noodzakelijk te worden gehanteerd. Dit heeft te maken met de wens Nederlandse vervoerders onder dezelfde condities te laten werken als hun Europese concurrenten, nu door de verdergaande liberalisering van de Europese interne markt de internationale concurrentie binnen de Europese Unie toeneemt.⁶⁰ De tweede doelstelling is het verminderen van de administratieve lasten voor het bedrijfsleven en de derde doelstelling het verbeteren van de handhaafbaarheid van de regelgeving, waarbij melding wordt gemaakt van het slecht werkende puntenstelsel dat wordt gehanteerd in het kader van de betrouwbaarheidseis aan de vervoerder.⁶¹ De aangenomen amendementen van de Tweede Kamer hebben tot gevolg dat de eerste doelstelling van het wetsvoorstel, de versobering van regelgeving, voor een deel niet wordt gerealiseerd. Wel voorziet de wet nog in het schrappen van de inschrijvingsplicht voor het eigen vervoer, de verlaging van de eisen voor de financiële draagkracht tot het Europese minimum en het schrappen van de aparte vergunning.⁶² Ten aanzien van de tweede doelstelling concludeert de regering dat de amendementen van de Tweede Kamer ook op

⁵⁶ Verordening (EEG) Nr. 881/92 van 26 maart 1992 betreffende de toegang tot de markt van het goederenvervoer over de weg in de Gemeenschap van of naar het grondgebied van een Lid-Staat of over het grondgebied van een of meer Lid-Statens.

⁵⁷ Verordening (EG) nr. 792/94 van de Commissie van 8 april 1994 tot vaststelling van bepalingen ter uitvoering van Verordening (EEG) nr. 3118/93 van de Raad voor het eigen vervoer van goederen over de weg.

⁵⁸ Verordening (EEG) nr. 3118/93 van de Raad van 25 oktober 1993 tot vaststelling van de voorwaarden waaronder vervoersondernemers worden toegelaten tot het binnenlands goederenvervoer over de weg in een Lid-Staat waar zij niet gevestigd zijn.

⁵⁹ Zie NIWO-mededeling 6707, van 8-09-2008: 'Stand van zaken nieuwe Wet wegvervoer goederen'.

⁶⁰ Mede voortvloeiend uit de in de Tweede Kamer aangenomen motie van de leden Weekers en Herrebrugh aangenomen waarin wordt opgeroepen om voortaan doublures of stapeling van nationale regelgeving met EU-regelgeving tegen te gaan (Kamerstukken II 2000/01, 27 400 XII, nr. 30, Handelingen II 2000/01, blz. 2983), aldus MvT, p. 3.

⁶¹ MvT, p. 4: "Mede door onvolledige informatie is in de jaren 1992 tot en met 1995, slechts één punt uitgedeeld (Kamerstukken II 1995/96, 24 400 XII, nr. 48, blz. 3 en blz. 4). Minimaal drie punten zijn nodig om tot intrekking van de vervoervergunning over te gaan." Na 1996 is de effectiviteit van het puntenstelsel niet verbeterd. Het probleem is dat een register van civiele rechterlijke veroordelingen ontbreekt, waardoor in de praktijk zelden strafpunten aan vervoersbedrijven worden toegekend.

⁶² Zie de Memorie van Antwoord bij de behandeling van het gewijzigde wetsvoorstel in de Eerste Kamer

dit punt een negatieve invloed hebben gehad: de vermindering van de administratieve lastendruk voor het bedrijfsleven wordt daardoor beperkter dan voorzien in het oorspronkelijke voorstel.⁶³

Belangrijkste wijzigingen WWG

In het oorspronkelijke voorstel voor de WWG werden drie wijzigingen voorgesteld ten opzichte van de WGV die van belang zijn voor ons onderzoek: De verhoging van de ondergrens van de vergunningplicht (1), het vervallen van de vergunning voor binnenlands vervoer (2) en het schrappen van de eis van dienstbetrekking (3). Met betrekking tot het laten vervallen van de vergunning voor binnenlands vervoer, wordt uitgegaan van de gedachte dat momenteel het merendeel van de vervoerders grensoverschrijdend vervoer verricht en daarom verplicht is zowel een communautaire, als een binnenlandse vergunning aan te vragen. De binnenlandse vergunning wordt om die reden als overbodig beschouwd en met een overgangsregeling voor de vervoerders die momenteel enkel een vergunning voor binnenlands vervoer hebben, hoopt de wetgever de lasten voor de ondernemers te kunnen verlichten.⁶⁴ Het verhogen van de ondergrens van de vergunningplicht van 500 kilogram naar 3,5 ton totaalgewicht is om dezelfde reden voorgesteld. Hierdoor zouden vooral koeriersbedrijven in de toekomst aan de vergunningsplicht ontkomen.⁶⁵ Dit tweede voorstel is echter afgeschoten in de Tweede Kamer.⁶⁶

Het voorstel van de wetgever het dienstbetrekkingsvereiste los te laten, zou de mogelijkheid scheppen voor het intreden van zzp'ers zonder vergunning, dat wil zeggen zonder eigen vrachtwagen. Volgens de Memorie van Toelichting bij het oorspronkelijke voorstel is afschaffing van de eis van dienstbetrekking gewenst nu deze eis in geen enkele andere lidstaat van de EU wordt gesteld. Zonder de eis zouden Nederlandse wegvervoerondernemingen onder dezelfde condities kunnen werken als hun Europese concurrenten. Verder zou de eis van dienstbetrekking uit de tijd zijn, nu het rechtstreeks contracteren van zzp-ers (zelfstandigen zonder personeel) in vele bedrijfstakken gebruikelijk is. Er is geen andere bedrijfstak waarin het de ondernemer op basis van wettelijke bepalingen verboden is medewerkers in te zetten die niet bij hem in dienstbetrekking zijn of op basis van een uitzendovereenkomst ter beschikking worden gesteld. Voor de naleving van cao-bepalingen zou de eis bovendien geen enkele garantie

⁶³ Zie EK, 2008–2009, 30 896, C, p. 1.: De handhaving van de huidige ondergrens voor de vergunningplicht en van de eis van dienstdienstbetrekking voor chauffeurs verlagen de voorgenomen reductie met €2,26 mln. De cijfers zijn gebaseerd op een tarief van €45 per uur.

⁶⁴ TK 2007–2007, 30896, nr. 7, p. 1–2

⁶⁵ Ook vervalt in de WWG overigens de niet uit Europese regelgeving voortvloeiende inschrijvingsplicht voor eigen vervoer bij de Stichting Inschrijving Eigen Vervoer (SIEV). De huidige inschrijvingsplicht is bedoeld om bij controles eigen vervoer van beroepsvervoer te kunnen onderscheiden. Volgens de MvT heeft de inschrijvingsplicht echter geen toegevoegde waarde meer voor de handhaving, nu de status van het vervoer door de inspecteurs wordt vastgesteld uit onderzoek van de lading en van de in de vrachtauto aanwezige documenten. De afschaffing van de inschrijvingsplicht wordt daarom aangemerkt als een verantwoorde vorm van administratieve lastenverlichting.

⁶⁶ TK 2007–2008, 30896, nr. 10; Amendement inzake het in tact laten van de huidige ondergrens voor het gebruik van een vrachtbrief bij het binnenlands beroepsvervoer, is aangenomen bij stemming op 12 feb. 2008, zie Handelingen II, 2007–2008, nr. 52, pag. 3787–3788 : Stemmingen over de Wet wegvervoer goederen (30896).

bieden, nu de verklaring van dienstbetrekking niet meer is dan een gezamenlijke verklaring van werkgever en werknemer dat sprake is van een loon- en gezagsverhouding.⁶⁷

Voorals de PvdA-fractie en de SP-fractie hebben er tijdens de behandeling van de WWG voor gepleit de eis van dienstbetrekking in ieder geval tijdelijk te behouden. Loslaten van het huidige, gebrekkig werkende instrument, zou leiden tot ongebreidelde concurrentie op arbeidsvoorwaarden tussen zzp'ers en werknemers. Dit behoort niet tot de doelstellingen van de WWG.⁶⁸ Nu de WWG geen 'nieuwe schoenen' (andere instrumenten tegen ongewenste arbeidsvoorwaardenconcurrentie) bevat, zouden de oude schoenen nog niet weggegooid mogen worden. Mede om deze redenen is het voorstel tot schrappen van de eis van dienstbetrekking weggestemd in de Tweede Kamer.⁶⁹

2.4.2 Geldende en toekomstige wetgeving

Werkingsfeer WGW en WWG⁷⁰

Art. 2 lid 1 WGW bepaalt dat deze wet zowel van toepassing is op beroepsvervoer als op eigen vervoer dat verricht wordt met vrachtauto's waarvan het toegestane laadvermogen meer bedraagt dan 500 kilogram.⁷¹ Het onderscheid tussen bovengenoemde vormen van vervoer wordt door de Hoge Raad scherp getrokken om oneerlijke concurrentie te voorkomen.⁷² Aangezien de eigen vervoerder niet in concurrentie treedt met de beroepsvervoerder en slechts zijn eigen belangen dient, hoeft hij niet te voldoen aan de eisen voor de toegang tot het beroep van de beroepsgoederenvervoerder.⁷³ Voorts volgt uit art. 2 lid 2 dat de werkingssfeer van deze wet zich niet beperkt tot het goederenvervoer binnen de Nederlandse grenzen (lid 1), maar zich mede uitstrekt tot beroeps- of eigen vervoer dat geheel of ten dele buiten Nederland wordt verricht door een in Nederland gevestigde ondernemer. De WGW is dus zowel van toepassing op binnenlands vervoer als op internationaal vervoer.

⁶⁷ TK 2006/07, 30 896, nr. 3, p. 25, 26. Zie voorts Hamilton en Scherpenisse, a.w., p. 185.

⁶⁸ Volgens de regering is er geen reden om ervan uit te gaan dat het voorstel tot afschaffing van de eis van dienstbetrekking ten koste zou kunnen gaan van de arbeidsvoorwaarden van chauffeurs. Zie TK 2006/07, 30 896, nr. 7, p. 7. Hamilton en Scherpenisse, a.w., p. 186, plaatsen hier kanttekeningen bij: Door het schrappen van de eis van dienstbetrekking zou een substantieel aantal chauffeurs dat zichzelf als zzp'er kan gaan verhuren buiten het bereik van de cao gaan vallen waardoor handhaving van de naleving van de cao-bepalingen in het geheel niet meer aan de orde is. Ook de FNV is kritisch: Alhoewel andere landen geen eis van dienstbetrekking kennen, wordt volgens de FNV in België en Duitsland op andere wijze de concurrentie op arbeidsvoorwaarden tegengegaan, namelijk door de eis dat zzp'ers minimaal volgens het cao-niveau worden beloond (en in België door koppeling met kenteken).

⁶⁹ TK 2007-2008, 30896, nr. 15; Amendement over weer opnemen van de eis van een vaste dienstbetrekking, is aangenomen bij stemming op 12 februari 2008, zie Handelingen II, 2007-2008, nr. 52, pag. 3787-3788 : Stemmingen over de Wet wegvervoer goederen (30896).

⁷⁰ Voor de tekst van de Wgw baseren we ons op Kamerstukken I, 2007-2008, 30 896, A.

⁷¹ Art. 3 Wgw.

⁷² HR 13-06-2006, 01793/05E, LJN AW3581.

⁷³ TK 1989-1990, 21532, nr. 3, p. 10.

Dit laatste geldt ook voor de WWG. Zo bepaalt artikel 1.3 dat de wet van toepassing is op het beroepsvervoer en het eigen vervoer⁷⁴ dat wordt verricht:

- a. door een in Nederland gevestigde vervoerder;
- b. in Nederland door een buiten Nederland gevestigde vervoerder.

Toegang tot binnenlands beroepsvervoer

Art. 5 lid 1 WGW bepaalt dat het verboden is binnenlands beroepsvervoer over de weg te verrichten zonder vergunning. Het is een buiten Nederland gevestigde ondernemer toegestaan cabotagevervoer te verrichten op grond van Vo. 3118/93.⁷⁵ Als de buitenlandse ondernemer niet beperkt wil worden door het tijdelijke karakter van de toegestane cabotage kan hij zich vestigen in Nederland en een vergunning voor binnenlands vervoer aanvragen. Een vergunning voor binnenlands beroepsvervoer moet op grond van art. 8 Bgw worden aangevraagd bij de stichting Nationale en Internationale Wegvervoer Organisatie (NIWO) en wordt toegewezen indien voldaan is aan de minimumvereisten van vakbekwaamheid, kredietwaardigheid en betrouwbaarheid. Deze vereisten zijn voorgeschreven door richtlijn 96/26/EG en door Nederland geïmplementeerd in WGW en BGW.

In de WWG komt de vergunning voor puur binnenlands vervoer te vervallen (zie hierboven). Een ondernemer die zich uitsluitend op de binnenlandse markt richt, dient vanaf de inwerkingtreding van de WWG dus een communautaire vergunning aan te vragen.

Toegang tot internationaal beroepsvervoer

Zoals reeds eerder opgemerkt wordt de communautaire vergunning verleend indien de ondernemer gevestigd is in een lidstaat en voldoet aan de eisen van betrouwbaarheid, financiële draagkracht en vakbekwaamheid⁷⁶ die deze lidstaat stelt aan de toegang tot het beroep van vervoerder. De Nederlandse WGW geeft toegang tot het beroep van internationaal vervoerder indien de aanvrager (1) een vergunning heeft voor binnenlands beroepsvervoer, en (2) indien binnen de onderneming van de aanvrager wordt voldaan aan een aanvullende eis van vakbekwaamheid voor grensoverschrijdend beroepsvervoer.⁷⁷ In de WGW ligt de ondergrens voor de vergunningplicht voor

⁷⁴ De bovengenoemde 500 kilogram-grens keert hier niet terug. Zie ook de definitie in art. 1.1: eigen vervoer: vervoer van goederen met een of meer vrachtauto's dat voor eigen rekening wordt verricht dan wel als werkzaamheid van ondersteunende aard die direct samenhangt met de hoofdwerkzaamheid binnen de bedrijfsactiviteiten; Echter blijkt art. 2.2 2. Wwg is de EG-marktverordening voor het wegvervoer in afwijking van het eerste lid niet van overeenkomstige toepassing op het beroepsvervoer door een in Nederland gevestigde vervoerder dat wordt verricht met een of meer vrachtauto's met een laadvermogen van niet meer dan 500 kg.

⁷⁵ Verordening (EEG) nr. 3118/93 van de Raad van 25 oktober 1993 tot vaststelling van de voorwaarden waaronder vervoersondernemers worden toegelaten tot het binnenlands goederenvervoer over de weg in een Lid-Staat waar zij niet gevestigd zijn

⁷⁶ Richtlijn 96/26/EG van 29 april 1996 inzake de toegang tot het beroep van ondernemer van goederen-, respectievelijk personenvervoer over de weg, nationaal en internationaal, en inzake de wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels ter vergemakkelijking van de uitoefening van het recht van vrije vestiging van bedoelde vervoerondernemers

⁷⁷ Zie art. 2 Regeling erkenning getuigschrift beroepsvervoer 3 april 2002, Stcrt 2002, 72 jo. 22 BGW jo. 9 lid 2 WGW.

binnenlands vervoer op 500 kilogram laadvermogen. Voor grensoverschrijdend vervoer geldt de Europese ondergrens van 3,5 ton maximum toegestaan totaalgewicht. De facto geldt de binnenlandse ondergrens echter voor alle categorieën vervoer aangezien een vergunning voor internationaal vervoer alleen kan worden verleend als er een vergunning is voor binnenlands vervoer.⁷⁸

In de WWG is deze feitelijke situatie in feite ‘gecodificeerd’, door bij de enige vergunning die nog verkregen kan worden, de communautaire vergunning, nu de ondergrens te verlagen naar 500 kg laadvermogen. Nederland en België zijn de enige lidstaten, die deze ondergrens van 500 kg voor de communautaire vergunning toepassen, aldus de Minister. Twee jaar na inwerkingtreding van de WWG zal deze uitzonderingspositie geëvalueerd worden.⁷⁹

Regeling ontvallen betrouwbaarheid

Ter implementatie van richtlijn 96/26 was in de Nederlandse ‘Regeling ontvallen betrouwbaarheid’, gebaseerd op art. 34 BGW (Besluit Goederenvervoer over de Weg), vastgelegd dat aan de eis van betrouwbaarheid niet langer wordt voldaan als aan een ondernemer in een aangesloten periode van drie jaar negen ‘strafpunten’ zijn toegekend. Deze strafpunten werden toegekend naar aanleiding van onder meer gerechtelijke uitspraken inzake de niet-nakoming van de ‘in het beroep geldende loon- en overige op geld waardeerbare arbeidsvoorwaarden’. Elk vonnis leverde 1 strafpunt op⁸⁰. Na drie jaar begon de telling opnieuw. Dit systeem werkte niet goed en is inmiddels buiten gebruik.

Onder het regime van de WWG wordt het strafpuntenstelsel vervangen door de zogenoemde integriteitsverklaring. Krachtens art. 2.10 voldoet de ondernemer aan de eis van betrouwbaarheid door overlegging van een niet ouder dan drie maanden zijnde integriteitsverklaring beroepsvervoer. Een ondernemer wiens land van oorsprong of herkomst een andere lidstaat is, voldoet aan de eis van betrouwbaarheid door overlegging van een niet ouder dan drie maanden zijnde document of verklaring die Nederland op grond van richtlijn 96/26, voor het voldoen aan de eis van betrouwbaarheid moet erkennen. De integriteitsverklaring of het buitenlandse equivalent daarvan moet in elk geval bij aanvraag en verlenging van de vergunning worden overgelegd. Als de NIWO twijfelt aan de betrouwbaarheid van een onderneming kan zij ook op een ander moment verzoeken om overlegging van een verklaring niet ouder dan drie maanden.

Het inleenverbod

De Nederlandse wetgever heeft voorts een belangrijke (arbeidsrechtelijke) voorwaarde gesteld aan het uitoefenen van vervoer dat geschiedt onder een in Nederland uitgegeven vergunning. In beginsel is het de vergunninghouder van een binnenlandse, dan wel communautaire vergunning niet toegestaan gebruik te maken van de diensten van

⁷⁸ Cf. Hamilton en Scherpenisse, a.w., p. 186.

⁷⁹ EK, 2008–2009, 30 896, C, p. 4.

⁸⁰ Kennelijk ongeacht het aantal in dat vonnis vastgestelde overtredingen. Zie over de problematische effectiviteit van dit stelsel en het voorgestelde alternatief van een integriteitsverklaring in de WWG, P. Hamilton en R. Scherpenisse, De nieuwe Wet Wegvervoer Goederen: enkele belangrijke materiële wijzigingen, Tijdschrift Vervoer & Recht, 2007-6, p. 187-189.

chauffeurs die niet bij hem in dienstbetrekking staat. Voor het aannemen van een dienstbetrekking is volgens art. 14 lid 2 in ieder geval vereist dat de vergunninghouder en chauffeur een verklaring ondertekenen waaruit in ieder geval blijkt dat:

- a.** het vervoer voor rekening en risico van de vergunninghouder wordt verricht; en
- b.** tussen de vergunninghouder en de bestuurder van een vrachtauto sprake is van een loons- en gezagsverhouding

Art. 26 BGW formuleert echter een belangrijke uitzondering op de regel van art. 12 WGW. Een vergunninghouder mag namelijk wel gebruik maken van de diensten van:

- a.** een werknemer, die voor beperkte tijd bij wijze van hulpbetoon zonder winstoogmerk aan een vergunninghouder ter beschikking is gesteld door een andere vergunninghouder bij wie die werknemer in dienstbetrekking is en die ten bewijze daarvan een verklaring van dienstbetrekking kan tonen; of
- b.** een werknemer, die door een door Onze Minister aan te wijzen instelling aan een vergunninghouder ter beschikking is gesteld en die ten bewijze daarvan een door deze instelling afgegeven verklaring kan tonen volgens een door Onze Minister vastgesteld model.

Sub a wordt ook wel collegiale inleen genoemd. Deze ‘andere vergunninghouder’ hoeft niet gevestigd te zijn in Nederland. Sub b biedt de vergunninghouder de mogelijkheid uitzendkrachten in te lenen van door de Minister aangewezen uitzendorganisaties. Ook hierbij geldt dat het uitzendbureau niet in Nederland gevestigd hoeft te zijn. In de belangrijkste cao’s in de sector is vastgelegd dat ondernemingen vanaf 1 januari 2008 alleen nog met een zogeheten NEN-gecertificeerd uitzendbureau in zee mogen gaan. Ook buitenlandse uitzendbureaus komen in aanmerking voor NEN-certificering, al is de specifieke norm hiervoor nog in de maak.⁸¹

In de WVG komt, zoals gezegd tegen de oorspronkelijke bedoeling van de regering in, de eis van dienstbetrekking terug, en wel in artikel 2.11. Ingevolge het voorgestelde artikel 8.7 vervalt de eis op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.⁸² De afschaffing van het vereiste kan volgens de Minister binnen twee jaar na de inwerkingtreding van de WVG plaatsvinden indien de sociale partners een bevredigende oplossing vinden voor zzp’ers zonder eigen vrachtauto, waarbij bescherming wordt geboden tegen betaling onder het CAO-loon.⁸³

Vergunning en kenteken

De koppeling van de vergunning aan het kentekenbewijs zoals dat in de WAG voorkwam, is in de WVG losgelaten omdat het blijkt uit de Memorie van Toelichting

⁸¹ Zie art. 9 resp. 48 van TLN-cao en KNV-cao. Gedoeld wordt op de NEN 4400-1 (en binnenkort NEN 4400-2, specifiek voor in het buitenland gevestigde uitzendbureau’s) norm.

⁸² EK, 2008–2009, 30 896, C, p. 4.

⁸³ Zie TK 2007/2008, 30 896, nr. 15, blz. 2.

geen deugdelijk instrument in het kader van controle zou zijn en het de mogelijkheid tot flexibele bedrijfsvoering in de weg stond.⁸⁴

2.4.2 De Cao

Met betrekking tot het goederenvervoer over de weg spelen twee cao's een belangrijke rol: De TLN-Cao en de KNV-Cao. Bepalingen van de TLN-Cao zijn algemeen verbindend verklaard. Op grond van art. 2 vallen alle "werkgevers en werknemers van in Nederland gevestigde ondernemingen" die vergunningplichtig vervoer krachtens de WGW verrichten, en/of die tegen vergoeding geheel of ten dele vervoer verrichten anders dan van personen, over de weg of over andere dan voor het openbaar verkeer openstaande wegen onder het toepassingsgebied van deze cao. Als gevolg hiervan, vallen de werknemers van transportondernemingen die niet in Nederland gevestigd zijn in beginsel niet onder de reikwijdte van de cao. Wel vallen door dit artikel een aantal vervoersdiensten die niet vergunningplichtig zijn op grond van de WGW, onder deze cao. Verder geldt de cao niet voor ondernemingen die een eigen cao dienen toe te passen, ofwel een eigen bedrijfstak-cao dienen toe te passen, ofwel over een eigen vastgelegd arbeidsvoorwaardenpakket beschikken. In het laatste geval is echter wel vereist dat deze regelingen gelijkwaardig zijn aan het niveau van de TLN-cao. Een voorbeeld van een cao die uitgezonderd is, is de KNV-cao.

Onder het begrip werknemer zoals gedefinieerd in art. 3, is niet de (arbeids)relatie begrepen die bestaat tussen een opdrachtgever en een opdrachtnemende zelfstandige. De cao is dan ook niet van toepassing op de zelfstandige.

Met het besluit van 14 oktober 2007 om het grootste deel van de TLN-cao algemeen verbindend te verklaren, is *de in Nederland gevestigde werkgever* verplicht om, wanneer hij niet gebonden is aan een andere cao, de algemeen verbindend verklaarde bepalingen van de TLN-cao toe te passen.⁸⁵ Omdat ook de werkingssfeerbepaling van deze cao algemeen verbindend is verklaard, moet mede aan de hand daarvan beoordeeld worden of de cao op de arbeidsverhouding van de chauffeur van toepassing is. Op deze materie van internationaal privaatrechtelijke aard komen we terug in het tweede deel van dit onderzoek.

2.5 Internationale regelgeving

⁸⁴ TK 1989-1990, 21532, nr. 3, p. 18. Zie tevens Hamilton en Scherpenisse, a.w., p. 184-185. Tot 1 juli 1998 gold bij cabotage echter wel de eis van een geregistreerd voertuig in de lidstaat van vestiging. Deze eis werd gesteld voor de afgifte van een cabotagevergunning door de Commissie in het kader van de te verdelen contingenten (zie art. 2 en 3 Vo. 3118/93). In het arrest Hoves (C-115/00) waarvan de feiten plaatsvonden voor 1 juli 1998 (zie r.o. 30), wekt het verwarren dat het Hof hier bij het aanhalen van art. 3 lid 2 spreekt van een 'communautaire vergunning' waar een cabotagevergunning bedoeld moet zijn (zoals vermeld in de wettekst zelf).

⁸⁵ Besluit van de Minister van SZW van 14 oktober 2007 tot algemeen verbindendverklaring van bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst voor het beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen, UAW Nr. 10698 Bijvoegsel Stcrt. d.d. 12-10-2007, nr. 198.

2.5.1 Toegang tot de vervoersmarkt

CEMT

De in 1953 opgerichte Conferentie van Europese Ministers van Transport van de OESO-lidstaten⁸⁶ heeft in 1973 een multilaterale transportvergunning in het leven geroepen om het beroepsgoederenvervoer tussen de deelnemende landen te bevorderen. Met deze zogeheten CEMT-vergunning is het de vervoerder toegestaan internationaal goederenvervoer over de weg te verrichten met laad- en losplaatsen in verschillende bij de CEMT aangesloten staten en transitovervoer door die staten. Cabotagevervoer is echter met deze vergunning niet toegestaan. De voorwaarden om tot het beroep van vervoerder te mogen toetreden en de voorwaarden van toegang tot de markt, zijn vergelijkbaar met de voorwaarden voor de communautaire vergunning. Op deze manier is het voor de niet in een EU-lidstaat gevestigde vervoerder mogelijk vervoer te verrichten van en naar een EU-lidstaat, indien het land waar hij gevestigd is, aangesloten is bij de CEMT. Hierbij moet overigens wel bedacht worden dat het grote verschil met de communautaire vergunning blijft dat de CEMT nog steeds uitgaat van een contingenteringstelsel.

Op 1 januari 2006 zijn de volgende 44 landen aangesloten bij de CEMT: Albanië, Armenië, Azerbeidjan, België, Bosnië-Herzegovina, Bulgarije, Denemarken, Duitsland, Estland, Finland, Frankrijk, FYR Macedonië, Georgië, Griekenland, Hongarije, Ierland, IJsland (doet echter niet mee aan het systeem van CEMT vergunningen), Italië, Kroatië, Letland, Liechtenstein, Litouwen, Luxemburg, Malta, Moldavië, Nederland, Noorwegen, Oekraïne, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië, Russische Federatie, Servië & Montenegro, Slovenië, Slowakije, Spanje, Tsjechië, Turkije, Verenigd Koninkrijk, Wit-Rusland, Zweden en Zwitserland.

Het staat de partijen vrij bilaterale overeenkomsten te sluiten waarin het CEMT-regime wordt verlicht. De CEMT beoogt immers een bescherming te bieden aan de gemeenschappelijke markt en nationale markten, maar wanneer staten deze bescherming deels vrij willen geven voor hun eigen territoire, hebben zij daar de mogelijkheid toe. Zo kan Nederland ritmachtigingen verlenen aan de vervoerder uit een land die geen EU-lidstaat is, ook wanneer deze geen CEMT-vergunning heeft. De voorwaarden waaronder een specifieke ritmachtiging verleend wordt, worden bepaald door de bilaterale overeenkomsten die Nederland gesloten heeft met het land waar de vervoerder gevestigd is.

Nu de voorwaarden voor een CEMT-vergunning van gelijke aard of strenger zijn dan de in EU-verband geldende regels, wordt op deze regeling hierna niet verder ingegaan. Immers, alle speelruimte die de lidstaten onder het EG-recht nog hebben om hun eigen vergunningsvoorwaarden op te leggen aan vervoerders, geldt als minimum ook in CEMT-verband.

⁸⁶ Inmiddels heeft de CEMT zijn naam gewijzigd in International Transport Forum, zie <http://www.internationaltransportforum.org/>.

2.5.2 Sociale aspecten

AETR⁸⁷

De AETR is een op 1 juli 1970 gesloten overeenkomst tussen zowel de EU-lidstaten als derde landen (de op 1 januari 1978 in werking getreden overeenkomst is overgenomen door de VN) en is van toepassing op het vervoer vanuit een lidstaat naar een derde land die partij is bij de AETR en vice versa wanneer het voertuig in een lidstaat dan wel een land dat partij is bij de AETR is geregistreerd. Hieronder valt ook de situatie dat twee derde landen die partij zijn bij de AETR via een lidstaat vervoeren. Verder is de AETR van toepassing op dat traject van het vervoer dat binnen de Gemeenschap plaatsvindt in het geval er internationaal vervoer plaatsvindt tussen een lidstaat en een derde land dat geen partij is bij de AETR. Bovendien is de AETR van toepassing voor het traject binnen de Gemeenschap wanneer er vervoer verricht wordt tussen twee derde landen die geen partij zijn bij de AETR en het vervoer een lidstaat aandoet. Voor de werking van deze overeenkomst wordt het vervoer tussen lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap beschouwd als nationaal vervoer in de zin van de AETR, voor zover dit vervoer geen transitovervoer is over het grondgebied van een derde land dat partij is bij de AETR.

Minimumvereisten arbeidstijden

De AETR biedt vergelijkbaar met de oude EG-verordening 543/69 (thans geldt verordening 561/2006)⁸⁸ een aantal minimumvereisten met betrekking tot bemanningsamenstelling en rij- en rusttijden waaraan voldaan moet worden wanneer een ondernemer wil vervoeren in de landen die partij zijn bij de overeenkomst. Het uitgangspunt dat bescherming bij de AETR voorop staat, is terug te zien in art. 4 lid 1 waarin bepaald wordt dat het recht van toepassing is van het land waar het bemanningslid gewoonlijk zijn arbeid verricht, tenzij dit recht een lager beschermingsniveau biedt dan de bepalingen van de AETR. Een zelfde minimumharmonisatie is neergelegd in verordening 561/2006 ten aanzien van het vervoer tussen EU-lidstaten.

Een staat die partij is bij de AETR dient bovendien het in deze regeling neergelegde minimumniveau aan te houden ten aanzien van vervoerders op zijn grondgebied afkomstig uit een derde land dat geen partij is bij de AETR.

Bilaterale overeenkomsten

Art. 2 van de AETR biedt de mogelijkheid in bilaterale overeenkomsten tussen twee buurlanden die partij zijn, te bepalen dat de bepalingen van de nationale wetgeving van het land waar het voertuig is ingeschreven, alsmede de bepalingen van de scheidsrechterlijke uitspraken en collectieve arbeidsovereenkomsten die in dat land van kracht zijn, als enige van toepassing zijn op international wegvervoer dat tot hun grondgebied beperkt blijft, wanneer dit voertuig - op een van deze grondgebieden de zone, gelegen aan weerskanten van de gemeenschappelijke grens, welke zone door de

⁸⁷ Europese Overeenkomst nopens de arbeidsvoorwaarden voor de bemanningen van motorrijtuigen in het internationale vervoer over de weg (AETR) - Protocol van ondertekening Pb L 095 van 08/04/1978 blz. 0001 – 0018, in werking getreden voor EG-lidstaten via Vo. 2829/77.

⁸⁸ Vo. 543/69 is eerst nog vervangen door Vo. 3820/85, welke vervolgens is komen te vervallen bij de inwerkingtreding van Vo. 561/2006.

Overeenkomstsluitende Partijen in onderling overleg als grenszone is aangewezen, niet verlaat, dan wel slechts een van deze grondgebieden in transit passeert.

Ook hebben landen die beide partij zijn bij de AETR de bevoegdheid onderling overeen te komen, dat de bepalingen van de nationale wetgeving van het land waar het voertuig is ingeschreven, alsmede de bepalingen van de scheidsrechterlijke uitspraken en collectieve arbeidsovereenkomsten die in dat land van kracht zijn, als enige van toepassing zijn op bepaald internationale wegvervoer dat beperkt blijft tot hun grondgebieden en waarvan het traject vanaf het punt van vertrek tot aan het punt van aankomst van het voertuig minder dan 100 km bedraagt. Ten aanzien van dat specifieke wegvervoer geldt de fictie van intern transport.

Aanknopingspunten arbeidsverhouding met chauffeur

Vanaf art. 4 blijkt dat de AETR, ondanks zijn titel waarin gesproken wordt over *de arbeidsvoorwaarden* in algemene zin, alleen ziet op wettelijke en cao-bepalingen inzake de duur van de rust- en rijtijden en de samenstelling der bemanning. Deze onderwerpen zijn niet van belang voor beantwoording van de vraag voor welke chauffeurs Nederland verantwoordelijk is voor de arbeidsverhoudingen.

2.6 Toekomstige EG regelgeving

Waar de vorige Nederlandse regering op 6 december 2006 juist een voorstel ingediend had om de huidige WGW te vervangen door een liberalere Wet wegvervoer goederen (WWG, zie par 2.4), is in de Europese voorstellen van mei 2007 juist een trend tot stringentere voorwaarden voor de toegang tot de wegvervoermarkt en het beroep van vervoerder te bespeuren. Deze voorstellen tot wijziging van het wettelijk kader voor het beroepswegvervoer zijn inmiddels in een vergevorderd stadium van het besluitvormingsproces; er is een politiek compromis bereikt in de Raad.

Toegang tot de markt van internationaal vervoer en binnenlands vervoer

Op 23 mei 2007 heeft de Commissie een voorstel ingediend tot vaststelling van gemeenschappelijke regels voor toegang tot de markt voor internationaal goederenvervoer over de weg. Voorstel COM (2007) 265⁸⁹ heeft tot doel de verordeningen 881/92 en 3118/93 inzake de toegang tot de markt van het grensoverschrijdend vervoer, respectievelijk de markt van het binnenlands vervoer, te herzien en te consolideren. Voor het doel van dit hoofdstuk zijn de voorgestelde wijzigingen ten aanzien van cabotage het belangrijkste:

Cabotage

Ondanks de publicatie in 2005 van de hierboven in par. 2.3.2 besproken interpretatieve mededeling van de Commissie, gebaseerd op de definitie van het begrip ‘tijdelijk’ door het Hof in het kader van de vrijheid van dienstverlening, bestaan er nog steeds problemen. Lidstaten hanteren nog altijd uiteenlopende en moeilijk afdwingbare regels die tot extra administratieve rompslomp leiden. Om de grootste onzekerheid omtrent de

⁸⁹ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van gemeenschappelijke regels voor toegang tot de markt voor internationaal goederenvervoer over de weg (herschikking) {SEC(2007) 636}.

tijdelijkheid van cabotage weg te nemen stelt de Commissie dan ook de opname van een duidelijke en afdwingbare definitie voor in de nieuwe verordening. Deze houdt in dat aan vervoerders met een communautaire vergunning toestemming wordt verleend om, aansluitend op internationaal vervoer vanuit een andere lidstaat of vanuit een derde land naar de lidstaat van ontvangst, met hetzelfde voertuig tot drie cabotageritten uit te voeren zodra de in het kader van het inkomende internationale vervoer vervoerde goederen zijn geleverd. De laatste lossing van een lading in het kader van een cabotagerit⁹⁰, alvorens de lidstaat van ontvangst te verlaten, moet plaatsvinden binnen zeven dagen na de laatste lossing die in het kader van het inkomende internationale vervoer in de lidstaat van ontvangst heeft plaatsgevonden.⁹¹

Toegang tot het beroep van vervoerder

Op 23 mei 2007 heeft de Commissie tevens een voorstel voor een verordening toegestuurd aan de Raad tot vaststelling van gemeenschappelijke regels betreffende de voorwaarden voor het beroep van wegvervoerondernemer (COM (2007) 263). De huidige regels zijn vastgelegd in Richtlijn 96/26/EG (zie par. 2.3.2) die voorziet in de minimumvoorwaarden inzake betrouwbaarheid, financiële draagkracht en beroepsbekwaamheden waaraan de ondernemingen moeten voldoen om te worden toegelaten tot het beroep van wegvervoerder. Deze voorwaarden zijn de enige gemeenschappelijke eisen waaraan ondernemingen moeten voldoen om actief te mogen zijn op de communautaire wegvervoersmarkt. De richtlijn wordt in de verschillende lidstaten echter op zeer uiteenlopende wijze toegepast, waardoor de interne markt voor wegvervoer niet goed functioneert en de concurrentie vervalst dreigt te worden, zo stelde de Commissie vast in het kader van haar wetgevingsprogramma voor 2006. Daarom is er ook voor gekozen de richtlijn te wijzigen door middel van een verordening.⁹²

De nieuwe verordening zou moeten leiden tot een zelfde toezichtniveau in de lidstaten waarbij voorkomen moet worden dat bepaalde ondernemingen zich kunnen onttrekken aan toezicht door de autoriteiten van de lidstaten waar zij zijn gevestigd. Er worden criteria vastgesteld om ‘postbusbedrijven’ aan banden te leggen. Zo hoopt de Commissie dat er tot meer doorzichtigheid, een betere vergelijkbaarheid en uiteindelijk een grotere legitimiteit van de regels inzake de toegang tot het beroep gekomen wordt.⁹³ Met dit streven naar harmonisatie valt overigens moeilijk te verenigen dat de voorgestelde verordening de lidstaten niet zou verbieden inzake het betrouwbaarheidsvereiste (art. 6) aanvullende eisen te stellen aan ondernemingen die een vervoersvergunning aanvragen.⁹⁴ Hieronder gaan we kort wat nader in op twee nieuwe elementen uit de voorgestelde verordening.

Vooraf het voorstel tot wijziging van het vestigingsbegrip is voor het doel van dit hoofdstuk belangrijk. De lidstaat waarin de onderneming is gevestigd moet ervoor zorgen dat de onderneming te allen tijde aan de in de nieuwe verordening vastgestelde

⁹⁰ Klaarblijkelijk is iets anders dan de term ‘cabotagetransport’ die de Commissie gebruikte in haar Mededeling uit 2005. Zie noot 34, p. 13.

⁹¹ Art. 8 lid 2.

⁹² Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van gemeenschappelijke regels betreffende de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om het beroep van wegvervoerondernemer uit te oefenen (COM (2007) 263) {SEC(2007) 635/636}, p. 3.

⁹³ Vooral met de art. 9, 10, 11 en 13.

⁹⁴ Aldus het EESC in zijn over het algemeen positieve advies van 16 januari 2008 (zie 4.6), TEN/304.

voorwaarden voldoet. Daarom moet de onderneming een feitelijke, vaste vestiging in die lidstaat hebben. In art. 5 worden hiervoor criteria gesteld waardoor enkel toegang verleend wordt tot het beroep aan ondernemers die een *reële en duurzame* vestiging hebben. Dit betekent concreet dat de onderneming moet beschikken over een kantoor, met ruimten waarin de bedrijfsdocumenten worden bewaard, over voertuigen die geregistreerd zijn in het land van vestiging (koppeling met kenteken) en over een bedrijfsterrein met voldoende parkeergelegenheid. Vooral de eis van een eigen bedrijfsterrein met parkeergelegenheid heeft kritiek opgeroepen.⁹⁵

Voorts komt er een vervoersleider. De ‘vervoersleider’ is een nieuwe benaming voor degene die tot dusver aan de vakbekwaamheidseisen voldeed en zijn vergunning in de onderneming inbracht. Om het in praktijk vaak voorkomende fenomeen van verhuur van vergunningen voor het beroep van vervoerder tegen te gaan, gaan voor de vervoersleider strengere opleidingseisen gelden. Tevens wordt nauwkeuriger aangegeven in welke relatie de vervoersleider moet staan tot de onderneming: Iemand mag zich alleen vervoersleider noemen als hij de werkelijke en permanente leiding over de vervoersactiviteiten van het wegtransportbedrijf heeft en duidelijk is geïdentificeerd en bij de bevoegde instanties is aangemeld. Het is een vervoersleider toegestaan maximaal vier ondernemingen met in totaal maximaal 12 voertuigen te leiden.⁹⁶

2.7 Conclusie inzake aanknopingspunten voor arbeidsverhouding met chauffeur

Aanknopingspunten in huidige wettelijk kader

Heeft de inventarisatie van de Europese, internationale en Nederlandse regelgeving rechtskeuze bestendige aanknopingspunten opgeleverd voor de regulering van de arbeidsverhoudingen van internationale chauffeurs? Wij concluderen van niet, met uitzondering van de voor een in Nederland te verkrijgen vergunning geldende eis van dienstbetrekking (zie par. 2.4.1). De reikwijdte van deze Nederlandse verplichting strekt zich uit tot in Nederland gevestigde vergunninghouders. Het vereiste zegt echter niet dat Nederlands recht van toepassing is op de met de chauffeur overeengekomen arbeidsovereenkomst, maar vereist slechts dat er een arbeidsovereenkomst wordt gesloten. Hiermee wordt het gebruik van zogeheten ‘eigen rijders’ (zzp’ers) zonder eigen vergunning tegen gegaan en is het tevens mogelijk om de uitzonderingen op het inleenverbod te beperken tot werknemers. Om een communautaire en binnenlandse vergunning te verkrijgen moet de vervoerder voorts voldoen aan de eisen van betrouwbaarheid, financiële draagkracht en vakbekwaamheid die de lidstaat van vestiging stelt aan de toegang tot het beroep van vervoerder. Alhoewel in de toepasselijke Europese en Nederlandse regelgeving het voldoen aan de in het beroep geldende loon- en arbeidsvoorwaarden als invulling van het betrouwbaarheidsvereiste wordt genoemd,

⁹⁵ Dit lijkt voor het MKB en meer specifiek voor eigen rijders, die vaak vanuit de vrachtauto hun bedrijf uitoefenen, onevenredig belastend, aldus Hamilton en Scherpenisse, a.w., p. 190 en ook het ESC, zie onder 4.9, die overigens niet concludeert tot verwerping van deze eis maar vindt dat overheden moeten bijspringen om aan bedrijven voldoende parkeergelegenheid te bieden.

⁹⁶ Volgens het ESC (onder 4.7) kan op deze wijze moeilijk iets gedaan worden tegen de huidige praktijk dat ondernemingen die worden geleid door iemand die niet over de juiste papieren beschikt, een vergunning huren.

verwijst de gebezigde formulering niet ondubbelzinnig naar toepasselijkheid van de loon- en arbeidsvoorwaarden van het land van vestiging.

Art. 2 lid 2 WGW bepaalt dat de werkingssfeer van deze wet zich ook uitstrekt tot beroepsgoederenvervoer dat geheel of ten dele buiten Nederland wordt verricht door een in Nederland gevestigde ondernemer. Behalve het inleenverbod en de eis van dienstbetrekking bevat de WGW echter geen bepalingen die direct de arbeidsverhouding met de chauffeurs inkleuren.

Getuige de werkingssfeerbepalingen van de TNL en de KNV-cao's in het beroepsgoederenvervoer over de weg, knopen ook de cao's allereerst aan bij de vestigingsplaats van de werkgever. Ten tweede wordt de werkingssfeer beperkt tot alleen die in Nederland gevestigde ondernemingen die vergunningplichtig vervoer verrichten krachtens de WGW. De werkingssfeerbepaling stelt hiermee dus de toepasselijkheid van de WGW als voorwaarde om de Nederlandse cao op de chauffeurs in dienst bij een in Nederland gevestigde ondernemer toe te kunnen passen. In hoofdstuk 5 zullen we onder meer ingaan op complicaties die toepassing van de (algemeen verbindend verklaarde) cao-bepalingen met zich meebrengt in internationale situaties.

Aanknopingspunten in toekomstig wettelijk kader vervoer

Het Nederlandse voorstel om de WGW door de WWG te vervangen, had het einde moeten betekenen van het laatste rechtskeuze bestendige aanknopingspunt voor de regulering van de arbeidsverhoudingen van internationale chauffeurs. Nu echter de Tweede Kamer het schrappen van de eis van dienstbetrekking niet heeft goedgekeurd, is dit niet meer aan de orde. Nieuwe aanknopingspunten ten opzichte van de WGW zijn niet in de WWG te vinden.

Als de Europese voorstellen inzake de scherper omlijnde definities van cabotage en het vestigingsbegrip aangenomen zouden worden, zal dit naar verwachting een beperkende invloed hebben op de mogelijke tewerkstellingsmodaliteiten voor buitenlandse chauffeurs. Nu de teksten waarover een politiek akkoord is bereikt echter nog niet bekend zijn gemaakt, achten wij het (december 2008) prematuur om hier al op vooruit te lopen.

HOOFDSTUK 3

Tewerkstellingsmodaliteiten voor buitenlandse chauffeurs

3.1.1 Redenen en mogelijkheden voor de tewerkstellingsmodaliteiten

In een sector waarbij personele lasten een belangrijke kostenpost vormen, is het voor de ondernemer van belang om deze kosten zo laag mogelijk te houden. Andere kosten zoals bijvoorbeeld brandstof en materiaal zullen voor de meeste ondernemingen gelijk zijn, waardoor het drukken van de personele lasten bovendien het voornaamste middel is om in concurrentie te treden met andere marktdeelnemers. Hierbij kan de onderneming, onder gebruikmaking van de verdragsvrijheden, profiteren van de verschillen in arbeidskosten tussen de lidstaten van de EU. Hoewel efficiënte bedrijfsvoering met een efficiënte allocatie van productiefactoren vanuit economisch perspectief toe te juichen valt, mogen maatschappelijke belangen zoals bijvoorbeeld werkgelegenheid en de adequate bescherming van werknemers niet uit het oog verloren worden. Daar het naleven van beginselen van maatschappelijk verantwoord ondernemen een vrije keuze is van ondernemer, staat het de ondernemer vrij de grenzen van de (nationale en Europese) wetgeving op te zoeken. Het is daarom aan de wetgever om deze grenzen duidelijk te trekken, indien hij van mening is dat bepaald gedrag als maatschappelijk onwenselijk moet worden beschouwd en daarom voorkomen zou moeten worden. In het voorgaande hoofdstuk zijn deze grenzen geschetst en in dit hoofdstuk zal worden aangegeven op welke manieren de ondernemers bij de gebruikmaking van de mogelijkheden die het Europese recht hen biedt, deze grenzen opzoeken en wellicht overschrijden. We doen dit aan de hand van een beschrijving van de in de praktijk voorkomende tewerkstellingsmodaliteiten en beoordelen deze vervolgens op hun geoorloofdheid, gelet op het in hoofdstuk 2 uiteengezette wettelijke kader. De modaliteiten die door deze test komen, komen vervolgens terug in Deel II (hoofdstuk 4 en 5), waarin we analyseren welk recht van toepassing is op de uiteenlopende tewerkstellingsvormen van buitenlandse chauffeurs.

3.1.2 Gebruikte tewerkstellingsmodaliteiten geoorloofd?

In deze paragraaf zal kort worden geschetst op welke manieren chauffeurs in praktijk te werk worden gesteld. De voorbeelden zijn ontleend aan eerder onderzoek op dit gebied.⁹⁷

1. Buitenlandse EU - werknemers⁹⁸ in loondienst

⁹⁷ Het rapport van Bosch en Ruiter, 'Gaten in de weg', december 2005 en het mede daarop gebaseerde rapport van FNV Bondgenoten, TE KOOP AANGEBODEN: POOLSE VRACHTWAGENCHAUFFEUR, Uitkomsten van de meldmaand "Gelijk Werk, Gelijk Loon" van 17 februari 2006.

⁹⁸ Voor de tewerkstelling van werknemers uit de nieuwste lidstaten Bulgarije en Roemenië in dienst van een Nederlandse onderneming is nog een tewerkstellingsvergunning vereist op grond van het overgangsregime voor het vrij verkeer van werknemers.

Voorbeeld I:

Een in Nederland gevestigde transportondernemer heeft een Belgische chauffeur in loondienst die met een in Nederland afgegeven communautaire vergunning vervoer verricht tussen België en Frankrijk. De chauffeur woont in België en is in België aangenomen, naar aanleiding van een personeelsadvertentie in een Belgische krant. Hij hoeft voor zijn werk zelden naar Nederland. De instructies ontvangt hij per telefoon/fax/email.

Voorbeeld II

Een in Nederland gevestigde transportondernemer heeft een Poolse chauffeur in dienst. De chauffeur verricht *binnenlands* vervoer in Nederland en rijdt op een Nederlandse vergunning.

Voorbeeld III

Een in Nederland gevestigde transportondernemer heeft een Poolse chauffeur in dienst. De chauffeur verricht *internationaal* vervoer en rijdt op een in Nederland afgegeven communautaire vergunning.

Geoorloofd?

Het in hoofdstuk 2 uiteengezette wettelijk kader verbiedt niet de indienstneming van buitenlandse chauffeurs, bovengenoemde tewerkstellingsmodaliteiten zijn dan ook geoorloofd. Als de buitenlandse chauffeur niet de nationaliteit heeft van een EU-lidstaat, moet de werkgever krachtens de Wet Arbeid Vreemdelingen (WAV) in het bezit zijn van een tewerkstellingsvergunning. Hetzelfde geldt gedurende een overgangstermijn voor Roemenen en Bulgaren. Voor de geoorloofdheid van de constructie is niet van belang of de in dienst genomen buitenlandse chauffeur rijdt op een vrachtauto met buitenlands of met Nederlands kenteken (in tegenstelling tot de oude WAG koppelt de WGW de Nederlandse vergunning niet aan de eis van een Nederlands gekentekende vrachtauto).

2. Uitzendkrachten van een in een andere lidstaat gevestigd uitzendbureau

Voorbeeld IV

Een in Nederland gevestigde transportondernemer werkt met een Poolse uitzendkracht in dienst van een Poolse uitzendorganisatie. De uitzendkracht verricht binnenlands vervoer in Nederland en rijdt op een Nederlandse vergunning en met Nederlands kenteken.

Geoorloofd?

De in Nederland gevestigde vervoerder mag in beginsel geen gebruik maken van vervoersdiensten van mensen die niet in dienstbetrekking tot hem staan (art. 14 WGW), maar op grond van art. 26 sub b BGW mag de ondernemer wel gebruikmaken van uitzendkrachten die verbonden zijn aan uitzendbureaus die daartoe aangewezen zijn door de Minister van Verkeer en Waterstaat. Deze uitzendkracht moet van een dergelijk uitzendbureau komen, want wanneer dit niet het geval is, kan de Nederlandse vergunning worden ingetrokken. Krachtens de nieuwste ge-avvde TLN-cao en de uitgezonderde KNV-cao voldoet de ondernemer aan de vereisten van art. 26 sub b BWG als hij gebruik

maakt van een NEN-gecertificeerd uitzendbureau. Maar de ondernemer mag ook een buitenlandse uitzendbureau inschakelen (het zou tegen het EG-recht indruisen als dit niet mogelijk was). Hiervoor is eveneens een NEN-norm in de maak (zie hoofdstuk 2, par. 2.4.1).

NB 1 Op uitzendkrachten in dienst bij een uitzendbureau die in het kader van het vrije dienstenverkeer worden uitgezonden om werk te verrichten op het grondgebied van een andere lidstaat dan die waar zij gewoonlijk werkzaam zijn, kunnen de bepalingen van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten van toepassing zijn. Hierop wordt nader ingegaan in hoofdstuk 4.

NB 2 Voor de tewerkstelling van uitzendkrachten uit de nieuwste lidstaten Bulgarije en Roemenië is nog een tewerkstellingsvergunning vereist op grond van het overgangsregime voor het vrij verkeer van werknemers.

3. Collegiale inleen uit een andere lidstaat

Voorbeeld V (1):

Een Nederlands bedrijf maakt gebruik van het personeel van een Oost-Europees transportbedrijf dat al dan niet gelieerd is aan een Nederlandse onderneming.

Geoorloofd?

In principe is collegiale uitleen vanuit een andere lidstaat geoorloofd. Wel geldt voor collegiale inleen als voorwaarde dat de inleen een tijdelijk/incidenteel karakter heeft.⁹⁹ Uit bovenstaand voorbeeld blijkt niet of dit het geval is. Voorts is voor de beoordeling van deze tewerkstellingsmodaliteit van belang dat verordening 881/92 er niet expliciet vanuit gaat dat de uitlener een reële vestiging moet hebben in het buitenland. Uit de Nederlandse aanvullende vergunningsvoorwaarden voor het beroep van vervoerder en de interpretatie van EG-jurisprudentie is evenwel een reële vestigingseis op te maken. Het NIWO maakt dan ook gebruik van de mogelijkheid om de communautaire vergunning in te trekken wegens het hebben van een niet-reële vestiging in Nederland. In het geval van collegiale inlening vanuit bijvoorbeeld Polen zijn echter niet de Nederlandse criteria doorslaggevend maar de eisen die naar Pools recht worden gesteld met betrekking tot het begrip vestiging en de vergunningsvoorwaarden. Daarbij is ook nog van belang welke criteria worden aangelegd om te spreken van een transportonderneming. Wordt daar een onderneming die vaak collegiaal zijn in totaal twintig werknemers uitleent, terwijl maar twee vrachtauto's zijn geregistreerd op naam van het bedrijf, aangemerkt als transportonderneming of wellicht als een onderneming die het uitzenden van werknemers met winstoogmerk als hoofdactiviteit heeft?¹⁰⁰

⁹⁹ 'Voor beperkte tijd bij wijze van hulpbetoon zonder winstoogmerk', zo luidt de letterlijke, in hoofdstuk 2 aangehaalde, tekst (art 26 sub a BGW).

¹⁰⁰ In het rapport "Te Koop aangeboden: Poolse vrachtwagenchauffeur" worden, overigens omstreden, voorbeelden aangevoerd van buitenlandse uitleners die geen structurele activiteiten uitvoeren in het land van vestiging.

Toekomstige Europese regelgeving beoogt expliciet een einde te maken aan de zogenoemde postbus-ondernemingen door een concrete invulling te geven aan het begrip reële en duurzame vestiging. Tot op heden moet echter (mede) naar het recht van de lidstaat van vestiging worden gekeken om te kunnen beoordelen of sprake is van een geoorloofde constructie.¹⁰¹

NB voor het collegiaal inlenen van werknemers uit de nieuwste lidstaten geldt nog een notificatieplicht.

Voorbeeld V (2): Collegiale inleen voor deeltraject¹⁰²

Achtergrond: Stel een vervoerder met vestigingen door heel Europa heeft een opdracht om groente/fruit van Nederland naar Spanje te vervoeren. Dit is zogeheten geconditioneerd vervoer, gekoeld en onder tijdsdruk om de producten zo vers mogelijk te houden. Daarom is het van belang zo lang mogelijk door te rijden, wat problemen oplevert met de rij- en rusttijdenregelingen. In praktijk heeft men daarvoor de volgende oplossing bedacht:

Vanuit een Nederlandse vestiging rijdt de in Nederland in dienst zijnde chauffeur in een in Nederland geregistreerde vrachtauto naar de Frans-Spaanse grens. Vanaf daar lost een Spaanse chauffeur hem af. De Spaanse chauffeur rijdt dus verder in de vrachtauto van de Nederlandse onderneming. De wens om de eis van dienstbetrekking te laten vervallen was mede gericht op het (ruimer) mogelijk maken van deze tewerkstellingsmodaliteit. Blijkbaar is het gangbaar dat de buitenlandse chauffeur niet in dienstbetrekking werkt bij de Nederlandse onderneming. Dit betekent dat deze tewerkstellingsmodaliteit voor een vorm van collegiale inleen zou moeten doorgaan.

Geoorloofd?

Voor collegiale inleen geldt als voorwaarde dat de inleen een tijdelijk/incidenteel karakter heeft. Het incidentele karakter van deze tewerkstellingsmodaliteit lijkt bij de beschreven manier van tewerkstelling echter betwistbaar. Voorts geldt voor collegiale inleen het vereiste dat de uit te lenen chauffeur een werknemer is. Het is dus van belang te weten of de Spaanse chauffeur in dit voorbeeld in dienstbetrekking werkt bij een Spaanse transportonderneming (met geldige vergunning) of niet. Als dat niet het geval is en/of de uitleen vindt op regelmatige en structurele basis plaats, dan lijkt deze tewerkstellingsmodaliteit niet geoorloofd.

¹⁰¹ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van gemeenschappelijke regels betreffende de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om het beroep van wegvervoerondernemer uit te oefenen {SEC(2007) 635} {SEC(2007) 636}

¹⁰² In de Tweede Kamer werd aan deze constructie gerefereerd als het 'postiljonmodel': "De eis van dienstbetrekking moet mede gezien worden in het licht van het feit dat deze eis beperkend kan werken op de mogelijkheid om op lange, internationale trajecten met meerdere chauffeurs en met wisselchauffeurs in het buitenland te werken. Te denken valt aan het postiljonmodel, waar in het buitenland een buitenlandse chauffeur een deel van de rit neemt. In het kader van de arbeidstijden is dat veel belangrijker geworden (...) dat is een van de punten waarom met name de vervoerders instemden met het laten vervallen van deze eis. Zie TK Handelingen 2007-2008.

4. Charters uit een andere lidstaat

In tegenstelling tot de onder 2 en 3 genoemde tewerkstellingsmodaliteiten wordt bij ‘chartering’ (onderaانبesteding) een deel van de vervoersdienst uitbesteed. Een in een andere lidstaat gevestigde transportondernemer kan zo opereren op de Nederlandse markt met chauffeurs van elders uit EU.

Voorbeeld VI:

Vanuit de M.O.E. lidstaten worden charters ingeschakeld door Nederlandse transportondernemingen om werk uit te voeren. Deze buitenlandse onderaannemers kunnen zelfstandig zijn, maar kunnen ook zijn opgericht door Nederlandse transportbedrijven speciaal met het doel om het buitenlandse bedrijf in te huren als charter voor hun Nederlandse werk.

Volgens FNV-bondgenoten zijn de Oost-Europese transportbedrijven vaak niet meer dan een postbusadres met alleen maar auto’s en chauffeurs. Er wordt geen eigen werk gegenereerd, er is geen eigen planning en de auto’s en chauffeurs worden volledig door het Nederlandse bedrijf aangestuurd. Het charteren kan zover doorgevoerd zijn dat de Nederlandse vestiging alleen nog opereert als logistiek bemiddelaar cq. architect van het vervoersproces. Daarbij wordt een buitenlandse vervoerder ingehuurd (soms nevenvestiging van eigen bedrijf) op basis van de cabotageregeling voor binnenlands vervoer in Nederland.¹⁰³

Geoorloofd?

Als het niet gaat om charters met een reële vestiging, zoals het FNV voorbeeld suggereert, geldt hetzelfde als hierboven onder 3 is opgemerkt ten aanzien van het vestigingsbegrip. Alhoewel de constructie wellicht naar Nederlands recht niet als een geoorloofde vorm van aanneming van werk bestempeld zou kunnen worden, is het de vraag wat Nederland hier tegen kan beginnen als een buitenlandse vervoervergunning is afgegeven. Het is dan aan het land van vestiging om te bepalen of voldaan is aan de vestigings- cq. vergunningsvoorwaarden en zo nee, om de vergunning in te trekken.

NB Voor het tewerkstellen van chauffeurs op Nederlands grondgebied in dienst bij een charter uit de nieuwste lidstaten geldt nog een notificatieplicht.

5. Eigen rijder uit een andere lidstaat

Een in Nederland gevestigde transportondernemer maakt gebruik van eigen rijder uit een andere lidstaat.

Voorbeeld VII:

In Nederland zijn in het transport zesduizend zelfstandigen zonder personeel (zzp-ers), vaak aangeduid als eigen rijders, actief. Ook een zzp-er heeft een vergunning nodig om

¹⁰³ In het rapport “Te Koop aangeboden: Poolse vrachtwagenchauffeur” worden, overigens omstreden, voorbeelden aangevoerd van buitenlandse charters die geen structurele activiteiten uitvoeren in het land van vestiging.

beroepsgoederenvervoer te mogen verrichten en voor het verkrijgen van die vergunning is een vakbekwaamheidsdiploma nodig.

Geoorloofd?

In een geoorloofde constructie verricht de zzp-er zijn werkzaamheden altijd met een eigen vrachtauto. Constructies waarbij zzp-ers zonder eigen auto worden ingezet zijn onder de huidige Nederlandse wetgeving niet mogelijk.¹⁰⁴ Daar het een vervoerder niet is toegestaan gebruik te maken van de diensten van iemand zonder vergunning die niet in dienstbetrekking tot hem staat, moet een zzp-er altijd over een eigen vergunning beschikken. Om een vergunning te kunnen verkrijgen, dient het vervoer voor risico en rekening van de zzp-er te komen. Dit is dus ook de reden dat het niet geoorloofd is voor een opdrachtgever om aan de zzp-er om niet een vrachtauto ter beschikking te stellen.

Zelfs wanneer het dienstbetrekkingsvereiste van art. 14 WGW niet gehandhaafd was, zoals oorspronkelijk de bedoeling was, zou het om niet ter beschikking stellen van een vrachtauto onder omstandigheden ongeoorloofd kunnen zijn. Door deze handeling komt de zzp-er namelijk in een afhankelijke relatie tot de opdrachtgever te staan waardoor het aannemen van een dienstbetrekking niet ondenkbaar is.¹⁰⁵

3.3 Conclusie

Met uitzondering van voorbeeld V(2) inzake de tewerkstellingsmodaliteit ‘collegiale inleen voor deeltraject’, ingevuld door de regelmatige en structurele inzet van een buitenlandse chauffeur die (wellicht) niet als werknemer werkzaam is, kunnen alle hierboven uiteengezette tewerkstellingsmodaliteiten geoorloofd zijn mits aan de regels wordt voldaan. Behalve de als ongeoorloofd aangemerkte invulling van voorbeeld V(2) blijft tevens voorbeeld VII in het vervolg van dit onderzoeksverslag buiten beschouwing, nu de inzet van bonafide buitenlandse eigen rijders nimmer zal leiden tot toepassing van Nederlandse arbeidsvoorwaarden.

¹⁰⁴ Om de vergunningplicht te omzeilen wordt in praktijk door een aantal zzp-ers wel oneigenlijk gebruik gemaakt van de vergunning van een administratiekantoor, zie Hamilton en Scherpenisse, a.w., p. 185.

¹⁰⁵ Aldus de regering Kamerstukken 2006/07, 30 896, nr. 3, p. 26 en nr. 7, p. 7. Zie voort de kritische bespreking van dit standpunt door Hamilton en Scherpenisse, a.w., p. 185, 186.

DEEL II - INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

**De toepassing van Nederlands recht en de Nederlandse cao
op de verschillende tewerkstellingsmodaliteiten in het
beroepsgoederenvervoer over de weg in het licht van het
Europese recht.**

HOOFDSTUK 4

Het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst van de internationale chauffeur

4.1 Inleiding

Als een Nederlandse rechter geconfronteerd wordt met een internationale arbeidsovereenkomst, dan zal hij/zij het op die overeenkomst toepasselijk recht bepalen aan de hand van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO), Rome 1980. Dit verdrag bevat verschillende bepalingen die relevant zijn voor de arbeidsovereenkomst. Zo regelt artikel 3 dat partijen bij een internationale overeenkomst in beginsel zelf het recht mogen aanwijzen dat op die overeenkomst van toepassing is. Dit wordt wel een conflictenrechtelijke rechtskeuze genoemd. Voor arbeidsovereenkomsten geldt echter op grond van artikel 6 dat een dergelijke rechtskeuze er niet toe kan leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van het recht dat zonder die rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest (het objectief toepasselijk recht). Het is dus niet mogelijk om het objectief toepasselijk recht helemaal ‘uit te schakelen’. Welke recht zonder rechtskeuze van toepassing is op de arbeidsovereenkomst wordt geregeld in artikel 6 lid 2 EVO.

Partijen bij een arbeidsovereenkomst moeten dus – ook bij een rechtskeuze in de arbeidsovereenkomst – altijd rekening houden met de minimumbescherming van het objectief toepasselijke recht. Daarnaast zijn voor arbeidsovereenkomsten ook de zogenaamde voorrangsregels van belang. Dit zijn dwingende regels van algemeen belang die een zelfstandig internationaal geldingsbereik hebben. Hun toepassing op het internationale geval is onafhankelijk van het op de rechtsverhouding toepasselijke recht. Voorrangsregels dienen in het algemeen partijoverstijgende belangen en hebben vaak een publiekrechtelijk karakter. Het bekendste voorbeeld van een voorrangsregel is het ontslagverbod van artikel 6 BBA. Maar ook de Arbeidsomstandighedenwet en de Wet minimumloon hebben het karakter van voorrangsregels. De toepassing van voorrangsregels wordt geregeld in artikel 7 EVO. Deze bepaling wordt voor arbeidsovereenkomsten nader ingevuld in de detacheringsrichtlijn¹⁰⁶ en de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid¹⁰⁷. Voor dit onderzoek is met name relevant dat ook algemeen verbindend verklaarde cao bepalingen als voorrangsregels kunnen worden beschouwd. Hierop wordt in hoofdstuk 5 nader ingegaan. Hoofdstuk 4 is gewijd aan de bepaling van het objectief toepasselijk recht. Voor elk van de in hoofdstuk 3 beschreven, geoorloofde tewerkstellingsmodaliteiten zal worden bepaald welk recht op grond van artikel 6 lid 2 objectief toepasselijk is op de arbeidsovereenkomst van de betrokken chauffeurs. Op de rechtskeuze door partijen wordt hier verder niet ingegaan.

¹⁰⁶ Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *PbEG* 1997 L 18/1.

¹⁰⁷ *Stb.* 1999, 554.

Per 17 december 2009 zal het EVO worden vervangen door een Europese verordening.¹⁰⁸ De bepaling inzake arbeidsovereenkomsten in de verordening is licht gewijzigd ten opzichte van de parallele bepaling in het verdrag. Deze wijziging zal worden meegenomen in de beschrijving van zowel de verwijzingsregels als het op de beschreven tewerkstellingsmodaliteiten toe te passen recht.

4.2 De regel van artikel 6 lid 2 en haar uitleg.

4.2.1. Inleiding

Het objectief toepasselijk recht wordt gevonden aan de hand van de verwijzingsregel van art. 6 lid 2 EVO. Op grond van deze bepaling wordt de arbeidsovereenkomst, bij gebreke van een rechtskeuze, beheerst door het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land tewerk is gesteld. Wanneer de werknemer niet in een zelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, is van toepassing het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen. Beide regels leiden uitzondering wanneer uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land. In dat geval is het recht van dat andere land van toepassing.

Deze regeling sluit nauw aan bij de bevoegdheidsregeling van art. 19 van de Brussel I-verordening.¹⁰⁹ Daarin wordt bijzondere bevoegdheid verleend aan de rechter van de plaats waar de werknemer gewoonlijk werkt c.q. de rechter van de vestigingsplaats van de werkgever. Een soortgelijke regeling voor de bevoegdheid gold ook al onder de vigeur van art. 5 EEX. Zowel ten aanzien van het toepasselijk recht als ten aanzien van de bevoegdheid is dus van belang of iemand gewoonlijk in een bepaald land c.q. op een bepaalde plaats werkt. Als de werknemer tijdelijk wordt overgeplaatst of uitgezonden wijzigt het gewone werkland niet – de bevoegdheid van de rechter van het gewone werkland en de toepassing van dat recht blijven dus bij uitzending naar een ander land nog een tijdje voortduren.

Ingeval er geen vast werkland valt aan te wijzen, knopen beide regelingen aan bij de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen. Voor het toepasselijk recht geldt dat deze vaste aanknopingspunten opzij gezet kunnen worden als op grond van de omstandigheden van het geval wordt geconstateerd dat een ander recht nauwer is verbonden met de arbeidsovereenkomst. Een dergelijk ‘open einde’ kent de bevoegdheidsregel niet.

Voor de bevoegdheidsregeling wordt de uitleg van de daarin gebruikte begrippen gecontroleerd door het Hof van Justitie EG. Voor het EVO was dat tot voor kort niet het geval en ook nu nog is de bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen tamelijk beperkt.¹¹⁰ Er is dan ook geen Europese rechtspraak over het EVO voorhanden. De

¹⁰⁸ Vo (EG) Nr. 593/2008 van het Europees parlement en de raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *Pb EU* 2008 L 177/6.

¹⁰⁹ Verordening Nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb EU* 2006, L 381/20.

¹¹⁰ Het protocol dat het Hof van Justitie bevoegdheid verleend ten aanzien van de uitleg van het verdrag is op 1 augustus 2004 in werking getreden: zie *Trb.* 2004, 187. De tekst van het protocol is te vinden in *Trb.* 1989, 50.

Nederlandse rechtspraak betreft in belangrijke mate lagere rechtspraak. Rechtspraak specifiek over het internationaal transport is schaars. Op de reden daarvoor wordt hieronder nader ingegaan – zie para 4.3.1. Dat betekent dat elke uitspraak over het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten in het internationaal transport in zekere zin speculatief is. Om toch iets zinnigs te kunnen zeggen over het recht dat volgens ons van toepassing is op de gebruikte tewerkstellingsmodaliteiten zullen we als volgt tewerk gaan:

Allereerst wordt de rechtspraak van het Hof van Justitie over het EEX besproken. Deze rechtspraak kan meer helderheid verschaffen over de ook in het EVO gebruikte termen als het ‘land waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht’¹¹¹ en ‘de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen’¹¹². In de praktijk blijkt dat Nederlandse rechters regelmatig naar de rechtspraak van het Hof over het EEX verwijzen voor de uitleg van het EVO.¹¹³ Diezelfde Hofrechtspraak heeft ook als inspiratie gediend voor de bepalingen over het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten in de Rome I verordening – de communautaire opvolger van het EVO. We zullen dan ook aandacht besteden aan de ontstaansgeschiedenis en de uiteindelijke tekst van deze verordening. Aan de hand hiervan komen we tot een voorlopige conclusie over de uitleg van artikel 6 EVO. Daarna pas wordt aandacht besteed aan de bijzondere problemen die de toepassing van deze bepaling met zich meebrengt in het internationale transport en de rechtspraak die daarover voorhanden is.

4.2.2. Inspiratie uit het bevoegdheidsrecht.

Zoals gezegd vertoont de verwijzingsregel van art. 6 lid 2 grote overeenkomsten met de bevoegdheidsregel voor arbeidsovereenkomsten zoals deze is opgenomen in art. 5 lid 1 EEX/EVEX en art. 19 Vo 44/2001. Het ligt voor de hand om voor de uitleg van art. 6 lid 2 EVO aan te sluiten bij de wijze waarop de identieke begrippen in de bevoegdheidsbepalingen worden uitgelegd door het Hof van Justitie EG.

Een belangrijk richtpunt wordt gegeven in de zaken *Mulox IBC Ltd v. Geels*¹¹⁴ en *Rutten v. Cross Medical Ltd*¹¹⁵. Beide zaken betroffen een werknemer die vanuit een kantoor in een van de lidstaten werkzaam was in de internationale verkoop. Rutten was handelsvertegenwoordiger. Hij had een kantoor aan huis en werkte in verschillende lidstaten, waaronder zijn woonland. Ook Geels, een international marketing director, bediende vanuit een kantoor in zijn woonland klanten in verschillende landen. In dergelijke gevallen is de rechter bevoegd van het land *waar of van waaruit* de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht en *waar het effectieve centrum van de arbeid* gevestigd is. Het Hof van Justitie formuleert het in de Nederlandse zaak *Rutten v. Cross* aldus: “Wanneer nu de werkzaamheden ter

¹¹¹ Zowel voor het bevoegdheidsrecht als voor het EVO rijst bijvoorbeeld de vraag hoelang en wanneer een tijdelijke tewerkstelling nog tijdelijk is en wanneer sprake is van een nieuwe vaste werkplek.

¹¹² Ook van dat begrip is echter de preciese betekenis nog niet duidelijk – verwijst het naar de zetel van de rechtspersoon waarmee het contract is gesloten, of juist naar de vestigingsplaats waar de werknemer daadwerkelijk wordt ingezet?

¹¹³ Zie bijv. Ktr Sittard 29 juli 1998 (*NIPR* 1998, nr. 308), Hof Den Bosch 20 september 2005, *NIPR* 2006, nr 25 en Hof Den Bosch, 10 april 2007, *NIPR* 2007, 292. Zie voor de samenhang tussen art. 6 EVO en de bijzondere regel voor arbeidsovereenkomsten in het EEX ook Strikwerda, Conclusie bij HR 1 december 1995, *NJ* 1997, 716 ov 32.

¹¹⁴ HvJ EG 13 juli 1993, C-125/92, *Jur* 1993, p. I-4075.

¹¹⁵ HvJ EG 9 januari 1997, C- 383/95, *Jur.* 1997, p. I-57.

uitvoering van een arbeidsovereenkomst op het grondgebied van meer dan één verdragsluitende staat worden verricht, art. 5, sub 1, Executieverdrag (...) aldus [moet] worden verstaan, dat het doelt op de plaats waar de werknemer het werkelijke centrum van zijn beroepswerkzaamheden heeft gevestigd en waar of van waaruit hij in feite het belangrijkste deel van zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervult. Voor het vaststellen van deze plaats in het concrete geval moet rekening worden gehouden met de omstandigheid, dat de werknemer het grootste deel van zijn arbeidstijd doorbrengt in één van de verdragsluitende staten, waar hij een kantoor heeft van waaruit hij de voor zijn werkgever te verrichten werkzaamheden organiseert en waar hij na elke in verband met zijn werk gemaakte buitenlandse reis terugkeert.” Het feit dat er in concreto in meerdere landen werkzaamheden worden verricht, sluit dus niet uit dat er een vast werkland valt aan te wijzen. Het lijkt voldoende dat er een land is *vanwaaruit* de werkzaamheden verricht worden.¹¹⁶ Dit werd in de rechtspraak van voor de inwerkingtreding van het EVO wel aangeduid als een vaste standplaats.¹¹⁷ Dit begrip is niet perse identiek aan het standplaats-begrip in de CAO voor het beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen. Blijkens art. 3 onder 7 van die CAO moet onder standplaats worden verstaan: het terrein waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid uitoefent of het terrein waar de garage der onderneming is gelegen, dan wel waar deze zijn vervoermiddelen stalt of behoort te stallen.¹¹⁸

De verwijzing naar de plaats ‘waar of van waaruit’ de arbeid wordt verricht, komt in de latere rechtspraak steeds terug.¹¹⁹ In de eveneens Nederlandse zaak *Weber v. Universal Ogden Services*¹²⁰ was echter geen sprake van een dergelijk centrum van waaruit de werkzaamheden worden verricht. De in Duitsland woonachtige werknemer Weber was in dienst van het Schotse bedrijf UOS en werkzaam in de offshore. Hij verrichtte zijn (catering-)werkzaamheden achtereenvolgens op verschillende, door de werkgever aangewezen locaties die zich op zowel het Nederlandse als het Deense deel van het continentaal plat bevonden.¹²¹ In dat geval moet volgens het Hof gekeken worden of over de gehele duur van de arbeidsovereenkomst het grootste deel van de arbeidstijd in een en hetzelfde land is doorgebracht.¹²² Zo ja, dan is de rechter van dat

¹¹⁶ Overigens verrichtten de werknemers Rutten en Geels een belangrijk deel van hun werkzaamheden in het land vanwaaruit ze opereerden. In hoeverre dit redengevend is voor het aannemen van de bevoegdheid is echter onduidelijk.

¹¹⁷ Zie HR 8 juni 1973, NJ 1973, 400 (Mackay II), zie ook Van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers*, den Haag: Sdu 2000, p.106.

¹¹⁸ De belastingzaak die onderwerp was van Gerechtshof Amsterdam, 14 februari 2001, LJV: AB-775, 00/293, geeft een mooi voorbeeld van een situatie waarin de lokatie van het kantoor van waaruit de arbeidsverhouding wordt beheerd en de lokatie van de stallingsplaats uiteenvallen.

¹¹⁹ *Weber v. Universal Ogden Services* HvJ EG 27 februari 2002, C-37/00, Jur 2002, p. I-2013, NJ 2005, 336.r.o. 41, *Pugliese v. Finmeccanica Spa* HvJ EG 10 april 2003, C-437/00, Jur 2003, p. I-p. 3573 r.o. 19.

¹²⁰ HvJ EG 27 februari 2002, C-37/00, Jur 2002, p. I-2013, NJ 2005, 336.

¹²¹ Zie voor de feitelijke gegevens HR 4 februari 2000 C98/053HR NJ 2005/335. Het Hof van Justitie bepaalde in r.o. 36. “dat arbeid die een werknemer op vaste of drijvende installaties die zich op of boven het aan een verdragsluitende staat toebehorende deel van het continentaal plat bevinden, in het kader van de exploratie en/of exploitatie van de natuurlijke rijkdommen ervan verricht, voor de toepassing van artikel 5, sub 1, Executieverdrag moet worden aangemerkt als arbeid verricht op het grondgebied van die staat.”

¹²² De Hoge Raad C98/053HR, 4 februari 2000 NJ 2005/335 (prejudiciële verwijzing) en 31 januari 2003, LJV: AA4725 NJ 2005/337 JOL 2003, 75 (beslissing na uitspraak HvJ EG, terugverwijzing naar gerechtshof). Zie voor een vergelijkbare casus Hoge Raad, 31 mei 2002 C00/196HR LJV: AE0632, NJ 2003, 344.

land bevoegd. Zo nee, dan kan worden uitgeweken naar de rechter van de vestigingsplaats van de werkgever. Van deze algemene regel kan worden afgeweken, als uit de omstandigheden blijkt dat het geschil nauwer is verbonden met een ander land - bijvoorbeeld het latere werkland in geval van permanente overplaatsing.¹²³

Uit het *Weber*-arrest blijkt dat het Hof van Justitie er niet snel vanuit gaat dat er geen land kan worden aangewezen waar of vanwaaruit de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht. De aanknopng aan de vestigingsplaats van de werkgever wordt blijkbaar gezien als een noodoplossing.¹²⁴ Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG blijkt verder dat de feitelijke uitvoering van de overeenkomst doorslaggevend is voor het bepalen van de gewone arbeidsplaats en niet de partijafpraak. Het Hof spreekt namelijk over het “*werkelijke centrum*” en de plaats waar of vanwaaruit de werknemer “*feitelijk*” zijn verplichtingen vervult.¹²⁵ En dergelijke op de praktische uitvoering van de overeenkomst gebaseerde uitleg sluit beter aan bij het doel dat aan de bijzondere bevoegdheidsregel voor arbeidsovereenkomsten ten grondslag ligt, te weten de bescherming van de werknemer.¹²⁶

Tot nu toe heeft het HvJ EG zich nooit hoeven buigen over de bevoegdheid ter plaatse van de vestiging van de werkgever. Wel is er rechtspraak over art. 5 lid 5 EEX, waarin in het algemeen bevoegdheid wordt toegekend aan de rechter van de plaats van vestiging van een ‘filiaal, agentschap of enige andere vestiging’ in geschillen betreffende de exploitatie van een dergelijk filiaal, agentschap of vestiging. Het begrip ‘filiaal, agentschap of enige andere vestiging’ in art. 5 lid 5 EEX impliceert volgens het Hof “een centrum van werkzaamheid dat zich naar buiten duurzaam manifesteert als het verlengstuk van een moederbedrijf, met een eigen directie en materiële uitrusting, zodat het zaken met derden kan doen, en wel dusdanig dat deze, ofschoon wetend dat eventueel een rechtsband met het in het buitenland gevestigde moederbedrijf zal ontstaan, zich niet rechtstreeks daartoe behoeven te wenden en zaken kunnen doen in bedoeld centrum, dat het verlengstuk ervan vormt”.¹²⁷ In deze omschrijving, afkomstig uit het arrest *Somafer*, liggen twee verschillende criteria besloten, namelijk één voor het aanwezig zijn van een ‘vestiging’ in een bepaald land en een tweede voor de vraag of die vestiging beschouwd mag worden als een vestiging van de contractspartij - voor arbeidsovereenkomsten dus de werkgever. De criteria voor aanwezigheid lijken op die welke een rol spelen in het kader van art. 43 EG-Verdrag en verwijzen naar duurzame aanwezigheid, infrastructuur en handelsbevoegdheid. Toerekening aan de contractant vindt plaats op basis van een tweetal criteria. In het arrest *De Bloos v. Bouyer* beschouwde het Hof de onderworpenheid aan het toezicht en de leiding van het moederbedrijf als een der

¹²³ Noch het EEX-verdrag, nog de Brussel I Verordening bevatten een uitzonderingsclausule. Er is dan ook de nodige kritiek op de wijze waarvoor het HvJ EG een dergelijk escape clause in de bepaling lijkt te lezen. Zie bijv. M.V.Polak, “*Laborum dulce lenimen*”? Jurisdiction and Choice-of-Law Aspects of Employment Contracts.” In: J. Meeusen, M. Pertegás Sender & G. Straetmans (Eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I* Antwerp-Oxford-New York: Intersentia 2004, pp. 323-342.

¹²⁴ Zie hierover ook Van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers*, Deventer: Kluwer 2000, p. 423 ev.

¹²⁵ Zie bijv. *Weber*/ UOS r.o. 41; *Mulox/Geels* r.o. 20; *Rutten/Cross* r.o. 15.

¹²⁶ *Pugliese* r.o. 18, *Mulox/Geels* r.o. 18 en 19; *Rutten/Cross* r.o. 17 en *Weber/UOS* r.o. 40.

¹²⁷ HvJ EG 22 november 1978 C 33/78 *Jur* 1978, 218 (*Somafer*).

wezenskenmerken van de begrippen filiaal en agentschap.¹²⁸ In de arresten Somafer en Blanckaert wordt echter meer nadruk gelegd op het feit dat de vestiging zich naar buiten toe manifesteert als verlengstuk van de contractant. Als derden ervan uit mochten gaan dat ze hun zaken met de vestiging konden afhandelen, is sprake van een vestiging die toegerekend mag worden aan de contractant. De bemoeienis van de vestiging met zowel de totstandkoming als de uitvoering van de overeenkomst zijn daarbij belangrijke indicatoren.¹²⁹ Ook arbeidsgeschillen kunnen volgens het Hof van Justitie voortvloeien uit de exploitatie van een filiaal, agentschap of andere vestiging.¹³⁰ Ons inziens zijn de door het Hof van Justitie in het kader van art. 5 lid 5 EEX gebruikte criteria dan ook toepasbaar bij de invulling van het vestigingsbegrip in de bevoegdheidsregel en verwijzingsregel voor arbeidsovereenkomsten.¹³¹ Overigens houdt het Hof van Justitie in het algemeen rekening met de afgescheiden rechtspersoonlijkheid van concernonderdelen. Slechts in één arrest is de plaats van vestiging van rechtspersoon X door het Hof aangemerkt als nevenvestigingsplaats van een andere rechtspersoon, Y.¹³² Ook hierbij speelde de naar buiten toe opgewekte schijn een grote rol: de wederpartij mocht ervan uitgaan dat het contract afgewikkeld zou worden via de vestiging van X.

4.2.3. Tussenstand

De verwijzingsregel van art. 6 EVO maakt gebruik van dezelfde aanknopingspunten als de regel van het bevoegdheidsrecht in het EEX-Verdrag en de Brussel I Verordening. Het is dan ook gebruikelijk om de rechtspraak inzake het EEX mede te gebruiken voor de uitleg van de vaste aanknopingspunten van art. 6 EVO.

De bevoegdheidsregel voor arbeidsovereenkomsten richt zich op het land waar of vanwaaruit de werknemer daadwerkelijk zijn werkzaamheden vervult.¹³³ De aanknopingsaan de plaats van vestiging van de werkgever geldt als uitzonderingsgeval, namelijk indien een dergelijk werkland niet is aan te wijzen. Als ‘vestiging’ wordt beschouwd een duurzaam in een land aanwezig centrum van werkzaamheden dat zich manifesteert als verlengstuk van het moederbedrijf en zelfstandig zaken kan afhandelen met derden (in casu de werknemers). Bij aanknopingsaan de vestiging van de werkgever wordt de gescheiden rechtspersoonlijkheid van concernonderdelen in het algemeen gerespecteerd.

¹²⁸ HvJ EG 6 oktober 1976 C 14/76 *Jur* 1976, 1497 (De Bloos); zie ook HvJ EG 18 maart 1981 C 139/80 *Jur* 1981, 819 (Blanckaert) r.o. 8.

¹²⁹ HvJ EG 18 maart 1981 C 139/80 *Jur* 1981, 819 (Blanckaert) r.o. 12.

¹³⁰ HvJ EG 22 november 1978 C 33/78 *Jur* 1978, 218 (Somafer).

¹³¹ Anders: H. Blefgen (*Die Anknüpfung an die einstellende Niederlassung des Arbeitsgebers im Internationalen Arbeitsvertragsrecht*, Trier: Nomos 2005, p.62-64.

¹³² HvJ EG 9 december 1987, zaak 218/86, *Jur* 1987, 4905 (Schotte v. Rothschild) en Van Hoek a.w. 2000, p. 434 e.v.

¹³³ In de zaak *Pugliese v. Finmeccanica Spa* tenslotte kreeg het Hof een casus voorgelegd waarin de werknemer een overeenkomst had gesloten met twee verschillende, onderling gelieerde werkgevers. De in Italië met een Italiaanse werkgever gesloten overeenkomst was grotendeels opgeschort, de tweede overeenkomst met de Duitse werkgever werd uitgevoerd in Duitsland. Het Hof verklaarde dat onder omstandigheden de plaats van uitvoering van de tweede (Duitse) arbeidsovereenkomst tevens kan gelden als plaats van uitvoering van de eerste, slapende overeenkomst. Ook hier is de feitelijke uitvoering van de overeenkomst dus weer doorslaggevend. Nu deze casuspositie voor het onderzoek niet relevant is, wordt op dit arrest verder niet ingegaan.

Overigens heeft geen van de casus die aan het Hof van Justitie zijn voorgelegd betrekking op arbeidsovereenkomsten in het internationaal transport.¹³⁴ Het blijft dus een open vraag of het Hof ook in dat geval zou aanknopen bij de standplaats van waaruit de werkzaamheden worden verricht, of dat voor het transport direct wordt teruggevallen op de vestigingsplaats van de werkgever.¹³⁵

4.2.4 Verordening Rome I

In 2005 diende de Europese Commissie een voorstel in voor een verordening die het EVO zou moeten vervangen.¹³⁶ In dit voorstel is een bepaling opgenomen over het recht dat van toepassing is op arbeidsovereenkomsten, die licht afwijkt van de tekst van artikel 6 EVO. Conform dit voorstel wordt de individuele arbeidsovereenkomst beheerst door: “(a) het recht van het land waar of van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht. [...]”¹³⁷ (b) het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, indien de werknemer niet in of vanuit eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht of indien hij zijn arbeid gewoonlijk verricht op een plaats die niet onder de soevereiniteit van een staat valt.” Dit alles tenzij een ander recht nauwer met de overeenkomst is verbonden.

In de bijbehorende toelichting¹³⁸ stelt de Commissie dat de verwijzingsregel van art. 6 EVO moet worden aangevuld met ‘[...] land [...] van waaruit [...]’ om “rekening te houden met de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot artikel 18 van de verordening "Brussel I" en met de ruime uitlegging van de bewoordingen ‘plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht’.” Er wordt dus nadrukkelijk een verbinding gezocht met de rechtspraak van het Hof van Justitie over de bevoegdheidsregeling van het EEX en zijn opvolger, de Brussel I verordening. Interessant is verder dat volgens de Commissie deze aanvulling het mogelijk maakt om “de regel toe te passen op personeel dat werkzaam is aan boord van vliegtuigen, indien er een vaste plaats is van waaruit het werk wordt georganiseerd en waar dat personeel andere verplichtingen jegens zijn werkgever vervult (inchecken, veiligheidscontrole).” Hierdoor hoeft minder gebruik te worden gemaakt van de aanknoping aan de werkgever in het tweede lid. Op dit punt baseert de Europese Commissie zich dus niet op rechtspraak van het Hof van Justitie, die over de arbeidsovereenkomsten van het mobiele personeel in het internationaal transport immers nog nooit een uitspraak heeft gedaan.

Involge de elfde overweging voorafgaande aan de tekst van de verordening dient de verwijzingsregel het mogelijk te maken om het zwaartepunt van de arbeidsverhouding

¹³⁴ De enige uitzondering (HvJ EG 10 juni 2004, C-555/03 Warbecq v. Ryanair Ltd) waarin de arbeidsovereenkomsten van de bemanning van vliegtuigen in geding was, leidde tot een onbevoegdverklaring. Deze uitspraak geeft dus geen inzicht in de toepassing van de bepaling op dat type arbeidsovereenkomsten.

¹³⁵ En wat in dat laatste geval dan de relevante vestiging is.

¹³⁶ COM/2005/0650 final.

¹³⁷ In het oorspronkelijk voorstel is verder opgenomen dat de plaats waar of van waaruit de arbeid gewoonlijk wordt verricht, niet wordt geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht. Deze bepaling is in de uiteindelijke versie iets gewijzigd en verwijst nu naar het *land* waar de arbeid gewoonlijk verricht wordt. Onderdeel a) bevatte verder een nadere uitleg van het begrip ‘tijdelijke detachering’, die in het uiteindelijk aangenomen voorstel niet meer in de tekst is opgenomen maar in preambule 36.

¹³⁸ COM/2005/0650 final p. 6.

te bepalen waarbij voorbij wordt gegaan aan de uiterlijke schijn, de Engelse tekst spreekt van *looking beyond appearances*. Ook in dit opzicht sluit de Commissie zich dus aan bij de opvatting van het Hof van Justitie.¹³⁹

De door de Commissie voorgestelde wijziging kon in beginsel op instemming rekenen van het Europese Parlement. In het *draft report*¹⁴⁰ wordt benadrukt, middels een voorgesteld amendement,¹⁴¹ dat het land *van waaruit* de werkzaamheden worden verricht pas relevant wordt als er geen land is aan te wijzen *waar* de werkzaamheden worden verricht. Het feitelijke werkland heeft dus prioriteit boven het land vanwaaruit gewerkt wordt. Overigens verwijst ook het *draft report* voor een toepassing van de aanknoping aan ‘het land vanwaaruit’ naar het cabinepersoneel in de burgerluchtvaart. De onderschikking van het ‘land vanwaaruit’ aan het gewone werkland keert – zij het minder nadrukkelijk – terug in de op 29 november door het Parlement aangenomen tekst.¹⁴² Deze tekst is op 7 december 2007 goedgekeurd door de Raad van Ministers¹⁴³ en is als Artikel 8 opgenomen in de uiteindelijke verordening.

4.2.5 Voorlopige uitleg van de bepalingen

Hoewel de wetsgeschiedenis bij Europese verordeningen in beginsel niet maatgevend is voor de uitleg van de uiteindelijk aangenomen bepalingen door het Hof van Justitie¹⁴⁴, moet er toch serieus rekening mee worden gehouden dat de aanknoping aan het land *van waaruit* de arbeid wordt verricht, mede bedoeld is voor arbeidsovereenkomsten in het internationaal transport. Dit houdt in dat er eerst moet worden gekeken of er een land is *waarin* gewoonlijk wordt gewerkt.¹⁴⁵ Dit is het geval bij binnenlands transport, maar kan ook het geval zijn als een chauffeur in het kader van cabotage voornamelijk in één en hetzelfde land werkt.

Is er geen vast werkland aan te wijzen, dan dient aangeknoopt te worden bij het land *van waaruit* de werkzaamheden plaatsvinden. In de relevante uitspraken over het EEX achtte het Hof van Justitie daarbij van belang of er een land is waar een aanzienlijk

¹³⁹ COM/2005/0605, Recital (11) ‘Regarding individual employment contracts, the conflict rule should make it possible to identify the centre of gravity of the employment relationship, looking beyond appearances.’

¹⁴⁰ Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), COM(2005)0650 – C6-0441/2005 – 2005/0261(COD) te vinden via <http://www.europarl.europa.eu/oeil/index.jsp>.

¹⁴¹ Amendement 20.

¹⁴² Position of the European Parliament adopted at first reading on 29 November 2007 with a view to the adoption of Regulation (EC) No .../2007 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) T6/0560/2007, Artikel 8.

¹⁴³ Persbericht van de Raad: Europeans citizens and businesses to benefit from greater legal certainty and greater access to justice IP/07/1872 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1872&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>

¹⁴⁴ Zie hierover M. Freudenthal, F.J. A. van der Velden, ‘Europese Rechtsmaatregelen en hun uitlegging door de nationale rechter’, *Nederlands internationaal privaatrecht* 2003, pag. 117-126.

¹⁴⁵ In een Duitse dissertatie uit 2006 (H. Blefgen, *Die Anknüpfung an die einstellende Niederlassung des Arbeitsgebers im internationalen Arbeitsvertragsrecht*, Trier: Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Gemeinschaft/Nomos, p. 33 en 36) wordt de suggestie gewekt dat er slechts sprake kan zijn van een vaste werkplek als er sprake is van opname van werknemer in een min of meer vaste arbeidsomgeving. Dit lijkt niet in overstemming met het feit dat de regel van het EVO (en de rechtspraak van het Hof van Justitie over de bevoegdheidsregel) verwijst naar het *land* waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht en niet naar de *plaats*.

deel van de werkzaamheden wordt verricht, en waar zich tevens een kantoor bevindt van waaruit de werkzaamheden worden voorbereid en waarnaar de werknemer na elke reis terugkeert. Het is onduidelijk of ook onder de Verordening Rome I een aanzienlijk deel van de werkzaamheden moet worden verricht in het land van waaruit de werkzaamheden worden verricht.

De plaats van vestiging van de werkgever wordt pas relevant als zelfstandige aanknopingsfactor als er ook geen land valt aan te wijzen van waaruit de werkzaamheden worden verricht. In Nederland wordt bij aanknoping aan de vestigingsplaats meestal verwezen naar het recht van vestiging van de officiële contractspartij.¹⁴⁶ Als deze meerdere vestigingen heeft, wordt relevant welke vestiging zich naar de werknemer toe als werkgever opstelt (bijv. doordat deze de werkinstructies verstrekt, ziekmelding verzorgt, vakantiedagen administreert, disciplinaire maatregelen treft, ontslag aanzegt etc).

Zoals hierboven al vermeld, verandert het toepasselijk recht niet bij een tijdelijk uitzending naar een ander land. In artikel 8 van de verordening is de volgende bepaling opgenomen: “Het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht wordt niet geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht.” Uitgangspunt hierbij is dat er sprake is van een land waar de arbeid gewoonlijk verricht wordt, maar dat gedurende een bepaalde tijd de werknemer in een ander land gaat werken.¹⁴⁷ Het is daarbij de bedoeling dat de werknemer na afloop van de werkzaamheden in het tijdelijke werkland terugkeert naar het land van herkomst.¹⁴⁸

Een van de grote discussiepunten bij de uitleg van de verwijzingsregel is de vraag wanneer een uitzending nog ‘tijdelijk’ is en wanneer er sprake is van een nieuw werkland. Ook de detacheringsrichtlijn – die bijzondere bepalingen bevat ter bescherming van de kortdurend gedetacheerde werknemer – geeft hierover geen uitsluitsel. De grote knelpunten op dit punt zijn:

- 1- Moet van tevoren vaststaan hoe lang de uitzending gaat duren en is er daarbij een maximale duur?
- 2- Moet de betrokken daadwerkelijk gewerkt hebben in het land van herkomst?
- 3- Moet de betrokken na uitzending opnieuw werken in het land van herkomst of kan hij ook direct worden doorgeplaatst naar een ander land?

¹⁴⁶ Zie bijv. *NIPR* 2006, 44.

¹⁴⁷ Het is onduidelijk of de detacheringsregeling ook geldt als de arbeid gewoonlijk vanuit een land wordt verricht, maar de werknemer de werkzaamheden tijdelijk vanuit een ander land gaat verrichten. Denk aan een piloot die tijdelijk wordt ingezet op een andere lijn. De verschillende taalversies lijken te suggereren dat de regeling alleen betrekking heeft op werknemers die gewoonlijk in een land werken. De logica van de regeling lijkt ook toepassing op tijdelijke verandering van standplaats met zich mee te brengen.

¹⁴⁸ De tekst van de bepaling wekt de suggestie dat deze ‘detachingsregeling’ niet van toepassing is als er niet *in* maar alleen *vanuit* een land gewerkt wordt. Een dergelijke beperkte uitleg is echter in hoge mate onwenselijk. Door deze regel wordt voorkomen dat bij kortdurende uitzending het toepasselijk recht wijzigt – dit garandeert de continuïteit van de arbeidsverhoudingen. Op grond van de bepaling is bij aanknoping aan het land *waar* gewerkt sprake van deze continuïteit, ondanks de tijdelijke wijziging van de werkplek. Continuïteit is ook gegarandeerd bij aanknoping aan de werkgever die de werknemer in dienst heeft genomen (mits die niet verandert bij de tijdelijke uitzending). Alleen bij aanknoping aan de standplaats (plaats van waaruit gewerkt wordt) zou dan direct een wijziging van toepasselijk recht plaatsvinden.

In de voorbereiding van de Rome I verordening is ook over dit punt uitgebreid gediscussieerd. Uiteindelijk is er geen nadere beperking aangebracht in de tekst zelf. Wel bevat de preambule in overweging 36 de volgende precisering: “Met betrekking tot arbeidsovereenkomsten wordt het verrichten van arbeid in een ander land als tijdelijk aangemerkt wanneer de werknemer na de voltooiing van zijn taak in het buitenland opnieuw arbeid in het land van herkomst moet verrichten.”¹⁴⁹ Als de werknemer uitsluitend voor de duur van de uitzending is aangenomen, lijkt er dus geen sprake te zijn van detachering in de zin van Rome I.¹⁵⁰

De regel met betrekking tot het toepasselijk recht heeft een open einde. Het door de vaste aanknopingsfactoren aangewezen recht (werkland/vestiging werkgever) is niet van toepassing als uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land.¹⁵¹ In dat geval is het recht van het nauwer bij de arbeidsverhouding betrokken land van toepassing. Deze uitzonderingsbepaling wordt voornamelijk gebruikt voor expatriates¹⁵² die gedurende de uitzending gericht blijven op het land van herkomst. Een dergelijke gerichtheid blijkt dan uit expat-voorgoedingen, regelmatige terugkeer voor verlof, gebruik van expat-regelingen in de sociale zekerheid en het belastingrecht etc.

4.3 Nationale rechtspraak inzake het internationaal transport en artikel 6 EVO

4.3.1. Inleiding

Ook op de arbeidsovereenkomst van werknemers in het internationale transport is art. 6 EVO van toepassing. Er is echter maar weinig rechtspraak voorhanden – zeker als het gaat om rechtszaken waarbij Nederlandse vervoerders zijn betrokken. Dit lijkt op het eerste gezicht vreemd, omdat arbeidsovereenkomst in het internationale transport immers bij uitstek internationaal zijn. De publiekrechtelijke en internationaalrechtelijke reglementering van het internationaal transport werkte tot voor kort echter een eenduidige aanknopings in de hand zodat niemand erover kon twifelen welke recht van toepassing was de arbeidsovereenkomsten van werknemers die in dienst van een Nederlands bedrijf werkzaam waren in het zeetransport, de luchtvaart of het wegtransport. Voordat deze bedrijfstakken werden geliberaliseerd bestond er namelijk een nauwe band tussen het land van registratie van het

¹⁴⁹ Daarnaast stelt ov 36 dat “Het feit dat een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt gesloten met de oorspronkelijke werkgever of met een werkgever die tot dezelfde groep van bedrijven behoort als de oorspronkelijke werkgever, mag niet uitsluiten dat de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht.”

¹⁵⁰ Vergelijk voor zowel EEX als EVO, Ktr Zwolle 30 juli 1996 en 23 september 1997, *NIPR* 2000, nr 199. Zie ook Ktr Middelburg 23 maart 1998 en Rb Middelburg 30 augustus 2000, *NIPR* 2001, nr 195 : mogelijke latere inzetbaarheid in meerdere landen door Belgische werkgever irrelevant nu de facto slechts in Nederland was gewerkt.

¹⁵¹ O.g.v. art. 6 EVO is slechts vereist dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, onder de verordening is een *kennelijk* nauwere band vereist. Dit vormt een beperking. In een aantal uitspraken is overigens – onder invloed van het Balenpersarrest inzake art. 4 EVO – ook de uitzonderingsbepaling van artikel 6 EVO al restrictief toegepast: Rb Amsterdam, sector kanton, lokatie Amsterdam, 16 december 2005, *NIPR* 2006, 119 en Hof Den Bosch 5 september 2006, *NIPR* 2007, 29.

¹⁵² Expatriates zijn werknemers met nationaliteit X die door een werkgever uit land X naar een ander land worden uitgezonden. Vallen de herkomst van werknemer en werkgever niet samen dan spreekt men van host-country nationals resp third-country nationals.

vervoermiddel en het land van vestiging van de eigenaar of bevrachter.¹⁵³ In het zeevervoer en het wegtransport werd (naar Nederlands recht) daarnaast vereist dat de bemanning van het vaar- of voertuig een arbeidsovereenkomst had met de eigenaar of bevrachter.¹⁵⁴ Hierdoor viel het land van registratie van het vervoermiddel samen met het land van vestiging van de exploitant die op zijn beurt weer optrad als werkgever. In het luchtverkeer was het verder gebruikelijk dat het vliegende personeel werd ingezet vanaf een vliegveld in het land van registratie, nu de landingsrechten altijd van en naar het thuisland werden verleend.¹⁵⁵ Dit betekende dat voor dit personeel de standplaats samenviel met het land van registratie van het vliegtuig.

Er bestond dus onder de oude (Nederlandse) transportwetgeving een grote mate van samenvallende van de diverse voor het arbeidsrecht relevante aanknopingspunten. Het land van registratie van het vervoermiddel viel samen met het land van vestiging van de werkgever dat op zijn beurt ook het land was van waaruit de werknemer gewoonlijk de arbeid verrichtte.¹⁵⁶ Hierdoor was duidelijk dat werknemers in dienst van Nederlandse vervoerders terecht konden bij de Nederlandse rechter en beschermd werden door Nederlands recht. Uitspraken in geschillen tussen deze partijen bevatten dan ook meestal geen IPR-overwegingen.¹⁵⁷ De gepubliceerde rechtspraak betrof in het verleden voornamelijk buitenlandse transportwerkgevers. Het is pas recent dat het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten in het wegvervoer als probleem opduikt in de gepubliceerde jurisprudentie.

De meeste uitspraken in het internationaal transport hebben betrekking op de zeescheepvaart. In de scheepvaart speelt vanouds de vlag van het schip een belangrijke rol.¹⁵⁸ In het IPR woedt met name een discussie over de vraag of aanknoping aan de vlag ook gelegitimeerd is bij schepen die onder goedkope vlag varen – en waarbij er geen reële band bestaat tussen de onderneming die het schip exploiteert c.q. de bemanning in dienst heeft en de vlag van het schip. In Nederland wordt inmiddels voor deze groep regelmatig aangeknoopt bij de vestiging van de

¹⁵³ Voor wegtransport, zie deel I van dit onderzoek. Voor zeeschepen is in ieder geval nog vereist dat in het land van registratie van het schip een (neven)vestiging aanwezig is waar zich een persoon bevindt, die namens de rechtspersoon kan beslissen en deze ook kan vertegenwoordigen: Wet van 5 juli 2006 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Koophandel, de Wet nationaliteit zeeschepen in rompbevrachting, de Zeebrievenwet en enkele andere wetten in verband met het Europese recht op vrije vestiging, Stb. 2006, 325. Zie ook de Memorie van Toelichting op deze wet, *Kamerstukken II*, 30 412 nr. 3 en de uitspraak van het HvJ EG van 14 oktober 2004 die aanleiding heeft gegeven tot deze wijziging (C-299/02 *Jur* 2004, I-9761, r.o. 25 Commissie v. Nederland).

Voor luchtvervoer zie G. Middeldorp, 'Substantial ownership and effective control of international airlines, The Netherlands', in: E. Hondius & C. Joustra, *Netherlands Reports to the sixteenth international congress of comparative law*, Antwerpen-Oxford-New York: Intersentia 2002, p. 269-282 en G. Middeldorp, R.H. van Ooik, 'Van verdeelde Open Skies naar een uniform Europees extern luchtvaartbeleid', *NTER* nr. 1/2, 2003, p. 1-10.

¹⁵⁴ Zie voor het zeevervoer art. 309 lid 2 jo 396 WvK. Zie over het toepasselijk recht op de zeearbeidsovereenkomst o.a. Commissie Gelijke Behandeling 4 februari 1997, Oordeel 97-13, *Oordelenbundel* 1997, p. 60 (Federatie Werknemers in de Zeevaart, verzoeker). en Van Hoek, 'Nationaliteitsdiscriminatie in het IPR', *Sociaal Recht* 1997, p. 353.

¹⁵⁵ Deze verbindingen kwamen tot stand op grond van bilaterale verdragen tussen het land van registratie/herkomst en de aangevlogen landen. zie verder de literatuur vermeld in noot 44.

¹⁵⁶ Zie van Hoek, Het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten – een reactie op het Groenboek EVO, *Sociaal Recht* 2003/12, p. 365-379.

¹⁵⁷ Van Hoek o.c. 2000, p.367.

¹⁵⁸ Zie hierover o.a. Strikwerda, conclusie bij HR 31 mei 2002, C00/196HR, *NIPR* 2002, nr 191 *Universal Services v. Balunan*.

formele werkgever.¹⁵⁹ Deze casuïstiek is echter slechts beperkt vergelijkbaar met die in het wegtransport waarin aanknoping aan het land van registratie van het vervoermiddel nooit als zelfstandige aanknoping is gebruikt of voorgesteld. In de bespreking zal dan ook aan de uitspraken inzake het zeevervoer geen aandacht meer worden besteed. Wel worden uitspraken over het luchttransport meegenomen. De situatie in het luchttransport is niet in alle opzichten vergelijkbaar met die in het wegtransport. Zo is een verschil dat een vliegtuig in het algemeen een meerkoppige bemanning heeft, zodat er aan boord een werkeenheid ontstaat die ontbreekt in het wegtransport. Ook vinden vluchten plaats vanaf een beperkt aantal centrale plaatsen, namelijk de vliegvelden, terwijl het wegtransport in theorie overal een aanvang kan nemen waar zich een weg bevindt. Maar in beide gevallen wordt tijdens het werk – anders dan bij zeetransport – in beginsel nationaal territorium doorkruist. En in beide gevallen is de registratie nooit doorslaggevend geweest voor het toepasselijke recht, zodat er andere criteria in de jurisprudentie zullen verschijnen. Tenslotte is het luchttransport interessant omdat deze vorm van transport blijkbaar mede de inspiratie heeft gevormd voor de wijziging van de verwijzingsregel zoals deze is voorgesteld door de Europese Commissie.

4.3.2 Uitspraken

Er zijn een aantal uitspraken beschikbaar van voor de inwerkingtreding van het EVO in Nederland – dat wil zeggen: met betrekking tot arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten voor 1 september 1991.¹⁶⁰ Aardig is in dit verband de uitspraak van de Kantonrechter Haarlem van 28 november 1985.¹⁶¹ Deze procedure betrof een in Nederland gestationeerde gezagvoerder van de Egyptische luchtvaartmaatschappij ZAS. De kantonrechter constateerde dat: “ZAS Airline heeft t.b.v. haar op Schiphol gevestigde onderneming in Nederland arbeidsplaatsen geschapen.. Degene die deze arbeidsplaatsen innemen vallen onder de werkingssfeer van het BBA.” Volgens de kantonrechter behoorde ook de arbeidsplaats van gezagvoerder Van den Engel tot de onderneming in Nederland. Dit was gebaseerd op het feit dat zowel het beginpunt als het eindpunt van Van den Engel’s diensten in Nederland waren gelegen en dat hij zijn verlof genoot in Nederland. Nederland was dus te beschouwen als standplaats. Hetzelfde gold voor de boordwerktuigbouwkundige Ragetlie die in dienst was van de Surinaamse Luchtvaartmaatschappij SLM. Het contract van deze werknemer wees Amsterdam als standplaats aan. Dit was in casu echter geen reden om Nederlands recht van toepassing te achten op de arbeidsovereenkomst, nu het contract een expliciete rechtskeuze voor Surinaams recht bevatte. Rechtskeuzes in arbeidsovereenkomsten werden toentertijd nog onbeperkt geldig geacht.¹⁶²

De standplaats van waaruit gewerkt wordt, speelt ook een rol in de zaak Valkema v. Getru transport sarl.¹⁶³ Deze casus betreft het uitvlaggen van een Nederlands

¹⁵⁹ Zie de uitspraken *Post v. Peralta* (Rb Alkmaar 20 juni 1991, *NIPR* 1992, 96), *Matthiessen, Warnholtz en Allweather v. Ofati* (Pres.Rb Rotterdam 8 maart 1996, *NIPR* 1996, 445), *Gomes Moreira v. CV Koningsgracht* (Rb Amsterdam 6 december 2000, *NIPR* 2002, 199).

¹⁶⁰ Zie hierover ook *Losbladig commentaar Arbeidsovereenkomst*, toepasselijke recht, EVO art. 17 aant. 1 (Van Hoek).

¹⁶¹ *Prg* 1986, p. 666, *NIPR* 1987, 246 (Van den Engel – ZAS Airline of Egypt).

¹⁶² HR 4 april 1986 *NJ* 1987, 678; *RvdW* 1986, 72; *NIPR* 1986 452 (Ragetlie – SLM).

¹⁶³ Hof Den Haag 21 januari 1992 *NIPR* 1993, 114 alsmede Pres.Rb. Den Haag 9 oktober 1990 *NIPR* 1991, 165 (Valkema v. Getru Transports SARL).

transportbedrijf naar Luxemburg. In de feitelijke organisatie van de werkzaamheden veranderde niets: de voor die tijd bij Getru in dienst zijnde chauffeurs bleven hun opdrachten ontvangen van het kantoor in Nederland. Daar leverden ze hun weekstaten in en meldden zij zich eventueel ziek. Dat kantoor betaalde hun onkosten. Daar stalden zij tussen de ritten door de vrachtwagens. In feite vond het beheer van de arbeidsovereenkomsten dus nog steeds plaats in of vanuit het Nederlandse kantoor. De President van de Rechtbank Den Haag leidde daaruit af, dat op de arbeidsverhoudingen van de chauffeurs Nederlands recht van toepassing was gebleven. Het Hof achtte in casu bevoegdheid aanwezig omdat de vordering uit arbeidsovereenkomst onder de gegeven omstandigheden een aangelegenheid was die het Nederlandse kantoor aanging.¹⁶⁴ Daarbij acht het Gerechtshof van belang dat het Nederlandse kantoor jegens de werknemers ‘de onweerlegbare schijn [heeft] gewekt dat men daar moest zijn voor aangelegenheden m.b.t. de arbeid, ziekten en het loon en dat daar over die aangelegenheden beslist werd.’

Ook in meer recente rechtspraak, onder toepassing van het EVO, blijkt van belang waar de arbeidsverhouding wordt ‘beheerd’. De uitspraak van Hof Den Bosch 20 september 2005, C0400096/ RO *NIPR* 2006, 25 betrof internationale chauffeurs die in dienst waren bij een Nederlandse onderneming. De chauffeurs waren Duits en woonachtig in Duitsland. Ze verzorgden transport tussen Duitsland en Zwitserland. De Kantonrechter had vastgesteld dat er geen land is waarin de werkzaamheden gewoonlijk verricht werden, en achtte vervolgens op grond van het geheel der omstandigheden Duits recht van toepassing. Het Gerechtshof trok echter een parallel met het EEX en ging op zoek naar het land *van waaruit* de werkzaamheden werden verricht. Hierbij achtte het Gerechtshof van belang waar de meeste werktijd werd doorgebracht, waar de chauffeurs woonden, waar ze hun opdrachten ontvingen en waar de vrachtauto’s werden gestald. Het Gerechtshof achtte de vestigingsplaats van de werkgever, de vergunning en het land van registratie van de vrachtauto’s (in casu alle Nederlands) niet voldoende om Nederland te beschouwen als het werkelijke centrum van de beroepswerkzaamheden van de chauffeurs. Overigens is kritiek mogelijk op deze uitspraak nu het Gerechtshof volstaat met de constatering dat het werkelijke centrum van de werkzaamheden niet in Nederland is gelegen. Hieruit leidt het Gerechtshof af dat Nederlands recht niet van toepassing is op de arbeidsovereenkomsten. Dit laatste is niet juist – of minst genomen onvolledig: voor het toepasselijk recht is van belang of het werkelijke centrum van de werkzaamheden zich dan wel elders laat localiseren – in casu in Duitsland. Zo niet, dan luidt de conclusie dat een dergelijk centrum ontbreekt en moet worden teruggegrepen op de plaats van vestiging van de werkgever. In dit geval zou dan alsnog Nederlands recht van toepassing zijn, tenzij de rechter tot de conclusie was gekomen dat Duits recht nauwer bij de arbeidsovereenkomst betrokken moet worden geacht.¹⁶⁵

De zaak had overigens betrekking op de toepassing van de Nederlandse CAO op de arbeidsverhouding van de Duitse chauffeurs. Dit laatste aspect wordt in het volgende deel van dit rapport nader besproken.

¹⁶⁴ Dit is relevant in het kader van de uitleg van art. 1: 14 BW. Bij deze uitleg verwijst het Gerechtshof naar de door de werkgever opgewekte schijn – verg. de hierboven genoemde rechtspraak van het HvJ EG inzake art. 5.5 EEX.

¹⁶⁵ Zoals de kantonrechter in deze zaak van mening was.

Ook de uitspraak van het Hof Den Bosch van 10 april 2007, C0600001/ MA *NIPR* 2007, 292 heeft betrekking op toepassing van de Nederlandse transport-CAO op chauffeurs in het buitenland. Ook hier werd in dat kader van belang geacht welk recht de individuele arbeidsovereenkomsten van de chauffeurs beheerst. De onderneming was gevestigd in Nederland, de chauffeurs in Turkije. De ritten bestreken grote delen van Europa, Turkije vormde het begin- en eindpunt ervan. In Turkije was echter geen kantoor van de werkgever aanwezig, en ook geen centrale stallingsplaats voor de wagens. De chauffeurs werden aangestuurd vanuit een Belgisch filiaal, dat in de processtukken door de werkgever wordt aangemerkt als ‘feitelijke opdrachtgever’. Volgens het Gerechtshof kan dan niet gesteld worden dat er een in Turkije gelegen plaats is van waaruit de werkzaamheden worden verricht. Daarop achtte het Gerechtshof Nederlands recht van toepassing op de arbeidsovereenkomsten, als zijnde het land van vestiging van de werkgever. Het blijkt niet uit de gepubliceerde uitspraak of onderzocht is of de vestiging in België als werkgever kon c.q. moest worden beschouwd.

4.4. Toepassing op de besproken tewerkstellingsmodaliteiten

In deze paragraaf zal worden aangegeven welk recht objectief toepasselijk is op de arbeidsverhouding van de chauffeurs die zijn aangesteld binnen de in hoofdstuk 3 van deel I besproken tewerkstellingsmodaliteiten. Gemakshalve gaan wij er vanuit dat partijen geen rechtskeuze voor het Nederlandse recht hebben gedaan. Daarmee worden in de volgende paragraaf de modaliteiten dus uitgesluitend getoetst aan de hand van art. 6 lid 2 EVO. Bij deze toetsing wordt tevens rekening gehouden met de op handen zijnde vervanging van het EVO door de Rome I verordening. Als volgens ons de toepassing van de verordening tot andere resultaten zou leiden, vermelden we dat. In deze paragraaf is nadrukkelijk nog niet aan de orde of het mogelijk is om de onderzochte tewerkstellingsmodaliteiten *eenzijdig* onder Nederlands recht (of de Nederlandse CAO) te brengen via het systeem van voorrangsregels. Op die problematiek wordt later ingegaan.

4.4.1 Buitenlandse EU-werknemers in loondienst

Voorbeeld I

Een in Nederland gevestigde transportondernemer heeft een Belgische chauffeur in loondienst die met een in Nederland afgegeven Eurovergunning vervoer verricht tussen België en Frankrijk in een auto met Belgisch kenteken. De chauffeur woont in België, is in België aangenomen, naar aanleiding van een personeelsadvertentie in een Belgische krant en hoeft voor zijn werk zelden naar Nederland. De instructies ontvangt hij per telefoon/fax/email.

Toepasselijke recht

Als deze chauffeur het merendeel van de ritten binnen België werkzaam is, is Belgisch recht van toepassing als het recht van het land waar de arbeid gewoonlijk verricht wordt. Als de chauffeur echter meestal internationale transporten (in casu tussen België en Frankrijk) verzorgt, zijn er verschillende landen betrokken bij elke rit. In dat geval zou onder de nieuwe regeling van de verordening beoordeeld moeten worden of er een land is *van waaruit* de werkzaamheden plaatsvinden. Pas daarna

moet worden beoordeeld waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen.

Gezien de rechtspraak tot nu toe is voor de bepaling van het toepasselijk recht van belang of er een centrale plaats is waar de vrachtwagen wordt gestald, waar de ritopdrachten worden afgehaald, waar betrokkene zich zo nodig ziek meldt etc. Op grond van de rechtspraak kan worden vermoed, dat er geen sprake hoeft te zijn van een volledig toegeruste nevenvestiging, maar dat het wel van belang is of de chauffeur de normale zaken met betrekking tot zijn werkzaamheden direct met het lokale kantoor afhandelt. Als dat zo is, is het recht van toepassing van het land waar het lokale kantoor zich bevindt. Als er geen sprake is van een dergelijke nevenvestiging in België, dan wordt teruggevallen op Nederlands recht, als zijnde het land van vestiging van de werkgever. Tenzij het Belgische recht nauwer met de arbeidsovereenkomst verbonden is.

Verandert dit nu onder de verordening? Onder de verordening moet worden bepaald wat het land is *van waaruit* de werkzaamheden worden verricht. Daarbij zijn opnieuw de hierboven genoemde factoren van belang. Strikt genomen vereist de nieuwe regeling niet dat de werkgever in het werkland een vestiging heeft. Wel was er in de rechtspraak van het Hof van Justitie EG over het EEX steeds sprake van een kantoor waar de administratieve afhandeling van de werkzaamheden plaatsvond. In de toelichting bij het Rome I voorstel vermeldt de Europese Commissie dat vliegtuigpersoneel bepaalde administratieve taken verricht op de luchthaven (waar zich meestal ook een vertegenwoordiger van de werkgever bevindt).¹⁶⁶ Het is dus goed mogelijk dat er slechts sprake is van een land *vanwaaruit* de werkzaamheden worden verricht, als er een plaats valt aan te wijzen waar een deel van de administratieve afhandeling van de werkzaamheden plaatsvindt, terwijl die plaats ook als uitvalsbasis dient voor de overige werkzaamheden. Het is de vraag of het woonhuis van de chauffeur als zodanig kan gelden, of dat toch een soort kantoor noodzakelijk is.

Op basis van de registratie van het voertuig mag worden vermoed dat de vrachtwagen gewoonlijk in België wordt gestald. Ook woont de chauffeur in B en ontvangt hij daar de ritinstructies. We kunnen er dus vanuit gaan dat gewoonlijk vanuit B wordt gewerkt (over de plaats waar gewoonlijk geladen wordt, is niets vermeld). Er is echter geen vestiging in België. Of er wel een vaste, bewaakte parkeerplaats is, valt uit de gegevens niet op te maken. Ook de aanwezigheid van een vertegenwoordiger in België – waar betrokkene zich ziek kan melden bijvoorbeeld – is niet gegeven. Er is dus geen vestiging, kantoor of andere werkplek van waaruit de werkzaamheden plaatsvinden. Hierin verschilt de situatie dus van Ruten-Cross Medical¹⁶⁷ en Mulox-Geels¹⁶⁸.

Dus:

Onder art. 6 EVO is het waarschijnlijk dat een vast werkland niet aanwezig wordt geacht. Nu er ook geen vestiging in België is waaraan de werknemer kan worden toegedeeld, zal voorlopig worden aangeknoopt bij de Nederlandse vestiging van de werkgever. Vervolgens zal de rechter dan moeten bepalen of op grond van de

¹⁶⁶ COM/2005/0605 final.

¹⁶⁷ HvJ EG 9 januari 1997, NJ 1997/717.

¹⁶⁸ HvJ EG 13 juli 1993, C-125/92, Jur 1993, p. I-4075.

omstandigheden van het geval de overeenkomst kennelijk nauwer is verbonden met België. Dit is in het beschreven geval (werving, indienstneming, woonplaats en plaats van instructie) goed verdedigbaar.

Onder de verordening is ons inziens de kans groter dat Belgisch recht van toepassing wordt geacht op grond van het feit dat de werkzaamheden vanuit België worden verricht. Het blijft echter de vraag of er in België een ‘centrum van de beroepswerkzaamheden’ bevindt in de zin van de rechtspraak van het Hof over het EEX. Anders moet ook onder de verordening worden teruggevallen op de Nederlandse vestiging van de werkgever, behoudens een nauwere band met België. Zoals uit de onderstaande besprekingen zal blijken, is dit de lastigste feitenconstellatie binnen de groep werknemers in dienst van een Nederlandse onderneming. Welke aanknoping uiteindelijk de bescherming van de werknemer dient, zal ons inziens ook samenhangen met de toepassing van de CAO's en de mogelijkheden tot controle en handhaving. We zullen op deze groep dan ook in een later stadium terugkomen.

Voorbeeld II

Een in Nederland gevestigde transportondernemer heeft een Poolse chauffeur in dienst. De chauffeur verricht binnenlands vervoer in Nederland en rijdt op een Nederlandse vergunning en met Nederlands kenteken.

Toepasselijke recht

Kenmerkend voor binnenlands vervoer is dat het zich gemakkelijk laat lokaliseren. In dit voorbeeld komen de criteria van Rutten-Cross Medical en Weber niet eens aan bod, daar de arbeid in één land verricht wordt. In dit geval is Nederland het land waar de arbeid normaal verricht wordt – Nederlands recht is objectief toepasselijk. Een rechtskeuze voor een ander recht kan er in dit geval niet toe leiden dat de Poolse chauffeur de bescherming verliest die hem toekomt op grond van de dwingende bepalingen van Nederlands (arbeids)recht.

Voorbeeld III

Een in Nederland gevestigde transportondernemer heeft een Poolse chauffeur in dienst. De chauffeur verricht internationaal vervoer en rijdt op een in Nederland afgegeven Eurovergunning en met Nederlands kenteken.

Toepasselijke recht

Helaas biedt dit voorbeeld te weinig aanknopingspunten om aan te geven welk recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. De verwijzingsregel van het EVO en de Rome I verordening knopen immers niet aan bij de herkomst van de vervoersvergunning noch bij het kenteken van het vervoersmiddel. Relevant is allereerst het land waar of van waaruit de arbeid wordt verricht, en daarover is nu net niets gegeven. De herkomst van de wagen en de vergunning kunnen overigens wel meewegen bij de vraag of Nederlandse recht van toepassing kan zijn vanwege de nauwe betrokkenheid van dat recht bij de arbeidsverhouding.

Ook hier ontstaat derhalve een probleem met betrekking tot voorzienbaarheid van het toepasselijke recht en – samenhangend hiermee – de handhaving daarvan. Dat laatste kan leiden tot oneerlijke concurrentie, als namelijk een deel van de werkgevers wel conform het toepasselijke arbeidsrecht beloond en een ander deel niet. In de Europese verordening inzake de invoering van een bestuurdersattest voor derdelanders (Vo 484/2002 Pb L 76) wordt dan ook voor derdelanders als eis gesteld dat deze beschermd worden conform de maatstaven van het land van vestiging van de

vergunninghouder.¹⁶⁹ Voor EU-burgers geldt deze eis echter niet, zodat het toepasselijk recht voor deze groep in beginsel gevonden moet worden aan de hand van art. 6 EVO.

4.4.2. Uitzendkrachten van een in een andere lidstaat gevestigd uitzendbureau

Voorbeeld IV

Een in Nederland gevestigde transportondernemer werkt met een Poolse uitzendkracht in dienst van een Poolse uitzendorganisatie. De uitzendkracht verricht binnenlands vervoer in Nederland en rijdt op een Nederlandse vergunning en met Nederlands kenteken.

Toepasselijke recht

De rechtsverhouding in dit voorbeeld laat zich op het eerste gezicht relatief makkelijk localiseren. Gedurende de tewerkstelling bij de Nederlandse werkgever wordt de arbeid immers slechts in één land verricht, te weten Nederland. De werknemer is echter niet in dienst bij het Nederlandse bedrijf maar (mogelijk, afhankelijk van het Poolse recht) bij het Poolse uitzendbureau. Dit bureau stuurt hem naar Nederland in het kader van een grensoverschrijdende dienstverrichting in de zin van Richtlijn 96/71/EG.

Welk recht nu van toepassing is op de arbeidsovereenkomst tussen de Poolse werkgever en de uitzendkracht, hangt af van een feitelijke en een juridische vraag. De feitelijke vraag is of de werknemer eerder voor hetzelfde uitzendbureau in andere landen heeft gewerkt. Als de periode in Nederland de enige is en blijft, is Nederland het land waar de arbeid gewoonlijk verricht wordt. Dan is ook Nederlands recht van toepassing op de arbeidsovereenkomst van de chauffeur – tenzij op grond van de omstandigheden van het geval besloten moet worden dat Pools recht kennelijk nauwer met de overeenkomst is verbonden. Dit zal moeten blijken uit specifiek op de uitzending gerichte voorzieningen, zoals buitenlandvergoedingen, reiskosten van en naar Polen, regeling voor het gezin van de werknemer etc. Ook speelt bij deze weging een rol of de werknemer verzekerd blijft in Polen en ook daar belasting betaalt.

Is er sprake van een langduriger relatie met het Poolse uitzendbureau, dan komt de meer juridische vraag op of de uitzending naar Nederland als een aparte fase moet worden beschouwd, met een eigen plaats van uitvoering of dat sprake is van een tijdelijke detachering, waarbij Polen het vaste werkland blijft. Het lijkt onwaarschijnlijk dat de periode in Nederland als aparte fase moet worden beschouwd als de werknemer regelmatig in dezelfde functie wordt ingezet bij verschillende opdrachtgevers.¹⁷⁰ Als sprake is van een langer durende, doorlopende arbeidsverhouding met het Poolse uitzendbureau zijn er verschillende alternatieven: Het is allereerst mogelijk dat bij nauwkeurige beoordeling van de werkzaamheden blijkt dat meestal in of vanuit Nederland is gewerkt. In dat geval kan Nederland worden aangemerkt als het land waar gewoonlijk gewerkt wordt. Het is echter ook mogelijk dat voor de gehele duur van de arbeidsrelatie tussen de chauffeur en het

¹⁶⁹ Zie over deze regeling CBB 24 april 2003, *LJN*: AF9619, AWB 03/348 en 03/400.

¹⁷⁰ Verg. HvJ EG 27 februari 2002, C-37/00, *Jur* 2002, p. I-2013, *NJ* 2005, 336 Weber v. Universal Ogden Services.

Poolse uitzendbureau blijkt dat Polen het gewone werkland is, en de periode in Nederland heeft te gelden als een kortdurende uitzending die geen invloed heeft op het toe te passen recht. Tenslotte kan het zo zijn dat de werkzaamheden dermate verspreid zijn, dat er geen land valt aan te wijzen waar of van waaruit¹⁷¹ de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht, zodat het recht van de vestiging van de werkgever moet worden toegepast. In de laatste twee gevallen komen we uit bij Pools recht.

Dus op deze casus is alleen Nederlands recht van toepassing als objectief toepasselijk recht, als de werknemer in dienst van dit uitzendbureau uitsluitend of voornamelijk in Nederland werkt of heeft gewerkt. In de overige beschreven scenario's is Pools recht van toepassing.

De casus wordt nog ingewikkelder als de chauffeur door de Nederlandse onderneming wordt ingezet in het internationale transport. Het is namelijk de vraag of de detachingsregeling van het EVO ook van toepassing is op het internationale transport – op situaties waarin niet *in* een bepaald land wordt gewerkt, maar wel *vanuit* een bepaald land. Op deze complicatie komen we later terug, bij de bespreking van de detachingsrichtlijn.

4.4.3. Collegiale inleen uit een andere lidstaat

Voorbeeld V - In Nederland gevestigde transportondernemer met werknemers op detacheerbasis uit EU

Een Nederlands bedrijf maakt gebruik van het personeel van een Oost-Europees transportbedrijf dat al dan niet gelieerd is aan een Nederlandse onderneming..

Toepasselijke recht

De beoordeling van het toepasselijk recht loopt langs dezelfde lijnen als bij uitzendkrachten. In deel 1 hebben we bovendien aangegeven dat in sommige gevallen de collegiale inleen moet worden beschouwd als een verkapte vorm van terbeschikkingstelling van werknemers – en dus in feite beoordeeld moet worden als zijnde een uitzendsituatie. Voor het toepasselijke recht maakt dat echter niet uit. Gezocht wordt naar een vast werkland, en secundair naar het land van vestiging van de werkgever. Wel rijst hier eventueel een probleem met betrekking tot het lokaliseren van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen. Dit laatste probleem doet zich uitsluitend voor als de in het buitenland gevestigde formele werkgever onderdeel uitmaakt van hetzelfde concern als de Nederlandse inleener. In dat geval kunnen extra problemen rijzen rond de identificatie van de werkgever. Voor de uitleg van het begrip “vestiging” kan gebruik worden gemaakt van de jurisprudentie van het Hof van Justitie ten aanzien van art. 5 lid 5 EEX. Van een vestiging is dan sprake als er een duurzame aanwezigheid is in een bepaald land, blijkend uit materiële voorzieningen en de aanwezigheid van functionarissen die de onderneming kunnen binden. In het algemeen dient sprake te zijn van nevenvestigingen of filialen van één bepaalde rechtspersoon. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden zal een rechtspersoon kunnen worden beschouwd als een

¹⁷¹ We beschouwen Polen niet als land van waaruit de werkzaamheden verricht worden, louter omdat het uitzendbureau daar zit. Het gaat immers in de verwijzingsregel om de plaats van waaruit de werknemer zijn dagelijkse werkzaamheden vervult.

vestiging van een andere rechtspersoon behorende tot hetzelfde concern.¹⁷² Het IPR respecteert dus in het algemeen de afgescheiden rechtspersoonlijkheid van concernonderdelen. Wel kan in de verwijzingsregel op andere wijze rekening worden gehouden met de vervlechting tussen formele werkgever en inlener. Ons inziens moet voor het toepasselijke recht namelijk worden gekeken naar de plaats van waaruit de arbeidsverhouding wordt 'beheerd'. Met andere woorden: wie instrueert de chauffeurs, waar meldt deze zich ziek, wie administreert de vakantiedagen etc. Het kantoor dat voor deze zaken verantwoordelijk is, zal zoveel mogelijk moeten worden aangemerkt als 'de plaats van waaruit de werkzaamheden worden verricht' (zeker als dit kantoor zich op dezelfde lokatie bevindt als het terrein waar de vrachtauto's worden gestald). Hierdoor zal de vestigingsplaats van de inlener in concernverband - en waarschijnlijk eerder dan bij inlening via een zelfstandig uitzendbureau - onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als 'plaats van waaruit de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht'.

Voor het IPR is het overigens niet relevant of de werkgever voldoet aan de vestigingseisen die het transport-recht stelt. Ook staat het IPR-begrip los van het zeer formele begrip dat van toepassing is op het rechtspersonenrecht. Het gaat er hier om of er een duurzame entiteit aanwezig is die als contractspartij optreedt. De criteria die daarbij gehanteerd worden, zijn strenger dan die van het rechtspersonenrecht, maar zijn minder streng dan de voorwaarden die de Commissie heeft voorgesteld ten aanzien van het transport. Ze lijken nog het meest op de criteria die worden gehanteerd voor het onderscheid vestiging/dienstverlening in het EG-verdrag.¹⁷³

4.4.4. Charters uit een andere lidstaat

Voorbeeld VI

Vanuit de M.O.E. lidstaten worden charters ingeschakeld door Nederlandse transportondernemingen om werk uit te voeren. Deze buitenlandse onderaannemers kunnen zelfstandig zijn, maar kunnen ook zijn opgericht door Nederlandse transportbedrijven speciaal met het doel om het buitenlandse bedrijf in te huren als charter voor hun Nederlandse werk.

Toepasselijke recht

Voor de toepassing van de verwijzingsregel verschilt deze casus niet wezenlijk van de vorige twee. Terwijl bij de vorige twee sprake was van inleen van werknemers, is dit voorbeeld te beschouwen als een vorm van onderaanneming. Maar ook hier is er sprake van een afzonderlijke rechtspersoon die als werkgever optreedt. En ook hier is relevant of er een land is waar gewoonlijk gewerkt wordt (bij cabotage of binnenlands transport). Zo niet, is er dan een land van waaruit gewoonlijk gewerkt wordt: is er een vaste plaats waar ritten beginnen en eindigen, een vaste stalling, een kantoor waar de ritinstructie worden verstrekt etc. Alleen als dit niet zo is, dan dient gezocht te worden naar de vestiging van de werkgever die de werknemer in dienst heeft genomen. Hierbij geldt de formele werkgever als uitgangspunt voor de discussie. Als het buitenlandse transportbedrijf geen zelfstandige rechtspersoonlijkheid heeft, is de formele zetel van de werkgever in Nederland gelegen. In het verleden was dat vaak

¹⁷² Zie HvJ EG 9 december 1987 C 218/86 *Jur.* 1987, 4905 (Schotte v. Rothschild); 6 oktober 1976 zaak 14/76 *Jur.* 1976, 1497 (De Bloos v. Bouyer); 18 maart 1981 zaak 139/80 *Jur.* 1981, 819 (Blanckaert); 22 november 1978 zaak 33/78 *Jur.* 1978, 218 (Somafer)

¹⁷³ Verg. voor dit laatste HvJ EG 31 november 1995, C-55/94, *Jur.* p. I-4165 (Gebhard).

afdoende om (bij afwezigheid van een vast werkland) Nederlands recht van toepassing te achten. Onder Rome I lijkt het waarschijnlijker dat in dat geval primair gezocht moet worden naar de onderneming die als werkgever optreedt.

4.5 Conclusie objectief toepasselijk recht.

Het internationaal privaatrecht richt zich op individuele relaties met een grensoverschrijdend element. De verwijzigingsregel voor arbeidsovereenkomsten staat – tot op zekere hoogte – in het teken van de bescherming van de werknemer. Deze wordt beschermd tegen voor hem nadelige rechtskeuzes: een rechtskeuze kan geen afbreuk doen aan de dwingende beschermingsbepalingen van het recht dat zonder de rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest. Bij afwezigheid van een rechtskeuze wordt de internationale arbeidsovereenkomst onderworpen aan het recht dat het nauwst met de uitvoering van die overeenkomst verbonden is. Er wordt dus zoveel mogelijk afgestemd op de directe werkomgeving van de werknemer. Voor het transport betekent dit, dat gekeken wordt naar de landen waar gereden wordt (bij cabotage en intern transport is dat maar één land) en naar de plaats van waaruit de chauffeur vertrekt en wordt aangestuurd. De vestigingsplaats van de formele werkgever is in de loop der tijd een minder belangrijke rol gaan spelen. Met deze wijziging wordt beoogd aansluiting te zoeken bij de daadwerkelijk uitvoering van de arbeidsovereenkomst en daarmee manipulatie door de werkgever te voorkomen. Echter, daarmee wordt ook een zekere mate van onzekerheid gecreëerd: de bepaling van het toepasselijke recht is immers afhankelijk van de omstandigheden van het individuele geval. Dit kan controle- en handhavingsproblemen veroorzaken. Voor derdelanders heeft de EG een speciale regeling in het leven geroepen die bescherming op het niveau van het land van vergunningverlening lijkt te vooronderstellen. Een dergelijke regeling ontbreekt echter voor EU-burgers.

De herkomst van de transportvergunning en het land van registratie van het voertuig waarop de chauffeur rijdt, spelen in het systeem van het EVO geen rol als zelfstandige aanknopingspunten. Wel kunnen deze factoren meewegen bij de toepassing van de uitzonderingsbepaling van art. 6 EVO – blijkt uit de omstandigheden van het geval dat een bepaald land kennelijk nauwer met de arbeidsovereenkomst is verbonden? Ook deze uitzonderingsbepaling draagt niet bij aan de voorspelbaarheid van de uitkomst van de verwijzing.

Onzekerheid inzake het toepasselijk recht is nadelig voor de rechtspositie van zowel werkgever als werknemer en vermindert de kans op effectieve handhaving van het recht. Het is dus in belang van beide partijen om in de gevallen die tot de meeste rechtsonzekerheid aanleiding geven, zelf duidelijkheid te scheppen over het toepasselijk recht. Zowel het EVO als Rome I scheppen hiertoe ook de mogelijkheid: het is immers toegestaan dat de partijen bij de overeenkomst gezamenlijk een rechtskeuze uitbrengen. We raden de cao-partijen dan ook aan om met name voor de situaties beschreven in voorbeeld 1 duidelijkheid te scheppen over het toepasselijke recht door middel van een rechtskeuze.

HOOFDSTUK 5

De toepasselijkheid van de Nederlandse cao op internationale arbeidsverhoudingen.

5.1 Inleiding: cao's in het IPR.

In hoofdstuk 4 is uitgebreid ingegaan op de vraag welk recht op grond van art. 6 EVO (te vervangen door art. 8 van de Rome I verordening) objectief toepasselijk is op de arbeidsovereenkomst van chauffeurs in het internationale wegtransport. De diverse tewerkstellingsmodaliteiten zijn onder de loep genomen en gekeken is of Nederlands recht voor toepassing in aanmerking kwam. Dit bleek lang niet altijd het geval - in een groot aantal gevallen werd geconstateerd dat buitenlands recht het nauwst bij de arbeidsovereenkomst was betrokken. Daarmee is echter nog niet gezegd dat ook de Nederlandse cao niet op die werknemers van toepassing is – dit is nadrukkelijk een andere vraag. In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de vraag wat partijen bij een cao kunnen afspreken over de toepasselijkheid van hun cao op internationale gevallen. Hierbij moet worden onderscheiden tussen de afspraak tussen cao-partijen als zodanig en de algemeen verbindend verklaring daarvan. Door algemeen verbindend verklaring verandert de cao van een afspraak tussen sociale partners in objectief recht. Daarmee wordt de cao ook relevant voor het internationaal privaatrecht.

De eerste vraag die hier moet worden beantwoord, is of algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen zijn te beschouwen als voorrangsregels. Voorrangsregels zijn 'bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht [...] overigens van toepassing is op de overeenkomst'.¹⁷⁴ Het gaat daarbij altijd om dwingend recht – recht waarvan niet door partijen bij de overeenkomst kan worden afgeweken. De bekendste Nederlandse voorrangsregel is art. 6 BBA. De Hoge Raad heeft consequent volgehouden dat het ontslagverbod van het BBA niet alleen de bescherming van de werknemer dient, maar tevens de regulering van de Nederlandse arbeidsmarkt betreft.¹⁷⁵ Daarom wordt de regeling (nog steeds) beschouwd als voorrangsregel.¹⁷⁶ Nu de internationale werkingssfeer van het BBA niet in het BBA zelf is opgenomen, wordt deze door de rechter afgeleid uit het doel van de regeling. Het verbod is van toepassing in die gevallen waarin de werknemer na ontslag terugvalt op de Nederlandse arbeidsmarkt, ongeacht of Nederlandse recht van toepassing is op zijn arbeidsovereenkomst.¹⁷⁷ Ook de Wet minimumloon is een voorrangsregel. Deze wet is van toepassing op werknemers die hun arbeid in Nederland verrichten en op werknemers die in Nederland woonachtig zijn en hun arbeid buiten Nederland verrichten voor een in

¹⁷⁴ Tekst ontleend aan art. 9 van Vo 593/2008/EG inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *Pb EU* L 177/6.

¹⁷⁵ Zie voor een interne casus HR 16 november 2001, *Jar* 2001/258, AVB/Smith; voor het IPR HR 18 januari 1991, *NJ* 1991, 296 Sanchez Martinez/Iberia.

¹⁷⁶ Zie Z. Even, E. van Kampen, 'De arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijke perspectief.' *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2004-I, p. 4 e.v. en *Losbladig commentaar arbeidsovereenkomst*, BBA art. 1, aant. 4 (De Wolff).

¹⁷⁷ Zie literatuur voorgaande noot.

Nederland gevestigde werkgever.¹⁷⁸ In dit geval is de werkingssfeer in (art. 4 van) de wet zelf opgenomen. De rechter is bij beoordeling van de toepasselijkheid van de wet op internationale gevallen gebonden aan deze geschreven werkingssfeer – voor zover deze niet in strijd komt met hoger recht, bijvoorbeeld Europees recht.

Verbindend verklaarde cao-bepalingen zijn in het algemeen te beschouwen als dwingend recht. Er kan immers niet rechtsgeldig van worden afgeweken, tenzij de cao zelf deze afwijking toestaat: zie art. 3 Wet AVV. Maar zijn het ook voorrangsregels? Is het voor de toepassing irrelevant welk recht van toepassing is op de individuele arbeidsovereenkomst? Deze vraag wordt hieronder onderzocht aan de hand van de cao-praktijk, het wettelijk kader en de rechtspraak.

De conclusie luidt dat avv-cao's inderdaad kunnen worden beschouwd als voorrangsregels. Dat betekent – kort gezegd – dat de cao van toepassing kan zijn, ook als buitenlands recht de individuele arbeidsovereenkomst beheerst. Omgekeerd zal de cao niet altijd van toepassing zijn op internationale arbeidsovereenkomsten die worden beheerd door Nederlands recht. Wanneer de cao precies van toepassing is in internationale gevallen, kan worden vastgelegd in de cao zelf. De door de sociale partners vastgestelde internationale werkingssfeer wordt vervolgens – in het algemeen zonder wijzigingen – verbindend verklaard door de Minister van Sociale Zaken. Hoe de sociale partners in het verleden van deze mogelijkheid gebruik hebben gemaakt, wordt hieronder toegelicht in paragraaf 2. Als de cao zich niet expliciet uitlaat over zijn internationale werkingssfeer, zal deze in voorkomende gevallen door de rechter moeten worden afgeleid uit de doelstelling van het avv-systeem. Zowel de sociale partners en de Minister als de rechter zijn bij het vaststellen van de internationale werkingssfeer van de cao wel gebonden aan hogere rechtsregels. Een cao mag bijvoorbeeld niet discrimineren op grond van nationaliteit, en moet ook overigens het Europese recht respecteren. De belangrijkste rechtsregels op dit punt zijn de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten en de detacheringsrichtlijn. In paragraaf 4 wordt aangegeven welke beperkingen het Europese recht stelt aan de vrijheid van de sociale partners met betrekking tot de werkingssfeer van hun cao. Daarvoor wordt in paragraaf 3 nagegaan in hoeverre de Wet AVV en het EVO beperkingen opleggen aan de internationale werkingssfeer van cao's c.q. de algemeen verbindend verklaring daarvan. Per paragraaf worden tussenconclusies opgenomen, waarin aandacht wordt besteed aan de gevolgen van het daar behandelde voor de regulering van de diverse in deel 1 besproken tewerkstellingsmodaliteiten.

Voor de lezer is een waarschuwing op zijn plaats. De regulering van arbeidsvoorwaarden in het internationaal wegtransport wordt in het onderstaande beoordeeld vanuit het perspectief van het Nederlandse collectieve arbeidsrecht, het IPR, het gelijke behandelingsrecht, het vrij verkeer en het transportrecht. Deze systemen sluiten in de praktijk lang niet altijd op elkaar aan. In de tussenparagrafen wordt steeds een specifiek perspectief beschreven, aan het eind worden de draadjes weer aan elkaar geknoopt.

¹⁷⁸ Zie art. 4 WML. Art. 4 spreekt overigens van 'binnen het Rijk'.

5.2 De internationale werkingssfeer van cao's in de cao-praktijk

5.2.1 De werkingssfeer van een cao, algemeen

Een (niet algemeen verbindend verklaarde) cao bindt slechts de partijen bij de overeenkomst en hun leden. Daarnaast is de werkgever in het algemeen verplicht de cao ook toe te passen op de arbeidsovereenkomsten van werknemers die geen lid zijn van de cao-sluitende vakbond.¹⁷⁹ De werkingssfeer van de niet avv-cao is daarmee in de praktijk primair afhankelijk van de cao-partijen aan *werkgeverszijde*. Voor bedrijfstak-cao's geldt in het algemeen dat de cao een algemene omschrijving bevat van het type ondernemingsactiviteit waarop de cao betrekking heeft. In een aantal gevallen wordt daarbij de precisering aangebracht dat de cao van toepassing is op 'de in Nederland gevestigde onderneming' waarin de genoemde bedrijfsactiviteit wordt beoefend. In andere gevallen is de cao juist van toepassing op ondernemingen die *in Nederland* bepaalde *werkzaamheden doen verrichten*. Door deze toevoegingen kunnen de cao-partijen de internationale werkingssfeer van de cao nader bepalen. De hier genoemde voorbeelden tonen de meest gebruikte criteria namelijk de plaats van vestiging van de onderneming en de plaats van werkzaamheden.

De cao's bevatten vaak ook een nadere omschrijving van het begrip 'werknemer', opgenomen in de definitie-bepalingen van de cao. In deze omschrijving kan de werkingssfeer van de cao uitgebreid worden tot in het bedrijf werkzame personen die geen arbeidsovereenkomst hebben gesloten met de gebonden werkgever. Omgekeerd kan de werkingssfeer van de cao worden beperkt tot werknemers die zowel in de onderneming werkzaam zijn als met de gebonden werkgever een arbeids-overeenkomst hebben gesloten. Deze bepalingen zien vooral op het uit- en inlenen van arbeidskrachten.¹⁸⁰ De definitie-bepalingen kunnen verder worden gebruikt om de toepasselijkheid van de cao te beperken tot bepaalde functies of loonschalen. In een aantal gevallen heeft ook de definitie van werknemer betekenis voor het IPR, namelijk als de toepassing van de cao beperkt wordt tot werknemers met standplaats Nederland of tot werknemers die in Nederland werkzaam zijn.¹⁸¹

De werkingssfeer van bedrijfstak-cao's is dus als volgt opgebouwd. De omschrijving van de partij aan werkgeverszijde bepaalt in welke ondernemingen de cao geldt. De omschrijving van het begrip werknemer bepaalt vervolgens welke band er met de onderneming moet bestaan en kan eventueel andersoortige beperkingen aanbrengen op de werkingssfeer. Beide definities kunnen ook internationale elementen bevatten. Daarnaast hebben sommige cao's aparte bepalingen met betrekking tot de internationale werkingssfeer. Dit alles levert een bont palet op van bepalingen over de internationale werkingssfeer die variëren van sterk beperkend tot zeer ruim (naast de gevallen waarin een nadere aanduiding van de internationale of territoriale werkingssfeer simpelweg ontbreekt).

¹⁷⁹ Art. 14 WCAO.

¹⁸⁰ Zie bijvoorbeeld art. 2 lid 2 onder c en d van de cao voor het carrosseriebedrijf 1992-1994 DCA nr. 7564 *Bijv.Stcrt* 22 september 1992 nr. 183.

¹⁸¹ De standplaats wordt bijvoorbeeld gebruikt in de cao voor het bankbedrijf AI nr. 9248 *Bijv.Stcrt* 13 augustus 1999 nr. 154 en de AKZO-cao 1986-1988.

5.2.2. Voorbeelden uit de praktijk

1. Aanknoping aan de vestigingsplaats van de werkgever

Voor zover cao's iets regelen omtrent de internationale werkingssfeer van de cao-bepalingen, knopen ze meestal aan bij de vestiging van de werkgever. Als de werkgever in Nederland een onderneming in stand houdt in de betreffende branche, is de cao op de daar werkende werknemers van toepassing. Voorbeelden van een op de vestiging van de werkgever gerichte werkingssfeer zijn te vinden in de cao's voor het verzekeringsbedrijf, het isolatiebedrijf, het confectiebedrijf, dagbladjournalisten alsmede de diverse vervoers-cao's.¹⁸²

Ook de cao's voor het beroepsgoederenvervoer knopen nadrukkelijk aan bij de vestiging van de werkgever: zowel de TLN-cao als de KNV-cao zijn (voor zover relevant voor internationaal transport) van toepassing op alle werkgevers en werknemers van *in Nederland gevestigde ondernemingen* die vergunningplichtig vervoer krachtens de WGW verrichten en/of tegen vergoeding geheel of ten dele vervoer verrichten anders dan van personen, over de weg of over andere dan voor het openbaar verkeer openstaande wegen.¹⁸³

Soms leidt aanknoping aan de vestigingsplaats van de werkgever tot toepasselijkheid van de betreffende cao op in het buitenland gestationeerd personeel. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de buitenlandse correspondenten in vaste dienst van een Nederlandse dagbladonderneming. De cao-partijen zijn hierin relatief vrij, zeker als van avv (nog) geen sprake is.¹⁸⁴ Ze kunnen de werkingssfeer dan ook oprekken tot alle bij de cao-partijen in dienst zijnde werknemers, ongeacht waar deze hun standplaats hebben of hun werkzaamheden uitvoeren. Het is niet noodzakelijk dat de arbeidsovereenkomsten die door de cao worden bestreken allemaal (anders dan door rechtskeuze) worden beheerst door Nederlands recht – al zal dit in de praktijk wel praktisch zijn. Een Nederlandse cao sluit immers in zijn bepalingen nauw aan bij de Nederlandse situatie. Er wordt rekening gehouden met het Nederlandse recht en de Nederlandse sociale en economische omstandigheden. Dit levert specifieke problemen op als de cao moet worden toegepast op 'buitenlandse' arbeidsovereenkomsten.¹⁸⁵ Het is dan ook niet ongebruikelijk dat de cao-partijen de werkingssfeer van hun cao beperken tot werknemers met een specifieke band met Nederland. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de algemene banken-cao. Deze richt zich op in Nederland gevestigde banken¹⁸⁶ maar brengt hierop de nadere beperking aan dat de werknemer zijn standplaats in Nederland moet hebben. Hierdoor wordt voorkomen dat het personeel dat werkzaam is in buitenlandse vestigingen onder de Nederlandse cao valt. Ook de cao's voor het verzekeringsbedrijf gaan ervan uit dat de

¹⁸² Zie bijvoorbeeld de cao voor het besloten busvervoer, AVV-besluit 5 november 2007 UAW Nr. 10709 *Bijvoegsel Stcrt.* d.d. 07-11-2007, nr. 216 en de hieronder weergegeven werkingssfeer van de cao's in het goederenvervoer over de weg.

¹⁸³ Overigens kent de TLN-cao een afwijkende werkingssfeer ten aanzien van de – tevens onder de cao vallende – verhuur van mobiele kranen. De cao is namelijk van toepassing op 'alle in Nederland *werkzame* ondernemingen waarin het bedrijf wordt uitgeoefend van het verhuren van mobiele kranen'.

¹⁸⁴ Zie echter hieronder voor beperkingen o.g.v. het EG-recht.

¹⁸⁵ Zo kan de doorwerking van de cao op problemen stuiten als de cao-bepalingen in strijd blijken te zijn met het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke – buitenlandse – recht. Ook kunnen zich aansluitproblemen voordoen, als de cao voortbouwt op de bescherming van het Nederlandse recht (bijv. bij ontslag of sociale zekerheid).

¹⁸⁶ Via het vereiste van inschrijving bij de Nederlandse Bank.

werknemer zijn werkzaamheden in Nederland verricht. In feite wordt er in die cao's dus een dubbele eis gesteld: de eerste heeft betrekking op de vestigingsplaats van de werkgever, de andere op de plaats waar of van waaruit de werkzaamheden worden verricht.

Een bijzondere beperking van de werkingssfeer is te vinden in de cao voor de handelsvaart tot 9000 GT. Deze cao maakt onderscheid tussen werknemers die woonachtig zijn in de Filippijnen en Indonesië en overige werknemers.¹⁸⁷ Voor de eerste groep worden aparte cao's gesloten met bonafide, lokale vakbonden in de landen van herkomst. De Nederlandse cao bevat voor deze werknemers slechts beperkte garanties. Dit systeem is in de scheepvaart niet ongebruikelijk en wordt wel het *home/residence* systeem genoemd. Ook de door de vakbond voor zeevarende (Nautilus NL) gehanteerde mantel-cao maakt hiervan gebruik. Artikel 2 van deze cao heeft betrekking op de werkingssfeer en bepaalt het volgende: "De Collectieve Arbeidsovereenkomst is van toepassing op alle werknemers, tenzij met instemming van partijen bij deze CAO voor bepaalde werknemers een andere arbeidsovereenkomst geldt die is afgesloten met een bonafide vakorganisatie die is gevestigd in het land waar deze werknemers wonen." De bepaling in de cao voor de kleine handelsvaart is in 1996 voorgelegd aan de Commissie Gelijke Behandeling, vanwege het (mogelijk) discriminerende karakter ervan.¹⁸⁸ Deze achtte in het voorliggende geval de bepaling echter niet in strijd met de AWGB. Het is dus blijkbaar mogelijk om in een cao onderscheid te maken tussen verschillende groepen werknemers op basis van hun band met Nederland. Een dergelijk onderscheid is echter problematisch vanuit het gezichtspunt van gelijke behandeling en zal dan ook moet worden getoetst aan zowel het nationale als het Europese recht op dit punt. Zie voor dit laatste, paragraaf 5.4.2.

Een aantal cao's die zich richten op in Nederland gevestigde ondernemingen of werkgevers/rechtspersonen, beperkt dus de toepassing van de cao tot werknemers die een nadere band met Nederland hebben. Ongeacht het recht dat hun individuele arbeidsovereenkomst beheerst, wordt de arbeidsverhouding van de buiten Nederland gestationeerde bankemployee en de buiten Nederland werkzame verzekeringsagent *niet* bestreken door de Nederlandse cao. De werkingssfeerbepaling heeft dan een beperkende werking. Ook het omgekeerde kan echter voorkomen: ongeacht welk recht objectief van toepassing is op de individuele arbeidsovereenkomst, is de cao *wel* van toepassing omdat ook de internationale arbeidsovereenkomst nadrukkelijk onder de werkingssfeer ervan valt. Dit effect is tot op zekere hoogte zichtbaar in de dagblad-cao, voor wat betreft de bepalingen inzake buitenlandcorrespondenten. Nog duidelijk treedt dat effect op bij de (oude) Duitse mantel-cao voor de Goethe-instituten.¹⁸⁹ De Goethe-instituten ondersteunen de verspreiding van de Duitse taal en cultuur en bevinden zich in diverse landen (zowel Europese als niet-Europese). Op de arbeidsovereenkomsten van de (Duitse) medewerkers van de – dus meestal in het

¹⁸⁷ Het Groenboek van de Europese Commissie over de maritieme sector vermeldt dit systeem ook onder de term 'home/residence conditions': Com(2006)275 final p. 19.

¹⁸⁸ Oordeel 97-13 van 4 februari, *NIPR* 1997, nr. 235, *JAR* 1997/38. Zie voor een kritische bespreking Van Hoek, 'Nationaliteitsdiscriminatie in het IPR: een commentaar op de uitspraak van de CGB van 4 februari 1997', *Sociaal Recht* 1997-12, p. 3553-3558.

¹⁸⁹ Beschrijving van de cao 1982, ontleend aan BAG 11 september 1991, 4 AZR 71/91 *IPRax* 1994, p. 44-46, besproken in: Van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers*, Den Haag: Sdu 2000, p. 287-288.

buitenland gelegen – instituten is een Duitse cao van toepassing. Zoals hierboven is weergegeven, is het nadeel van deze constructie, dat de cao ook betrekking heeft op individuele arbeidsovereenkomsten naar buitenlands recht. Daarmee zal bij het opstellen van de cao rekening moeten worden gehouden. Voor de contractuele elementen van de cao kan dit probleem deels worden ondervangen door tevens voor te schrijven dat de individuele werknemer een rechtskeuze wordt aangeboden. Een dergelijke rechtskeuzemogelijkheid – in casu voor Duits recht – was ook inderdaad opgenomen in de Goethe-cao. De extensieve werkingssfeer heeft als voordeel dat daardoor binnen de organisatie van de gebonden werkgever optimaal tegemoet wordt gekomen aan de behoefte aan gelijke behandeling. Overigens zijn ons in Nederland geen voorbeelden bekend van dergelijke Europese of mondiale cao's.

2. Aanknoping aan de feitelijke werkplek.

De plaats waar de werkzaamheden worden verricht is al jaren het belangrijkste aanknopingspunt voor de cao's in de bouwnijverheid. De aanknoping aan de werkplek kan twee functies hebben: het kan de werkingssfeer van de cao voor Nederlandse bedrijven beperken tot de in Nederland verrichte werkzaamheden, of juist de toepassing van de cao uitbreiden tot buitenlandse bedrijven die in Nederland werkzaam zijn. Een duidelijk voorbeeld van een beperkende bepaling is te vinden in de cao voor de waterbouw (voorheen de cao voor het baggerbedrijf). De werkingssfeer van deze cao is beperkt tot werkzaamheden in Nederland en/of het Nederlandse deel van het continentale plat. Internationale uitzendingen vallen dus niet onder de cao. Dit maakt het mogelijk om bij uitzending naar het buitenland aparte afspraken te maken die rekening houden met zowel de uitzending zelf¹⁹⁰ als de ter plaatse geldende voorschriften. De cao bevat geen specifieke bepalingen met betrekking tot de toepasselijkheid ervan op buitenlandse ondernemingen die in Nederland baggerwerkzaamheden verrichten. Dit is anders voor de cao's voor de (droge) bouwnijverheid en aanverwante bedrijfstakken.¹⁹¹ Ook deze richten zich in het algemeen¹⁹² op werkzaamheden in Nederland,¹⁹³ maar een aantal daarvan ziet nadrukkelijk ook op buitenlandse ondernemingen die kortdurend in Nederland werkzaamheden doen verrichten.¹⁹⁴ Het gaat daarbij haast per definitie om werkgevers die geen partij zijn bij de cao noch lid zijn van de werkgeversorganisatie die de cao heeft gesloten. De betreffende cao-bepalingen zijn dus louter met het oog

¹⁹⁰ Bijv. in de vorm van aangepaste werktijden, bijzondere toeslagen, vervoer en huisvesting.

¹⁹¹ Het betreft naast de cao voor de bouwnijverheid o.a. de cao's voor het afbouwbedrijf (v/h stukadoors- afbouw- en terrazzobedrijf), bitumineuze en kunststof dakbedekkingsbedrijven, mortel- en morteltransportondernemingen, natuursteenbedrijf, schilders- afwerkings- en glaszetbedrijf (timmerfabrieken)

¹⁹² De afbouw-cao richt zich op 'Nederlandse werkgevers'; art. 2 lid 1 cao 2007, avv-besluit 1 februari 2007 UAW Nr. 10626 *Bijvoegsel Stcrt.* d.d. 05-02-2007, nr. 25.

¹⁹³ De cao voor de mortel- en morteltransportondernemingen kent zelfs een (drie)dubbele eis in art. 1: Werkgever/Onderneming is elke *Nederlandse* natuurlijke of rechtspersoon, voor zover deze *in Nederland arbeid doet verrichten* als bedoeld in artikel 3 en Werknemer is Hij/zij die bij een werkgever als bedoeld in lid d van dit artikel *in Nederland werkzaam* is. (avv-besluit 27 juni 2008, UAW Nr. 10799, *Bijvoegsel Stcrt.* d.d. 01-07-2008, nr. 124.

¹⁹⁴ De precieze formulering van de werkingssfeer van de bouw-cao heeft onder druk van de grensoverschrijdende detachering en de Europese regelgeving daarover de afgelopen decennia diverse wijzigingen ondergaan. De huidige formulering sluit in belangrijke mate aan op de voorschriften van de Waga en art. 2 lid 6 WAVV. Zie bijv. de afbouw-cao art. 2A, bouw-cao 2A. Een vergelijkbare bepaling ontbreekt echter in de dakdekkers-cao en de cao voor mortel- en morteltransportondernemingen.

op avv geschreven. Daarnaast wordt in de cao met zoveel woorden erkend dat het de bedoeling is om de cao-bepalingen van toepassing te doen zijn op arbeidsovereenkomsten naar buitenlands recht. De betreffende cao-bepalingen wijzen hiervoor (inmiddels) naar art. 2 lid 6 AVV. Op grond van deze bepaling, die een direct uitvloeisel is van de Europese detacheringsrichtlijn¹⁹⁵ en via de Waga¹⁹⁶ in de Wet AVV is beland, zijn verbindend verklaarde cao-bepalingen ook van toepassing op tijdelijk naar Nederland gedetacheerde werknemers, voor zover deze cao-bepalingen betrekking hebben op de maximale werktijden en minimale rusttijden, het minimum aantal betaalde vakantiedag, het minimumloon en nog een aantal onderwerpen. Op gedetacheerde werknemers die werken op een buitenlands arbeidscontract, is dus niet de hele cao van toepassing maar nadrukkelijk wel een aantal, specifieke opgesomde kernbepalingen daarvan.

De bouw-cao is in beginsel niet van toepassing op werkzaamheden in het buitenland. Wel bevat de cao de mogelijkheid om in dat geval de cao toe te passen op basis van vrijwilligheid. Daarnaast kent de cao speciale regelingen voor werken in België, Duitsland en Frankrijk.¹⁹⁷ In het geval van Duitsland en Frankrijk blijft een zeer beperkt aantal cao-bepalingen van toepassing tijdens de uitzending. De toepasselijkheid van de Nederlandse cao bij werken in België is ruimer geformuleerd. Deze bepaling bevat verder een regeling voor de samenloop tussen de Nederlandse cao en een eventueel van toepassing zijnde Belgische cao.

5.2.3 Tussenconclusie

Nederlandse cao's richten zich hoofdzakelijk op werkzaamheden die in of vanuit Nederland worden verricht voor in Nederland gevestigde ondernemingen. Hoe de werkingssfeer precies is geformuleerd, hangt af van het type werkzaamheden (en de bijbehorende mobiliteit) in de bedrijfstak. Sommige cao's zijn daarnaast van toepassing op werkzaamheden die in het buitenland worden verricht voor een Nederlandse werkgever, of juist op in Nederland voor een buitenlandse werkgever verrichte werkzaamheden. In beide gevallen kan het dan gaan om arbeidsovereenkomsten waarop buitenlands recht van toepassing is. In de praktijk zijn de sociale partners terughoudend met een dergelijke toepassing van hun cao. Dit hangt samen met zowel de praktisch/organisatorische behoeften tijdens uitzending (die anders zijn dan bij tewerkstelling in het land van herkomst) als het feit dat in dergelijke gevallen nog een ander arbeidsrechtstelsel bij de arbeidsverhouding is betrokken. Toepassing van een cao op alle bij de gebonden (Nederlandse) werkgever in dienst zijnde werknemers stuit echter niet op principiële bezwaren vanuit de Wet CAO en sluit zelfs aan bij de geest van art. 14 van die wet. Voor korte detacheringen naar Nederland geldt dat toepassing van de cao op dergelijke arbeidsverhoudingen (binnen het Nederlandse systeem) is gebaseerd op algemeen verbindend verklaring. De toepasselijkheid van bepaalde delen van de avv-cao is inmiddels dwingend voorgeschreven door de Europese detacheringsrichtlijn en de Waga. Sociale partners kunnen hier verder maar beperkt invloed op uitoefenen.

¹⁹⁵ Ri 96/71/EG, *PbEG* 1997, L 18.

¹⁹⁶ Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid, *Stb.* 1999, 554

¹⁹⁷ Zie Avv besluit van 22 juni 2005 bedrijfstakeigen regelingen voor het bouwbedrijf, UAW Nr. 10334 *Bijvoegsel Stcrt.* d.d. 27-06-2005, nr. 121 art. 1b-1e. Zie voor de achtergrond van deze regelingen Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn* (diss. Tilburg), 2005, p. 219 e.v.

5.3 Grenzen aan de werkingssfeer op basis van de Wet AVV of het IPR?

5.3.1 Autonomie van de sociale partners is/was uitgangspunt

Het is in Nederland gebruikelijk dat de Minister het omschrijven van de werkingssfeer van een cao overlaat aan de cao-partijen. Deels vloeit dit voort uit de wettelijke regeling, op grond waarvan het niet mogelijk is bij de verbindendverklaring de werkingssfeer van de cao uit te breiden. In dat opzicht is de Minister dus gebonden aan de afspraak tussen partijen. Maar ook los daarvan worden in Nederland problemen met betrekking tot de werkingssfeer van bedrijfstak-cao's terugverwezen naar de sociale partners. Cao-conflicten worden in belangrijke mate opgelost in het collectief overleg. Er worden in de cao specifieke bepalingen opgenomen die de verhouding met andere cao's nauwkeurig regelen en/of er wordt een (paritair samengestelde) instantie aangewezen die kan beslissen over eventuele vrijstellingen van de cao-bepalingen.

De grote mate van autonomie van de sociale partners volgt voor wat betreft de sociaal-economische werkingssfeer uit het karakter van het overleg zelf. Dit primaat van de sociale partners is echter niet vanzelfsprekend als het om de territoriale werkingssfeer van de cao gaat. Waar partijen hun collectieve overeenkomst mede van toepassing verklaren op buitenlandse bedrijven, maken ze immers een afspraak waarmee ze beogen verbintenissen in het leven te roepen voor anderen dan de cao-partijen zelf of hun leden. Deze afspraak krijgt slechts betekenis als hij vervolgens algemeen verbindend wordt verklaard. Toch werd tot de inwerkingtreding van de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (Waga) eind 1999¹⁹⁸ ook de internationale werkingssfeer van Nederlandse cao's in hoge mate bepaald door de sociale partners.

Sinds 1999, en met name sinds de nadere wijziging van de Waga vanaf 14 december 2005¹⁹⁹ in combinatie met de rechtspraak van het Hof van Justitie, wordt de internationale werkingssfeer van cao's in steeds hogere mate bepaald door de Wet AVV en het Europese recht.

5.3.2 Beperkingen op grond van de Wet AVV?

Voor de inwerkingtreding van de Waga bevatte noch de Wet CAO noch de Wet AVV een expliciete regeling van de internationale werkingssfeer van de wet zelf of de daardoor bestreken cao's.²⁰⁰ Wel werd door sommige auteurs aan art. 2 lid 1 Wet AVV betekenis toegekend voor de internationale werkingssfeer van de verbindendverklaring. Het eerste lid van dit artikel begint als volgt: "Onze Minister kan bepalingen van eene collectieve arbeidsovereenkomst, die in het geheele land of in een gedeelte des lands voor eene – naar zijn oordeel belangrijke – meerderheid van de in een bedrijf werkzame personen gelden, in het geheele land of in dat gedeelte des lands algemeen verbindend verklaren. Deze bepalingen zijn dan, ... , binnen dat

¹⁹⁸ Stb 1999, 554.

¹⁹⁹ Wijziging Wet AVV, Stb. 2005, 625.

²⁰⁰ Stb. 1999, 554.

gebied verbindend voor alle werkgevers en arbeiders ten aanzien van arbeidsovereenkomsten, die naar den aard van den arbeid, ..., onder de collectieve arbeidsovereenkomst vallen ...”

Deze bepaling wordt wel gebruikt als rechtsgrond voor de bewering dat alle verbindend verklaarde cao-bepalingen voorrangsregels zijn die van toepassing zijn op alle werkzaamheden die in Nederland worden verricht.²⁰¹ Hoewel deze gevolgtrekking verleidelijk is, is zij ons inziens niet correct. De verwijzing naar het “geheele land of een gedeelte des lands”, opende de mogelijkheid van verbindendverklaring van regionale cao's.²⁰² Regionale cao's gelden na verbindendverklaring dwingend binnen de regio. Hiermee is echter nog niets gezegd over de vraag welke band met de regio moet bestaan, wil deze regionale cao van toepassing zijn. Het feit dat de bepaling “den aard van den arbeid” gebruikt als toepassingscriterium, geeft op deze vraag ons inziens geen antwoord. De aard van de arbeid dient afgezet te worden tegen de aard van het bedrijf waarbinnen de werkzaamheden verricht worden. De term heeft dus betrekking op de sociaal-economische werkingssfeer van de cao.²⁰³ Hij heeft volgens de Hoge Raad slechts aanvullende betekenis en wordt opzij gezet door expliciete bepalingen in de cao zelf.²⁰⁴

Art. 2 Wet AVV dwingt dus niet tot toepassing van verbindend verklaarde cao-bepalingen op alle werkzaamheden binnen Nederland. Anderzijds leidt art. 2 Wet AVV er ons inziens niet toe dat avv slechts betrekking kan hebben op werkzaamheden die in Nederland worden uitgevoerd. Dit in tegenstelling tot de opvatting van Olbers, zoals verwoord in het losbladige commentaar *Arbeidsovereenkomst* (Wet AVV art. 2 aant. 8). Olbers leidt uit art. 2 Wet AVV af dat de verbindendverklaring slechts effect heeft binnen Nederland. Voor zover een cao extraterritoriale effecten heeft, zouden deze niet in de verbindendverklaring zijn betrokken.²⁰⁵ De grens tussen territoriaal en extraterritoriaal lijkt bij Olbers te worden bepaald door de plaats van de werkzaamheden. De Wet AVV bevat echter geen nadere aanduiding met betrekking tot hetgeen zich binnen het territoir moet bevinden. De band met Nederland kan ook bestaan uit het feit dat zich daar de vestiging van de werkgever bevindt, of de centrale standplaats van de werknemer. Ook deze criteria leveren immers een territoriale aanknoping met Nederland op. Slechts een werkingssfeer gebaseerd op de nationaliteit van de betrokkenen of op een rechtskeuze

²⁰¹ Zie *Losbl. Wet AVV* art. 2 aant. 7 (Olbers); Memorie van Toelichting Wet AVV geciteerd in *Schuurman & Jordens* 40-I Wet cao/AVV 1992, 58.

²⁰² Zie *Losbladig Commentaar Arbeidsovereenkomst*, Wet AVV art. 2 aant. 7 (Olbers); Memorie van Toelichting Wet AVV geciteerd in *Schuurman & Jordens* 40-I Wet cao/AVV 1992, 58.

²⁰³ Conform *Losbl.comm.arbeidsovereenkomst* Wet AVV art. 2 aant. 10 (Olbers).

²⁰⁴ HR 6 januari 1995 *NJ* 1995, 549 en 27 oktober 1995 *NJ* 1996, 257.

²⁰⁵ Zie ook Hof Den Bosch *LJN*: AU 4725. Met deze opvatting bevindt Olbers zich in het gezelschap van verschillende Duitse en Franse auteurs die allen het effect van verbindendverklaring willen beperken tot het territoir. De (beperkte) territoriale werking van avv wordt vaak verdedigd met het argument dat avv een daad van publiekrecht is, en dat publiekrecht nu eenmaal territoriaal begrensd is. Het tegenargument is, dat avv zelf misschien wel een daad van publiekrecht is, omdat het te beschouwen is als een vorm van lagere wetgeving. Dit wil echter niet zeggen dat de verbindend verklaarde bepalingen zelf ook publiekrechtelijk zijn. De uit de avv voortkomende horizontale verplichtingen zijn immers overwegend privaatrechtelijk van aard. De verbindend verklaarde bepalingen die de werknemer beschermen maken in zekere zin deel uit van het dwingende arbeidsrecht. Zie Van Hoek 2000 p. 212.

voor Nederlands recht in de arbeidsovereenkomst lijkt minder goed te rijmen met art. 2 Wet AVV.

Een indirecte beperking vloeit voort uit de eveneens in art. 2 Wet AVV opgenomen eis, dat de cao reeds moet gelden voor een belangrijke meerderheid van de onder de werkingssfeer vallende werknemers. Een exorbitante werkingssfeer maakt het immers moeilijk, zo niet onmogelijk, om aan deze eis te voldoen. Dat deze eis inderdaad invloed kan hebben op de territoriale werkingssfeer bleek uit een beslissing van de Minister ten aanzien van de werkingssfeer van de cao voor varende werknemers in dienst van sleepdienstondernemers werkzaam in het havengebied van Rotterdam.²⁰⁶ De werkingssfeer van deze cao was zo geformuleerd, dat ook bedrijven die slechts een klein gedeelte van hun werkzaamheden binnen het havengebied verrichtten, onder de cao vielen. De Minister overwoog:

“Tenslotte zij opgemerkt dat de werkingssfeerbepaling, waarvan algemeen verbindend verklaring is gevraagd in de praktijk ertoe kan leiden dat het AVV-besluit eveneens van toepassing wordt op werkgevers die incidenteel werkzaamheden verrichten in het betreffende gebied c.q. het gebied doorkruisen. Blijkens de overgelegde representativiteitsgegevens hebben C.A.O.-partijen evengenoemde categorie werkgevers niet beoogd te binden aan het AVV-besluit. Tegen deze achtergrond ligt een uitsluiting van evengenoemde categorie werkgevers van het AVV-besluit in de rede.”

De Wet AVV veronderstelt dus dat de arbeidsovereenkomsten die onder de cao worden gebracht een objectieve band hebben met Nederland. De Wet AVV bevat echter ons inziens geen nader aanduiding met betrekking tot de vraag waaruit die band moet bestaan. Wat moet zich precies in Nederland moet bevinden? De vestiging van de werkgever? De gewone werkplek? De feitelijke werkplek? In de praktijk worden alle drie aanknopingspunten ook gebruikt in cao's. De cao-partijen zijn hierin ook relatief vrij (zie echter hieronder). Bij een te ruim getrokken werkingssfeer kan wel het representativiteitsvereiste in gevaar komen.

Een belangrijke beperking van de vrijheid van sociale partners is inmiddels echter wel gelegen in art. 2 lid 6 Wet AVV. Zoals gezegd is deze bepaling in de wet opgenomen als uitvloeisel van de Detacheringsrichtlijn en de omzetting daarvan in de Waga. Cao-partijen kunnen niet langer de toepassing van bepaalde cao-bepalingen (inzake werken rusttijden, minimumloon etc) op naar Nederland gedetacheerde werknemers uitsluiten. Dat de betreffende cao-bepalingen op deze werknemers van toepassing zijn, volgt immers direct uit de wet. Intussen blijven veel cao's in hun werkingssfeer opnemen dat ze (alleen) van toepassing zijn op in Nederland gevestigde ondernemingen. Ook de beide vervoers-cao's kennen een dergelijke territoriale beperking. Voor zover in het wegtransport sprake is van detachering in de zin van de richtlijn, is deze beperking echter in strijd met de Wet AVV. Zie verder hieronder.

Uit recente jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG is inmiddels gebleken dat het Europese recht evenmin toestaat om de in art. 2 lid 6 Wet AVV geboden bescherming uit te breiden (buiten de in de Detacheringsrichtlijn voorziene

²⁰⁶ Cao voor varende werknemers van sleepdienstondernemingen 1992-1993 DCA nr. 7523 *Bijv. Stcrt* 16 juli 1992 nr. 135.

gevallen).²⁰⁷ Voor grensoverschrijdende detacheringen vormt de Detacheringsrichtlijn dus het primaire kader waarbinnen cao's wel of niet van toepassing zijn. Op de gevolgen hiervan voor de transportsector wordt hieronder nader ingegaan.

5.3.3 Beperkingen op grond van het IPR?

Het Hof Den Bosch heeft in twee verschillende uitspraken de toepasselijkheid van de Nederlandse cao op arbeidsovereenkomsten in het wegtransport afhankelijk gesteld van de vraag of Nederlands recht de individuele arbeidsovereenkomst van de betreffende chauffeurs beheerst.²⁰⁸ Het Hof baseert zich hierbij op het EVO, het Europese verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst. Voor we toekomen aan de bespreking van de beperkingen die voortvloeien uit de Europese regels inzake vrij verkeer, is het nuttig om even stil te staan bij eventuele beperkingen op basis van dit verdrag. De uitspraken van het Hof Den Bosch dienen daarbij als nuttig uitgangspunt.

In de genoemde arresten wordt eerst vastgesteld dat de werkgever een in Nederland gevestigde transportonderneming is, die rijdt onder een Nederlandse vergunning. Daarmee voldoet de werkgever aan de omschrijving van werkgever in de cao.²⁰⁹ Hij is dan ook gebonden aan de avv-bepalingen. De werkgever dient daarbij in ieder geval te voldoen aan de cao-bepalingen die de controle op de naleving ervan moeten vergemakkelijken. De gebondenheid van de werkgever is echter voor het Hof niet voldoende om te concluderen dat de avv-bepalingen waarop in de procedures een beroep wordt gedaan ook van toepassing zijn op de werknemers die de werkgever buiten Nederland in dienst heeft. Volgens het Hof heeft avv als daad van materiële wetgeving geen effect buiten Nederland. Om die reden kan de avv volgens het Hof slecht gelding hebben ten opzichte van werknemers wier arbeidsovereenkomst wordt beheerst door Nederlands recht.

Het Hof Den Bosch sluit in zijn uitspraken aan bij de hierboven weergegeven redenering van Olbers dat avv slechts territoriale werking kan hebben. Alleen wordt de territoriale werking van de avv anders ingevuld – deze wordt gekoppeld aan de toepasselijkheid van Nederlands recht op de individuele arbeidsovereenkomsten met de werknemers. Op deze redenering is wel enige kritiek mogelijk.²¹⁰ Zo is hierboven al aangegeven dat avv wel degelijk extraterritoriale effecten kan hebben. Dat lijkt het Hof ook te erkennen, doordat de toepasselijkheid van de cao niet afhankelijk gesteld wordt van de feitelijke werkplek (die lag in beide casus buiten Nederland), maar van het recht dat van toepassing is op de individuele arbeidsovereenkomst. Maar ook de

²⁰⁷ Laval, HvJ EG 18 december 2007, C-341/05; Rueffert, HvJ EG 3 april 2008, C-346/06; Commissie v Luxemburg, HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06.

²⁰⁸ Hof Den Bosch 10 april 2007 Rolnr C060001 LJN: BB2826 en 20 september 2005 Rolnr C0400096/RO LJN: AU4725.

²⁰⁹ Het Gerechtshof constateert in r.o. 4.3.1. “Artikel 1 onder A van de algemeen verbinden verklaarde cao luidt, voor zover van belang: Deze overeenkomst is van toepassing op: Alle werkgevers en werknemers van in Nederland gevestigde ondernemingen die vergunningplichtig vervoer krachtens de Wet Goederenvervoer over de Weg, (...) verrichten, (...)”. De KNV kent een soortgelijke werkingssfeer.

²¹⁰ We beperken ons hier tot de vraag of toepassing van de Nederlandse cao afhankelijk moet worden gesteld van toepassing van Nederlands recht op de individuele arbeidsovereenkomst. Daarnaast is in casu ook kritiek mogelijk op de vaststelling van het toepasselijke recht op de arbeidsovereenkomsten – zie par 4.3.2.

koppeling tussen toepasselijkheid van de Nederlandse cao en toepasselijkheid van het Nederlandse arbeidsrecht is echter minder principieel dan het Hof lijkt aan te nemen. Op grond van de Detacheringsrichtlijn en de Waga is het verplicht om bepaalde cao-bepalingen ook toe te passen op werknemers die onder buitenlands recht in Nederland werkzaam zijn. Het is dus niet zo dat een avv-cao alleen van toepassing kan zijn op arbeidsovereenkomsten naar Nederlands recht.

Vervolgens rijst de vraag hoe het Hof de internationale werkingssfeer van die horizontale bepalingen dan wel vast had moeten stellen. Hierop is een eenduidig antwoord bij de huidige stand van de rechtspraak niet te geven. De cao is een collectieve regeling van arbeidsvoorwaarden. Collectieve onderhandelingen beogen de individuele werknemer te beschermen door hem een betere onderhandelingspositie te geven. Daarnaast maken collectieve onderhandelingen het mogelijk om het arbeidsrecht flexibel te maken en aan te passen aan de bijzonderheden van een bedrijf of bedrijfstak. Nederlandse cao's maken dus deel uit van het systeem van werknemersbescherming in Nederland en vormen een onderdeel van het Nederlandse arbeidsrecht. Cao's beperken echter ook de concurrentie tussen werknemers onderling (als zodanig en in combinatie met art. 14 W CAO). Deze bescherming tegen concurrentie op arbeidsvoorwaarden wordt nog versterkt door avv. Avv is bij uitstek een middel tot het reguleren van de concurrentie op arbeidsvoorwaarden, niet alleen tussen werknemers onderling, maar ook tussen bedrijven in dezelfde branche. Het Nederlandse cao-systeem heeft dus (minstens) vier functies: werknemersbescherming door vertegenwoordiging op collectief niveau, flexibilisering van het arbeidsrecht, tegengaan van concurrentie tussen werknemers onderling en tegengaan van concurrentie op arbeidsvoorwaarden tussen bedrijven. Al naar gelang welke functie voorop staat, zal een iets andere internationale werkingssfeer voor de hand liggen.

De nauwe samenhang van cao-bepalingen met het wettelijke arbeidsrecht pleit ervoor om – zoals het Hof Den Bosch dus heeft gedaan - de toepassing van Nederlands recht op de arbeidsovereenkomst voorop te stellen.²¹¹ Dit sluit ook aan bij het systeem van het EVO en Verordening 593/2008²¹²: Artikel 6 EVO (art. 8 Vo) bepaalt met behulp van een meerzijdige verwijzingsregel welk recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomst met een internationaal karakter. Het toepassen van een Nederlandse cao op een arbeidsovereenkomst naar buitenlands recht doorkruist dit Europees vastgestelde, meerzijdige systeem. Het EVO en de verordening staan dit wel toe, maar dan moet er sprake zijn van “bepalingen van bijzonder dwingend recht”: zie art. 9 lid 1 Vo. Dit zijn “bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst.”²¹³

²¹¹ Daar doet zich overigens al het probleem voor dat de cao zowel arbeidsovereenkomstenrecht bevat als regels m.b.t. arbeidstijden en veiligheidsvoorschriften, terwijl de verwijzingsregel van het IPR alleen betrekking heeft op het arbeidsovereenkomstenrecht.

²¹² Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) *PbEU* L 177/6.

²¹³ Deze formulering is ontleend aan de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het vrij verkeer en zal dus vermoedelijk ook in het licht daarvan worden uitgelegd. Rechtspraak is hierover echter nog niet voorhanden.

Wil een lidstaat zich op deze bepaling beroepen, dan zal dus moeten worden gesteld 1) dat de betreffende regeling een zwaarwegend, bovenindividueel belang dient en 2) dat toepassing van de regeling in het concrete geval nodig is ter bescherming van dat belang.

Nu is juist bij avv de regulerende functie van groot belang – het systeem van verbindend verklaren reguleert de competitie tussen werknemers onderling en bedrijven onderling. Op grond van deze regulerende functie kunnen algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen worden beschouwd als voorrangsregels. Er zijn verschillende uitspraken van Nederlandse rechters voorhanden waarin dit ook gebeurt.²¹⁴ De avv-bepalingen zijn dan van toepassing, ongeacht het op de arbeidsovereenkomst toepasselijk recht, als dat nodig is in het kader van de regulerende functie van het avv-systeem. Daarbij passen twee kanttekeningen. De eerste vraag is namelijk wat avv precies reguleert: de Nederlandse arbeidsverhoudingen, de Nederlandse arbeidsmarkt? Maar hoe baken je die dan af? Op deze vraag wordt hieronder nader ingegaan. Een andere vraag is hoe de regulerende functie van avv zich verhoudt tot het Europese recht. Immers: voor zover avv concurrentie door buitenlandse ondernemingen of vestigingen tegengaat, ligt een conflict met de interne markt voor de hand. Hierop wordt later, in een afzonderlijke paragraaf ingegaan.

Als regulering van de *arbeidsmarkt* als criterium wordt gebruikt, zou de avv-cao van toepassing moeten zijn op alle arbeidsverhoudingen waarbij de Nederlandse arbeidsmarkt betrokken is. Een criterium dat hier wel voor gebruikt wordt, is dan of de betreffende arbeidsovereenkomsten objectief gezien het nauwst met Nederland zijn verbonden. Met andere woorden: is Nederlands recht (objectief) toepasselijk op de arbeidsovereenkomst? De toepassing van de avv-cao zou dan samenvallen met de toepassing van Nederlands recht op de arbeidsverhouding. Het is echter ook mogelijk om het begrip ‘betrokkenheid van de Nederlandse arbeidsmarkt’ ruimer te interpreteren. Enige vorm van betrokkenheid van de Nederlandse arbeidsmarkt is dan al voldoende. Het begrip zou zich dan zelf kunnen uitstrekken tot buitenlandse chauffeurs die in Nederland cabotagevervoer verrichten en/of chauffeurs die vanuit het buitenland vervoer verrichten voor Nederlandse bedrijven. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie op het terrein van het verblijfsrecht en de gelijke behandeling van werknemers blijkt overigens dat het juist bij internationaal transport moeilijk is om de relevante arbeidsmarkt nauwkeurig af te bakenen.²¹⁵ Uit de jurisprudentie over het vrij verkeer van diensten blijkt echter dat werknemers die door hun werkgever in het kader van de grensoverschrijdende dienstverlening naar een andere lidstaat worden gestuurd, in het algemeen geen deel uitmaken van de arbeidsmarkt van de lidstaat van ontvangst.²¹⁶ Toegepast op het wegtransport, betekent dit dat de chauffeur die op tijdelijke basis cabotagewerkzaamheden verricht in Nederland, in ieder geval geen deel uitmaakt van de Nederlandse arbeidsmarkt. Voor in het buitenland gestationeerde werknemers in dienst bij een Nederlandse transportonderneming biedt het arbeidsmarktcriterium weinig houvast.

²¹⁴ Zie o.a. Van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers*, Sdu 2000, p. 492-495 en de daar behandelde rechtspraak.

²¹⁵ Zie Van Hoek a.w. 2000 p. 268-270 voor een analyse van de rechtspraak van het HvJ EG mbt het criterium ‘deel uitmaken van de arbeidsmarkt’.

²¹⁶ Zie HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89, *Jur* I-1147 (Rush Portuguesa).

Eenzelfde definitieprobleem doet zich voor ten aanzien van het afgrenzen van het Nederlandse *bedrijfsleven*. De transport-cao's richten zich op in Nederland gevestigde ondernemingen en hun werkgevers. Ook artikel 14 Wet CAO gaat ervan uit dat de cao wordt toegepast op alle bij de gebonden werkgever in dienst zijnde werknemers (tenzij de cao-partijen anders afspreken). Maar in internationale situaties kan de vraag rijzen of de in het buitenland gestationeerde werknemer van een Nederlands bedrijf wel deel uitmaakt van de Nederlandse onderneming. Deze vraag komt met name op als er sprake is van een aparte buitenlandse dochteronderneming, waaraan de betreffende werknemer verbonden is.²¹⁷ Voor gereguleerde bedrijfstakken als het vervoer kan daarnaast belang worden gehecht aan de herkomst van de vergunning: wie opereert onder een Nederlandse vergunning, maakt vanuit dat oogpunt deel uit van de Nederlandse markt van vervoersondernemingen.²¹⁸ Nederland heeft dan een legitiem belang bij het reguleren van deze ondernemingen.²¹⁹

Het tegengaan van concurrentie op arbeidsvoorwaarden tussen werknemers en ondernemingen onderling noopt tenslotte (soms) tot nog weer een andere werkingssfeer: dan is immers van belang om te bepalen wie op dat punt met elkaar in concurrentie treden op de Nederlandse markt. Dit concurrentie-argument speelde een belangrijke rol bij de van toepassing verklaring van (delen van) de bouw-cao op alle werkzaamheden in Nederland. Alle aannemers die meedingen naar een bouwproject in Nederland concurreren immers met elkaar op de Nederlandse markt, ongeacht hun plaats van vestiging en de herkomst van het uitvoerende personeel. Door een aantal kernbepalingen uit de cao op al deze bedrijven van toepassing te verklaren, wordt (althans volgens het Hof van Justitie EG) voorkomen dat bedrijven oneigenlijk op loonkosten kunnen concurreren (sociale dumping). Ook in het internationale wegtransport speelt concurrentie op loonkosten een (grote) rol. In vergelijking met de bouw is het echter lastig om voor het wegtransport af te bakenen wanneer Nederland een legitiem belang heeft om deze concurrentie tegen te gaan met als argument dat de concurrentievoorwaarden op de nationale markt worden aangetast. Het kenmerk van het internationaal transport is immers dat dit – behalve in geval van cabotage – geen nationaal beperkte afzetmarkt kent.

5.3.4 Tussenconclusie

In het Nederlandse systeem spelen de cao-partijen een belangrijke rol bij het bepalen van de werkingssfeer van de diverse cao's. Dit geldt ook wat betreft de internationale werkingssfeer. Als de cao-partijen bepalingen met betrekking tot de internationale werkingssfeer van de cao opnemen in de cao zelf, worden deze in het algemeen ook in die bewoordingen verbindend verklaard. De rechter is vervolgens aan deze formulering gebonden – voor zover deze niet in strijd komt met hoger recht. Cao-partijen hebben tot nu toe spaarzaam gebruik gemaakt van hun mogelijkheden met betrekking tot de internationale werkingssfeer van cao's. Ook de transport-cao's

²¹⁷ Zie op dit punt ook de werkingssfeer van de cao's in het goederenvervoer die spreken van werknemers van in Nederland gevestigde *ondernemingen* en niet van Nederlandse *rechtspersonen*.

²¹⁸ Verg. in dit kader het arrest *Alpine Investment* waarin Nederland extraterritoriaal werkende maatregelen nam mbt de onder Nederlandse vergunning opererende financiële instellingen. Nederland beriep zich daarbij op het reguleren van de Nederlandse markt van financiële bedrijven. Dit beroep wordt gehonoreerd door het Hof van Justitie (10 mei 1995, C-384/93, *Jur I*-1141).

²¹⁹ Verg. HvJ EG 10 mei 1995, C-384/93, *Jur I*-1141 (*Alpine Investment*).

bieden op dit punt ruimte voor twijfel en discussie.²²⁰ Als er dan toch vragen komen over de internationale werkingssfeer van de cao, is de rechter genoodzaakt de cao op dit punt uit te leggen. Bij gebreke van cao-bepalingen op dit vlak mag hij ervan uitgaan dat het niet de bedoeling van cao-partijen zal zijn om de cao toe te passen op individuele arbeidsovereenkomsten naar buitenlands recht. Dit is slechts anders als door niet-toepassing de regulerende functie van de cao in gevaar wordt gebracht.

De regulerende functie van de cao richt zich op zowel de Nederlandse arbeidsmarkt en het Nederlandse bedrijfsleven, als – in mindere mate – de Nederlandse afzetmarkt voor personen en diensten. Het eerste criterium biedt steun voor toepassing van de Nederlandse cao op chauffeurs die gewoonlijk in of vanuit Nederland werken alsmede op chauffeurs wier arbeidsovereenkomst om andere reden het nauwst verbonden is met Nederland. Het arbeidsmarktcriterium lijkt – in zijn Europese interpretatie – echter geen steun te bieden voor integrale toepassing van de Nederlandse cao op arbeidsovereenkomsten naar buitenlands recht.

Regulering van (de concurrentieverhoudingen binnen) het Nederlandse bedrijfsleven biedt grond voor toepassing van de Nederlandse cao op in Nederland gevestigde bedrijven c.q. bedrijven die opereren onder Nederlandse vergunning. Punt van discussie is hier of werknemers die vanuit een buitenlandse vestiging werken, wel zijn toe te rekenen aan de Nederlandse onderneming.

Het streven naar regulering van de concurrentie op arbeidsvoorwaarden op de afzetmarkt van de transportdienst, tenslotte, is problematisch in een bij uitstek internationale markt en lijkt slechts houvast te bieden bij cabotagevervoer.

Als een regeling meerdere belangen dient, kan – vanuit Nederlands gezichtspunt – toepassing ook om meerdere reden noodzakelijk zijn. De diverse toepassingscriteria tellen dan als het ware bij elkaar op. Voor avv-cao's zou dit kunnen leiden tot een zeer ruime internationale werkingssfeer.²²¹ Hier staat tegenover dat voorrangsregels moeten worden beschouwd als uitzonderingen op de verwijzing. Onder art. 7 EVO/art. 9 Vo is het toegestaan om eigen voorrangsregels toe te passen, als dit nodig is om zwaarwegende nationale belangen te beschermen. In de formulering van de nieuwe bepaling van art. 9 Vo is nadrukkelijk aansluiting gezocht bij de rechtspraak inzake de interne markt. Het ligt voor de hand dat ook de overige voorwaarden uit die rechtspraak relevant zullen worden bij de toepassing van art. 9 Vo. Dit beperkt de mogelijkheid om Nederlandse avv-cao's toe te passen in internationale gevallen en dan met name in die gevallen waarin niet in Nederland gewerkt wordt. Het hoe en wat van deze beperkingen wordt beschreven in de volgende paragrafen.

5.4 Toetsing van de werkingssfeerbepalingen in cao's aan het Europese recht

5.4.1 Discriminatie en belemmeringen

²²⁰ Het kan zelfs worden verdedigd dat de cao, door toepassing te beperken tot in Nederland gevestigde ondernemingen, in strijd is met art. 2 lid 6 Wet AVV. Dit speelt echter alleen in situaties van grensoverschrijdende detachering. Zie ook hieronder, paragraaf 5.4.6.

²²¹ Het is mede aan de sociale partners om te beoordelen of bij niet toepassing van de cao de regulerende functie van de cao wordt bedreigd. Dit zal o.a. afhangen van de mate van internationale concurrentie in de bedrijfstak.

Hierboven is geconstateerd dat de sociale partners een belangrijke rol spelen bij het verhelderen van de internationale werkingssfeer van cao's. De wet CAO en de wet AVV laten de sociale partners hierbij tamelijk vrij. Deze zijn echter wel gebonden aan hogere regelgeving, waaronder het Europese recht. Bij uitstek relevant voor de internationale werkingssfeer zijn de algemene discriminatie- en belemmeringsverboden van de interne markt.

Het EG-Verdrag verbiedt in artikel 39 elke discriminatie op grond van nationaliteit ten opzicht van werknemers uit de lidstaten. Dit verbod bestrijkt niet alleen directe discriminatie op grond van nationaliteit maar ook onderscheid op grond van bijvoorbeeld woonplaats en andersoortige belemmeringen van het vrij verkeer van werknemers. Het verbod richt zich niet alleen op de wetgever, en zelfs niet alleen op de overheid in ruime zin, maar bindt ook de sociale partners²²² en zelfs de individuele werkgever.²²³ Als de cao bepaalde werknemers uitsluit van haar bescherming op grond van bijvoorbeeld woonplaats, zal een dergelijk *uitsluiting* dan ook getoetst moeten worden aan het discriminatieverbod (para 5.4.2). Onder omstandigheden kan overigens ook het *toepassen* van de Nederlandse cao-bepalingen, met name waar deze verplichtingen opleggen aan of ten laste van werknemers, discriminatoir zijn ten opzichte van buitenlandse werknemers. Toepassen van de Nederlandse cao op buitenlandse bedrijven of bedrijfsonderdelen wordt echter meestal aangevochten door de *werkgever*, om dat deze toepassing discriminatoir kan zijn c.q. een belemmering kan vormen in het kader van de vestigingsvrijheid en/of het vrij verkeer van diensten. Ook deze vrijheden zijn opgenomen in het EG-verdrag en wel in art. 43 resp art. 49 EG. Evenals het vrij verkeer van werknemers zijn ook de vestigingsvrijheid en het vrij verkeer van diensten van toepassing op de sociale partners. Zij mogen bij het opstellen van cao-bepalingen de vestigingsvrijheid en het dienstenverkeer niet belemmeren, tenzij hiervoor een rechtvaardiging bestaat.²²⁴ Zowel de cao-bepalingen als de algemeen verbindend verklaring daarvan kunnen dus worden getoetst aan de verdragsbepalingen.

5.4.2 Discriminatie van werknemers door uitsluiting – art. 39 EG

Zowel de algemene wet gelijke behandeling (AWGB) als het EG-recht verbieden discriminatie op grond van nationaliteit. Het is dan ook niet toegestaan om in een cao buitenlanders louter op grond van hun nationaliteit anders te behandelen dan Nederlanders. Een Nederlandse cao is dan ook in beginsel van toepassing op alle bij de cao betrokken werknemers van de gebonden werkgever, zonder dat daarbij een onderscheid op grond van nationaliteit is toegestaan.²²⁵ Maar de discriminatieverboden in de AWGB en het EG-Verdrag gaan verder: deze verbieden niet alleen directe discriminatie op grond van nationaliteit maar ook vormen van indirecte discriminatie. Het gaat dan om regelingen die op het oog neutraal zijn, maar in de praktijk met name ongunstig uitwerken voor buitenlandse werknemers. Het EG recht lijkt daarbij de strengste eisen te stellen, door ook andere, niet-discriminerende

²²² Zie o.a. HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jur I*-4921 (Bosman) en recent HvJ EG 11 december 2007, C-438/05 (Viking).

²²³ HvJ EG 6 juni 2000, C-281/98, *Jur I*-4139 (Angonese).

²²⁴ Zie het hierboven (noot 48) genoemde Viking-arrest en HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (Laval).

²²⁵ Dit sluit niet uit dat voor een beroep op de cao een onderscheid wordt gemaakt tussen leden en niet-leden van een bij de cao aangesloten vakbond.

belemmeringen van het vrij verkeer van werknemers te verbieden. In tegenstelling tot de AWGB zijn de vrij verkeerbepalingen in het EG-Verdrag echter alleen van toepassing op EU-burgers – derdelanders worden niet beschermd door art. 39 EG. De hierboven genoemde cao voor de kleine handelsvaart kon dus ook niet worden getoetst aan art. 39 EG, omdat het onderscheid betrekking had op Indonesiërs en Filippijnen. De eveneens genoemde mantel-cao voor de zeevaart daarentegen wel, voor zover deze wordt toegepast op EU-burgers.

Het bekendste voorbeeld van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit is het maken van onderscheid op grond van woonplaats. Als een cao de toepassing van de cao-bepalingen afhankelijk maakt van de woonplaats van de werknemers, zullen voornamelijk buitenlandse werknemers buiten het bereik van de cao vallen. Immers, buitenlanders wonen vaker in het buitenland dan Nederlanders.²²⁶ Indirecte discriminatie is slechts toegestaan als daar een zwaarwegende, legitieme reden voor is die losstaat van enige vorm van discriminatie en als het gemaakte onderscheid geschikt en noodzakelijk is in het licht van de achterliggende reden. Nu kunnen er legitieme redenen worden aangevoerd om de woonplaats relevant te achten voor de te bieden sociale bescherming - en daarmee indirect voor de vraag of een Nederlandse cao de meest adequate bescherming biedt. De woonplaats bepaalt immers in belangrijke mate het prijspeil waaraan de betrokkene bloot wordt gesteld, wat weer van belang is voor de vraag welk loon redelijk kan worden geacht. Om die reden is de Wet minimumloon bij werkzaamheden buiten Nederland slechts van toepassing als zowel werknemer als werkgever in Nederland gevestigd zijn. Verder is ook het antwoord op de vraag welk socialezekerheidsrecht en welk belastingrecht van toepassing zijn, mede afhankelijk van de woonplaats van betrokkenen. Tenslotte speelt de woonplaats van de werknemer een rol bij de vraag welke recht op grond van de omstandigheden van het geval het nauwst bij de arbeidsovereenkomst is betrokken in de zin van art. 6 lid 2 EVO, laatste zin.

Dit alles verklaart waarom in de praktijk van de zeevaart de woonplaats van groot belang is voor de vraag of de Nederlandse cao, dan wel een buitenlandse cao van toepassing dient te zijn op een specifieke arbeidsovereenkomst. Dit neemt niet weg dat de woonplaats een verdacht criterium is en blijft.²²⁷ Het is bijvoorbeeld niet goed in te zien waarom een werknemer die als reisbegeleider in dienst is bij een Nederlands bedrijf en voor de zomer wordt gestationeerd in Spanje wel onder de Wet minimumloon zou vallen als hij in Noord-Brabant woont, maar niet als hij ettelijke kilometers verderop in België woonachtig is.²²⁸ Ook kan bij frequente of langdurige detacheringen de verblijfplaats van een werknemer relevanter zijn dan de woonplaats als het gaat om de kosten van levensonderhoud waarmee de werknemer te maken krijgt. De woonplaats van de werknemer kan op zichzelf dan ook nooit een afdoende reden zijn om een cao niet van toepassing te achten – tenminste niet voor zover het om een EU-burger of daaraan gelijkgestelde werknemer gaat.

Enerzijds is het maken van onderscheid op grond van woonplaats dus moeilijk verdedigbaar vanuit het perspectief van gelijke behandeling. Anderzijds is het maken

²²⁶ Overigens is naar Europees recht voldoende dat het criterium woonplaats *naar zijn aard geschikt* is om buitenlanders te benadelen. Er hoeft dus niet te worden aangetoond dat ook daadwerkelijk meer buitenlanders worden benadeeld. Zie HvJ EG 23 mei 1996, C-237/94, *Jur I*-2617 (O'Flynn).

²²⁷ Com (2006)275 final p. 19

²²⁸ Verg Van Hoek a.w. 2000, p. 477.

van een dergelijk onderscheid een algemeen geaccepteerde regel in de zeevaart, die ook aan lijkt te sluiten bij verschillen in sociaal-economische realiteiten tussen de groepen werknemers.²²⁹ Zowel in de uitspraak van de Commissie Gelijke Behandeling over de cao voor de kleine handelsvaart²³⁰, als in het Groenboek van de Europese Commissie over de maritieme sector²³¹ komt deze dubbelheid naar voren. Opvallend is dat geen van beide commissies een harde veroordeling uitspreekt over de betreffende regeling.²³² Daarbij speelt een rol dat in de zeevaart veelal gewerkt wordt met verschillende cao's per land van herkomst. Het gaat bij het bepalen van de werkingssfeer dan ook niet zozeer om een eenzijdige afbakening van de werkingssfeer van de Nederlandse cao, maar om een onderlinge afbakening van de toepasselijkheid van de verschillende cao's. Dit zal minder snel als discriminatoir worden gezien dan het eenzijdig beperken van de werkingssfeer van de cao tot werknemers die woonachtig zijn in Nederland.²³³

Het Hof van Justitie heeft zich over deze kwestie nog niet uitgelaten. Zolang dat het geval is, verdient het de voorkeur om – als dan toch onderscheid gemaakt moet worden tussen groepen werknemers – aan te knopen bij factoren die niet zozeer te maken hebben met de werknemer zelf maar veeleer met de arbeidsverhouding. Zo kan van belang worden geacht bij welke vestiging werknemer is aangesloten, wat zijn standplaats is, waar zijn werkzaamheden aanvangen en eindigen. Deze factoren zullen minder snel indirect discriminerend worden geacht. Ook kan expliciet worden aangesloten bij het toepasselijke recht op de arbeidsovereenkomst.

Tussenconclusie

Vanuit het gezichtspunt van werknemersdiscriminatie geldt als uitgangspunt dat alle bij de cao betrokken werknemers die in dienst zijn bij een gebonden werkgever, gelijkelijk onder de cao vallen. Uitzonderingen op grond van nationaliteit zijn verboden, en op grond van woonplaats zeer problematisch. Mocht het wenselijk worden geacht om in het buitenland gestationeerde of werkzame werknemers van de werkingssfeer van de cao uit te sluiten, dan verdient het aanbeveling om deze uitsluiting te baseren op factoren die samenhangen met de arbeidsverhouding en niet met de werknemer. Hierbij kan worden gedacht aan beperking van de werkingssfeer tot werknemers met standplaats Nederland, of tot de werknemers die organisatorisch zijn ingedeeld bij een Nederlandse vestiging van de gebonden transportonderneming. Daarbij zal een uitsluiting die gebaseerd is op toepassing van een andere, buitenlandse cao acceptabeler zijn dan een uitsluiting zonder meer. De mantel-cao in de zeevaart kan hierbij als inspiratie dienen voor zover deze niet-toepassing van de Nederlandse

²²⁹ In de hieronder vermelde uitspraak van de CGB wordt nadrukkelijk vermeld dat de Nederlandse lonen voor Indonesië en de Filippijnen onacceptabel hoog zijn. Dergelijke lonen zouden de sociaal-economische verhoudingen in het land van herkomst verstoren en zijn dan ook niet toegestaan.

²³⁰ CGB 4 februari 1997, Oordeel 97-13 Oordelenbundel 1997, p. 60; besproken door Van Hoek, *Nationaliteitsdiscriminatie en IPR: een commentaar op de uitspraak van de CGB van 4 februari 1997*, *Sociaal Recht* 1997, p.353-359.

²³¹ Com (2006)275 final p. 19.

²³² De Europese Commissie constateert op p. 19 van het groenboek slechts dat 'such practices may be problematic.'

²³³ Dit is te vergelijken met het verschil tussen de vraag of een betrokkene deel uitmaakt van de EU arbeidsmarkt en dus een beroep kan doen op het discriminatieverbod (*voldoende* betrokkenheid) en de vraag welke nationale arbeidsmarkt het *nauwst* bij de betreffende arbeidsverhouding is betrokken – zie Van Hoek 2000, p. 269-270. Voor het verschil tussen meerzijdig verwijzen en eenzijdig afbakenen in het IPR, zie ook Van Hoek 2000, p. 288 en 298.

cao afhankelijk stelt van toepasselijkheid van een cao in het land van herkomst van de buitenlandse zeelieden of officieren. Minder gelukkig is die cao waar hij aanknoopt bij de woonplaats van de werknemer als doorslaggevend criterium voor de cao-keuze.

5.4.3 Discriminatie van werknemers door toepassing van de cao

In het verleden is een enkele keer ook het wél toepassen van Nederlandse cao's op arbeidsverhoudingen met een sterke buitenlandse component getoetst aan het discriminatieverbod.²³⁴ Het betrof dan regelingen die heffingen opleggen aan werknemers, bijvoorbeeld in het kader van scholingsfondsen of fondsen voor vervroegde uittreding. Het argument is in dat geval niet dat de buitenlandse werknemer anders wordt behandeld dan de 'Nederlandse' werknemer maar juist dat deze twee onterecht over een kam worden geschoren. Ook het gelijk behandelen van ongelijke gevallen is namelijk een vorm van discriminatie.²³⁵ Essentieel bij deze laatste toets is de vraag of de puur Nederlandse arbeidsovereenkomsten en de internationale arbeidsovereenkomsten voor de toe te passen regeling (scholing/VUT) als gelijk moeten worden beschouwd of niet. Hierbij kan van belang zijn of de beide groepen werknemers in gelijke mate kunnen profiteren van de regeling. Daarnaast speelt een rol of de 'internationale' groep geconfronteerd wordt met dubbele lasten omdat reeds in het land van herkomst een bijdrage wordt betaald. Als dat zo is, zijn de groepen in ieder geval niet als gelijk te beschouwen. Dit lijkt te volgen uit de vergelijkbare rechtspraak inzake het vrij verkeer van diensten.

Uit de rechtspraak inzake het vrij verkeer van diensten leren we verder dat werknemers die in het kader van een grensoverschrijdende dienstverrichting tijdelijk in Nederland werkzaamheden verrichten, in het algemeen niet toetreden tot de Nederlandse arbeidsmarkt²³⁶ – ze blijven deel uitmaken van de arbeidsmarkt van het land van herkomst. De gedetacheerde werknemers kunnen zich dan ook niet beroepen op gelijke behandeling om toepassing van het nationale arbeidsrecht af te dwingen. Omgekeerd zou verdedigd kunnen worden dat wél toepassen van het Nederlandse arbeidsrecht op tijdelijk naar Nederland gedetacheerd werknemers in strijd is met de eis om ongelijke gevallen ook ongelijk te behandelen. Het toepassen van de Nederlandse cao op arbeidsovereenkomsten naar buitenlands recht zou dan discriminatoir zijn, voor zover deze toepassing nadelig is voor de werknemer. Meestal levert toepassing van de cao echter voordeel op voor de werknemer. Het is met name de werkgever die geconfronteerd wordt met extra verplichtingen. Toepassing van een Nederlandse cao op buitenlandse werkgevers wordt dan ook in de praktijk getoetst aan het vrij verkeer van diensten en de Detacheringsrichtlijn, en niet zozeer aan het vrij verkeer van werknemers.

²³⁴ Zie bijv. Ktr Den Haag, 8 september 1992, *Prg* 1992, 3744 met betrekking tot een aantal fondsen in de metaalnijverheid.

²³⁵ Zie recent C-341/05 Laval, Van Hoek/Houwerzijl *NTER* 2008, p. 204; verg. mbt het discriminatiebegrip ook Th.Ackermann, Case C-148/02, Carlos Garcia Avello v. État Belge, *CMLRev* 2007, p. 141 e.v.

²³⁶ Rush Portuguesa (C-113/89), HvJ EG, *Jur.* 1990, p. I-1417 (r.o. 15). Ten aanzien van grensoverschrijdende uitzendarbeid overwoog het Hof echter dat de werkzaamheden van uitzendbureaus wel ten doel hebben werknemers toegang te geven tot de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat (r.o. 16).

Tussenconclusie:

Voor zover de cao (financiële) verplichtingen oplegt aan de werknemer, kan toepassing ervan op arbeidsovereenkomsten naar buitenlands recht in strijd komen met de eis om ongelijke gevallen ongelijk te behandelen. Dit is een vorm van discriminatie. Dit speelt met name als er sprake is van dubbele verplichtingen en/of de verplichtingen die niet afdoende worden gecompenseerd met rechten waardoor toepassing van het Nederlandse recht of de Nederlandse cao de facto nadelig is voor de werknemer. In de praktijk speelt dit probleem echter geen rol van betekenis, omdat het vrij verkeer van diensten dergelijke verplichtingen al in belangrijke mate reguleert (namelijk voor zover de bijdragen worden geheven via en/of mede ten laste van de werkgever).

5.4.4 De vestigingsvrijheid

Terwijl het hierboven beschreven discriminatieverbod de positie van de werknemer als uitgangspunt neemt, heeft de vestigingsvrijheid betrekking op (de rechten en plichten) van de werkgever. Dit impliceert een perspectiefwisseling.

Voor een goed begrip van de invloed van de vestigingsvrijheid op de toepassing van het nationale arbeidsrecht en nationale cao's is het recente Viking-arrest van groot belang. Dat arrest had betrekking op een poging tot uitvlaggen van de veerpont Rosella van Finland naar Estland. Om de concurrentie door Estse ondernemingen het hoofd te kunnen bieden, had de Finse werkgever Viking besloten een Estse dochteronderneming op te richten, die verantwoordelijk zou worden voor het exploiteren van de Rosella op de route tussen Finland en Estland. Aan de route waarlangs het schip voer, veranderde niets. Wel was het de bedoeling dat de werknemers voortaan zouden worden beloond naar Estse, in plaats van Finse, maatstaven. De Finse vakbond wilde de uitvlagging voorkomen, of in ieder geval voorkomen dat daardoor de op het schip werkzame werknemers niet langer onder de Finse cao vielen. Hiertoe werd een beroep gedaan op het *flags-of-convenience* beleid van de International Transportworkers Federation. Op grond van dat beleid is alleen de bond van het land van de uiteindelijke (economisch) gerechtigde op het schip (in casu dus het Finse Viking) aangewezen om cao's af te sluiten – andere bonden dienen zich te onthouden van onderhandelingen. Zonder een dergelijke 'erkende' cao stelt de onderneming zich bloot aan stakingsacties en blokkades door de bij de ITF aangesloten bonden.

In het Viking arrest was sprake van de oprichting van een dochteronderneming, die de exploitatie van het schip zou gaan verrichten. Dit valt onder de vestigingsvrijheid. De vestigingsvrijheid behelst onder andere het oprichten van rechtspersonen en het vestiging van een onderneming in een andere lidstaat. De vestigingsvrijheid gaat zeer ver waar het om oprichting van rechtspersonen gaat, nu een reële band tussen de door de rechtspersoon gevoerde onderneming en het land van vestiging van de rechtspersoon niet is vereist onder artikel 43 EG.²³⁷ Als naar Engels recht een louter formele zetel voldoende is voor het oprichten van een rechtspersoon, moeten de andere lidstaten deze rechtspersoon vervolgens erkennen. Dit sluit niet uit dat een andere lidstaat (bijv. Duitsland) een reële vestiging in Duitsland een voorwaarde vindt voor het oprichten van een Duitse rechtspersoon. Iets soortgelijks geldt ook voor het

²³⁷ HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, *Jur* 1999, I-1459 (Centros), HvJ EG 05 november 2002, C-208/00 *Jur.* 2002, p. I-9919 (Überseering).

verlenen van een vlag aan een schip, of het verstrekken van een vervoersvergunning: eist een lidstaat niet meer dan een formele vestiging, dan zullen andere lidstaten de verleende vlag c.q. vergunning moeten respecteren. Dit sluit echter niet uit dat een andere lidstaat de aanwezigheid van een reële vestiging binnen de lidstaat verplicht stelt voor het verlenen van zijn vlag c.q. het verlenen van een vergunning.²³⁸

Het Hof van Justitie heeft criteria opgesteld om vast te stellen of een onderneming in een lidstaat is gevestigd of daar slechts tijdelijk aanwezig is voor het verrichten van diensten. In dat verband wordt onder vestiging verstaan dat een onderdaan van een lidstaat (of Europese rechtspersoon) op duurzame wijze een beroepswerkzaamheid uitoefent in een andere lidstaat, waar hij zich vanuit een kantoor richt tot, onder anderen, de onderdanen van die lidstaat.²³⁹ Het enkele feit dat een in een lidstaat gevestigde ondernemer op min of meer frequente of regelmatige wijze identieke of gelijksoortige diensten verricht in een andere lidstaat zonder dat hij aldaar over een infrastructuur beschikt die hem in staat stelt in die lidstaat op duurzame wijze een beroepswerkzaamheid uit te oefenen en zich, vanuit die infrastructuur, tot onder anderen de onderdanen van die lidstaat te richten, volstaat niet om hem te beschouwen als gevestigd in die lidstaat.²⁴⁰ Als deze criteria worden vergeleken met de wijze waarop het internationale wegtransport zich heeft georganiseerd, valt op dat niet alle tewerkstellingsmodaliteiten gepaard gaan met het openen van een nevenvestiging (of dochteronderneming) in het buitenland. Als transportondernemingen gebruik maken van in het buitenland gevestigde chauffeurs – al dan niet met vaste standplaats – is daarmee nog geen sprake van een nevenvestiging: daarvoor is immers noodzakelijk dat zich ter plekke ook een kantoor van de werkgever bevindt van waaruit de markt wordt bestreken, en waar zich iemand bevindt die de werkgever juridisch kan binden. Het is echter ons inziens niet noodzakelijk dat de nevenvestiging zich bezighoudt met het verwerven van transportopdrachten en/of over een zelfstandige vervoersvergunning beschikt. Ook als de vestiging zich louter bezighoudt met personeelszaken, kan sprake zijn van een vestiging in de zin van het EG-verdrag. Het vestigingsbegrip speelt dan ook een rol bij detachering van personeel (of dan niet via uitzendbureau's), collegiale inleen en charters.

Als een onderneming gevestigd is in een land, heeft deze recht op gelijke behandeling ten opzichte van andere daar gevestigde ondernemingen. In het Viking arrest is nog eens duidelijk naar voren gekomen dat deze gelijke behandeling mede betrekking heeft op de in het land van vestiging geldende arbeidsvoorwaarden. Door te verhinderen dat de Finse onderneming gebruik kon maken van de goedkopere arbeidsvoorwaarden in Estland, belemmerden de vakbonden de vestigingsvrijheid van de werkgever – aldus het Hof van Justitie. En het belemmeren van de interne markt is in beginsel verboden. Het Hof lijkt er dus in het Viking arrest vanuit te gaan, dat in het transport de vestigingsplaats van de werkgever in hoge mate doorslaggevend is voor de arbeidsvoorwaarden. Verder valt in het arrest – zeker in combinatie met het één week later gewezen arrest in de zaak Laval – op dat het Hof van Justitie concurrentie op arbeidsvoorwaarden als een integraal onderdeel van de interne markt lijkt te beschouwen. In de Viking zaak was het volgens het Hof niet legitiem om het uitvlaggen als zodanig tegen te gaan. Ook de gevolgen die dat had voor het toe te

²³⁸ Factortame II C-221/89.

²³⁹ Bruno Schnitzer, HvJ EG 11 december 2003, C-215/01 r.o. 29; HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, *Jur* I-4165 (Gebhard), r.o. 28.

²⁴⁰ Gebhard ro 32 – zie ook deel 1.

passen arbeidsrecht, moesten door de vakbond worden geaccepteerd. Wel mocht de bond zich sterk maken voor het behoud van de arbeidsplaatsen en de arbeidsvoorwaarden van hun leden. Het is overigens onduidelijk hoever deze laatste mogelijkheid gaat.²⁴¹

Het is dus een belemmering van de vestigingsvrijheid als een Nederlandse (avv-)cao zich mede uitstrekt over buitenlandse dochterondernemingen en nevenvestigingen van Nederlandse transporteurs. Als dit is vastgesteld, moet vervolgens worden bepaald of een dergelijke belemmering gerechtvaardigd kan worden onder het EG-recht. Belemmeringen van het vrij verkeer zijn toegestaan als zij een rechtmatig, met het Verdrag verenigbaar doel nastreven en hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang. Een beperking is bovendien slechts gerechtvaardigd als zij geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk. Dit alles onder voorwaarde dat op het betreffende terrein geen richtlijn of verordening bestaat, die het onderwerp uitputtend regelt. Werknemersbescherming is een door het Hof van Justitie erkend legitiem doel dat onder omstandigheden belemmeringen van het vrij verkeer kan rechtvaardigen. Maar de belemmerende maatregel moet dan wel geschikt en noodzakelijk zijn om de werknemers te beschermen. Dat betekent onder andere dat alleen bepalingen die daadwerkelijk een concrete bescherming bieden aan de individuele werknemers, zijn te rechtvaardigen met een beroep op werknemersbescherming. Daarnaast, en in dit kader belangrijker, gaat het Hof van Justitie er vanuit dat werknemers in beginsel worden beschermd naar de maatstaven van het recht van vestiging van hun werkgever. De lidstaat van herkomst heeft dus belang bij het beschermen van zijn eigen werknemers. Daarnaast heeft in geval van grensoverschrijdende dienstverlening ook het land waar de dienst daadwerkelijk wordt verricht er belang bij om de bij die dienstverlening betrokken (buitenlandse) werknemers een zekere mate van bescherming te bieden – zie hieronder. Maar er is in het algemeen geen reden om aan te nemen dat het de overheid is toegestaan om de vestigingsvrijheid te belemmeren met het oog op bescherming van werknemers die noch deel uitmaken van de eigen arbeidsmarkt, noch binnen het territorium werkzaam zijn.

Het personeel dat in dienst is van een buitenlandse dochteronderneming of nevenvestiging valt dus in beginsel onder het arbeidsrecht van het land van vestiging van de dochteronderneming/nevenvestiging. Dit volgt uit het IPR, maar ook uit de basisbeginselen van de vestigingsvrijheid, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie EG. Dit op zich algemeen geaccepteerde principe wordt voor het transport gecompliceerd door twee factoren: de nationale regels met betrekking tot de inzetbaarheid van chauffeurs enerzijds en het systeem van transportvergunningen anderzijds.

Als een Nederlandse transporteur een buitenlandse dochteronderneming opricht voor het verrichten van transportdiensten, wordt de inzet van deze buitenlandse chauffeurs ten bate van de Nederlandse onderneming beperkt door de eisen van de Nederlandse transportwetgeving (nu nog de WGW).

Naar Nederlands recht mag de vergunninghouder immers slechts gebruik maken van chauffeurs die bij hen in dienstbetrekking staan. Uitzonderingen gelden slechts voor

²⁴¹ Volgens sommige commentatoren is deze beperkt tot het bewaken van de huidige arbeidsvoorwaarden van het zittende personeel. Zie verder Van Hoek/Houwerzijl, *NTER* 2008, p. 202.

collegiale inleen bij een andere vergunninghouder en detachering door erkende uitzendbureau's. Het kan dan ook aantrekkelijk zijn om geen nieuwe rechtspersoon op te richten, maar gebruik te maken van een onzelfstandige dochteronderneming: alle contracten staan dan immers op naam van de Nederlandse rechtspersoon. De vraag rijst dan wel of de internationaal werkzame chauffeurs nu moeten worden toegerekend aan de buitenlandse nevenvestiging of aan het hoofdbedrijf in Nederland. Dit probleem speelt met name als de nevenvestiging uitsluitend vervoersdiensten verricht voor het hoofdkantoor in Nederland en niet zelfstandig ook economische diensten verricht voor derden (bijvoorbeeld andere transporteurs en/of opdrachtgevers). Alle vervoer geschiedt dan immers onder Nederlandse vergunning. Het is vanuit het perspectief van de vestigingsvrijheid te verdedigen dat de in het buitenland gestationeerde chauffeurs die uitsluitend of hoofdzakelijk vergunningplichtig vervoer verrichten onder Nederlandse vergunning, deel uitmaken van de in Nederland gevestigde vervoersonderneming.²⁴² In dat geval zou slechts het lokale ondersteunende personeel van de buitenlandse nevenvestiging zijn uitgesloten van de Nederlandse cao. Dit wordt uiteraard anders als de buitenlandse vestiging over een eigen vervoersvergunning beschikt, zelfstandige rechtspersoonlijkheid heeft of als economische doelstelling heeft om (een of meerdere) vervoersbedrijven van personeel te voorzien. In dat geval is er echter sprake van collegiale inleen en/of het inhuren van arbeidskrachten in de zin van de WGW. De terbeschikkingstelling van chauffeurs aan het Nederlandse bedrijf valt dan onder het vrij verkeer van diensten (zie hieronder in par. 5.4.5).

Voor onzelfstandige vestigingen zonder eigen vervoersvergunning bestaat er dus onduidelijkheid over de toerekening van de chauffeurs. Dit heeft te maken met het feit dat de transportonderneming weliswaar een nevenvestiging in een andere lidstaat kan hebben, maar dat deze nevenvestiging niet noodzakelijk vestiging *als transportbedrijf* met zich meebrengt. Voor dat laatste gelden immers aanvullende eisen uit de Europese en nationale transportwetgeving.

De nationale en Europese wetgeving²⁴³ gaat er vanuit dat het land dat de vergunning verstrekt, toezicht houdt op de arbeidsvoorwaarden van de chauffeurs. Immers, het systematische overtreden van sociale voorschriften is reden voor intrekking van de vervoersvergunning.²⁴⁴ Voor derdelanders geldt dat zij dwingend beschermd worden naar de maatstaven de het land dat de transportvergunning en het bestuurdersattest verleent.²⁴⁵ Voor derdelanders bestaat er dus een koppeling tussen vergunningverlening en toepasselijkheid van het nationale arbeidsrecht. Deze koppeling was onder het oude vervoersrecht algemeen en klinkt nog altijd door in de discussie over arbeidsvoorwaarden in het transport. Uit de stukken rond de voorstellen voor de nieuwe Europese vervoerswetgeving blijkt bijvoorbeeld, dat het EP er nog steeds van uitgaat dat de vergunning het toepasselijk recht op de arbeidsverhoudingen bepaalt.²⁴⁶ Dit uitgangspunt strookt echter niet langer met de bestaande Europese

²⁴² Voor het IPR is de vervoersvergunning echter van ondergeschikte betekenis.

²⁴³ Zie deel I van dit onderzoek.

²⁴⁴ Ri 96/26, zie ook deel I.

²⁴⁵ Het CBB gaat er overigens vanuit dat dit inhoudt dat de derdelanders vanuit Nederland ingezet moeten worden om in aanmerking te komen voor een attest. Zie CBB 24 april 2003, *LJN*: AF9619, zaaknr. AWB 03/348 en 03/400.

²⁴⁶ Dit blijkt o.a. uit de positie inzake cross-trade, o.a. te vinden in EP position COD 2007/99, amendement 6, 14 en 15. Ten aanzien van cross-trade, waarbij een transporteur met een vergunning uit lidstaat X op regelmatige grondslag vervoer verricht tussen lidstaten Y en Z, wordt voorgesteld dat

regels van vervoersrecht, noch met die inzake de vestigingsvrijheid en het EVO. Wel kan hierin een argument worden gevonden om te betogen dat het land dat de vervoersvergunning verstrekt, een legitiem belang heeft bij het reguleren van de arbeidsverhoudingen van de chauffeurs die het vergunningplichtige vervoer verrichten. De vraag is echter hoever dit belang strekt.

Nederland heeft als vergunningverlenende lidstaat minst genomen een belang bij de controle ten aanzien van de toegepaste arbeidsvoorwaarden. De uitspraak van het Hof Den Bosch, dat Nederlandse transporteurs in ieder geval gebonden zijn aan de controlebepalingen van de Nederlandse avv-cao, sluit hierop aan. Daarnaast heeft Nederland als vergunningverlenende lidstaat belang bij het beschermen van de (goede naam) van het Nederlandse bedrijfsleven.²⁴⁷ Goede arbeidsvoorwaarden (bijv. op het terrein van opleiding en rusttijden) kunnen deel uitmaken van het kwaliteitsbeleid van de sector. Een dergelijke verantwoordelijkheid sluit ook aan bij de ontwikkelingen in het kader van 'corporate social responsibility'.²⁴⁸ Cao-bepalingen die direct relevant zijn voor het kwaliteitsbeleid zouden dan ook met een beroep op dit belang van toepassing kunnen worden verklaard op al het transport onder Nederlandse vergunning. Het is echter de vraag of in de huidige cao dergelijke bepalingen met voldoende zelfstandigheid zijn te identificeren. Zo lijken de taken van het O&O fonds te divers om (integrale) toepassing van de betreffende cao-bepalingen op alle transport onder Nederlandse vergunning te rechtvaardigen.

Hieronder wordt nagegaan in hoeverre de Detacheringsrichtlijn nog aanknopingspunten biedt om delen van het Nederlandse arbeidsrecht (inclusief cao's) van toepassing te verklaren wanneer buitenlandse chauffeurs in het kader van een grensoverschrijdende dienstverlening worden ingezet ten behoeve van Nederlands vergunningplichtig vervoer. Ook daarbij gaat het echter om een beperkte toepassing van het Nederlandse recht en/of de Nederlandse cao. Het is lastig te voorspellen hoe het Hof van Justitie zou reageren op een integrale toepassing van de Nederlandse cao op bedrijven die vanuit een buitenlandse onzelfstandige nevenvestiging onder een Nederlandse vergunning internationale transportdiensten verrichten. Enerzijds is in verdedigbaar dat de chauffeurs deel blijven uitmaken van de Nederlandse transportonderneming en dus onder de cao vallen. Anderzijds is het mogelijk dat een dergelijke extraterritoriale toepassing van de Nederlandse cao volgens het Hof verder gaat dan noodzakelijk voor de door Nederland daarvoor aan te voeren doelen (werknemersbescherming, controle van vergunningsvoorschriften, goede naam bedrijfsleven) en derhalve in strijd is met de vestigingsvrijheid.

Overigens komt bij afwezigheid van een buitenlandse vestiging toetsing aan de vestigingsvrijheid niet aan de orde. Toepassing van de cao op basis van vergunningplicht lijkt dan niet problematisch vanuit het gezichtspunt van het vrij verkeer (maar hooguit vanuit het gezichtspunt van het IPR).

hetzij Y, hetzij Z zijn minimumregels op grond van de detacheringsrichtlijn van toepassing zou mogen verklaren. Als echter de vestiging in X geen reële aanknopingswaarde heeft, is het echter maar de vraag of het recht van X wel op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. Als gewoonlijk tussen y en Z wordt gereden, kan worden beargumenteerd dat het recht van Y of Z integraal van toepassing zou moeten zijn.

²⁴⁷ Verg. C-384/93 Alpine Investment.

²⁴⁸ Zie SER-advies nr. 2008/05; SER, *Duurzaam Globaliseren: een wereld te winnen*, Den Haag 26 juni 2008. Zie tevens International Chamber of Commerce, *ICC guidance on supply chain responsibility*, Paris 2007.

Tussenconclusie

Transportondernemingen die uitsluitend met in het buitenland woonachtige chauffeurs werken zonder dat sprake is van een vestiging ter plaatse, kunnen zich niet beroepen op de vestigingsvrijheid om de toepassing van de cao op deze chauffeurs aan te vechten. In een aantal gevallen werken Nederlandse transporteurs echter (samen) met buitenlandse vestigingen. Voor zover deze vestigingen zelfstandige rechtspersonen zijn, is voor integrale toepassing van de Nederlandse cao geen grond. Hieronder zal worden onderzocht of het vrij verkeer van diensten aanknopingspunten biedt voor partiële toepassing van de cao wanneer deze buitenlandse dochters personeel ter beschikking stellen van de Nederlandse transporteur. Hetzelfde geldt voor nevenvestigingen die met een zekere mate van economische zelfstandigheid als detacheringsbureau fungeren. Het lastigst is de positie van de onzelfstandige vestiging die uitsluitend onder Nederlandse vergunning transport verzorgt voor de Nederlandse moederonderneming. Op grond van de vestigingsvrijheid kunnen deze bedrijven beargumenteren dat de werknemers die deel uitmaken van de buitenlandse vestiging primair beschermd dienen te worden naar het recht dat geldt ter plaatse van de buitenlandse vestiging. Het Nederlandse recht en (met name) de Nederlandse avv-cao zouden niet – of in ieder geval niet integraal – van toepassing (mogen) zijn. Maar het is de vraag of de chauffeurs in dat geval wel deel uitmaken van de buitenlandse onderneming. Het vervoersrecht is daarnaast (nog steeds) sterk geënt op controle op arbeidsvoorwaarden door de lidstaat die de vervoersvergunning verstrekt. Ook materiaalrechtelijk lijken de Europese instanties er van uit te gaan dat het land van herkomst van de vervoersvergunning primair verantwoordelijk is voor de arbeidsbescherming van de chauffeur. Dit kan reden zijn voor de sociale partners om de Nederlandse cao mede van toepassing te verklaren op de chauffeurs die worden ingezet via dergelijke onzelfstandige nevenvestigingen (waarbij uiteraard de mogelijkheid bestaat om voor deze groep afzonderlijke cao's af te sluiten met de vakbonden in het land van herkomst van de nevenvestiging – zie hierboven in par. 5.4.2).

Daarnaast is er voldoende rechtvaardiging om in ieder geval de Nederlandse regels die relevant zijn voor de kwaliteit en veiligheid van de vervoerdienst alsmede de bepalingen inzake controle op arbeidsvoorwaarden, van toepassing te achten op alle vervoer onder Nederlandse vergunning. Waarbij overigens in voorkomende gevallen wel rekening moet worden gehouden met controles en kwaliteitseisen uit het land van herkomst van de chauffeurs. Met betrekking tot controle en handhaving wordt dit nader uitgewerkt in deel 3.

5.4.5 Vrij verkeer van diensten – art. 49 EG en de Detacheringsrichtlijn

Terwijl het uitsluiten van bepaalde werknemers van de toepassing van de cao discriminatie kan opleveren van de betrokken *werknemers*, wordt het wél toepassen van een Nederlandse cao op 'buitenlandse' arbeidsverhoudingen in het algemeen bestreden doordat de *werkgever* een beroep doet op het vrij verkeer van diensten. Arbeidsrecht legt voornamelijk verplichtingen op aan *werkgevers*. De werkgever die zijn werknemers tijdelijk naar een andere lidstaat stuurt om diensten te verrichten, kan in het werkland worden geconfronteerd met de verplichtingen van het lokale arbeidsrecht, terwijl hij ook al voldoet aan het arbeidsrecht in het land van herkomst. De werkgever wordt dan door de toepassing van het lokale arbeidsrecht belemmerd in het uitoefenen van het vrij verkeer van diensten. Het gaat daarbij steeds om

zogenaamde ‘actieve dienstverlening’: grensoverschrijdende dienstverlening waarbij werknemers van de dienstverlener naar een andere lidstaat gaan om daar de dienst te verlenen. Het bekendste voorbeeld hiervan is het (bijvoorbeeld Poolse of Portugese) bouwbedrijf dan in een andere lidstaat (bijvoorbeeld Nederland) een bouwopdracht uitvoert met behulp van zijn eigen (Poolse of Portugese) personeel. Polen c.q. Portugal zijn dan de landen van herkomst, Nederland het land van ontvangst.

Het actieve dienstenverkeer is politiek en maatschappelijk controversieel: terwijl sommige lidstaten (en vakbonden) aandringen op gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde plek – en dus voor toepassing van het arbeidsrecht van de lidstaat van ontvangst – zijn er andere lidstaten (waaronder vele MOE-landen) die pleiten voor toepassing van (uitsluitend) het recht van het land van herkomst.²⁴⁹ Centraal in deze controverse staat de vraag wat ‘eerlijke concurrentie’ kan worden genoemd en wanneer sprake is van ‘sociale dumping’. De Europese wetgever heeft dit probleem proberen op te lossen met het opstellen van de Detacheringsrichtlijn (Ri 96/71/EG, *PbEG* 1997 L 18).

De Detacheringsrichtlijn

De Detacheringsrichtlijn is van toepassing op grensoverschrijdende detacheringen in de EU. De richtlijn onderscheidt drie vormen van detachering. Allereerst is de richtlijn van toepassing op het ter beschikking stellen van werknemers op het grondgebied van een lidstaat, in het kader van een overeenkomst tot het verrichten van diensten tussen de zendende onderneming en een in de ontvangende lidstaat gevestigde of werkzame dienstontvanger (art. 1 lid 3 onder a). De tweede vorm van detachering is de uitwisseling van werknemers tussen de verschillende onderdelen van een internationale onderneming (art. 1 lid 3 onder b). De derde vorm tenslotte is de terbeschikkingstelling van werknemers bijv. in het kader van uitzendarbeid (art. 1 lid 3 onder c). In alle gevallen is vereist dat tijdens de uitzending een contractuele band blijft bestaan tussen de werknemer en de detacherende onderneming. In alle gevallen is tevens vereist dat er sprake is van een ‘gewoonlijk werkland’ en dat de werknemer tijdelijk ter beschikking wordt gesteld ‘op het grondgebied’ van een andere lidstaat.

De richtlijn beoogt een bepaald niveau van minimumbescherming te bieden aan de gedetacheerde werknemer. Uitgangspunt hierbij is dat de werknemer in beginsel beschermd wordt door het recht van het land van herkomst en niet door het recht van het land van ontvangst. Van detachering is namelijk slechts sprake als de gedetacheerde werknemer gedurende een bepaalde periode werkt op het grondgebied van een lidstaat die niet de staat is waar die werknemer gewoonlijk werkt. Op grond van art. 6 EVO is dan het recht van het gewone werkland van toepassing op de arbeidsovereenkomst (tenzij een ander land nauwer betrokken is bij de arbeidsovereenkomst).²⁵⁰ Op de arbeidsovereenkomst van de Poolse bouwvakker die door het Poolse bouwbedrijf tijdelijk, voor de duur van een bouwproject, naar

²⁴⁹ Welke positie een lidstaat inneemt, lijkt nauw samen te hangen met het nationale belang, namelijk of er voornamelijk gedetacheerde werknemers ontvangen worden of juist uitgezonden. Zie Houwerzijl, diss. Tilburg, 2005, par. 3.2.6.

²⁵⁰ Deze fictie lijkt overigens onder de Rome I verordening niet van toepassing indien gewoonlijk vanuit een bepaalde lidstaat wordt gewerkt en deze standplaats tijdelijk verandert. Hierdoor zou ook bij kortdurende wijziging van standplaats het aanknopingspunt veranderen. Dit zou leiden tot een grote mate van rechtsonzekerheid en kan o.i. niet de bedoeling zijn. We gaan er dan ook vanuit dat een tijdelijke verandering van standplaats van personeel in het internationaal transport niet direct leidt tot een wijziging van het aanknopingspunt (en daarmee mogelijk ook het toepasselijke recht)

Nederland wordt gestuurd is dus op grond van deze regeling (meestal) het Poolse recht van toepassing. Tijdens de uitzending wordt de werknemer echter tevens beschermd door de wettelijke bepalingen en algemeen verbindende cao-bepalingen die gelden in het land van ontvangst (in casu Nederland) met betrekking tot een reeks in de richtlijn opgenomen onderwerpen. Het betreft:

- a) maximale werk- en minimale rustperioden;
- b) minimumaantal betaalde vakantiedagen;
- c) minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk; dit punt is niet van toepassing op de aanvullende bedrijfspensioenregelingen;
- d) voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, inzonderheid door uitzendbedrijven;
- e) gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk;
- f) beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van zwangere of pas bevallen vrouwen, kinderen en jongeren;
- g) gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie.

In Nederland zijn deze regels onder meer opgenomen in de Arbeidstijdenwet, de Arbo-wet, de Wet minimumloon, de AWGB en een aantal bepalingen uit het BW. De betreffende regelingen (inclusief dus de avv-bepalingen op bovengenoemde terreinen) zijn te beschouwen als voorrangsgeregels. Ze zijn immers van toepassing, en wel ongeacht het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht, op alle werkzaamheden in Nederland.²⁵¹ Dit geldt echter alleen voor ze gunstiger zijn voor de werknemer dat het arbeidsrecht van het land van herkomst. De betreffende bepalingen zijn daarmee niet zozeer 'van toepassing', als wel dat de lidstaat van ontvangst moet verzekeren dat de gedetacheerde werknemer minimaal de in die bepalingen geboden bescherming geniet. Als het land van herkomst op het betreffende punt gelijkwaardige of betere bescherming biedt, wordt het recht van het tijdelijke werkland niet toegepast.

De Detacheringsrichtlijn is geschreven met het oog op detachering in de bouwnijverheid.²⁵² Voor deze sector is voorgeschreven dat ook de avv-bepalingen van cao's over de genoemde onderwerpen op de gedetacheerde werknemers van toepassing moeten zijn. Voor andere bedrijfstakken kan de lidstaat er zelf voor kiezen om de bescherming van gedetacheerde werknemers al dan niet uit te breiden tot de cao-bepalingen. Aanvankelijk had Nederland gekozen voor een beperkte implementatie van de richtlijn. Inmiddels is de bescherming uitgebreid tot alle werknemers die tijdelijk in Nederland arbeid verrichten.²⁵³ De betreffende bepaling is opgenomen in art. 2 lid 6 Wet AVV.

De richtlijn schrijft dus voor dat de ontvangende lidstaat op de in de richtlijn genoemde punten zijn bescherming mede moet uitstrekken over op zijn grondgebied gedetacheerde werknemers, ook al zou dit een belemmering vormen van het vrij verkeer van diensten. Op die manier wordt een minimum aan bescherming verstrekt. Het was lang de vraag of de richtlijn ook een maximum bevat: verbiedt de richtlijn verdergaande bescherming door het tijdelijke werkland? In een aantal recente arresten

²⁵¹ De Nederlandse implementatiewet stelt overigens (ten onrechte) niet de eis dat de werknemer gewoonlijk in een ander land werkt. Zie Houwerzijl, diss. Tilburg 2005, p. 307 en J.C.M.G. Bloemarts, 'De werking van de CAO ten aanzien van grensoverschrijdende arbeid in Nederland', *Sociaal Recht* 2004/5, p. 185-195.

²⁵² Zie Houwerzijl, diss. 2005, p. 95.

²⁵³ Namelijk sinds 14 december 2005. Wijziging Wet AVV, *Stb.* 2005, 626.

heeft het HvJ EG de richtlijn inderdaad op die manier uitgelegd.²⁵⁴ De genoemde arresten komen er grosso modo op neer dat de minimumbescherming die de richtlijn voorschrijft ook het maximum omvat dat lidstaten en/of sociale partners mogen voorschrijven, voor zover niet de richtlijn zelf in verdergaande bescherming voorziet. Verdergaand kan overigens betrekking hebben op drie aspecten. Allereerst is relevant hoe het minimum wordt vastgesteld – kan dat ook op andere manieren dan de in de richtlijn genoemde? Deze vraag lijkt minder relevant voor Nederland, nu algemeen verbindend verklaring nadrukkelijk in de richtlijn is voorzien. Een tweede punt betreft de vraag of de staat en/of de cao-partijen de bescherming op de door de richtlijn bestreken gebieden inhoudelijk mogen uitstrekken boven het minimum. Hiervoor is maar beperkt ruimte. De lidstaat van ontvangst kan niet boven het minimum uitgaan, en ook de cao-partijen zijn bij het bestrijden van concurrentie op arbeidsvoorwaarden aan het minimum gebonden. Wel kan volgens het Hof de werkgever op vrijwillige basis besluiten zijn werknemers betere arbeidsvoorwaarden te bieden. Wij interpreteren dit zo, dat er nog wel ruimte is voor betere cao-voorwaarden als het gaat om cao-partijen die voor hun eigen leden een betere bescherming afdwingen.²⁵⁵ Een derde punt tenslotte, waarop bescherming verder kan gaan dan het minimum van de richtlijn, betreft de vraag of de lidstaat van ontvangst ook met betrekking tot andere onderwerpen de eigen bescherming dwingend mag opleggen. De richtlijn laat dit toe ingeval van regelingen van openbare orde. Volgens het Hof moet dit begrip echter restrictief worden geïnterpreteerd. Op de openbare orde kan slechts een beroep worden gedaan ‘in geval van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving.’²⁵⁶ VUT-regelingen, scholingsfondsen en dergelijk vallen hier niet onder. Daarnaast lijkt slechts de staat zich te kunnen beroepen op de openbare orde, de sociale partners c.q. vakbonden niet.²⁵⁷

De Detacheringsrichtlijn bevat dus een basisregel met een beperkt aantal toegestane uitbreidingen: er zijn andere wijzen van vaststelling van de dwingende regels naast wet en avv, de cao-bescherming kan worden uitgebreid tot andere bedrijfstakken dan de bouw, ook andere dwingende regels kunnen worden opgelegd, mits deze van openbare orde zijn. Daarnaast bevat de Detacheringsrichtlijn ook een aantal mogelijkheden om de toepassing ervan te beperken voor kortdurende uitzendingen. Zo is de richtlijn niet van toepassing op montage-werkzaamheden die samenhangen met het leveren van goederen mits de werkzaamheden korter duren dan acht dagen. Ook kan de toepasselijkheid van de minimumloonbepalingen worden uitgesloten voor werkzaamheden die korter duren dan 1 maand en/of van geringe omvang zijn.

De verdragsbepaling

Als er sprake is van detachering in de zin van de Detacheringsrichtlijn zijn de mogelijkheden om de werkgever verplichtingen op te leggen dus strikt gereguleerd door de richtlijn zelf. Daarbuiten moet nog altijd rekening gehouden worden met de verdragsbepalingen. Als arbeidsrechtelijke voorschriften een beperking vormen voor het vrij verkeer van diensten, moet worden beoordeeld of deze beperkingen

²⁵⁴ Laval, HvJ EG 18 december 2007, C-341/05; Rueffert, HvJ EG 3 april 2008, C-346/06; Commissie v. Luxemburg, HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06.

²⁵⁵ Vergelijk Laval r.o. 81 en Houwerzijl/Van Hoek, ‘Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – Deel 1: De arresten Viking, Laval en Rueffert, verdragsaspecten’, *NTER* 2008/7-8, p. 190-205.

²⁵⁶ Commissie v. Luxemburg, C-319/06 r.o. 50.

²⁵⁷ Zie Laval C-341/05 r.o. 84.

gerechtvaardigd zijn op grond van dwingende redenen van algemeen belang. Daarnaast moet worden vastgesteld op de maatregel waar het om gaat geschikt en noodzakelijk is. Werknemersbescherming wordt door het HvJ EG erkend als een dwingende reden van algemeen belang. De lidstaat van ontvangst (inclusief de daar gevestigde vakbonden) mag de *eigen* werknemers beschermen tegen sociale dumping. Echter, van sociale dumping is volgens het Hof van Justitie geen sprake meer als er voldaan is aan arbeidsrechtelijke regels van het land van herkomst en daarnaast de bescherming van de Detacheringsrichtlijn wordt geboden. Voorts kan de lidstaat van ontvangst zich ook beroepen op noodzaak tot bescherming van de gedetacheerde werknemers. Dit ondanks het feit dat deze werknemers geen deel uitmaken van de arbeidsmarkt van de lidstaat van ontvangst en dus niet als ‘eigen’ worden beschouwd. Als de lidstaat zich wil beroepen op het belang van bescherming van de gedetacheerde werknemers, is het wel noodzakelijk dat de beperkende maatregelen ook daadwerkelijk voordeel opleveren voor de betrokken gedetacheerde werknemers. Een algemene heffing die wordt opgelegd aan de werkgever, levert de gedetacheerde werknemers zelf geen voordeel op en kan dus niet gerechtvaardigd worden met een beroep op hun belang.²⁵⁸ Ook het van toepassing verklaren van een VUT-regeling waarvan de betrokken werknemers geen gebruik kunnen maken op grond van het tijdelijke karakter van hun detachering, levert deze werknemers geen voordeel op en zal dus uitsluitend om andere redenen gerechtvaardigd moeten worden (hetgeen moeilijk zal zijn).

Het Hof kijkt dus kritisch naar de relatie tussen het ingeroepen belang en de concrete maatregel: criterium is dat de maatregel effectief moet bijdragen aan het te beschermen belang. Daarbij wordt het begrip ‘werknemersbescherming’ zeer concreet ingevuld: het moet echt gaan om maatregelen die direct een positief effect hebben op de rechtspositie van een concrete groep werknemers. Verder mag de bescherming geen verdubbeling zijn van de bescherming die al wordt geboden door het recht van het land van herkomst. In dat geval is immers toepassing van het recht van het land van ontvangst niet noodzakelijk – toepassing voegt geen voordeel toe voor de betrokken werknemers, terwijl er wel een belemmering optreedt door de dubbele normen waaraan de werkgever moet voldoen.

Toegankelijkheid van het toepasselijke recht

Op grond van de detacheringsrichtlijn dienen de arbeidsrechtelijke bepalingen die van toepassing zijn op buitenlandse dienstverleners, toegankelijk te zijn voor zowel werknemer als werkgever. Ook het Hof van Justitie hecht in haar recente rechtspraak groot belang aan de kenbaarheid van het recht. Het is dan ook van groot belang dat

- 1) de toe te passen normen duidelijk worden geïdentificeerd
- 2) deze normen ook op eenvoudige wijze zijn te achterhalen door de betrokkenen (werkgever en werknemer).

Voor zover het gaat om cao-normen, ligt hier ook een taak voor de sociale partners.

5.4.6 Vrij verkeer en het internationale wegtransport.

Inleiding

²⁵⁸ Zie over de ontwikkeling van de ‘reëel voordeel/dubbele lasten’ jurisprudentie Houwerzijl, diss. 2005, p. 209-212.

Krachtens art. 51 EG wordt het vrij verkeer van diensten in het vervoer geregeld door de bepalingen inzake het gemeenschappelijke vervoersbeleid van art. 70 e.v. EG. De regeling met betrekking tot het verlenen van transportvergunningen en de regeling inzake cabotagevervoer zijn dan ook gebaseerd op de vervoerstitel van het verdrag en niet op de titel inzake het algemene dienstenverkeer. Op grond van deze bijzondere status van het vervoer als dienstverrichting, is het niet op voorhand evident dat de rechtspraak en regelgeving met betrekking tot gedetacheerde werknemers, die zijn gebaseerd op art. 49 e.v. EG, ook van toepassing zijn op het internationaal wegtransport. Nu de detacheringsrichtlijn een centrale plaats inneemt in de regulering van transnationale arbeidsverhoudingen, is allereerst van belang om te onderzoeken of deze richtlijn van toepassing is op het wegtransport. Hieronder zal blijken dat de richtlijn waarschijnlijk wel van toepassing is op cabotagetransport, maar niet op diverse vormen van inleen van chauffeurs. Welke gevolgen dit heeft voor de toepasselijkheid van de Nederlandse cao op cabotage respectievelijk collegiale inleen/uitzendarbeid wordt in afzonderlijke subparagrafen geanalyseerd.

De toepasselijkheid van de detacheringsrichtlijn op het wegtransport

De detacheringsrichtlijn is van toepassing op de werknemer van een Europese dienstverrichter, ‘die gedurende een bepaalde periode werkt op het grondgebied van een Lid-Staat die niet de Staat is waar die werknemer gewoonlijk werkt’.²⁵⁹ Het gaat daarbij om een drietal, hierboven beschreven, vormen van grensoverschrijdende detachering. In art. 1 lid 2 van de Detacheringsrichtlijn wordt het zeevarend personeel van koopvaardijondernemingen nadrukkelijk uitgesloten van de werkingssfeer van de richtlijn. Op deze werknemers in het transport is de richtlijn dus niet van toepassing. Deze expliciete uitsluiting wijst erop dat het overige personeel in het internationale transport in beginsel wel onder de richtlijn valt – namelijk voor zover aan de verdere voorwaarden voor toepassing is voldaan. Deze hebben, zoals vermeld, betrekking op de vormen van detachering enerzijds, en de tijdelijke wijziging van de gewone werkplek anderzijds. Met name dat laatste punt kan voor het internationale transport problemen geven, nu deze immers gewoonlijk niet op *in* een bepaald land werken, maar hooguit *vanuit* een bepaald land. De richtlijn zou dan met name relevant zijn bij tijdelijke overplaatsing ten bate van binnen een bepaalde lidstaat verricht transport – met cabotage als belangrijkste categorie.

Dit vermoeden wordt bevestigd door de voorstellen in het kader van de herziening van de vervoerswetgeving op Europees niveau. In considerans 12 bij het voorstel voor een verordening van het Europees parlement en de raad tot vaststelling van gemeenschappelijke regels voor toegang tot de markt voor internationaal goederenvervoer over de weg (herschikking)²⁶⁰ wordt nadrukkelijk gesteld dat

“De bepalingen van Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten ...van toepassing [zijn] in gevallen waarin vervoerders, met het oog op het verrichten van cabotagevervoer, werknemers met wie zij een dienstverband hebben, ter beschikking stellen buiten de lidstaat waar zij gewoonlijk werkzaam zijn.”

Opvallend in deze beschrijving is, dat niet elke werkzaamheid op het grondgebied van een andere lidstaat als detachering in de zin van de richtlijn wordt gezien. Dus het feit

²⁵⁹ Art. 2 lid 1 van de richtlijn.

²⁶⁰ Com (2007)265 def.

dat de uiteindelijke bestemming van het transport gelegen is in lidstaat X maakt het transport nog niet tot detachering naar X, ook niet voor het gedeelte van het transport dat plaatsvindt in X. Het gaat in deze overweging uitsluitend om tijdelijke terbeschikkingstelling ten behoeve van cabotagevervoer in een andere lidstaat. Daarbij is niet vereist dat de werknemer gewoonlijk *in* een andere lidstaat werkzaam is – ook bij inzet in het internationaal transport kan de richtlijn worden toegepast. Hiermee wordt een op het transport toegesneden invulling gegeven aan detachering ten behoeve van een dienstverlening ‘op het grondgebied van een andere lidstaat’ in de zin van art. 1 lid 3 onder a van de Detacheringsrichtlijn.

De intercollegiale uitleen tussen ondernemingen in verschillende lidstaten wordt in de bovengenoemde overweging niet genoemd. Ook deze situatie is te beschouwen als een vorm van grensoverschrijdende detachering: zie richtlijn art. 1 lid 3 onder b. Het probleem schuilt hier echter in het tweede toepassingscriterium: de richtlijn vereist immers dat de chauffeur ter beschikking wordt gesteld ‘*op* het grondgebied van een lidstaat’. Als een Nederlandse vervoersonderneming een buitenlandse chauffeur ‘inleent’ voor een transport van Frankrijk naar Spanje, kan moeilijk worden volgehouden dat deze chauffeur ter beschikking wordt gesteld *op* Nederlands grondgebied. Om dezelfde reden valt ook het ter beschikking stellen van chauffeurs via een uitzendbureau in veel gevallen niet onder de Detacheringsrichtlijn.

Het EP heeft in een wijziging bij het voorstel voor de herziene verordening aangegeven de Detacheringsrichtlijn ook (optioneel) van toepassing te willen verklaren op zogenaamde *cross-trade* waarbij een in lidstaat X gevestigde transportonderneming op reguliere basis transporten verricht tussen de lidstaten Y en Z. In dat geval zou lidstaat Z dan wel lidstaat Y de door de Detacheringsrichtlijn geboden bescherming mogen opleggen aan de in X gevestigde transporteur.²⁶¹ Dit betekent een verruiming van de toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn maar ook hier wordt de toepassing van de richtlijn afhankelijk gemaakt van daadwerkelijke inzet op (of minst genomen vanuit) het grondgebied van een lidstaat. Het is twijfelachtig of deze toepassing al als geldend recht kan worden gezien.

Voor toepassing van de detacheringsrichtlijn op de verschillende tewerkstellingmodaliteiten moet dus een onderscheid worden gemaakt tussen cabotage aan de ene kant, en andere vormen van inzet van chauffeurs anderzijds.

Cabotage naar Nederland

Op grond van de herziene transportverordening is op cabotagevervoer het recht van het land van de lidstaat waar de cabotage plaatsvindt van toepassing met betrekking tot een reeks in de verordening genoemde onderwerpen. Deze omvat ook de rij- en rusttijden.²⁶² Eenzelfde opsomming komt ook voor in de huidige cabotageverordening.²⁶³ Deze opsomming wordt door het HvJ EG in beginsel als limitatief gezien.²⁶⁴ De betreffende bepaling kent echter een voorbehoud voor andere

²⁶¹ De formulering laat zich niet uit over de vraag welke van deze twee stelsels voor toepassing in aanmerking zou komen.

²⁶² Art.9 lid 1 onder d – Com(2007)275 def.

²⁶³ Verordening (EEG) nr. 3118/93 van de Raad van 25 oktober 1993 tot vaststelling van de voorwaarden waaronder vervoersondernemers worden toegelaten tot het binnenlands goederenvervoer over de weg in een Lid-Staat waar zij niet gevestigd zijn, *Pb* 1993 L 279, art. 6 lid1 onder d.

²⁶⁴ Hoves, HvJ EG 2 juli 2002, C 115/00.

communautaire voorschriften. Afwijken bij andere Europese regeling is dus mogelijk.²⁶⁵ De vraag naar de toepasselijkheid van de detacheringsrichtlijn op het transport is daarmee van doorslaggevend belang voor de regulering van arbeidsvoorwaarden bij cabotage.²⁶⁶ Gelet op bovenstaande gaan wij er vanuit dat de Detacheringsrichtlijn ook van toepassing is op arbeidsverhoudingen in het wegtransport. De inzet van buitenlandse chauffeurs bij cabotage in Nederland is een door de richtlijn bestreken vorm van detachering. Er is echter enige reden voor twijfel omtrent de toepasselijkheid van de detacheringsrichtlijn op cabotage vanwege de in de richtlijn opgenomen eis met betrekking tot het gewoonlijk werken in een andere lidstaat. Deze laatste eis is overigens niet opgenomen in de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (Waga), de Nederlandse omzetting van de richtlijn, en het daarop gebaseerde artikel 2 lid 6 Wet AVV. Voor de toepassing van de Wet AVV is voldoende dat er tijdelijk in Nederland wordt gewerkt onder toepassing van buitenlands recht. Op grond hiervan kan worden gesteld dat – behoudens specifieke afwijkingen - reeds nu de cao inzake het wegtransport op de door de richtlijn bestreken gebieden van toepassing zou moeten zijn op cabotagevervoer binnen Nederland. Weliswaar bestaat er een mogelijkheid om cabotagevervoer uit te zonderen van de richtlijn op basis van de korte duur en/of geringe omvang van de werkzaamheden, maar Nederland heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Toch wordt de Nederlandse cao niet toegepast op cabotagevervoer in Nederland, nu deze vorm van detachering niet onder de werkingssfeer van de cao valt.

In dit verband is het interessant om te vermelden dat in Frankrijk recent de Code du Travail (het Franse wetboek van arbeidsrecht) is gewijzigd om te realiseren dat ook cabotage onder de detacheringsregeling valt.²⁶⁷ De betreffende bepaling bevat tevens een aantal nadere bepalingen om de Franse detacheringsregeling beter toepasbaar te maken op internationaal transport over de weg en het water.²⁶⁸ De regeling bevat geen vrijstelling voor cabotage wegens korte duur en/of geringe omvang van de werkzaamheden.²⁶⁹

Er is nog geen uitspraak van het Hof van Justitie over de toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn in het internationaal wegtransport. Noch de Franse keuze om de richtlijn wél toe te passen, noch de Nederlandse situatie waarin de cao de facto niet wordt toegepast, is ooit voorgelegd ter beoordeling door het Hof van Justitie. Gezien de op dit moment aanhangige voorstellen met betrekking tot de Europese vervoerswetgeving, is er een breed draagvlak om de Detacheringsrichtlijn toe te passen op cabotagevervoer. Het lijkt dan ook raadzaam om in de cao voorzieningen op te nemen die een dergelijke toepassing mogelijk maken. Het gaat dan met name

²⁶⁵ Zie art. 6 lid 1 aanhef, Vo 3118/93.

²⁶⁶ De regeling van het bestuurdersattest voor derdelanders gaat er overigens vanuit dat het recht van het land dat de vergunning en het attest verleent, *integraal* van toepassing is op de terbeschikkinggestelde derdelandschauffeur. Vo 484/2002 art. 1. Deze regeling ziet echter niet (specifiek) op cabotage.

²⁶⁷ Décret no 2007-1739 van 11 december 2007 introduceert de nieuwe bepaling R342-12 CdT.

²⁶⁸ De regeling is ook van toepassing op de binnenvaart.

²⁶⁹ Zie voor de regeling in het algemeen het Implementatierapport uit 2003 (Report from the Commission services on the implementation of Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council, of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services) p. 13, http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/07_postingofworkers_implementationreport_en.pdf

om de identificatie van de relevante cao-bepalingen. Daarnaast verdient het aanbeveling om te bezien of in de Wet avv een vrijstelling voor kortdurende arbeid en/of arbeid van geringe omvang moet worden opgenomen. De sociale partners zouden hierover in overleg kunnen treden met het Ministerie.

Collegiale uitleen en uitzendarbeid

De Detacheringsrichtlijn is van toepassing op werknemers die in het kader van een grensoverschrijdende dienstverlening werkzaamheden verrichten op het grondgebied van een andere lidstaat dan waar ze gewoonlijk hun arbeid verrichten. De richtlijn bepaalt vervolgens in hoeverre het arbeidsrecht van de lidstaat van ontvangst toegepast kan en moet worden op de arbeidsverhoudingen van de gedetacheerde werknemers. Bij collegiale inleen en uitzendarbeid in het internationale wegtransport is het echter niet het tijdelijke werkland, dat zijn eigen recht toegepast wil zien, maar het land van vestiging van de inlenende onderneming. Deze situatie wordt dan ook niet bestreken door de richtlijn. Aan de andere kant is duidelijk dat inleen- en uitzendarbeid als zodanig wel degelijk door de richtlijn worden bestreken: deze vormen van detachering worden expliciet genoemd in art. 1 lid 3 sub c van de Detacheringsrichtlijn. De uitgezonden of overgeplaatste chauffeur bevindt zich dan ook in velerlei opzicht in een vergelijkbare situatie als de overgeplaatste bouwvakker.

Dan geldt – tot op zekere hoogte – ook voor wat betreft het internationaal privaatrecht. Grensoverschrijdende detachering ziet op de situatie dat een werknemer tijdelijk van werkplek verandert – terwijl deze gewoonlijk in land X werkt, wordt hij uitgezonden naar land Y. In dat geval bepaalt het EVO dat het toepasselijke recht op de arbeidsovereenkomst gelijk blijft: de werknemer blijft tijdens de uitzending onderworpen aan het recht van het land waar hij gewoonlijk werkt – het land van uitzending. Juist daardoor ontstaat de vraag in hoeverre het tijdelijke werkland minimumeisen mag stellen aan de arbeidsvoorwaarden van de gedetacheerde werknemer. De Detacheringsrichtlijn beoogt hierop een antwoord te geven.

De conflictenrechtelijke situatie van de grensoverschrijdend gedetacheerde chauffeur is ons inziens vergelijkbaar met die van de gedetacheerde constructiearbeider of IT-specialist. Als een chauffeur normaal gesproken in of vanuit lidstaat X werkt, is in beginsel het recht van lidstaat X van toepassing – zie ook hierboven. Bij detachering verandert tijdelijk het land waar of van waaruit hij werkt. Het is onwenselijk als deze tijdelijke wijziging van standplaats leidt tot wijziging van het op de individuele arbeidsovereenkomst toepasselijke recht. Maar als het recht van het land van herkomst van toepassing blijft op de arbeidsovereenkomst, rijst opnieuw de vraag in hoeverre het land van ontvangst daarnaast zijn eigen beschermingsniveau mag opleggen.

Tenslotte is ook vanuit het transportrecht een zekere mate van gelijkstelling te verdedigen. De regelgeving in het transport gaat er nog steeds vanuit dat het land dat de transportvergunning verleent, verantwoordelijk is voor het waarborgen van geregelde arbeidsverhoudingen. De verantwoordelijkheid van Nederland strekt zich mede uit tot de chauffeur die slechts tijdelijk onder een Nederlandse vergunning rijdt, maar wordt in dat geval gedeeld met het land van vestiging van de uitlenende organisatie.

Hierboven hebben we al aangegeven dat ons inziens op cabotagevervoer de Detacheringsrichtlijn van toepassing is. Er is alle reden om ook bij de andere twee

door de richtlijn bestreken vormen van detachering de beginselen toe te passen die aan de richtlijn ten grondslag liggen. Hierover is echter geen rechtspraak beschikbaar van het Hof van Justitie. Alle uitspraken over arbeidsrechtelijke bescherming en het vrij verkeer van diensten hebben namelijk betrekking op detacheringen binnen het grondgebied van een andere lidstaat. Onze conclusies op dit punt zijn dus enigszins speculatief.

Als de beginselen van de richtlijn analoog worden toegepast op het wegtransport, heeft dat de volgende gevolgen. Tijdelijke uitleen van chauffeurs door een buitenlands bedrijf aan een Nederlands transportbedrijf zou dan aanleiding zijn om de Nederlandse dwingendrechtelijke bepalingen inzake minimumloon, minimumvakantie, gelijke behandeling, etc van toepassing te achten op de chauffeurs, voor zover het recht van het land van herkomst een minder hoog niveau van bescherming biedt.²⁷⁰ Ook de werktijden en rusttijden regeling van het land van ontvangst zouden tijdelijk van toepassing zijn. Op dit punt is het Europese recht echter in hoge mate geünificeerd door middel van verordeningen, zodat hier analoge toepassing minder relevant lijkt. Voor uitzendkrachten kunnen – naar analogie met de Detacheringsrichtlijn - nadere regels worden gesteld, bijvoorbeeld over gelijk loon.²⁷¹ Voor onderwerpen die niet door de richtlijn worden bestreken, zoals scholingsfondsen en aanvullende verzekeringen zal het lastiger zijn te beargumenteren dat Nederland deze voorschriften mag opleggen aan vanuit het buitenland ingeleende chauffeurs.

Mocht het Hof van Justitie de door ons hierboven bepleitte analoge toepassing van de Detacheringsrichtlijn afwijzen, dan zijn er nog steeds twee mogelijkheden:

1 het Hof past de (oude) rechtspraak inzake het vrij verkeer van diensten toe, nu de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing wordt geacht.

2 het Hof beperkt de mogelijkheden van de lidstaat van ontvangst om het eigen recht toe te passen, nu de Detacheringsrichtlijn nadrukkelijk niet in deze mogelijkheid voorziet.

Gezien de enigszins verrassende uitspraken die het Hof recent heeft gedaan inzake de uitleg van de Detacheringsrichtlijn durven wij op dit punt geen voorspelling te doen.²⁷²

Het lijkt dan ook verreweg het verstandigst om in het cao-overleg de analoge toepassing van de Detacheringsrichtlijn als uitgangspunt te nemen.

²⁷⁰ Dit sluit ook aan bij uitzendrichtlijn die op 22 oktober door het Europees Parlement in tweede lezing is aangenomen (maar nog niet is gepubliceerd): European Parliament legislative resolution of 22 October 2008 on the Council common position for adopting a directive of the European Parliament and of the Council on temporary agency work (10599/2/2008 – C6-0327/2008 – 2002/0072(COD) T6-0507/2008. Het herziene Commissievoorstel bevatte in art. 5 de volgende bepalingen: 'De *essentiële* arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten zijn, voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming, ten minste dezelfde als die welke voor hen zouden gelden als zij door genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst zouden worden genomen. Com(2002/701). De Raad heeft in zijn (inmiddels door het EP aangenomen) Gemeenschappelijke Standpunt de gelijkheidsmaatstaf echter aangescherpt.

²⁷¹ Zie voor de toekomst ook de speciale richtlijn inzake uitzendarbeid.

²⁷² Zie Laval, HvJ EG 18 december 2007, C-341/05; Rueffert, HvJ EG 3 april 2008, C-346/06; Commissie v Luxemburg, HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06.

5.6 Conclusie: Toepassing van het voorafgaande op de verschillende tewerkstellingsmodaliteiten.

In dit hoofdstuk is aandacht besteed aan de vraag wat de internationale werkingssfeer is c.q. kan zijn van een Nederlandse transport-cao. Hiervoor moet niet alleen naar het IPR gekeken worden, maar ook naar het transportrecht en het Europese recht inzake het vrij verkeer. Dat laatste moet vervolgens weer worden opgesplitst in het vrij verkeer van werknemers (en het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit of woonplaats), de vestigingsvrijheid en het vrij verkeer van diensten. Al deze rechtsgebieden werken vanuit hun eigen perspectief door in de internationale arbeidsverhoudingen. Het lastige is nu dat de drie systemen (vervoersrecht, vrij verkeer en ipr) redelijk onafhankelijk van elkaar opereren en elkaar zelfs op punten tegen lijken te spreken. Het internationaal privaatrecht richt zich op de individuele arbeidsverhouding. Daarbij is primair van belang of de werkzaamheden gewoonlijk in of vanuit Nederland verricht worden. De vestiging van de werkgever is slechts van secundair belang, bij afwezigheid van een vast werkland. De vergunning is hooguit relevant bij het bepalen van een nauwere band – zie Hof Den Bosch. De vestigingsvrijheid is een recht van de ondernemer. Het arbeidsrecht komt hierbij als incident om de hoek kijken omdat het Hof van Justitie heeft uitgemaakt dat het profiteren van het ‘arbeidsklimaat’ in het land van vestiging deel uitmaakt van de vestigingsvrijheid. Voor de vestigingsvrijheid is alleen van belang of de werkgever mede in een andere lidstaat is gevestigd. Zo ja, dan kan hij zich op de vestigingsvrijheid beroepen. Hooguit kan worden getwist over de vraag of ook de internationale chauffeurs deel uitmaken van de buitenlandse vestiging van de Nederlandse transporteur. Als tenslotte vanuit het gezichtspunt van de vervoerswetgeving wordt gekeken naar de arbeidsverhouding van de internationale chauffeur lijkt de (enige) relevante vraag of de werknemer gewoonlijk of incidenteel wordt ingezet bij vergunningplichtig vervoer onder een Nederlandse vergunning.

In het onderstaande proberen we de verschillende invalshoeken te verenigen en te komen tot een aanbeveling over de toepasselijkheid van de Nederlandse cao (of bepalingen daaruit) op verschillende tewerkstellingsmodaliteiten in het internationaal wegtransport. Daarbij moet rekening worden gehouden met een flinke marge van onzekerheid nu rechtspraak van het Hof van Justitie (en overigens ook van de Hoge Raad) die rechtstreeks betrekking heeft op de onderzoeksvraag ontbreekt.

Variant I: Een in Nederland gevestigde transportondernemer heeft een Belgische chauffeur in loondienst die met een in Nederland afgegeven Eurovergunning vervoer verricht tussen België en Frankrijk

In dit geval wordt er niet gewoonlijk in België gewerkt. Als er ook geen centrale standplaats of vestiging van de werkgever in B aanwezig is, is het twijfelachtig of gezegd kan worden dat er gewoonlijk ‘vanuit’ België wordt gewerkt. Als de rechter besluit tot afwezigheid van een land waar of vanwaaruit wordt gewerkt, is Nederlands recht van toepassing, tenzij op grond van de omstandigheden van het geval alsnog wordt besloten dat de arbeidsverhouding nauwer is verbonden met een ander (bijv. Belgisch) recht. Het IPR levert daarmee voor deze tewerkstellingsmodaliteit een aantal onduidelijkheden op. Deze worden nog versterkt doordat het IPR op dit

moment geen helderheid biedt over de vraag of en onder welke omstandigheden een Nederlandse cao extraterritoriale werking heeft.

Deze onzekerheden kunnen gedeeltelijk worden ondervangen door in de cao specifieke bepalingen op te nemen voor de in het buitenland gestationeerde chauffeur in dienst van een Nederlandse transportonderneming. Deze afspraken kunnen verschillende doelen hebben. Enerzijds kan in de cao (dan wel de individuele arbeidsovereenkomst) een rechtskeuze voor Nederlands recht worden opgenomen om de onzekerheid over het al dan niet van toepassing zijn van Nederlands recht weg te nemen. De chauffeurs worden dan minstens beschermd naar Nederlandse maatstaven. Daarnaast kan worden overwogen om expliciet in de cao op te nemen dat de cao mede van toepassing is op deze groep werknemers. Ons inziens is een dergelijke toepassing niet in strijd met de Wet CAO, noch met de wet AVV. Ook vanuit het gezichtspunt van het vrij verkeer levert een dergelijke toepasselijkverklaring geen bezwaren op: nu de werkgever in België geen nevenvestiging heeft waarvan de chauffeur onderdeel uitmaakt, kan hij zich er niet op beroepen dat de toepasselijkverklaring een inbreuk maakt op zijn vestigingsvrijheid.²⁷³

Anderzijds lijkt het ook toegestaan om de in het buitenland gestationeerde chauffeurs expliciet uit te sluiten van de werkingssfeer van de cao. De onzekerheid over het toe te passen arbeidsrecht blijft dan bestaan, maar de onzekerheid over de toepasselijkheid van de cao verdwijnt. Wel zal in dat geval nauwkeurig moeten worden gekeken naar de formulering van de uitsluiting, om te voorkomen dat de betreffende bepaling nietig wordt bevonden wegens discriminatie op grond van nationaliteit of woonplaats. Ook kan het verstandig zijn om – zeker bij grote aantallen chauffeurs in een specifieke lidstaat – een aparte cao voor deze groep werknemer te sluiten met een lokale vakbond. Dit vermindert de kans dat de uitsluiting van deze chauffeurs van de Nederlandse cao discriminatoir wordt bevonden. Ook als de chauffeurs niet onder de horizontale bepalingen van de cao vallen, kunnen overigens de bepalingen inzake de controle door de vakbonden van toepassing blijven (zie verder deel 3). Het verdient dan wel aanbeveling om in de cao te specificeren welke verplichtingen de werkgever op dit punt heeft.

Variant II: Een in Nederland gevestigde transportondernemer heeft een Poolse chauffeur in dienst. De chauffeur verricht binnenlands vervoer in Nederland en rijdt op een Nederlandse vergunning

In feite bestaat hier geen enkele twijfel over de toepasselijkheid van het Nederlandse recht en de Nederlandse cao. Er speelt geen probleem inzake de vestigingsvrijheid en/of het vrij verkeer van diensten, slechts het werknemersverkeer is aan de orde. Uitsluiting van Poolse chauffeurs van de werking van de cao is in strijd met het discriminatieverbod. Eventueel mag een bijzondere regeling voor de buitenlandse werknemers worden getroffen, voor zover de bijzondere bepalingen zijn

²⁷³ Het vrij verkeer van diensten is op deze casus wel van toepassing, maar het lijkt onwaarschijnlijk dat het Hof van Justitie het in strijd acht met het vrij verkeer van diensten als de lidstaat van *vestiging* van de dienstverlener zijn arbeidsrecht dwingend oplegt aan de dienstverlener.

terug te voeren op daadwerkelijke verschillen in omstandigheden en het totaalpakket aan arbeidsvoorwaarden niet ongunstiger is.²⁷⁴

Variant III: Een in Nederland gevestigde transportondernemer heeft een Poolse chauffeur in dienst. De chauffeur verricht internationaal vervoer en rijdt op een in Nederland afgegeven Eurovergunning.

Zie voorbeeld 1

Variant IV. Een in Nederland gevestigde transportondernemer werkt met een Poolse uitzendkracht in dienst van een Poolse uitzendorganisatie. De uitzendkracht verricht binnenlands vervoer in Nederland en rijdt op een Nederlandse vergunning en met Nederlands kenteken.

Dit voorbeeld behandelen we in aansluiting op voorbeeld 5.

Variant V. Collegiale inleen: Een Nederlands bedrijf maakt gebruik van het personeel van een Oost-Europees transportbedrijf dat al dan niet gelieerd is aan de Nederlandse onderneming.

In dit geval is sprake van een buitenlands bedrijf dat voor bepaalde tijd werknemers detacheert bij de Nederlandse transportonderneming. Als de terbeschikkinggestelde chauffeur gewoonlijk in of vanuit een andere lidstaat werkt, is het recht van die lidstaat van toepassing op zijn arbeidsverhouding. Dit blijft ook zo tijdens de detachering naar het Nederlandse bedrijf – zelfs als dit gepaard gaat met een tijdelijke wijziging van de standplaats. Als desondanks Nederlands recht of een Nederlandse cao van toepassing wordt geacht op de arbeidsverhouding van deze chauffeur, levert dit een dubbele belasting op – een en dezelfde arbeidsverhouding moet zich dan zowel naar Pools als naar Nederlands recht richten. Dit moet worden getoetst aan art. 7 EVO en het vrij verkeer. De strengste toets geldt op dit moment terzake van het vrij verkeer.

Een buitenlands bedrijf dat zich in Polen vestigt, maakt gebruik van de vestigingsvrijheid uit het EG-verdrag. Het is volgens het Hof van Justitie onderdeel van deze vestigingsvrijheid dat de werkgever, door zich elders te vestigen, gebruik kan maken van verschillen in arbeidsvoorwaarden tussen de lidstaten. Het Poolse bedrijf dient zich voor de arbeidsvoorwaarden primair te richten naar Pools recht. Als Nederland probeert zijn arbeidsrecht mede uit te strekken tot buitenlandse vestigingen van Nederlandse ondernemingen, belemmert Nederland de vestigingsvrijheid. Hetzelfde geldt ook voor de sociale partners. Nederland c.q. de sociale partners zullen hiervoor een rechtvaardiging moeten kunnen aandragen.

Deze kan gedeeltelijk worden gevonden in de verantwoordelijkheid van de lidstaat die de vergunning verleent voor de veiligheid en kwaliteit van het wegtransport. Ook is de vergunningverlener verantwoordelijk voor (een zekere mate van) controle op

²⁷⁴ Vergelijk de regeling die getroffen is in art. 35 ABU-cao 2004-2009 voor in Nederland werkzame buitenlandse werknemers die niet permanent in Nederland woonachtig zijn. Zie: <http://www.abu.nl/assets/abu/publicatiesenbestellingen/downloads/CAO%20Uitzendkrachten%202006.pdf>.

arbeidsvoorwaarden. Hierdoor is altijd een zekere bemoeienis mogelijk met chauffeurs die transport verrichten onder Nederlandse vergunning. Verder hangt het af van de precieze omstandigheden van de detachering in hoeverre ook andere bepalingen van de cao van toepassing mogen worden verklaard. Voor een onzelfstandige vestiging die uitsluitend vergunningplichtig vervoer onder Nederlandse vergunning verricht, valt te verdedigen dat alle internationale chauffeurs onder de Nederlandse cao worden gebracht. In een minder vergaande analyse valt de terbeschikkingstelling van de chauffeurs door de Poolse dochter aan de Nederlandse moeder onder (de detacheringsregeling binnen) het vrij verkeer van diensten. In dat geval geldt wat hieronder wordt beschreven ten aanzien van inleen bij derden.

Als de buitenlandse vestiging die de chauffeur uitleent eigen rechtspersoonlijkheid heeft, een eigen vervoersvergunning heeft of zelfstandige economische activiteiten ontplooit is volledige toepassing van de Nederlandse cao ons inziens niet toegestaan. Wel betogen wij dat op deze situatie de Detacheringsrichtlijn analoog mag worden toegepast. Dit betekent dat de Nederlandse avv-cao gedurende de detachering naar het Nederlandse bedrijf van toepassing mag worden verklaard op een beperkt aantal terreinen en uitsluitend voor zover het Poolse recht geen gelijkwaardige bescherming biedt.

De analogie met detachering naar het grondgebied van een andere lidstaat is overigens sterker als een chauffeur tijdelijk *vanuit* Nederland gaat werken, dan wanneer collegiale uitleen betrekking heeft op een vast buitenlands traject. In dat geval is het twijfelachtig of louter op basis van de vervoersvergunning deelttoepassing van de Nederlandse cao kan worden gerechtvaardigd.

Overigens moet er in alle gevallen rekening mee worden gehouden dat de Detacheringsrichtlijn (zeer waarschijnlijk) mede betrekking heeft op cabotage. Bij cabotagetransport heeft de lidstaat waarbinnen de cabotage plaatsvindt, het recht om delen van het nationale arbeidsrecht op de cabotage van toepassing te verklaren. Frankrijk heeft dit inmiddels ook gedaan. Nederland kent op dit punt geen regeling. Zie hieronder.

Variant IV. Een in Nederland gevestigde transportondernemer werkt met een Poolse uitzendkracht in dienst van een Poolse uitzendorganisatie. De uitzendkracht verricht binnenlands vervoer in Nederland en rijdt op een Nederlandse vergunning en met Nederlands kenteken

Voor Poolse uitzendkrachten geldt in hoge mate hetzelfde als voor de inleen bij een zelfstandige dochteronderneming. Ook in dit geval bepleiten wij (analoge) toepassing van de Detacheringsrichtlijn. Voor zover de Poolse chauffeur zijn werkzaamheden binnen Nederland verricht is ons inziens de Detacheringsrichtlijn direct van toepassing –zie hieronder situatie A. Als de chauffeur wordt ingezet op het internationale transport geldt dit niet, maar kan ons inziens de richtlijn analoog worden toegepast. – zie hieronder situatie B. In beide gevallen betekent dit dat de cao-bepalingen die betrekking hebben op de in de richtlijn genoemde onderwerpen (loon, betaalde vakantie, gelijke behandeling etc) op de Poolse uitzendkracht van toepassing kunnen worden verklaard. Daarnaast biedt de Detacheringsrichtlijn de mogelijkheid om verdergaande regelingen op te stellen voor uitzendkrachten (artikel 3 lid 9). Op

deze basis zou een hogere mate van gelijkwaardigheid van arbeidsvoorwaarden kunnen worden bereikt. Voorwaarde is dan wel dat voor Nederlandse uitzendbureaus dezelfde eisen gelden als voor de buitenlandse uitzendbureaus.²⁷⁵ Tenslotte dient in dit geval rekening te worden gehouden met de recent aangenomen richtlijn inzake uitzendkrachten.

Situatie A – inzet van de Poolse uitzendkracht uitsluitend binnen Nederland.

Als wordt uitgegaan van de toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn op transportwerkzaamheden *binnen* Nederland, is Nederland verplicht de door de richtlijn geboden minimumbescherming ook daadwerkelijk te bieden aan de naar Nederland gedetacheerde uitzendkrachten. In art. 2 lid 6 AVV is opgenomen dat verbindend verklaarde cao-bepalingen inzake de daar vermelde onderwerpen (o.a. het minimum loon) als minimum van toepassing zijn ten aanzien van werknemers die tijdelijk in Nederland arbeid verrichten terwijl hun arbeidsovereenkomst wordt beheerst door buitenlands recht. Deze bepaling maakt geen uitzondering voor het wegtransport en stelt ook niet als eis dat gewoonlijk in een ander land gewerkt wordt.²⁷⁶ Derhalve valt de naar Nederland gedetacheerde uitzendkracht onder de daar geboden bescherming. Op grond van de werkingssfeerbepaling in de cao zelf is deze echter niet van toepassing op buitenlandse uitzendkrachten, ook niet partieel. De huidige cao-regeling sluit dus niet aan op de Wet AVV, die op haar beurt weer niet geheel aansluit bij de Detacheringsrichtlijn.²⁷⁷ Het verdient aanbeveling de TLN- en KNV-cao's op dit punt aan te passen, waarbij ook eventueel voorzien kan worden in een uitzondering van de toepassing van de cao op grond van de in de richtlijn opgenomen uitzondering voor kortdurende werkzaamheden en werkzaamheden van geringe omvang.²⁷⁸

Situatie B – inzet van de Poolse uitzendkracht in het internationale transport

Als de Poolse uitzendkracht wordt ingezet in het internationale transport, is de Detacheringsrichtlijn niet rechtstreeks van toepassing. Dan geldt er dus geen verplichting om de cao ook op deze werknemer toe te passen. Wel is het ons inziens op grond van analoge toepassing van de richtlijn toegestaan, om de cao-bepalingen inzake minimumloon en minimum vakantie, arbo-regelingen, non-discriminatie en bescherming van jongeren, zwangeren en pas bevallen vrouwen mede van toepassing te verklaren op buitenlandse uitzendkrachten. Hetzelfde geldt, voor zover relevant, voor de regels inzake werk- en rusttijden en nadere beperkingen ten aanzien van uitzendkrachten.

Variant VI: Charters vanuit Oost-Europa worden ingeschakeld door Nederlandse transportondernemingen om werk uit te voeren. Deze buitenlandse bedrijven kunnen zelfstandig zijn, maar ook zijn opgericht door Nederlandse

²⁷⁵ Overigens heeft de Nederlandse wetgever bij de omzetting van de Detacheringsrichtlijn in de Waga niet aangegeven dat zij van art. 3 lid 9 gebruik heeft willen maken. Zie Houwerzijl, diss. 2005, p. 256. Zie tevens European Parliament legislative resolution of 22 October 2008 on the Council common position for adopting a directive of the European Parliament and of the Council on temporary agency work (10599/2/2008 – C6-0327/2008 – 2002/0072(COD) T6-0507/2008).

²⁷⁶ Deze eis kan toepassing ervan op internationale chauffeurs in de weg staan, zie hierboven.

²⁷⁷ Zie over dit laatste punt Houwerzijl, diss. 2005, p. 307 en Bloemarts, a.w. SR 2004, p. 185-195.

²⁷⁸ Zie (kritisch) over de wijze waarop Nederland het door sociale partners toe te passen art. 3 lid 4 van de Detacheringsrichtlijn heeft geïmplementeerd Houwerzijl, diss. 2005, p. 311 en Van Hoek, diss. 2000, p. 516.

transportbedrijven, speciaal met het doel om het buitenlandse bedrijf in te huren als charter voor hun Nederlandse werk.

We gaan er vanuit dat in dit geval sprake is van een in het buitenland gevestigde rechtspersoon met een eigen transportvergunning, eigen auto's en eigen chauffeurs. Deze rechtspersoon voert transportdiensten uit ten bate van een Nederlands transportbedrijf in onderaanneming. Deze transportdiensten zullen waarschijnlijk over het algemeen een internationaal karakter hebben. Voor zover de transportdiensten binnen Nederland worden verricht, is hierop namelijk de cabotageregeling van toepassing.

We hebben onderzocht of we bij internationaal transport, net als bij de voorbeelden IV en V een parallel met de Detacheringsrichtlijn zouden kunnen trekken waardoor in elk geval een kern van de cao-bepalingen toegepast kan worden. In het geval van chartering komen we dan uit bij artikel 1 lid 3 sub a van de Detacheringsrichtlijn. Hierbij gaat het om een situatie waarbij een onderneming een werknemer voor zijn rekening en *onder zijn leiding* ter beschikking stelt op het grondgebied van een lidstaat, in het kader van een overeenkomst tot het verrichten van diensten tussen de zendende onderneming en een in de ontvangende lidstaat gevestigde of werkzame dienstontvanger. Anders dan in de situaties van artikel 1 lid 3 sub b en c blijft de werknemer in dit geval werken onder leiding van de grensoverschrijdende dienstverlener (in bouwjargon noemt men dit wel: werken over de grens met eigen personeel). Er is dus sprake van aanneming van werk in plaats van uitleen of uitzending. Bij aanneming van een transportdienst stuiten we dan wel weer op het feit dat er geen sprake is van een 'gewoonlijk werkland' (maar een land van waaruit de chauffeur opereert kan met het gewoonlijk werkland gelijkgesteld worden), noch van een situatie waarbij de chauffeur tijdelijk ter beschikking wordt gesteld 'op het grondgebied' van een andere lidstaat. Over dit laatste vereiste in de Detacheringsrichtlijn kunnen we bij charters minder goed heen stappen dan bij inleensituaties omdat de buitenlandse onderaannemer de in te zetten chauffeurs voor de aangenomen transportdienst niet tijdelijk *vanuit* Nederland zal laten werken als de dienst niet op Nederlands grondgebied plaatsvindt. Dit betekent dat de analogie met de Detacheringsrichtlijn in dit geval te theoretisch is en daarom niet kan worden verdedigd.

In hoofdstuk 4 bleek al dat het zeer onwaarschijnlijk is dat de arbeidsovereenkomsten van de betreffende chauffeurs van de buitenlandse transporteur worden beheerst door Nederlands recht. De vraag rijst dan of desondanks toepassing van de Nederlandse cao dwingend mag worden opgelegd aan de buitenlandse onderaannemer. Art. 73 van de TLN-cao en art. 44 van de KNV-cao schrijven een dergelijke toepassing voor ten aanzien van zelfstandige ondernemers die als werkgever in de zin van de cao optreden, in de vorm van een contractsvoorwaarde bij onderaanneming.²⁷⁹ Werkgever in de zin van de transport-cao's is degene wiens onderneming valt onder de werkingssfeer. Aangezien de werkingssfeer van de cao's is beperkt tot in Nederland gevestigde ondernemingen, strekt het kettingbeding in de charterbepalingen zich niet uit tot in het buitenland gevestigde

²⁷⁹ Dit lijkt op een sociale clausule zoals aan de orde was in de zaak Rueffert, zij het dat het in deze zaak ging om de overheid (Duitse deelstaat) die toepassing van de lokale arbeidsvoorwaarden vastgelegd in de regionale en federale cao's voorschreef voor *alle* (dus ook buitenlandse) bij de bouw betrokken aannemers als voorwaarde om voor gunning van een overheidscontract in aanmerking te komen.

ondernemingen/werkgevers. Uitbreiding van de charterbepaling tot buitenlandse onderaannemers lijkt ons lastig te verdedigen. De charterbepalingen van de cao's zouden dan bij toetsing aan de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten in beginsel een belemmering vormen van het vrij verkeer. Of deze belemmering is toegestaan, zal sterk afhangen van de omstandigheden van het geval: is in feite sprake van uitzending van werknemers, dan lijkt een parallel met het hierboven gestelde inzake inleen aan de orde. Is daarentegen sprake van transport met eigen chauffeurs en eigen vrachtauto's, onder eigen buitenlandse vergunning, dan lijkt toepassing van de Nederlandse cao-bepalingen uitsluitend mogelijk terzake van cabotage in Nederland.

Bijlage cao's:

Besluit van de minister van sociale zaken en Werkgelegenheid van 20 december 2006 tot Algemeen verbindendverklaring van bepalingen Van de collectieve arbeidsovereenkomst voor de Waterbouw

UAW nr. 10612 Bijvoegsel Stcrt. d.d. 22-12-2006, nr. 250

Artikel 3

Werkingsfeer

1. Naar de aard van het werk

Ondernemingen, die baggermaterieel exploiteren en/of bagger- en bijkomende werken aannemen of uitvoeren en/of

2. Naar de plaats van het werk

De bepalingen van deze overeenkomst zijn **slechts** van toepassing op ondernemingen en werknemers **voor zover** zij betrokken zijn bij de in lid 1 genoemde werkzaamheden, wanneer deze worden uitgevoerd **binnen Nederland en het gedeelte van het continentale plat waarover Nederland soevereine rechten heeft.**

Besluit van de minister van sociale zaken en Werkgelegenheid van 17 oktober 2007 tot algemeen Verbindendverklaring van bepalingen van de Collectieve arbeidsovereenkomst voor het Verzekeringsbedrijf binnendienst

UAW nr. 10703 Bijvoegsel Stcrt. d.d. 19-10-2007, nr. 203

Werkgever

a. Iedere werkgever in het verzekeringsbedrijf

1. die middels **een zetel en/of bijkantoor in Nederland** zijn bedrijf maakt van het voor eigen rekening en op eigen naam aangaan en afwikkelen van verzekeringsovereenkomsten en

2. die **in Nederland werknemers in dienst** heeft zulks met uitzondering

Van ...

Werknemer

Diegene die in dienst van de werkgever **arbeid verricht** in de binnendienst van het verzekeringsbedrijf **in Nederland**, hetgeen uit de arbeidsovereenkomst moet blijken

Besluit van de minister van sociale zaken en Werkgelegenheid van 25 september 2003 tot Algemeen verbindendverklaring van bepalingen Van de collectieve arbeidsovereenkomst voor het Bouwbedrijf

AI nr. 9992 Bijvoegsel Stcrt. d.d. 29-9-2003, nr. 187

Artikel 1 Definities

3. Onder „werkgever” wordt verstaan elke natuurlijke of rechtspersoon die **in Nederland arbeid doet verrichten** als bedoeld in artikel 2, alsmede samenwerkingsverbanden, scholings- en werkervaringsverbanden

5. Onder „werknemer” wordt verstaan hij/zij die bij een werkgever als bedoeld onder lid 3 van dit artikel **in Nederland werkzaam** is:

a. ingevolge een arbeidsovereenkomst;

b. ingevolge een overeenkomst tot aanneming van werk, tenzij hij/zij zelf ondernemer is;

c. als hulp van de aannemer van werk onder b. bedoeld

..

Artikel 1a

Buitenlandse werknemers

a. In overeenstemming met het bepaalde in artikel 1 lid 5 en met de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid zijn verbindend verklaarde bepalingen van deze CAO ten aanzien van

- a. maximale werktijden en minimale rusttijden;
- b. minimum aantal vakantiedagen, gedurende welke de verplichting van de werkgever om loon te betalen bestaat;
- c. minimumlonen, daaronder begrepen vergoedingen voor overwerk, en daaronder niet begrepen aanvullende bedrijfspensioenregelingen;
- d. voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers;
- e. gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk;
- f. beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden enomstandigheden van zwangere of pas bevallen vrouwen, kinderen en jongeren;
- g. gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie

ook van toepassing op de ter beschikking gestelde werknemer, die tijdelijk in Nederland arbeid verricht en wiens arbeidsovereenkomst wordt beheerst door een ander recht van de EU dan het Nederlandse recht (zie ook bijlage 6). Onder ter beschikking gestelde werknemer wordt in dit verband verstaan iedere werknemer die gedurende een bepaalde periode werkt in Nederland, dat niet de EU-lidstaat is waar die werknemer gewoonlijk werkt.

b. Op degene die tijdelijk in Nederland arbeid verricht en wiens arbeidsovereenkomst wordt beheerst door een ander recht dan van een van de lidstaten van de EU geldt dat de CAO voor het Bouwbedrijf integraal van toepassing is.

...

Artikel 1b

Werken in het buitenland

In afwijking van artikel 1 lid 5 kan de CAO op basis van vrijwilligheid van toepassing blijven gedurende de periode dat werkzaamheden van tijdelijke aard in het buitenland plaatsvinden. Voorwaarde is dat de Nederlandse sociale verzekeringswetten van toepassing zijn gebleven. Met uitzondering van de bepalingen van het Risicofonds blijven alle overige CAO-bepalingen van kracht.

...

Artikel 1c

Werken in België

In afwijking van artikel 1 lid 5 zijn de bepalingen van deze CAO van toepassing op in Nederland gevestigde werknemers die in dienst van een Nederlandse werkgever tijdelijk in België werken. Voor zover een algemeen verbindend verklaarde CAO of wet van toepassing is in België, geldt deze hierbij als minimum. Nederlandse werknemers die in België werkzaam zijn ontvangen een toeslag van 9% boven het laagste garantieloon. De werkzaamheden worden als tijdelijk beschouwd zolang de Nederlandse sociale verzekeringswetgeving van toepassing is.

Besluit van de minister van sociale zaken en Werkgelegenheid van 12 augustus 2005 tot Algemeen verbindendverklaring van bepalingen Van de collectieve arbeidsovereenkomst voor het Isolatiebedrijf Uaw nr. 10358 Bijvoegsel stcrt. D.d. 16-08-2005, nr. 157

Werkgever: Onder werkgever in deze overeenkomst wordt verstaan **de in Nederland wonende natuurlijke persoon of de in Nederland gevestigde rechtspersoon,**

dan wel de maatschap, de vennootschap onder firma of de commanditaire vennootschap gevormd door twee of meer zodanige natuurlijke en/of rechtspersonen gezamenlijk, alsmede de in het Rijk in Europa gevestigde nevenvestiging van een daarbuiten wonende natuurlijke persoon en/of een daarbuiten gevestigde rechtspersoon (al dan niet geconstitueerd naar of vallend onder buitenlands recht), waarvoor op grond van de Handelsregisterwet 1996 een verplichting tot inschrijving in het Handelsregister bestaat.

Besluit van de minister van sociale zaken en Werkgelegenheid van 30 augustus 2004 tot Algemeen verbindendverklaring van bepalingen Van de collectieve arbeidsovereenkomst voor de Confectie-industrie Uaw nr. 10222

Bijvoegsel Stcrt. d.d. 01-09-2004, nr. 167

„Confectie-Industrie’’: in Nederland gevestigde ondernemingen of gedeelten van ondernemingen die op fabrieksmatige wijze kleding en/of textielstukgoederen of hetgeen ter vervanging daarvan dient, zoals: gerubberd doek, plastic, leder, bont en dergelijke, ver- en/of bewerken dan wel doen ver- en/of bewerken tot een ge- of verbruiksvoorwerp dan wel halffabrikaten daarvan, met inbegrip van in Nederland gevestigde ondernemingen of afdelingen daarin, waar in hoofdzaak of uitsluitend gordijnen, vitrages, draperieën e.d. worden vervaardigd, alles met uitzondering van ondernemingen.....:

Besluit van de minister van sociale zaken en Werkgelegenheid van 27 april 2004 tot algemeen Verbindendverklaring van bepalingen van de Collectieve arbeidsovereenkomst voor de Algemene bank Uaw nr. 10153 Bijvoegsel Stcrt. d.d. 03-05-2004, nr. 83

Deel 1 Artikel 1 §1 Begripsomschrijvingen

– werkgever: Instellingen, **ingeschreven** in de afdelingen I.1, II.1 en III.1 van het Kredietregister van De Nederlandsche Bank, met uitzondering van:

- bankinstellingen met een eigen ondernemings-CAO
 - bankinstellingen vallend onder de CAO van de moederinstelling
 - bankinstellingen vallend onder de CAO voor het Verzekeringsbedrijf
- werknemer: degene die in dienst is van een werkgever en zijn **standplaats** in Nederland heeft.

Besluit van de minister van sociale zaken en Werkgelegenheid van 11 april 2007 tot wijziging van Het besluit tot algemeen verbindendverklaring Van bepalingen van de collectieve Arbeidsovereenkomst bedrijfstakeigen regelingen Voor de bouwnijverheid Uaw nr. 10649 Bijvoegsel Stcrt d.d. 13-04-2007, nr. 72

Artikel 5

Werken in het buitenland (bouwplaatswerknemers)

In afwijking van hoofdstuk 4 artikel 1 lid 5 van deze CAO kan de CAO op basis van vrijwilligheid van toepassing blijven gedurende de periode dat werkzaamheden van tijdelijke aard in het buitenland plaatsvinden.

Voorwaarde is dat de Nederlandse sociale verzekeringswetten van toepassing zijn gebleven. Met uitzondering van de bepalingen van het Risicofonds blijven alle overige CAO-bepalingen van kracht.

...

Artikel 6

Werken in België (bouwplaatswerknemers)

In afwijking van hoofdstuk 4 artikel 1 lid 5 van deze CAO zijn de bepalingen van deze CAO van toepassing op in Nederland gevestigde werknemers die in dienst van een Nederlandse werkgever tijdelijk in België werken. Voor zover een algemeen verbindend verklaarde CAO of wet van toepassing is in België, geldt deze hierbij als minimum. Nederlandse werknemers die in België werkzaam zijn ontvangen een toeslag van 9% berekend over het garantieloon A. De werkzaamheden worden als tijdelijk beschouwd zolang de Nederlandse sociale verzekeringswetgeving van toepassing is.

Besluit van de minister van sociale zaken en Werkgelegenheid van 30 november 2006 tot Algemeen verbindendverklaring van bepalingen Van de collectieve arbeidsovereenkomst voor Dagbladjournalisten UAW Nr. 10594 Bijvoegsel Stcrt. d.d. 04-12-2006, nr. 236

Artikel 1.1 Definities 1. Deze overeenkomst verstaat onder:

a. Werkgever: de natuurlijke en rechtspersonen, eigenaren van **in Nederland gevestigde ondernemingen**, waarin het bedrijf wordt uitgeoefend van de uitgave van een dagblad (dagbladonderneming) bij wie de journalist in dienst is;

Werkingssfeer

1. Deze overeenkomst beheerst, behoudens het bepaalde in de leden 5 en 6 van dit artikel, elke arbeidsovereenkomst, welke is of wordt aangegaan tussen een werkgever en een journalist tot het verrichten van journalistieke arbeid in dienstbetrekking ten behoeve van de door de werkgever uitgegeven dagbladen en eventueel tevens van andere door de werkgever uitgegeven periodieken.

...

Artikel 2A.10

Buitenlandse correspondenten

1. De buitenlandse correspondent, die in een volledige dienstbetrekking tot een dagbladonderneming staat, geniet afgezien van een hem eventueel toekomende verblijfstoelage – een salaris dat gebaseerd is op een functie-indeling conform het nieuwe functiegebouw, zoals bedoeld in artikel 2A.1 e.v, en in casu overeenkomt met minimaal het salaris dat behoort bij functieniveaugroep 8. Naast het in de vorige volzin bedoelde salaris kan de buitenlandse correspondent in voorkomende gevallen aanspraak maken op een permanente verblijfstoelage. Het bepaalde in artikel 2A.3, lid c is van overeenkomstige toepassing. De Raad van Uitvoering kan op verzoek van beide partijen, de aard van de te verrichten journalistieke arbeid in aanmerking genomen, toestemming verlenen voor een afwijkende salarisregeling.

2. Indien een buitenlandse correspondent naar Nederland wordt overgeplaatst, zal het salaris in zijn nieuwe functie niet minder bedragen dan het in het eerste lid bedoelde salaris, tenzij bij de uitzending tussen partijen schriftelijk een ander na terugplaatsing te genieten salaris is overeengekomen. Dit salaris zal onderhavig zijn aan de wijzigingen, voortvloeiende uit deze CAO. Bovendien kan een buitenlandse correspondent bij repatriëring aanspraak maken op een vergoeding van de kosten daarvan. Bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd heeft de journalist recht op repatriëring.

3. Wanneer een buitenlandse correspondent na een stationering buiten 's lands van langer dan 3 jaar zal worden overgeplaatst, zal met hem over die overplaatsing, alsmede over de voorwaarden waaronder deze zal geschieden, tijdig overleg worden gepleegd.

**Algemeen verbindendverklaring van bepalingen Van de collectieve arbeidsovereenkomst voor de Handelsvaart tot 9000 GT AI Nr. 9318
Bijvoegsel Stcrt. d.d. 03-02-2000, nr. 24**

Artikel 3

Loon- en arbeidsvoorwaarden

1. Voor werknemers woonachtig in de Filippijnen, Indonesië gelden de loon- en arbeidsvoorwaarden zoals overeengekomen tussen de in het woonland gevestigde, bonafide vakorganisatie en de werkgever. Ingeval van ontstentenis van een bonafide vakorganisatie worden de loon- en arbeidsvoorwaarden rechtstreeks tussen VWH en FWZ overeengekomen. De loon- en arbeidsvoorwaarden moeten tenminste voldoen aan de internationale conventies, aanbevelingen en afspraken. De overige in deze CAO vermelde loonen arbeidsvoorwaarden zijn niet van toepassing op deze categorie van werknemers.
2. Voor de overige werknemers gelden loon- en arbeidsvoorwaarden gelijk omschreven in het van deze collectieve arbeidsovereenkomst onlosmakelijk deel uitmakende gewaarmerkte reglement en stukken

Besluit van de minister van sociale zaken en Werkgelegenheid van 1 februari 2007 tot algemeen Verbindendverklaring van bepalingen van de Collectieve arbeidsovereenkomst afbouw UAW Nr. 10626 Bijvoegsel Stcrt. d.d. 05-02-2007, nr. 25

Artikel 2A

Buitenlandse werknemers

1. a. In overeenstemming met het bepaalde in artikel 2 lid 1-6 en met de Wet Arbeidsvoorwaarden Grensoverschrijdende Arbeid zijn verbindend verklaarde bepalingen van deze CAO ten aanzien van:
 - maximale werktijden en minimale rusttijden;
 - minimum aantal vakantiedagen, gedurende welke de verplichting van de werkgever om loon te betalen bestaat;
 - minimumlonen. daaronder begrepen vergoeding voor overwerk en daaronder niet begrepen aanvullende bedrijfspensioenregelingen;
 - voor waarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, in het bijzonder voor uitzendbedrijven;
 - gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk;
 - beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van zwangere of pas bevallen vrouwen, kinderen en jongeren;
 - gelijke behandeling van mannen en vrouwen alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie;van toepassing op ter beschikking gestelde werknemers, die in het kader van een transnationale dienstverrichting tijdelijk in Nederland werkzaamheden verrichten en waarvan de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door ander recht dan het Nederlandse recht.
- De toepassing van dit artikel zal wijken indien het recht van de lidstaat dat de arbeidsovereenkomst beheerst een gelijkwaardige of betere bescherming biedt aan de werknemer met betrekking tot

genoemde CAO-bepalingen en de additionele gelding van dit artikel de gelijke concurrentiepositie van buitenlandse ondernemingen zou verstoren.

c. In bijlage 15 bij deze CAO worden de van toepassing zijnde bepalingen weergegeven.

DEEL III – HANDHAVING

HOOFDSTUK 6

Handhaving van toepasselijke cao-bepalingen bij grensoverschrijdende arbeid²⁸⁰

6.1 Inleiding

Voorzover Nederlandse cao-bepalingen van toepassing zijn op grensoverschrijdend werkende chauffeurs²⁸¹, is het wel van belang dat deze normen bij de betrokken werkgevers en werknemers bekend zijn en dat de naleving kan worden gecontroleerd en zonodig kan worden afgedwongen. In dit hoofdstuk besteden we daarom aandacht aan de (on)mogelijkheden voor sociale partners om toepasselijke cao-bepalingen te handhaven, mede tegen de achtergrond van het Europese recht.

Na een algemeen overzicht van de problematiek van handhaving van arbeidsvoorwaarden bij grensoverschrijdende arbeid binnen de EU (6.2), gaan we nader in op de rol die sociale partners hierbij (kunnen) spelen. In dit verband komen allereerst de instrumenten aan bod om niet-naleving van de cao te voorkomen (preventie) (6.3). Vervolgens belichten we de controlemogelijkheden (6.4), waarna vervolgens de opties om naleving van de cao af te dwingen (6.5) de revue passeren. Voor de drie onderscheiden fasen van preventie, controle en repressie in het handhavingsproces gaan we zowel in op reeds benutte instrumenten en op eventuele nog onbenutte mogelijkheden.²⁸² Tot slot komen we tot beantwoording van de vraag of sociale partners in het licht van het voorgaande over de juiste en over voldoende instrumenten beschikken om naleving van (een deel van) de vervoerscao's af te dwingen (6.6).

6.2 Handhaving van arbeidsvoorwaarden bij grensoverschrijdende arbeid

6.2.1 Drie niveaus van handhaving in het arbeidsrecht

Bij handhaving van arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden kunnen drie niveaus betrokken zijn: de individuele werknemer zelf, de sociale partners en de overheid. Malmberg c.s. onderscheiden in dit verband voor de handhaving van het individuele en collectieve arbeidsrecht (1) een 'industrial relation strategy', met een hoofdrol voor onderhandelingen en acties door de sociale partners); (2) een 'state-oriented strategy', met een hoofdrol voor wetgevende, uitvoerende en controlerende instanties van de staat

²⁸⁰ Met dank aan M. Baltussen, docent bij de vaksectie sociaal recht van de RU voor haar medewerking aan dit hoofdstuk.

²⁸¹ Zie hoofdstuk 5. (De cao kan van toepassing zijn krachtens lidmaatschap, krachtens avv, krachtens de detacheringsrichtlijn (art. 2 lid 6 wet avv), krachtens voorrangregels zoals art. 8 Waadi en art. 8 Wav (cao toepassen als voorwaarde voor twv)

²⁸² Deze indeling in fasen is geïnspireerd door de indeling die wordt gehanteerd in de Integrale Rapportage Handhaving 2006 van het Ministerie van SZW. De 'handhavingsketen' op SZW-terrein bestaat uit vier schakels: preventie, controle, opsporing en afdoening (zie p. 6 e.v., hfd. 2 rapport).

en (3) een ‘judicial strategy’, met een hoofdrol voor de interpretatie en de toepassing van het arbeidsrecht door rechters in zaken die zijn aangebracht door individuele dan wel collectieven van werkgevers en werknemers.²⁸³

Idealiter dienen alle in het kader van deze drie strategieën ontwikkelde nationale methoden en technieken ook gebruikt te kunnen worden om een adequaat niveau van handhaving te bereiken voor de grensoverschrijdende werknemer binnen de EU. In het Europese recht is echter alleen de ‘judicial strategy’, in de zin van de toegang van private partijen tot de rechter goed ontwikkeld.²⁸⁴ Net als hun binnenlands blijvende collega’s maken grensoverschrijdende werknemers hiervan niet snel gebruik, bang als zij vaak zijn om hun baan te verliezen.²⁸⁵ Minder dan hun lokale collega’s kennen zij bovendien hun rechten. Bovendien hebben ze dikwijls ook minder belangstelling voor deze rechten, zeker als zij bij onderbetaling nog altijd meer verdienen dan in of volgens de normen van het eigen land.²⁸⁶ Door deze ‘tevreden houding’ qua loon en de bereidheid om hard en lang door te werken liggen de werknemers uit de nieuwe MOE-lidstaten in Nederland (en in andere oude lidstaten) goed in de markt.²⁸⁷ De keerzijde kan misbruik zijn in de vorm van onderbetaling en/of uitbuiting.²⁸⁸ Door de toegenomen mobiliteit van (ook) ‘goedkope arbeid’, betreft het hier steeds minder een geïsoleerd fenomeen dat nationale arbeidsmarkten nauwelijks raakt. Niet alleen in een sector als het wegtransport, ook in de bouw, de land- en tuinbouw, de vlees- en visverwerkende industrie, de horeca en de uitzendsector worden de concurrentieverhoudingen behoorlijk beïnvloed door het (deels

²⁸³ J. Malmberg (Ed.), *Effective Enforcement of EC Labour Law*, The Hague, Kluwer Law International 2003, p. 59-65.

²⁸⁴ Geregeld in Vo. 44/2001 art 19 en in art. 6 van de Detacheringsrichtlijn.

²⁸⁵ Zie in dit verband bijv. C.J. Loonstra, Toezicht op en handhaving van arbeidsrechtelijke normen: de bestuurlijke boete, in: Klosse e.a., *Had Geers het geweten*, 2005, p. 92; Jaspers, ‘Zetten we de tanden in de handhaving van...’, in Goldschmidt, Heringa e.a., *De zijkant van het gelijk*, 1990, p. 137-156.

²⁸⁶ Zie Tweede Kamer 2005-2006, 29 407, nr. 32, p. 3. Dit is overigens niets nieuws: in de jaren ’80 werd door undercover-journalisten als Günther Wallraff in Duitsland en in Nederland Stella Braam reeds de zwakke positie van illegale buitenlandse werknemers belicht. Zie tevens de oratie van A.T.J.M. Jacobs, *Ali en het arbeidsrecht*, Tilburg 1986.

²⁸⁷ Uit de werkgeversenquête die Regioplan heeft gehouden in het kader van een recent onderzoek naar de effecten van het zogeheten flankerend beleid, blijkt voorts dat veel werkgevers ingenomen zijn met de komst van MOE-landers, omdat door de krapte op de arbeidsmarkt niet alle vacatures met binnenlands aanbod kunnen worden vervuld. Van de geïnterviewde werkgevers uit zeven risicosectoren geeft 35 procent aan dat de MOE-landers nodig zijn voor het voortbestaan van de branche (en de bedrijven). Dit komt doordat werknemers van de Nederlandse arbeidsmarkt minder geneigd zijn dit soort werk (lagere uitvoerende functies met een lage beloning) te doen. Zie Regioplan-rapport 2008, deel 2, p. 7.

²⁸⁸ Al hebben sommige werkgevers de indruk dat dit arbeidsethos snel afkalft als ‘Polen eenmaal alle ins en outs weten van ons sociale stelsel.’ Dan gedragen ze zich ‘niet anders dan Turkse, Marokkaanse of Nederlandse werknemers.’ Zie ‘Grenzen aan de motivatie van Oost-Europeanen’, FD 12 juni 2006, p. 3. Voor berichten over uitbuiting, slechte arbeidsomstandigheden en misbruik van veelal Poolse werknemers door recruiters in Engeland, zie K. Tamas en R. Munz, *Labour Migrants unbound? EU Enlargement, Transitional Measures and Labour Market Effects*, Stockholm 2006: Institute for Futures Studies, over soortgelijke problemen in Ierland zie tevens European Policy Center, *In whose interests? Labour migration from the new Member States. Events report 3 July 2006*; ‘Poolse arbeiders [die] werkten als slaven in Zuid-Italië’, NRC 19 juli 2006, waarin zelfs over mensenhandel werd gesproken. Voor Nederland bijvoorbeeld ‘Poolse slapluikers pikken veel, maar niet alles’ *Volkskrant*, 30 juni 2005,

semi-legale en illegale) aanbod van Poolse en andere uit MOE-lidstaten (gedetacheerde) afkomstige werknemers en (schijn)zelfstandigen.²⁸⁹

Gelet op bovenstaande is de preventieve en repressieve betrokkenheid van overheidsinstanties als de arbeidsinspectie, maar ook van de sociale partners onmisbaar om legale tewerkstelling af te dwingen en te voorzien in een adequaat niveau van informatievoorziening over en handhaving van de arbeidsvoorwaarden en – omstandigheden van grensoverschrijdende werknemers. Het Europese recht laat het over aan het nationale recht om hier ‘tanden’ aan te geven. Wel worden op Europees niveau initiatieven ondernomen om de handhaving cq. de handhaafbaarheid van Europese richtlijnen en verordeningen te verbeteren maar het wachten is nog op nadere concretisering van deze oproepen en wetsvoorstellen.²⁹⁰

6.2.2 Europese eisen aan nationale handhaving van gemeenschapsrecht

De vrijheid van lidstaten een passende sanctie te kiezen wordt slechts begrensd indien het gaat om sanctionering van nationale regelgeving die EG-richtlijnen implementeert en/of om verordeningen die zelf bepaalde sancties voorschrijven. Tevens kan uit rechtspraak van het Hof een specifieke sanctie voortvloeien.²⁹¹ Het Europese recht stelt voorts een aantal algemene voorwaarden aan nationale sancties op overtredingen van bepalingen van gemeenschapsrecht. Zo volgt uit art. 249 lid 3 van het Gemeenschapsverdrag (EG) dat het lidstaten in beginsel vrij staat de vorm en methode te kiezen voor de implementatie van richtlijnen, dit geldt ook voor sancties in het nationale recht. Bovendien is van belang dat op nationale rechters de verplichting rust de wetgeving die uitvoering geeft aan de verplichtingen van een richtlijn steeds conform de eisen van het gemeenschapsrecht moeten worden uitgelegd. Dit geldt ook voor sanctiebepalingen.²⁹² Dan is er het beginsel van gemeenschapstrouw, neergelegd in art. 10 EG. Deze bepaling behelst de verplichting

²⁸⁹ Zie o.a. Regioplanrapport deel 1 (nov 2007, p 17, 27, 43 en 50), Kamerstukken II 2007/2008, 29 407, nr. 75, en deel 2, De Europese grenzen verlegd, juni 2008 ** en Tweede kamer, 2005-2006, 29 407, nr. 32, p. 3 en bijlage over Ecorys-rapport over geconstateerde verdringing. ** Zie p 17 (electronische versie p 27) van regioplanrapport nov 2007:

<http://www.regioplan.nl/gfx/content/1626%20Eindrapport%2013%20november%202007.pdf>. Van de ruim 90.000 werkzame chauffeurs is naar schatting 1500-2000 afkomstig uit MOE-landen. Van de 12.000 bedrijven zijn er zo'n 9000 internationaal georiënteerd. Ongeveer 200 van deze bedrijven zijn ook in Polen, Tsjechië en Hongarije gevestigd (p. 43/44). Onder voorbeelden uit interviews over ‘Arbeidsrelaties volgens de letter van de wet maar waar een luchtje aanzit’: Poolse trekkers die met Nederlandse oplegger rijden. Hierdoor valt de combinatie onder de Poolse en niet onder de Nederlandse wetgeving (p. 48).

²⁹⁰ Zie voor de vervoerssector voorstellen voor verordeningen met aangescherpte regels voor cabotage en reële vestiging die de handhaafbaarheid van de regels ten goede zouden komen, besproken in deel 1 van dit onderzoek; 2007 mededeling en persbericht Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de detachering van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, COM (2006) 159 def., en het onderliggende ‘Commission staff working document, commission’s services report on the implementation of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (SEC (2006) 439).

²⁹¹ Belangrijk is hier dat de door het Europese recht voorgeschreven sancties niet altijd uitputtend zijn, er blijft ruimte voor de lidstaten een andere passende sanctie te vinden mits voldaan wordt aan de hieronder nog te beschrijven beginselen van effectiviteit en gelijkwaardigheid. Zie bijv. Tobler, Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law, European Commission, June 2005, p. 15

²⁹² HvJ EG van 10 april 1984, zaak C-14/83 Von Colson/Kamann, Jur. 1984, blz. 1891, r.o. 18 en r.o. 28.

voor lidstaten tot het nemen van alle maatregelen die de nakoming van gemeenschapsrecht, en zo de effectiviteit van een richtlijn, verzekeren.²⁹³

Naast deze verplichtingen uit het EG verdrag heeft het Hof een aantal specifieke voorwaarden aan sancties ontwikkeld in zijn rechtspraak. Zo moeten lidstaten bij het opstellen van nationale sancties twee beginselen in acht nemen: het beginsel van voldoende effectiviteit/doeltreffendheid en het non-discriminatie/assimilatie- of gelijkwaardigheidsbeginsel.²⁹⁴

Het beginsel van voldoende effectiviteit valt uiteen in drie afzonderlijke vereisten: sancties moeten doeltreffend, afschrikwekkend en evenredig zijn. Het vereiste van doeltreffendheid houdt in dat lidstaten verplicht zijn in hun nationale recht bepalingen op te nemen die voldoende effectief zijn om het doel van de richtlijn te kunnen bereiken; sancties moeten een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming verzekeren. Uit het vereiste van afschrikwekkendheid volgt dat de sanctie een werkelijk ontmoedigend effect op de werkgever moet hebben. Ten slotte volgt uit het vereiste van evenredigheid, dat indien er voor gekozen is de overtreding te bestraffen met een verplichting tot schadevergoeding, de hoogte van de vergoeding in passende verhouding staat tot de geleden schade.²⁹⁵

Het non-discriminatie/gelijkwaardigheidsbeginsel verplicht de lidstaten erop toe te zien dat schendingen van het gemeenschapsrecht volgens gelijke materiële en procedurele regels worden bestraft als soortgelijke en even ernstige schendingen van het nationale recht.²⁹⁶

6.2.3 Welke lidstaat moet handhaven bij grensoverschrijdende arbeid?

De lidstaten hebben dus het voortouw bij de handhaving van arbeidsvoorwaarden, maar dit is ingekaderd door het EG-recht. Voor het antwoord op de vraag welke verantwoordelijkheid bij de handhaving toekomt aan welke lidstaat, moeten we ook weer

²⁹³ Art. 10 EG-Verdrag luidt: De lidstaten treffen alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de invulling van haar taak. Zij onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van dit Verdrag in gevaar kunnen brengen.

²⁹⁴ Ook wel de Rewe/Comet-leer genoemd, naar de eerste twee arresten waarin het Hof deze beginselen formuleerden. HvJ EG 16 december 1976, Rewe, 33/76, Jur. 1976, p. 1989 en HvJ EG 16 december 1976, Comet, 45/76, Jur. 1976, p. 2043. Zie voorts M. Freudenthal en R.H. van Ooik, Optimale handhaving van het Europese recht in het Nederlandse privaatrecht: invloed op regels van procesrecht en ambtshalve toepassing, in: Hartkamp/Sieburgh/Keus, De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Kluwer, 2007, p. 45-77. Gotthardt, 'Effective sanctions', in Malmberg et al, *Effective Enforcement of EC Labour Law*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 225 e.v.

²⁹⁵ HvJ EG van 10 april 1984, zaak C-14/83 Von Colson/Kamann, Jur. 1984, blz. 1891, r.o. 18 en r.o. 23 en 24.

²⁹⁶ HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, Commissie/Griekenland, Jur. 1989, blz. 2965, r.o. 24. Volgens Tobler kan dit beginsel zelfs verplichten tot strengere nationale sancties dan het gemeenschapsrecht voorschrijft in het geval sancties op overtreding van ander vergelijkbaar nationaal recht zwaarder zijn dan de minimumvoorwaarden die het EU recht daaraan stelt. Tobler, Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law, European Commission, June 2005, p. 17.

te rade bij het EG-recht. Ligt het toezicht op naleving van arbeidsvoorwaarden bij de lidstaat van vestiging of bij de lidsta(a)t(en) waar de activiteiten/diensten uitgevoerd word(t)(en), of misschien bij beiden? In het Europese vervoersrecht is weliswaar de vroegere koppeling tussen vergunningverlening en toepasselijkheid van het nationale arbeidsrecht losgelaten (hetgeen ook strookt met het EVO en de vestigingsvrijheid in de EU),²⁹⁷ maar tegelijkertijd is vastgehouden aan het uitgangspunt dat het land dat de vergunning verstrekt, toezicht houdt op de arbeidsvoorwaarden van de chauffeurs. Immers, het systematische overtreden van sociale voorschriften is reden voor intrekking van de vervoersvergunning.²⁹⁸ Het Europese en nationale vervoersrecht is dus nog sterk geënt op controle op arbeidsvoorwaarden door de lidstaat die de vervoersvergunning verstrekt. Zoals wij reeds betoogden in hoofdstuk 5, heeft Nederland als vergunningverlenende lidstaat dus in elk geval een belang bij de controle van de toegepaste arbeidsvoorwaarden.²⁹⁹ Wij gaan er in het navolgende dan ook vanuit dat de cao-bepalingen inzake controle op arbeidsvoorwaarden, van toepassing zijn op alle vervoer onder Nederlandse vergunning.

Als het gaat om cabotage-vervoer of om tewerkstellingsmodaliteiten waarvoor wij in hoofdstuk 5 verdedigd hebben dat de Detacheringsrichtlijn hierop analoog zou moeten worden toegepast, zijn voorts nog specifieke informatie- en handhabingsbepalingen ten aanzien van grensoverschrijdende detachering van belang, neergelegd in de artikelen 4, 5 en 6 van de Detacheringsrichtlijn. Artikel 5 van de Detacheringsrichtlijn laat de naleving van de richtlijnbevestigingen over aan de lidstaten. Zoals boven beschreven, beschikken de lidstaten hierbij over een ruime beoordelingsmarge om de vorm en de regels van passende procedures terzake vast te stellen. Wel dienen zij bij de uitoefening hiervan altijd binnen de kaders van het EG-recht te blijven.³⁰⁰ Dit is bijvoorbeeld getoetst ten aanzien van de Duitse ketenaansprakelijkheidsregeling (zie hieronder). Artikel 4 legt ten aanzien van de *ontvangende* overheid (en cao-partners voorzover het gaat om avv-bepalingen) verplichtingen vast. Voor individuele, *uitzendende* werkgevers (inclusief grensoverschrijdende dienstverrichters) gelden eveneens ‘spontane’ informatieverplichtingen richting hun (gedetacheerde) werknemers, krachtens de zogenoemde Informatierichtlijn (richtlijn 91/533, in Nederland omgezet in artikel 7: 655 BW).³⁰¹ In artikel 6 van de Detacheringsrichtlijn wordt een additionele

²⁹⁷ Voor derdelanders geldt nog wel dat zij dwingend beschermd worden naar de maatstaven van het land dat de transportvergunning en het bestuurdersattest verleent. Zie hfd 1 en 5.

²⁹⁸ Richtlijn 96/26, zie ook deel I.

²⁹⁹ De uitspraak van het Hof Den Bosch, dat Nederlandse transporteurs in ieder geval gebonden zijn aan de controlebepalingen van de Nederlandse avv-cao, sluit hierop aan. Daarnaast heeft Nederland als vergunningverlenende lidstaat belang bij het beschermen van de (goede naam) van het Nederlandse bedrijfsleven.

³⁰⁰ Drie jaar geleden woedde een fel debat over de handhaving van de Detacheringsrichtlijn in het kader van het oorspronkelijke voorstel voor de Dienstenrichtlijn. In de jurisprudentie van het Hof draait het hoofdzakelijk om de mate waarin opgelegde administratieve verplichtingen door de lidstaat van ontvangst aan grensoverschrijdende dienstverrichters kunnen worden aangemerkt als noodzakelijk, effectief en proportioneel of juist als ongerechtvaardigd en belastend (‘red tape’). Zie voor een overzicht M.S. Houwerzijl, Administratieve verplichtingen bij grensoverschrijdende detachering van werknemers: noodzaak of ‘red tape’?, SMA 2007/10.

³⁰¹ Art. 4, 5, 6 richtlijn 96/71/EG (Detacheringsrichtlijn) en art. 4 richtlijn 91/533/EEG. Het is mogelijk en wellicht raadzaam de informatieplicht van art. 7: 655 ook in de cao op te nemen.

rechtsbevoegdheid gecreëerd voor de rechter van het tijdelijke werkland. Hieronder komen wij, waar relevant, nader op de aangehaalde handhavingsbepalingen terug.

6.2.4 Recente Nederlandse initiatieven

De handhavingsmethoden- en technieken van nationale overheden en sociale partners zijn traditioneel niet gericht op grensoverschrijdende ‘goedkope arbeid’. De Nederlandse overheid is echter de laatste jaren druk bezig hier verandering in te brengen en ook de STAR heeft een duit in het zakje gedaan.³⁰² Met het oog op een doeltreffende handhaving van de bij grensoverschrijdende arbeid geldende arbeidsvoorwaardelijke voorschriften hebben het Ministerie van SZW (hierna SZW) en de sociale partners, vertegenwoordigd in de Stichting van de Arbeid, een aantal afspraken tot samenwerking gemaakt en deze op 31 januari 2007 bezegeld in een convenant.³⁰³ In navolging van SZW wordt dit convenant in dit hoofdstuk verder aangeduid als het ‘Samenwerkingskader’.³⁰⁴ Dit samenwerkingskader maakt onderdeel uit van het flankerend beleid bij de invoering van het vrij verkeer van werknemers uit de Midden- en Oost-Europese lidstaten van de Europese Unie per 1 mei 2007 en is onlangs positief geëvalueerd als een stap voorwaarts met een tripartiete inzet op de naleving van *wettelijke* bepalingen (cursivering AAH/MH).³⁰⁵ De samenwerking richt zich op de wet- en regelgeving op het terrein van arbeid en huisvesting van werknemers waarbij het risico op ontduiking ervan bestaat bij grensoverschrijdende arbeid. Een risico op niet-naleving bestaat bijvoorbeeld als er voor de werkgever een financieel voordeel te behalen is bij niet-naleving alsmede ingeval de werkgever en/of de werknemer onvoldoende op de hoogte zijn van de wettelijke en bovenwettelijke normen of onvoldoende belang hebben om de naleving van deze normen af te dwingen. Het Samenwerkingskader richt zich op vijf deelterreinen: 1 handhaving

³⁰² Dit nieuwe beleid was vanaf ca. 2003 in eerste instantie geheel gericht op het tegengaan van illegale tewerkstelling. Sinds begin 2006 mag echter ook een betere handhaving van arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden zich in de beleidsaandacht verheugen. ‘Flankerend beleid’ op dit vlak en op het vlak van huisvesting vormden zelfs voorwaarde om het overgangsregime voor het vrije werknemersverkeer voor de 10 nieuwe lidstaten uit 2004 volledig op te heffen. Zie voor een overzicht Regioplan, november 2007 en 2008; Van Hoek en Houwerzijl, *De Europese werknemer en het Nederlandse arbeidsrecht*, SMA 2006/10, p. 432-453.

³⁰³ StAR, Kader voor samenwerking tussen het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de sociale partners ten behoeve van de handhaving van regelingen bij grensoverschrijdende arbeid, Publicatienr. 3/07, Den Haag, 31 januari 2007.

³⁰⁴ De StAR duidt dit convenant aan als het ‘tripartiete handhavingskader’. Zie brief StAR, Flankerend beleid MOE-landen, 1 juli 2008. De Stichting van de Arbeid vraagt hierin de aandacht van de Tweede Kamer voor het flankerend beleid ten aanzien van de werknemers uit de MOE-landen. Dit beleid dient dit najaar zodanig op orde te zijn dat daarna een besluit tot openstelling per 1 januari 2009 kan worden genomen. De Stichting dringt concreet aan op snelle besluitvorming over het door het kabinet overgenomen voorstel van de ABU waarin het werken met niet-gecertificeerde uitzendbureaus leidt tot grote risico’s voor de inlener, dat zij op hoofdlijnen steunt. Om tot een daadwerkelijk sluitende aanpak te komen, is het van belang dat een grotere opsporingscapaciteit onderdeel van de kabinetsinzet uitmaakt. Ook de overheid moet leveren, wil de uitzendbranche in korte tijd daadwerkelijk geschoond worden, aldus de StAR.

³⁰⁵ Evaluatie Kader voor samenwerking tussen het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) en de sociale partners ten behoeve van de handhaving van de arbeidsvoorwaarden bij grensoverschrijdende arbeid, 16 juni 2008, p. 8. Afgesproken is dat een jaarlijkse actualisering van de evaluatie van belang is, evenals tussentijdse bespreking met SZW van de acties van de AI en van de wijze waarop meldingen aan de AI plaatsvinden (zie p. 11).

wettelijke bepalingen; 2 handhaving algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen; 3 informatie ten behoeve van de risicoanalyse; 4 informatie aan werkgevers en werknemers; 5 regelingen bij huisvesting. Voor dit onderzoek wordt hieronder nader ingegaan op inhoud en evaluatie van deelterreinen 2, 3 en 4.³⁰⁶

Voorts heeft de Stichting in juni 2006, voorafgaand aan de openstelling van de grenzen voor werknemers uit de nieuwe toetredende EU-lidstaten van 1 mei 2004, ten behoeve van het decentrale cao-partijen de ‘Aanbeveling inzake de toepassing van arbeidsvoorwaardelijke regels bij grensoverschrijdende arbeid’ (hierna: StAR-Aanbeveling) uitgebracht.³⁰⁷ Hierin beveelt de StAR cao-partijen aan meer werk te maken van handhaving van hun cao bij grensoverschrijdende arbeid. Als handreiking is een handhavingskader opgesteld. Ook dit document komt hieronder inhoudelijk nader aan de orde.

6.3 Voorkomen van niet-naleving van de cao

Voorkomen is beter dan genezen, dat geldt ook ten aanzien van de niet-naleving van cao's. Cao-partijen kunnen aan preventie doen door voorlichting te geven aan de partij die het meest gebaat is bij de naleving (de werknemer) en aan de partij die moet weten wat de cao voorschrijft en hoe de cao-bepalingen correct uitgevoerd moeten worden (de werkgever). Hier gaan we nader op in par. 6.3.1. Behalve van informatie aan direct betrokken partijen bij een door de cao geregeerde arbeidsovereenkomst, kan ook van bepaalde andere gedragsbeïnvloedende voorschriften in de cao een preventief effect uitgaan. Zo kunnen cao-bepalingen de verantwoordelijkheid voor een goede toepassing van de cao uitbreiden tot andere (financieel sterkere en/of beter in de branche verankerde) partijen dan de directe werkgever. Een vergaand instrument in deze categorie, specifiek bij onderaanneming/besteding, is ketenaansprakelijkheid.³⁰⁸ Bij ketenaansprakelijkheid in een cao-bepaling wordt de verantwoordelijkheid voor naleving van de cao door een onderaannemer (die werkgever is in de zin van de betreffende cao) mede bij de hoofdaannemer (tevens werkgever in de zin van de betreffende cao) gelegd. Ook een cao-bepaling die bij uitzendarbeid voorschrijft met welk (soort) uitzendbureau een ondernemer (tevens werkgever in de zin van de cao) in zee moet of mag gaan, of een zogeheten vergewisbepaling die voorschrijft dat de hoofdaannemer (tevens werkgever in de zin van de cao) zich er van moet vergewissen dat de onderaannemer op juiste wijze de cao toepast, valt in deze categorie. Preventie door dergelijke gedragsbeïnvloedende cao-bepalingen bespreken we in par. 6.3.2.

³⁰⁶ Overigens wordt op p 10 Evaluatie geconstateerd dat ‘Deze evaluatie [...] alleen betrekking [heeft] op de gemaakte afspraken in het Samenwerkingskader. De controle op de naleving van cao-afspraken blijft een zaak voor cao-partijen en is geen onderwerp van deze evaluatie.’

³⁰⁷ StAR, Aanbeveling inzake de toepassing van arbeidsvoorwaardelijke regels bij grensoverschrijdende arbeid, Publicatienr. 9/06, Den Haag, 14 juni 2006; Stichting van de Arbeid, Kader voor handhaving bij grensoverschrijdende arbeid (StvdA 2007, nr. 3/07). De Stichting van de Arbeid vindt het van belang dat opportune CAO-bepalingen ook daadwerkelijk gelden voor werknemers uit de nieuwe EU-lidstaten die in Nederland komen werken.

³⁰⁸ Een sociale clausule daarentegen is niet gericht op handhaving maar op het beïnvloeden van het niveau van arbeidsvoorwaarden bij onderaanneming (de charterbepaling in de TLN- en KNV-cao's is een sociale clausule).

6.3.1 Preventie door voorlichting

Voorlichting van arbeidsmigranten is van het grootste belang om ervoor te zorgen dat ook deze categorie werknemers enerzijds krijgt waar ze recht op heeft, en zich anderzijds houdt aan de in Nederland geldende regels.³⁰⁹ In deze paragraaf belichten wij regels en jurisprudentie inzake informatieverplichtingen en voorts de praktische uitwerking daarvan in Nederland door SZW en cao-partijen.

Jurisprudentie en regelgeving bij detachering

Het is belangrijk dat buitenlandse dienstverrichters en hun in Nederland gedetacheerde werknemers gemakkelijk kunnen nagaan welke wettelijke en verbindend verklaarde cao-bepalingen voor hen gelden en wat zij precies inhouden. Zo bepaalde het HvJ EG dat de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die de grensoverschrijdende dienstverlener moet naleven wel voldoende nauwkeurig en toegankelijk dienen te zijn. Het moet namelijk voor een buitenlandse werkgever in de praktijk niet onmogelijk of overdreven moeilijk zijn om te weten te komen welke verplichtingen hij moet nakomen.³¹⁰

Voorts bepaalt art. 4 lid 3 Detacheringsrichtlijn dat één of meer bevoegde nationale instanties met het oog op de tenuitvoerlegging van de richtlijn voor algemeen toegankelijke informatie aan de doelgroep van de richtlijn moeten zorgen. In de "Richtsnoeren betreffende de detachering van werknemers met het oog op het verrichten van diensten" (COM(2006) 159 def.) stelt de Commissie voor dat de lidstaten de mogelijkheden van internet benutten en duidelijk aangeven welk gedeelte van hun wetgeving op de gedetacheerde werknemers van toepassing is. Tevens dienen zij deze informatie ook te verstrekken in een of meer andere talen dan die welke in het ontvangende land wordt (worden) gesproken. Ook op de website van de Europese Commissie zelf is informatie te vinden. Deze website is een goede toegangspoort tot alle nationale websites met regelingen en verbindingsbureaus inzake grensoverschrijdend gedetacheerde werknemers.³¹¹

Voor Nederland is het ministerie van SZW de meest aangewezen instantie om de informatie over toepasselijke wetgeving toegankelijk te maken voor buitenlandse werkgevers en werknemers. Via de website van het ministerie wordt doorverwezen naar de publieksinformatielijn (0800-9051). De postbus-51 brochure 'Working in the Netherlands. Rights and obligations of employees from EU countries' is via internet te downloaden, ook in zes andere buitenlandse talen (zie: <
<http://bestel.postbus51.nl/publicatie/15BR2006G041/Working%20in%20the%20Netherlands>>).

Informatieverschaffing en uitleg (bijvoorbeeld ten aanzien van cao-inschaling) over toepasselijke cao-bepalingen is echter een taak van de cao-partijen zelf, al faciliteert het ministerie van SZW dit wel door aangeleverde informatie over toepasselijke cao-bepalingen op zijn website bekend te maken. Daarom dienen de cao-partijen, op dezelfde

³⁰⁹ Aldus minister Donner in brief van 16 juni 2008 aan de Tweede Kamer, p. 7.

³¹⁰ zie HvJ EG, gev. zaken C-369/96 en C-376/96 (Arblade), Jur. 1999, p. I-8453, r.o. 43 en HvJ EG 18 december 2007 (Laval), zaak C-341/05, r.o. 110).

³¹¹ Zie http://www.ec.europa.eu/int/comm/employment_social/labour_law/postingofworkers_en.htm.

wijze als in art. 1 Waga, in hun cao aan te geven welke cao-bepalingen specifiek gelden voor de gedetacheerde werknemers vanuit het buitenland (zie ook hoofdstuk 5). Voorts dienen cao-partijen zelf de informatievoorziening ter hand te nemen. In de bouw- en uitzendsector heeft men hiertoe brochures uitgebracht, ook in andere talen (Engels, Pools).

Anderzijds heeft de werkgever op grond van de zogeheten Informatierichtlijn een zelfstandige verplichting om zijn, langer dan één maand te detacheren werknemers over bepaalde aspecten van zijn arbeidsovereenkomst in te lichten.³¹² Hiernaar verwees het Hof eveneens in het arrest *Arblade*. In Nederland is deze verplichting voor detachering van werknemers *vanuit* Nederland neergelegd in artikel 7:655 lid 1 sub k BW. De werkgever moet de gedetacheerde werknemer voor zijn vertrek schriftelijk informatie verschaffen over de duur van het werk in het buitenland, de huisvesting, de toepasselijkheid van Nederlandse socialezekerheidswetgeving, de muntsoort waarin het loon wordt uitbetaald, de eventuele vergoedingen die aan de opdracht in het buitenland zijn verbonden en de wijze waarop de terugkeer geregeld is. Overigens is de werkgever op grond van de Informatierichtlijn en op grond van art. 7:655 BW ook verplicht zijn werknemers te informeren over arbeidsvoorwaarden in het algemeen (art 2). Er is echter geen sanctiëring van deze bepaling in de richtlijn opgenomen. Cao-partijen zouden echter in een cao-bepaling nog eens de aandacht kunnen vestigen op de informatieverplichting van elke werkgever. In de zaak *Commissie/Luxemburg* bepaalde het Hof echter wel dat de informatierichtlijn ten aanzien van gedetacheerde werknemers geldt volgens de regelgeving van de lidstaat van herkomst (het gewoonlijke werkland).³¹³

Art. 4 van de Detacheringsrichtlijn bepaalt tevens dat lidstaten één of meer bevoegde nationale instanties dienen aan te wijzen met het oog op de tenuitvoerlegging van de richtlijn. Deze instantie dient voor algemeen toegankelijke informatie aan de doelgroep van de richtlijn te zorgen (art. 4 lid 3) en desgevraagd inlichtingen te verschaffen aan bevoegde instanties uit andere lidstaten (art. 4 lid 2). In Nederland is “in ieder geval” de Arbeidsinspectie aangemerkt als verbindingsbureau met het oog op de uitvoering van de Detacheringsrichtlijn (Kamerstukken II 1998/99, 26 524, nr. 6, p. 5).

De voorlichtingsfunctie in praktijk: SZW

Door het ministerie van SZW is conform de suggestie van de Commissie in bovengenoemd richtsnoer een website ingericht (www.employment.gov.nl) waarop in het Engels en overigens ook in het Duits te vinden is welke wettelijke voorschriften³¹⁴ en avv-cao-bepalingen bij grensoverschrijdende tewerkstelling in Nederland altijd moeten worden toegepast.³¹⁵ De site biedt een Engelstalig overzicht van sectoren aan met lopende cao's waarvoor een avv-besluit is getroffen (met doorklikfunctie). Tevens bevat de site een doorklikfunctie naar www.cao.szw.nl en omgekeerd. Het is de bedoeling dat

³¹² Richtlijn 91/533/EEG van 14 oktober 1991 betreffende de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden, die op zijn arbeidsovereenkomst of -verhouding van toepassing zijn.

³¹³ HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06, *Commissie/Luxemburg*.

³¹⁴ Namelijk de wettelijke (minimum)bepalingen uit de Wav, de Wml, de Arbo-wet, de Atw en de Waadi.

³¹⁵ Evaluatie samenwerkingskader p. 7: Lees, onder verwijzing naar hoofdstuk 5 van dit onderzoek, voor de vervoerssector als ‘vanuit’ Nederland.

beide genoemde websites op zodanige wijze zijn ingericht, dat deze goed toegankelijk zijn voor buitenlandse werkgevers en werknemers. Op de website zijn ook formulieren in het Pools, Tsjechisch en Slowaaks beschikbaar waarmee men een klacht kan indienen bij de AI.

Voorts vertaalt en brengt SZW voor werknemers brochures in omloop over de wettelijke minimumbepalingen in onder meer het Engels, Frans, Portugees en (deels in voorbereiding) in het Pools, Tsjechisch, Slowaaks en Hongaars. De brochures worden ruim verspreid in binnen- en buitenland (onder meer via de ambassades) en opgenomen op de website van SZW. Toch bleek uit contacten met de Poolse gemeenschap in Nederland dat de bestaande informatie niet in alle gevallen toereikend is: te ingewikkeld, of alleen in het Nederlands of Engels, of alleen via internet beschikbaar. In reactie hierop kondigde SZW aan nog vóór de zomer van 2008 een beknopte, toegankelijke brochure uit te geven in het Pools, met *praktische* informatie voor Poolse arbeidsmigranten over wonen en werken in Nederland. Deze brochure zou vooral bedoeld zijn voor Poolse arbeidsmigranten die voor korte tijd in Nederland zijn of nog van plan zijn te komen.³¹⁶ Op 16 april 2008 heeft de Minister van SZW met zijn Poolse collega, Minister Fedak, afgesproken om in onderlinge samenwerking een adequaat systeem te ontwikkelen voor de communicatie en informatievoorziening aan Poolse burgers die werken in Nederland en vice versa.

Wat betreft het gebruik van de website stelt SZW de volgende gegevens beschikbaar: In 2007 hebben bijna 73.000 bezoekers de Engelstalige website van SZW in totaal ruim 130.000 keer bezocht (waarvan bijna 40.000 bezoeken afkomstig waren uit de VS. Dit zijn waarschijnlijk grotendeels bezoeken van zoekmachines om de website te indexeren). In mei 2007 is een piek te zien van ongeveer 18.000 bezoeken. Vanaf juni 2007 daalt het aantal bezoeken vervolgens gestaag. Op basis van de geregistreerde gegevens blijkt de website vanuit Polen 35.000 keer bezocht te zijn; vanuit Nederland 17.500; vanuit het Verenigd Koninkrijk 4.000; vanuit Duitsland 3.500; vanuit Frankrijk 3.000; vanuit China 2.000; vanuit Italië 1.500; vanuit Zweden, Hongarije en België ieder 1.000 en vanuit Ierland, Estland, Tsjechië en Portugal ieder 500 keer. Het is niet mogelijk aan te geven hoe vaak specifieke onderdelen zijn bekeken. Dat geldt ook voor het onderdeel op de website waar sociale partners hun informatie over algemeen verbindend verklaarde cao's kunnen plaatsen, aldus het Ministerie.³¹⁷

SZW vindt dat ondanks het niet onaanzienlijke aantal bezoeken van de website het bestaan ervan nog onvoldoende bekend lijkt te zijn. Vakbonden hebben de klacht geuit dat de website moeilijk traceerbaar is. Het is volgens hen de vraag of de informatie

³¹⁶ Zie brief Donner aan TK 16 juni 2008, p. 7 waarin ook nog werd vermeld dat bij de totstandkoming van de brochure deelnemers aan de Polen-werkgroep, met name Poolse organisaties en de Poolse ambassade, nauw betrokken zijn geweest. De brochure bevat een verwijzing naar een Poolse SZW-internetpagina, die een vraag- en antwoordfunctie zal bevatten en verwijzingen naar andere relevante informatie en organisaties. De brochure wordt breed afgestemd en verspreid in Nederland (via Poolse kerken, winkels, Poolse ambassade, werkgevers) en Polen, waarvoor afspraken zijn gemaakt met de verantwoordelijke minister in Polen, opdat Poolse burgers zich voor vertrek naar Nederland kunnen informeren over hun rechten en plichten als werknemer in Nederland.

³¹⁷ Evaluatie samenwerkingskader p. 7/8.

terecht komt bij de MOE-werkgevers en werknemers voor wie de informatie voornamelijk bedoeld is. Ook voor Nederlandse niet-professionals vinden zij de site zeer toegankelijk. In de evaluatie zegt SZW toe dat in overleg met sociale partners de website verder zal worden aangepast om de vindbaarheid en de toegankelijkheid te vergroten.³¹⁸

Voorlichting door cao-partijen

In de StAR-Aanbeveling uit 2006 wordt over preventie van niet-naleving opgemerkt dat cao-partijen de naleving van de (avv-) cao-bepalingen kunnen bevorderen, onder meer door op algemeen – ook voor buitenlandse werkgevers en werknemers – toegankelijke wijze informatie en voorlichting over de inhoud van de cao te verstrekken. Voorts is bij de uitwerking van het Samenwerkingskader van januari 2007 afgesproken dat cao-partijen relevante avv-cao-bepalingen bij SZW kunnen aanleveren in het Engels voor plaatsing op de website. Het gaat daarbij per afzonderlijke sector om:

- Een overzicht van de artikelnummers van de avv-cao-bepalingen die corresponderen met de kernarbeidsvoorwaarden als opgesomd in artikel 2, lid 6 Wet avv.
- Engelstalige teksten over avv-cao-bepalingen betreffende deze kernarbeidsvoorwaarden³¹⁹
- Doorklikfuncties naar alle cao-partijen die betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de betreffende cao.

Uit de Evaluatie van juni 2008 blijkt echter dat alleen een Engelstalige tekst van de cao voor Uitzendkrachten is opgenomen op de website. Er zijn nog geen andere cao-teksten beschikbaar in het Engels. Decentrale cao-partijen hebben dus onvoldoende gebruik gemaakt van de mogelijkheid de algemeen verbindend verklaarde kernbepalingen op de SZW-website te plaatsen.³²⁰ De Stichting van de Arbeid doet dan ook een beroep op deze partijen om nogmaals te overwegen de kernbepalingen van hun algemeen verbindend verklaarde cao op de website van SZW te zetten teneinde werknemers en werkgevers uit de MOE-landen van deze informatie te voorzien.³²¹ Deze oproep is mede bedoeld voor de cao-partners in het beroepsgoederenvervoer, maar zij kunnen hieraan geen gevolg geven, voordat de werkingssfeer van de transport-cao's verbreed is en de kernarbeidsvoorwaarden zijn vastgesteld (zie hierover hoofdstuk 5).

6.3.2 Preventie door gedragsbeïnvloedende cao-bepalingen

Behalve van het bieden van heldere en toegankelijke voorlichting kan ook van anderszins gedragsbeïnvloedende cao-voorschriften een preventief effect uitgaan. Aan de orde komen de vergewisbepaling, het uitzendbeding en ketenaansprakelijkheid.

Vergewisbepaling

³¹⁸ Evaluatie samenwerkingskader, p. 8, 11.

³¹⁹ Een en ander conform de brief van de staatssecretaris van SZW aan de StvdA d.d. 10 juli 2008.

³²⁰ Evaluatie samenwerkingskader, p. 8.

³²¹ Evaluatie samenwerkingskader, p. 11.

In de cao voor de vleessector bestaat een zogeheten vergewisbepaling³²², die luidt als volgt:

1.

a. De opdrachtgever is verplicht zich er van te verzekeren dat ten aanzien van medewerkers die aan zijn onderneming ter beschikking zijn gesteld gedurende deze periode de relevante wettelijke verplichtingen worden nageleefd.

b. De opdrachtgever is verplicht zich er van te verzekeren dat ten aanzien van medewerkers die aan zijn onderneming ter beschikking zijn gesteld gedurende deze periode de betaling van de van toepassing zijnde pensioenpremie plaatsvindt.

c. De opdrachtgever is verplicht zich er van te verzekeren dat ten aanzien van medewerkers die aan zijn onderneming ter beschikking zijn gesteld gedurende deze periode de afdracht aan de van toepassing zijnde bedrijfstakfondsen plaatsvindt.

d. De opdrachtgever is verplicht zich er van te verzekeren dat ten aanzien van medewerkers die aan zijn onderneming ter beschikking zijn gesteld gedurende deze periode de betaling van de lonen overeenkomstig de Wet minimumloon en indien de betreffende CAO direct van toepassing is of algemeen verbindend is verklaard binnen de loontabellen van de toepassing zijnde CAO vallen.

2 De opdrachtgever stelt – het paritaire cao-bestuur- op schriftelijk verzoek in kennis van het aantal medewerkers, de periodes waarover zij ingeleend zijn en de opdrachtnemers bij wie zij in dienst zijn.

3 De opdrachtgever wordt geacht het bepaalde onder lid 1 van dit onderdeel te hebben nagekomen indien hij gebruik maakt van gecertificeerde bedrijven.

Dergelijke vergewisbepalingen zijn in principe in overeenstemming met het Europese recht³²³ en kunnen (deels) als complement op Artikel 4 Informatierichtlijn worden gezien.³²⁴ Art. 4 van bedoelde richtlijn legt informatieverplichtingen ten opzichte van hun (gedetacheerde) werknemers vast voor individuele werkgevers (inclusief grensoverschrijdende dienstverrichters).

Uitzendbeding

Steeds meer cao's (per 1 mei 2008: 46) bevatten bepalingen over het gebruik van 'erkende' of van NEN-gecertificeerde uitzendbureaus. NEN-certificering staat nog niet open voor buitenlandse uitzendbureaus. De invoering hiervan bevindt zich echter in een

³²² Onderstaande voorbeeldtekst van het vergewisartikel uit de cao vleessector is overgenomen uit Evaluatie samenwerkingskader, p. 4, nt 5.

³²³ Wel moet materieel getoetst worden of bijvoorbeeld verplichtingen wel gelden: zo bepaalt art. 3 lid 1 sub c Detacheringsrichtlijn dat pensioen niet onder de kernarbeidsvoorwaarden van het tijdelijke werkland valt.

³²⁴ Richtlijn 91/533, in Nederland omgezet in artikel 7: 655 BW). Maar zie HvJ EG, 19 juni 2008, C-319/06, Commissie/Luxemburg. Alhoewel het Hof heeft geoordeeld dat ontvangende lidstaten (en in het verlengde hiervan sociale partners) mogen controleren of (eventueel) toepasselijke dwingende nationale arbeidswetgeving en algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten in acht worden genomen, is dit wel onder de voorwaarde dat de lidstaten hierbij binnen de grenzen van het gemeenschapsrecht blijven. Dit laatste blijkt lang niet altijd het geval te zijn. Zie HvJ EG zaak C-164/99 (*Portugaia*), Jur. 2002, p. I-787; zaak C-165/98 (*Mazzoleni en ISA*), Jur. 2001, p. I-2189; gev. zaken C-49/98, C-50/98, C-52/98 t/m C-54/98, C-68/98 t/m C-71/98 (*Finalarte*), Jur. 2001, p. I-7831; gev. zaken C-369/96 en C-376/96 (*Arblade*), Jur. 1999, p. I-8453 en zaak C-272/94 (*Guiot*), Jur. 1996, p. I-1905.

vergevorderd stadium.³²⁵ De TLN- en KNV-cao's bevatten ook een dergelijke bepaling. Hierin is bepaald dat vanaf 1 januari 2008 bij inleen van uitzendkrachten van Nederlandse uitzendbureaus nog slechts van gecertificeerde bureaus gebruik mag worden gemaakt. Voorts is bepaald dat een zelfde afspraak zal gelden met betrekking tot inlening van uitzendkrachten van buitenlandse uitzendbureaus, met ingang van een datum, negen maanden na de totstandkoming van een NEN-certificeringsregeling voor deze categorie.³²⁶

Dergelijke cao-bepalingen komen in beginsel voor avv in aanmerking. Vertrekpunt van SZW hierbij is dat een eis van NEN-certificatie niet op voorhand in strijd is met de rechtmatige belangen van derden indien met zekerheid vaststaat dat de certificatie uitsluitend via objectieve methoden plaatsvindt en de aan die certificatie verbonden lasten niet disproportioneel zijn.³²⁷ Opname in de cao van de verplichting om (uitsluitend) gebruik te maken van NEN-gecertificeerde uitzendbureaus heeft volgens sociale partners een positief effect op de naleving. Er is echter nog te weinig 'ervaring' met het algemeen verbindend verklaren van een dergelijke cao-bepaling om een oordeel hierover te kunnen vellen, zo luidde de conclusie bij de evaluatie van het Samenwerkingskader.³²⁸

Keten- en inlenersaansprakelijkheid

Het is volgens de StAR mogelijk de (inlenende dan wel opdrachtgevende) onderneming (tevens werkgever in de zin van de betrokken cao) hoofdelijk aansprakelijk te stellen met betrekking tot de naleving (door de binnen- of buitenlandse dienstverlener) van de relevante arbeidsvoorwaarden. Een dergelijke cao-regeling komt in beginsel voor avv in aanmerking.³²⁹

In de Detacheringsrichtlijn is geen uitspraak gedaan over eventuele contractuele aansprakelijkheid van de inlenende partij voor naleving van artikel 3 lid 1 van de richtlijn. Gelet op artikel 5 van de richtlijn wordt de naleving van de verplichtingen uit hoofde van de richtlijn overgelaten aan de lidstaten. De lidstaten beschikken hierbij over een ruime beoordelingsmarge om de vorm en de regels van de passende procedures terzake vast te stellen. Wel dienen zij bij de uitoefening hiervan altijd de door het EG-Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden te eerbiedigen (zoals de vrijheid van dienstverrichting).

Het is dus afhankelijk van het toepasselijke Nederlandse (arbeids)recht in hoeverre de dienstontvanger aansprakelijk kan worden gesteld. Van de krachtens artikel 1 Waga op gedetacheerde werknemers van toepassing verklaarde bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek, is alleen in artikel 7:658 lid 4 BW de (mede) aansprakelijkheid van de inlenende partij c.q. de opdrachtgever geregeld voor schade die een persoon lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Voor het overige is de dienstontvanger niet

³²⁵ Evaluatie samenwerkingskader, p. 4-5.

³²⁶ Art 48 TLN-cao; art. 9 KNV-cao.

³²⁷ StAR-aanbeveling, p. 8.

³²⁸ Evaluatie samenwerkingskader, p. 4.

³²⁹ StAR-aanbeveling p 8/9. In de bouwcao was tot 1998 een ketenaansprakelijkheidsbepaling opgenomen. Zie Houwerzijl, diss. 2005, hfd. 7.

contractueel aansprakelijk, al kan de gedetacheerde werknemer de dienstontvanger in bepaalde situaties wellicht uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) aanspreken.

Inlenersaansprakelijkheid

Volgens een persbericht van het Ministerie van SZW van 19 juni 2008 worden bedrijven in de nabije toekomst aansprakelijk bij werken met niet-gecertificeerde uitzendbureaus.³³⁰ Er komt een wetsvoorstel dat de uitzendkracht de mogelijkheid geeft om inleners van niet-gecertificeerde uitzendbureaus aansprakelijk te stellen voor betaling van het loon (wettelijk minimumloon niveau). Nu is alleen het uitzendbureau aansprakelijk voor betaling van het loon.

Duitse ketenaansprakelijkheidsregeling

In Duitsland is een algemene ketenaansprakelijkheidsregeling opgenomen in het ArbeitsnehmerEntsendeGesetz (AEntG: de Duitse implementatiewetgeving van de Detacheringsrichtlijn). Hierin is vastgelegd dat de aannemer die een andere aannemer werkzaamheden laat uitvoeren, mede aansprakelijk is voor betaling van minimumloon en van bijdragen op grond van een algemeen verbindend verklaarde cao.³³¹ In de zaak *Wolff & Müller* stelde de door een Portugese gedetacheerde werknemer aangesproken Duitse hoofdaannemer deze ketenaansprakelijkheidsregeling ter discussie.³³² Een dergelijke aansprakelijkheid van de hoofdaannemer kan namelijk aanleiding geven tot intensieve controles en bewijsverplichtingen waardoor voor de hoofdaannemer en voor zijn veelal buitenlandse onderaannemers extra administratieve kosten en lasten ontstaan. Dit kan het uitvoeren van bouwwerkzaamheden in Duitsland voor grensoverschrijdende dienstverrichters minder aantrekkelijk maken en dus het vrije verkeer van diensten belemmeren. Het Hof oordeelde echter dat de verplichting voor de dienstontvangende onderneming om borg te staan voor het minimumloon van de door een onderaannemer tewerkgestelde werknemers in beginsel een adequate maatregel is op basis van artikel 5 van de Detacheringsrichtlijn. De regeling komt objectief beschouwd ten goede aan de bescherming van gedetacheerde werknemers. Zij voegt immers aan de eerste schuldenaar van de gedetacheerde werknemer, namelijk de uitlenende werkgever, een hoofdelijk met de eerste verbonden tweede schuldenaar toe, namelijk de inlenende werkgever of opdrachtgever. Deze is in het algemeen zelfs meer solvabel dan de eerste schuldenaar.

6.4 Controle op naleving van de cao (opsporing en bewijsproblematiek)

6.4.1 Melding

Controle op naleving van collectieve arbeidsvoorwaarden is, zowel bij interne als bij grensoverschrijdende situaties, mede afhankelijk van klachten, melding van een

³³⁰ SZW Nr. 08/65.

³³¹ De AEntG was oorspronkelijk alleen van toepassing in de bouwsector, maar geldt nu ook voor aanpalende sectoren als industriële reiniging. Zie uitgebreid Mijke Houwerzijl and Saskia Peters, Liability in subcontracting processes in the European construction sector, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 13 november 2008.
<http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2008/94/en/1/EF0894EN.pdf>.

³³² HvJ EG, 12 oktober 2004, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG* tg. José Filipe Pereira Félix, C-60/03.

vermoeden dat de (avv)-cao niet (geheel) wordt nageleefd. Het aantal meldingen van individuele werknemers en werkgevers aan sociale partners – die dan op hun beurt de AI kunnen verzoeken onderzoek te doen - is echter beperkt. In de Evaluatie van het Samenwerkingskader werd vastgesteld dat er in het eerste jaar slechts één verzoek tot nader onderzoek gedaan was door een sector. De AI ontvangt echter ook meldingen van andere organisaties en personen. Zo zijn bij de Poolse ambassade sinds mei 2007 zo'n 200 meldingen binnengekomen, waarvan er 50 zijn doorgestuurd naar de AI. Deze zijn deels weer doorgestuurd naar sociale partners.³³³

Om melding van misstanden te bevorderen zijn sommige decentrale cao-partijen overgegaan tot de oprichting van structurele of tijdelijke meldpunten (zie hieronder onder 'self-help'). In het beroepsgoederenvervoer hield FNV bondgenoten een dergelijke meldmaand in december 2005, onder het motto (en uitgangspunt van cao-partijen bij de TLN- en KNV-cao's) 'Gelijk Werk, Gelijk Loon'. Dit leverde ruim 300 meldingen op over 80 verschillende transportbedrijven.³³⁴

6.4.2 Risico-analyse

Naast meldingen is de zogeheten risico-analyse een belangrijk instrument om handhavingsactiviteiten (o.a. inspecties en voorlichting) te kunnen richten op sectoren, bedrijven en situaties waarin de kans op het niet-naleven van wet- en regelgeving hoog is. Arbeidsinspectie (AI) en sociale partners hebben afgesproken dat zij door samenwerking, uitwisseling van kennis en uitwisseling van gegevens bijdragen aan de verdere ontwikkeling en uitbouw van elkaars risico-analyse.

Wat betreft de uitwisseling van gegevens gaat het om:

- a. Informatie van de sociale partners aan de Arbeidsinspectie over de sectoren en subsectoren waarin de naleving van de Wav, WML, Arbo-wet, Atw en Waadi naar het oordeel van de sociale partners te wensen over laat of waarin zich omstandigheden voordoen die gepaard kunnen gaan met het niet naleven van de genoemde wetten.
 - b. Informatie van de Arbeidsinspectie aan de sociale partners
- Afgesproken is dat de Arbeidsinspectie aan de sociale partners informatie zal leveren voor de risico-analyse van sectoren of branches, bijvoorbeeld in welke branches de naleving te wensen over laat of waar zich omstandigheden voordoen die gepaard kunnen gaan met het niet naleven van de genoemde wetten. Het uitwisselen van informatie is wettelijk beperkt mogelijk. De AI kan geen gegevens op bedrijfsniveau beschikbaar stellen. Daar zijn geen wettelijke mogelijkheden voor, tenzij het gaat om overtredingen van de WML en de Waadi. Wat de Wav, Arbowet en Atw betreft, vindt op bedrijfsniveau alleen terugkoppeling van de resultaten van meldingen plaats aan de melder. Het terugkoppelen van de resultaten van meldingen en informeren over de bedrijven aan welke een boete wegens niet naleving van de WML of de Waadi is opgelegd, is nuttig voor een eventueel onderzoek naar de naleving van de cao door sociale partners. In

³³³ Evaluatie Samenwerkingskader, p. 10, bevinding nr: 3.

³³⁴ Hiervan is verslag gedaan in het FNV-Bondgenoten rapport 'Te koop aangeboden: Poolse vrachtwagenchauffeur' van 17 februari 2006, waarin 'naming and shaming' als handhavingstactiek werd gebruikt, hetgeen scherpe reacties opriep bij werkgevers(organisaties).

breder zinszins verschafft het ook inzicht in de aard van de bedrijven die de wetgeving overtreden en wordt zo een bijdrage geleverd ten behoeve van risicoanalyses. Bovendien zal terugkoppeling de melders stimuleren om ook een volgende overtreding aan te geven.

c. Informatie van derden

Werknemers uit de MOE-landen kunnen werkzaam zijn in dienst van een Nederlandse werkgever en kunnen door een buitenlandse werkgever in (of vanuit?) Nederland worden gedetacheerd. Gegevens hierover zijn beschikbaar bij het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) en de Sociale Verzekeringsbank (SVB). Afsproken is dat het ministerie van SZW het UWV zal verzoeken gegevens over het aantal werknemers in dienst van een Nederlands bedrijf beschikbaar te stellen. Het gaat om gegevens over dienstverbanden naar nationaliteit en sector. De SVB beschikt over gegevens over gedetacheerde werknemers. Afschriften van E-101 verklaringen bieden de Sociale Verzekeringsbank (SVB) een goed, hoewel niet volledig overzicht van het aantal werkgevers waar detacheringen plaatsvinden per nationaliteit, regio en duur van de detachering. Het Ministerie van SZW zal bij het UWV en de SVB bevorderen dat de gegevens op geaggregeerd niveau ook beschikbaar worden gesteld aan de sociale partners, rechtstreeks dan wel via het ministerie. De gegevens van beide organisaties kunnen de Arbeidsinspectie en de sociale partners nuttige informatie geven ten behoeve van hun respectievelijke risico-analyse.

In het kader van deze afspraken is rond de jaarwisseling 2006 – 2007 een eerste gespreksronde gehouden tussen AI en sociale partners (waaronder de transportsector)³³⁵ over een sectorale invulling van het Samenwerkingskader. Eind 2007 – begin 2008, dus een half jaar na invoering van het vrij verkeer van werknemers uit de MOE-landen, is een tweede gespreksronde gehouden. Daarbij zijn onder andere de situatie op de sectorale arbeidsmarkt en de naleving van de arbeidsvoorwaarden besproken en is verder verkend in welke delen van de sectoren en in welke situaties problemen zich concentreren. Sociale partners vinden dat op het terrein van de wederzijdse informatie-uitwisseling nog een en ander geoptimaliseerd kan worden. De informatie-uitwisseling wordt veelal erg summier gevonden waardoor geen volledig zicht op de bevindingen ontstaat. Verder laat de rapportage vanuit de AI soms erg lang op zich wachten.³³⁶

6.4.3 Benodigde gegevens ter staving van vermoeden

Een vermoeden van niet-naleving moet op zijn grondheid worden onderzocht. Daar zijn gegevens voor nodig die niet altijd gemakkelijk te achterhalen zijn, zeker in het geval van ‘nomadisch’ opererende ondernemingen en chauffeurs die zich dan ook nog eens vrij van lidstaat naar lidstaat kunnen begeven. Welke gegevens zijn nodig om niet-naleving van de cao te bewijzen?

Allereerst moet worden vastgesteld dat de cao van toepassing is op de individuele arbeidsrelatie van de internationale chauffeur. Zoals uit hoofdstuk 5 blijkt, hangt de

³³⁵ En verder de land- en tuinbouw, horeca, schoonmaak, vleesverwerkende industrie, bouw, metaal en technische bedrijfstakken, metaalektro en uitzendbranche.

³³⁶ Evaluatie samenwerkingskader, p. 5/6.

vaststelling van het toepasselijke recht in hoge mate af van een beoordeling van de feitelijke omstandigheden waaronder de arbeid wordt verricht. In het kader van deze beoordeling kan het immers relevant zijn om vast te stellen:

- de nationaliteit/identiteit van de betrokken chauffeur;
- de nationaliteit/identiteit van de betrokken werkgever
- of de betrokken chauffeur als werknemer kan worden beschouwd
- in welk land of vanuit welk land de werknemer zijn werkzaamheden gewoonlijk verricht;
- in welk land of vanuit welk land tijdelijk werkzaamheden worden verricht;
- in welk land het centrum van de beroepswerkzaamheden is te lokaliseren;
- vanuit welk land de werknemer het belangrijkste deel van zijn verplichtingen vervult;
- welk land kan worden aangemerkt als vestigingsplaats van de werkgever etc.
- of partijen hebben gekozen voor het recht van een bepaald land

Als ‘bewezen’ is dat de cao van toepassing is, moet ook het daadwerkelijk betaalde loon (c.a.) en het gewerkte aantal uren bekend zijn. Hiervoor zijn loonstrookjes, urenstaten en andere schriftelijke bescheiden nodig waaruit de aard van de arbeidsrelatie blijkt.

Om de benodigde gegevens ook daadwerkelijk in handen te krijgen kan de cao de werkgever, die een deel van zijn ondernemingsactiviteiten in Nederland uitbesteed aan een buitenlandse dienstverlener, verplichten om aan deze instantie gegevens te verstrekken over de identiteit van de dienstverlener en zijn in Nederland tewerkgestelde werknemers, de plaats en de voorziene duur van de tewerkstelling en de door de dienstverlener jegens deze werknemers toegepaste (kern-) arbeidsvoorwaarden. Ook zou kunnen worden afgesproken dat deze gegevens ter kennis van de OR worden gebracht. Een dergelijke bepaling komt volgens de StAR in beginsel voor avv in aanmerking.³³⁷

Uit jurisprudentie van het HvJ EG blijkt dat (wettelijke of cao-)nalevingsinstanties ten aanzien van grensoverschrijdende dienstverrichters wel vaak genoeg moeten nemen met buitenlandse documenten.³³⁸

Zo oordeelde het Hof in het arrest Arblade³³⁹ dat het eisen van specifieke documenten uit het land van ontvangst niet gerechtvaardigd is indien die lidstaat de noodzakelijke controles kan verrichten op basis van documenten, die in overeenstemming met de regeling van de lidstaat van herkomst worden bijgehouden. In het arrest Finalarte³⁴⁰ bepaalde het Hof dat het verlangen van extra gegevens van buitenlands gevestigde ondernemingen ten opzichte van binnenlands gevestigde ondernemingen alleen is toegestaan als deze objectief gezien noodzakelijk zijn. De ontvangende lidstaat mag de

³³⁷ StAR-aanbeveling (p 8/9).

³³⁸ NB: gezien de huidige werkingssfeerbepaling van de KNV- en TLN-cao's zijn grensoverschrijdende dienstverrichters thans nog uitgesloten van deze cao's.

³³⁹ HvJ EG, gev. zaken C-369/96 en C-376/96 (Arblade), Jur. 1999, p. I-8453.

³⁴⁰ HvJ EG gev. zaken C-49/98, C-50/98, C-52/98 t/m C-54/98, C-68/98 t/m C 71/98 (Finalarte), Jur. 2001, p. I-7831.

buitenlandse dienstverrichter in elk geval verplichten tot overlegging van de arbeidsovereenkomst, de salarisstroken, de arbeidstijdoverzichten en de documenten waaruit de loonbetalingen blijken, waarbij ook een verplichting tot vertaling mag worden opgelegd aangezien deze documenten niet buitensporig lang zijn en doorgaans met gebruikmaking van standaardformuleringen zijn opgesteld. Aangezien dit voor de werkgever die werknemers naar een andere lidstaat detacheert geen zware administratieve of financiële lasten meebrengt, gaat hij niet verder dan nodig is voor het bereiken van het nagestreefde doel van sociale bescherming, aldus het Hof in zijn arrest Commissie/Duitsland.³⁴¹ Niet in overeenstemming met het vrij verkeer van diensten achtte het Hof echter een bepaling in het Duitse ArbeitnehmerEntsendeGesetz (AEntG: de Duitse implementatiewetgeving van de Detacheringsrichtlijn) die in andere lidstaten gevestigde uitzendbureaus de verplichting oplegt om niet alleen aanvang en einde van de detachering van een werknemer ten behoeve van een inlenende onderneming in Duitsland, maar ook de plaats waar die werknemer is tewerkgesteld, alsmede elke wijziging met betrekking tot deze plaats schriftelijk aan de bevoegde Duitse instanties mee te delen, terwijl gelijksoortige ondernemingen die in Duitsland zijn gevestigd niet zijn onderworpen aan deze extra verplichting, die altijd rust op de inlenende ondernemingen.³⁴² Ten slotte heeft het Hof in het arrest Commissie/Luxemburg³⁴³ nog eens bepaald dat pas vanaf de dag van aanvang van de uit te voeren werken door de lidstaat van ontvangst geëist mag worden dat op zijn grondgebied de voor controle noodzakelijke documenten beschikbaar worden gehouden door de grensoverschrijdende dienstverrichter.

6.4.4 Hulp van SZW bij de opsporing van bewijsmateriaal

Om effectief te kunnen handhaven moeten cao-partijen bovengenoemde gegevens boven tafel kunnen krijgen. Dat kan echter, juist bij grensoverschrijdende arbeid, lastig zijn. Hulp van overheidsinstanties is dan vaak nodig omdat zij opsporingsbevoegdheden hebben die cao-partijen ontberen en/of omdat zij identiteitsgegevens beheren. Gelet op de moeilijkheid om bewijsmateriaal op te sporen, kunnen een of meer cao-partijen die het vermoeden gegrond achten dat in een onderneming algemeen verbindend verklaarde bepalingen niet worden nageleefd, met het oog op het instellen van een rechtsvordering de minister van SZW verzoeken om een onderzoek daarnaar te doen (Wet AVV, artikel 10).

In het Samenwerkingskader is vastgelegd dat SZW aan een dergelijk onderzoek in principe gevolg zal geven. Het verzoek zal omtrent het vermoeden van niet-naleving voldoende concrete gegevens over de niet-naleving moeten bevatten, opdat SZW (Arbeidsinspectie) het onderzoek doeltreffend kan uitvoeren. Daarbij moet een modus gevonden worden tussen de gegevens die de cao-partij redelijkerwijs zelf kan achterhalen om het vermoeden te onderbouwen en de gegevens die SZW nodig heeft om het onderzoek doeltreffend te kunnen uitvoeren. Het enkele feit dat een cao-partij de

³⁴¹ HvJ EG, 18 juli 2007, zaak C490/04, Commissie/Duitsland.

³⁴² Zie M.S. Houwerzijl, Administratieve verplichtingen bij grensoverschrijdende detachering van werknemers: noodzaak of 'red tape'?, SMA 2007/10, p. 360-367.

³⁴³ HvJ EG, 19 juni 2008, C-319/06.

identiteit van de betrokken (buitenlandse) werkgever en/of diens in Nederland tewerkgestelde werknemers niet kan achterhalen, is geen reden om het verzoek te weigeren. Voorts stelt het Samenwerkingskader dat SZW en cao-partijen aan de hand van concrete situaties werkbare criteria zullen ontwikkelen die tot een juiste invulling van deze wettelijke bepaling leiden.³⁴⁴ De partijen die het verzoek hebben ingediend, worden over de conclusies geïnformeerd. Indien de Arbeidsinspectie vaststelt dat de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen overtreden worden, kunnen de betrokken cao-partijen een vergoeding vorderen van de schade die zijzelf of hun leden lijden door het niet nakomen van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen door het bedrijf (zie hierover par. 6.4).

Bij de recente evaluatie bleek dat tot nu toe slechts één verzoek is ontvangen. Naar aanleiding van dit verzoek is een onderzoek gestart dat nog niet is afgerond. Ter verklaring van de magere score hebben de vakbonden en LTO aangegeven dat vaak moeilijk is na te gaan hoe het staat met de handhaving van de naleving van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen, en wel om de volgende redenen: (1) sociale partners zijn afhankelijk van meldingen; (2) soms komt het voor dat cao-bepalingen slechts voor korte tijd algemeen verbindend zijn verklaard. Een beroep op handhaving heeft dan voor potentiële melders onvoldoende effect. Als derde reden dragen de vakbonden nog aan dat er rekening mee moet worden gehouden dat werknemers uit de MOE-landen niet snel overtredingen melden uit onbekendheid met de cao-bepalingen of uit angst voor verlies van hun contract.³⁴⁵

6.4.5 ‘Self-help’: meldpunten en nalevingsinstanties bij cao

Behalve hulp in te roepen van SZW, kunnen cao-partijen in de cao ook zelf een handhavingsregime in het leven roepen. Om het toezicht op de naleving en de handhaving nader gestalte te geven zijn de afgelopen jaren ‘meldpunten’ of ‘bureaus naleving’ onder meer tot stand gekomen in de bouw, de schoonmaaksector (RAS), de taxibranche, het beroepsgoederenvervoer, de metalektro, de land- en tuinbouwsector en de uitzendsector. Deze ‘sectorale meldpunten’ houden zich bezig met de opsporing van de niet-naleving. Vaak hebben zij ook de bevoegdheid om bedrijven die de cao niet naleven te beboeten. Door de SCNU is in het uitzendwezen tot 2008 voor 1,6 miljoen euro aan boetes opgelegd; de geraamde materiële schade bedroeg 10,2 miljoen euro.³⁴⁶

In de vervoerssector bestaan twee speciale stichtingen die bij werkgevers gegevens omtrent de naleving van de (algemeen verbindend verklaarde) sectorale cao kunnen inwinnen, op basis waarvan zij zelf of een cao-partij kunnen overwegen handhavingsacties in te stellen.³⁴⁷ Enerzijds is op initiatief van de werkgeversorganisaties ‘omwille van een blijvende gezonde ontwikkeling van ondernemingen en de bedrijfstak,

³⁴⁴ Samenwerkingskader, p. 3.

³⁴⁵ Evaluatie samenwerkingskader, p. 4.

³⁴⁶ Evaluatie samenwerkingskader, p. 4.

³⁴⁷ Beide Stichtingen worden gefinancierd door de SOOB (Stichting Opleidings- en Ontwikkelingsfonds Beroepsgoederenvervoer over de weg en de Verhuur van Mobiele Kranen). Eventueel ontvangen schadevergoedingen voor niet-naleving worden weer aan deze stichting afgedragen (zie art. 78 lid 1 c).

als ook omwille van een goed sociaal beleid en eerlijke concurrentie' (art. 78 lid 2 sub a) bij de TLN-cao een zogeheten nalevingbureau ingesteld, dat ten doel heeft er op toe te zien dat de bepalingen van de cao worden nageleefd. Anderzijds is door de toenmalige FNV Vervoersbond de Stichting Vervoersbond Naleving cao Beroepsgoederenvervoer (VNB) in het leven geroepen, die zich speciaal richt op collectieve vorderingen ter naleving van de cao naar aanleiding van klachten van individuele chauffeurs (leden en niet-leden). De Stichtingen hebben onderling de afspraak dat zij niet gelijktijdig of kort na elkaar dezelfde werkgevers controleren.³⁴⁸

NCG

De werkgeversorganisatie TLN heeft de Stichting Naleving CAO Beroepsgoederenvervoer (NCG) opgericht. De statuten en het reglement zijn als bijlagen in de cao opgenomen en maken daar deel van uit.

Art. 78 lid 2 onder c. bepaalt daarbij dat : “Tot de bevoegdheid van de Stichting NCG behoort in het bijzonder het opvragen van gegevens met betrekking tot de wijze waarop de werkgever deze CAO naleeft. De werkgever is verplicht mee te werken aan controles van de Stichting NCG en is verplicht de door de stichting NCG gevraagde gegevens te verstrekken. Tevens is de werkgever verplicht er zorg voor te dragen dat zijn accountant of administratiekantoor – of bij het ontbreken daarvan een externe accountant of administratiekantoor- meewerkt aan de controles van de stichting NCG.

Art. 78 lid 2 en de daarbij behorende statuten en reglementen zijn opgenomen in de algemeen verbindend verklaarde cao waardoor ook werkgevers die geen lid zijn van TLN moeten meewerken aan controle met betrekking tot de tijdvakken waarin gebondenheid bestaat op grond van de avv.³⁴⁹

Volgens de geïnterviewde contactpersonen ontplooit NCG op dit moment geen activiteiten. De stichting staat feitelijk op non-actief. In het verleden zijn echter regelmatig procedures gevoerd.³⁵⁰

*VNB*³⁵¹

Bij de Stichting VNB, die thans opereert onder de vleugels van FNV Bondgenoten, de opvolger van de Vervoersbond FNV, werken 8 a 10 mensen (ca. 6-7 fte) aan het geven van advies aan zowel leden³⁵² als niet-leden (naar schatting ca. 25 % van de telefoontjes)³⁵³ en aan controle van administratie van werkgevers waaruit de verwerking van urenverantwoordingsstaten en loonbetalingen blijkt. Meldingen komen of telefonisch binnen via een speciaal 0800 nummer, of via de regiobestuurders. Als een werknemer een

³⁴⁸ Deze afspraak komt deels tot uitdrukking in art. 78 lid 1 sub f.

³⁴⁹ Zie hierover Ktr. Apeldoorn, 5 april 2006, JAR 2006/105.

³⁵⁰ Informatie uit gesprekken met J. Heilig en, L. Ceelen. Zie voor gevoerde procedures onder meer JAR 2004/64; JAR 2003/258.

³⁵¹ Informatie in deze paragraaf is mede afkomstig uit telefonisch interview met een medewerkster van VNB (aug 2008). Ook is gesproken met Paul Bosch van Bosch & Ruiter Advocaten die de meeste rechtszaken voert voor VNB (juli 2008).

³⁵² Van de ca. 90.000 chauffeurs werkzaam in de sector, is een derde deel lid van FNV Bondgenoten.

³⁵³ Veel Duitse chauffeurs weten de weg naar het telefonisch meldpunt van VNB te vinden.

aannemelijke³⁵⁴ klacht indient over te weinig betaling en/of incorrecte verwerking van de urenverantwoordingsstaten, wordt op basis van art. 78 lid 1 van de TLN-cao de relevante administratie van de werkgever opgevraagd. Door deze omgekeerde bewijslast-bepaling (zie hieronder) is het aan de werkgever om aan te tonen dat de cao wel is nageleefd en omzeilt de nalevingsinstantie de lastige hobbel van het opsporen van de relevante gegevens. Deze bepaling is dan ook cruciaal voor de handhaafbaarheid van de cao. De controle wordt voorts vergemakkelijkt door het feit dat de cao een standaardkarakter heeft (art. 1). Dit betekent dat de hoogte van het loon exact is af te leiden uit de cao, nu ook individuele afwijkingen naar boven niet zijn toegestaan. De meest voorkomende problemen betreffen gesjoemel of het bewust schimmig houden van de urenberekening.³⁵⁵

6.4.6 Omgekeerde bewijslast

De zogenoemde omgekeerde bewijslast-bepaling in de TLN-cao bevordert de handhaving van de cao bevordert door middel van de opname van een verplichting voor werkgevers om op verzoek van een werknemersorganisatie aan te tonen dat de cao correct wordt nageleefd. Art. 78 lid 1 van de CAO TLN bepaalt in dit verband dat de werkgever op schriftelijk verzoek van een werknemersorganisatie (in praktijk de stichting VNB) binnen 4 weken schriftelijk moet aantonen dat de cao correct is nageleefd.

De omgekeerde bewijslast is echter beperkt tot de artikelen 6 sub 1b (maximale arbeidsduur), 8 en 10 (geclausuleerde gelijke behandeling van deeltijdwerkers en oproepkrachten), 15 (eenmalige uitkering), 16 (loon bij ziekte), 19 (inschaling), 20 (jeugdlonen), 21 (toekenning tredeverhogingen), 25 (functieschalen), 26 (loonberekening), 29 lid 3 en 4 (recht op overwerktoeslag), 40 (vergoeding voor verblijfkosten), 67 (vakantie), 68 (ATV), 69 (vakantiebijslag) en 75 (invoering nieuwe arbeidssystemen). Deze bepalingen hebben met name betrekking op de hoogte van het salaris, de vaststelling van vakantie, de wijze van behandeling van oproepkrachten en deeltijdwerkers en de maximale arbeidsduur.

De informatieverplichtingen lijken dus te zijn beperkt tot horizontaal werkende arbeidsvoorwaarden, maar daarbij is geen volledigheid nagestreefd. Zo zijn allerlei regelingen met betrekking tot toeslagen voor ploegendienst, werk op zaterdag-, en zon- en feestdagen, eendaagse ritten, vuilwerk en koude niet in de informatieregeling betrokken. Hetzelfde geldt voor vergoeding van reiskosten, vergoeding voor overstaan, beschikbaarheidsvergoeding, vergoeding voor certificaten, studiekostenregeling en uitkeringen bij overlijden. Ook de tijd voor tijdregeling, en, niet onbelangrijk, de regeling voor vergoeding van kosten bij ziekte en ongeval in het buitenland en de verplichte

³⁵⁴ Gesanctioneerd door een te betalen schadevergoeding aan een werkgever bij een verzoek op onredelijke gronden, zie art. 78 lid 1 sub d en f.

³⁵⁵ Gewerkte uren worden door de chauffeur bijgehouden via urenverantwoordingsstaten, meestal via de digitale boordcomputer. De werkgever mag deze documenten corrigeren, en doet dit vooral ten aanzien van pauzes (laden en lossen is pauze). De gecorrigeerde staat moet aan de chauffeur voor gelegd worden. Dat laatste gebeurt vaak niet. VNB vraagt bij controle ook de ongeschoonde uitdraai op.

ongevallenverzekering zijn eveneens buiten de regeling van art. 78 gehouden.³⁵⁶ De KNV-cao bevat in art. 4 lid 13 een gelijkkluidende regeling.

Met het oog op de in hoofdstuk 3 beschreven tewerkstellingsmodaliteiten is het belangrijk op te merken dat de charter-bepaling en de bepaling over inlening niet onder de omgekeerde bewijslast vallen. Dit betekent dat het in de vervoerscao's neergelegde handhavingsregime (dat door de VNB als redelijk effectief wordt beschouwd) zich niet uitstrekt tot de naleving van de (eventueel toepasselijke) cao-bepalingen door onderaannemers en uitzendbureaus.

Art. 78 van de TLN-cao is blijkens het daartoe strekkend besluit van de Minister d.d. 14 oktober 2007 algemeen verbindend verklaard. Nu de bevoegdheid om een verzoek ex art. 78 cao te doen niet beperkt is tot de werknemersorganisatie die partij is bij de cao, zou deze bepaling (in theorie) ook mogelijkheden bieden voor buitenlandse vakorganisaties om dit instrument voor handhavingsdoeleinden te gebruiken. Art. 4 van de KNV cao geeft overigens op dit punt een andersluidende regeling en beperkt de bevoegdheid tot de werknemersorganisaties die partij zijn bij de CAO.

6.5 Afdwingen van naleving van de cao

Hieronder passeren de wettelijke mogelijkheden de revue die cao-partijen ten dienste staan om naleving van toepasselijke cao-bepalingen af te dwingen. In het kader van grensoverschrijdende arbeid is daarbij allereerst van belang vast te stellen of de Nederlandse rechter überhaupt bevoegd is. Voor individuele werkgevers en werknemers, betrokken bij internationale arbeidsovereenkomsten, gelden hieromtrent de regels van de zogeheten EEX Verordening 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. In deze Verordening is overigens niet de bevoegdheid geregeld van de rechter van het tijdelijke werkland in het kader van detachering ter uitvoering van een grensoverschrijdende dienst. Artikel 6 Detacheringsrichtlijn biedt gedetacheerde werknemers (en hun rechtsvertegenwoordigers) derhalve een additioneel rechtsforum ten opzichte van de in artikel 19 van Vo. 44/2001 genoemde fora. Niet alleen de gedetacheerde werknemers zelf maar ook (Nederlandse) vakbonden kunnen een vordering instellen (zie verder hieronder).³⁵⁷ Ter implementatie van artikel 6 van de Detacheringsrichtlijn regelt artikel 6 sub c Rv (geïmplementeerd via art. 4 Waga) dat in (of vanuit?) Nederland gedetacheerde werknemers een rechtsvordering kunnen instellen bij de Nederlandse kantonrechter, zowel tijdens als na afloop van de detachering. Het moet dan wel gaan om vorderingen op grond van artikel 1 Waga, artikel 7 of 15 WML, *artikel 2 lid 6 Wet AVV*, artikel 8 of 11 WAADI en artikel 5 lid 1 sub b, d, e of f AWGB.

Als een Nederlandse rechter eenmaal uitspraak heeft gedaan over de naleving van de cao dan moet deze vervolgens nog ten uitvoer worden gelegd. Niet verrassend, is ook deze executoriale fase van het rechtsproces lastiger ten aanzien van buitenlandse rechtspartijen

³⁵⁶ Dit is geen uitputtende inventarisatie.

³⁵⁷ NB deze bevoegdheid is gebaseerd art. 5 lid 3 Vo. 44/2001 (onrechtmatige daad). Zie ook HvJ EG inzake Henkel, m.n. A.A.H. van Hoek.

dan in een puur intern Nederlandse situatie. Deze voor de praktijk overigens zeer belangrijke schakel in het handhavingsproces valt buiten het bestek van dit hoofdstuk.³⁵⁸

6.5.1 Wet Cao

De Wet geeft sociale partners verschillende mogelijkheden om naleving van de cao door individuele werkgevers ten opzichte van leden-werknemers in rechte af te dwingen. Allereerst kunnen de cao-partijen uit hoofde van het algemene contractenrecht jegens elkaar naleving vorderen van de cao cq. een schadevergoeding wegens wanprestatie. Algemeen wordt aangenomen dat het daarbij niet alleen gaat om in de cao ten opzichte van elkaar opgenomen verplichtingen, maar ook om die verplichtingen van cao-partijen die in de cao zijn vastgelegd ten opzichte van de individuele leden zelf.³⁵⁹ Zo heeft de Hoge Raad herhaaldelijk vastgesteld dat de contracterende werknemersverenigingen als contractspartij naleving kunnen vorderen van de werkgever met wie een cao is afgesloten van diens in de cao opgenomen verplichtingen jegens individuele leden van de vakbond.³⁶⁰ Daarbij is het volgens de Hoge Raad niet noodzakelijk dat wordt onderzocht in hoeverre individuele leden zich op handhaving van de cao willen beroepen. Daarnaast vestigt art. 9 lid 2 Wet CAO ook een gebondenheid van de individuele leden van de cao-partijen zowel ten opzichte van elkaar als ten opzichte van de cao-partijen om de afgesloten cao na te leven. Dit artikel vormt aldus de grondslag van vorderingen van cao-partijen jegens individuele leden van de contracterende partijen die niet zelf partij zijn bij de cao. Ook in die gevallen kan derhalve worden aangenomen dat de cao-partijen uit eigen hoofde naleving kunnen vorderen van de in de cao opgenomen verplichtingen van de individuele werkgever jegens de individuele werknemers.³⁶¹

Naast een actie tot nakoming kunnen de cao-partijen opteren voor een schadevergoeding, zowel in het geval partijen bij de cao hun verplichtingen ten opzichte van elkaar niet nakomen, als in het geval dat de leden van cao-partijen hun verplichtingen ten aanzien van cao-partijen niet nakomen. In het laatste geval is de actie gebaseerd op art. 9 lid 2 Wet CAO.

Daarnaast bepaalt art. 15 Wet CAO dat een vereniging, welke een collectieve arbeidsovereenkomst is aangegaan, indien een van de andere partijen bij die overeenkomst of een van de leden van die partij handelt in strijd met zijn verplichtingen uit hoofde van die cao, vergoeding kan vorderen niet alleen voor de schade, welke zij zelve dientengevolge lijdt, doch ook voor die, welke haar leden lijden. Dit artikel is geschreven ten behoeve van de vordering tot vergoeding van schade aan individuele leden van contracterende cao-partijen wegens schending van naleving van de

³⁵⁸ Zie M.V. Polak, Brussel, Lugano, Rome, Den Haag of toch weer Brussel? De voortschrijdende Europeanisering van het internationaal privaatrecht met betrekking tot individuele arbeidsverhoudingen, SMA 2000-7/8, p. 346 – 353; Even/Van Kampen, Arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijk perspectief. Drie kernvragen voor de Nederlandse jurist, ArA 2004/1, p. 4-61; In 2004 kwam een verordening tot stand voor een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen; (EET-)Vo. 805/2004.

³⁵⁹ In deze zin o.a.. M.M. Olbers, De Arbeidsovereenkomst, aantekening 4 op art. 9 Wet CAO.

³⁶⁰ HR 19 december 1997, NJ 1998,39 en 5 februari 1999, NJ 1999,307.

³⁶¹ Zie HR 19 juni 1987; NJ 1988/70.

zogenoemde diagonale bepalingen in de cao door individuele leden van de andere cao-partij. Het idee was dat dergelijke schade niet volgens de reguliere regels van contractenrecht zou kunnen worden gevorderd. Cao-partijen zouden namelijk enkel de door hen zelf geleden schade kunnen vorderen en de individuele leden zouden met lege handen staan omdat de wet hen ook geen mogelijkheden biedt om naleving van niet in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen verplichtingen af te dwingen. Art. 15 Wet CAO is echter dusdanig ruim geredigeerd dat het de vakorganisatie ook de mogelijkheden biedt om vergoeding van door individuele leden geleden schade te vorderen wegens schending van wel in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen verplichtingen die zij dus ook zelf krachtens de artikelen 12 en 13 Wet CAO kunnen vorderen. Aldus biedt art. 15 Wet CAO mogelijkheden aan de contracterende werknemersverenigingen om buiten de betrokkenheid van de individuele leden om een actie tot schadevergoeding in te stellen bij schending van de cao. Juist ook in het internationale wegtransport, waar de betrokken chauffeurs hun individuele werkgever niet graag in rechte betrekken, biedt deze bepaling extra handhavingmogelijkheden.

Aldus hebben cao-partijen bij schending van de cao zowel de mogelijkheid eigen schade als schade van de leden te vorderen. Bij eigen schade kan gedacht worden aan immateriële schade zoals ondermijning van het gezag als vakorganisatie, en/of vermindering van werfkracht en geloofwaardigheid. Materiële schade kan bijvoorbeeld bestaan uit kosten van het personeel dat zich met de betreffende kwestie heeft beziggehouden. Art. 16 Wet CAO bepaalt dat de immateriële schade naar billijkheid wordt vastgesteld. In rechterlijke uitspraken worden zeer wisselende vergoedingen toegekend voor verlies aan prestige en werfkracht, variërend van €100,00 tot €15.000,00.³⁶² Daarnaast kunnen de vakbonden naleving vorderen van de individuele arbeidsovereenkomsten. Krachtens de art. 12 en 13 van de Wet CAO gaan de bepalingen van de cao namelijk onderdeel uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten afgesloten tussen de individuele gebonden werknemer en de gebonden werkgever. Met de CAO strijdige bepalingen zijn nietig en deze nietigheid kan, zo wordt algemeen aangenomen, door elke belanghebbende worden ingeroepen.³⁶³ Ook in dit geval kan worden aangenomen dat het niet noodzakelijk is dat wordt aangetoond dat individuele leden zich op handhaving van de CAO willen beroepen. Sterker nog: aangenomen wordt dat zelfs als de betrokken werknemers zich allemaal zouden willen conformeren aan de met de cao strijdige praktijk, de vakbond desondanks gerechtigd is nakoming te vorderen, nu zij bij het inroepen van de nietigheid geacht wordt een eigen belang te hebben. Zo oordeelde het Hof Arnhem dat de CNV geacht werd een eigen belang te hebben bij naleving van de cao, ondanks het feit dat alle betrokken individuele werknemers met de met de cao strijdige handelwijze hadden ingestemd. Het Hof wees daarbij op het belang van werknemers elders in de branche.³⁶⁴ In een uitspraak van 27 maart 1998 oordeelde de Hoge Raad dat iedere belanghebbende, dus zelfs een vakbond die geen partij is bij de

³⁶² Zie voor een overzicht: M.M. Olbers., De Arbeidsovereenkomst, aantekening 2 art. 16 Wet CAO. We gaan hier niet nader in op de wijze waarop de schade moet worden aangetoond.

³⁶³ MvT, Kamerstukken II, 1926/27, 166, nr. 3, p. 8. Zie o.a. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 505, m.nt. PAS.

³⁶⁴ Hof Arnhem, 10 februari 2004, NJF 2004/176

overeenkomst toch de nietigheid kan inroepen van de met de cao strijdige bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomsten.³⁶⁵

Het een en ander betekent dat de Nederlandse cao-partijen naleving van de cao kunnen afdwingen door individuele gebonden werkgevers ten opzichte van internationale chauffeurs, zonder de individuele chauffeurs te dwingen zich in een procedure bekend te maken en zelfs in gevallen dat deze chauffeurs zich tegen naleving van de cao zouden willen verzetten.

6.5.2 Wet Avv

Artikel 3 lid 1 AVV bepaalt dat met de cao strijdige arbeidsvoorwaarden nietig zijn. Deze nietigheid is overigens wel beperkt tot de periode van algemeen verbindendverklaring. Na afloop van deze periode herleven de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsvoorwaarden, behoudens voorzover deze voor deze in de relatie tussen gebonden werkgevers en gebonden werknemers krachtens de art. 12 en 13 Wet CAO of krachtens incorporatie deel uitmaken van de individuele arbeidsrelatie.

Art. 3 lid 2 Wet AVV geeft verenigingen van werknemers en werkgevers waarvan leden partij zijn bij een arbeidsovereenkomst waarop de algemeen verbindend verklaring betrekking heeft de mogelijkheid zich op de nietigheid van de met de avv-cao strijdige arbeidsvoorwaarden te beroepen. Niet vereist daarbij is dat er bij de in strijd met de avv-cao handelende werkgever leden van de vorderende vereniging werkzaam zijn. Evenals de nietigheid ex art. 12 Wet CAO kan de op art. 3 Wet AVV gebaseerde nietigheid ook worden ingeroepen indien de betrokken werknemers met de met de cao strijdige handelwijze zouden instemmen.³⁶⁶ Art. 3 lid 4 Wet AVV geeft daarnaast de betreffende verenigingen de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen. Bij handhaving van rechten op grond van de Waga/Detacheringsrichtlijn gaat het altijd om algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen.

Verenigingen van werknemers en werkgevers kunnen zich ten behoeve van de handhaving van avv-bepalingen van de cao laten bijstaan door de Arbeidsinspectie. Krachtens het hier boven al aangehaalde art. 10 Wet AVV kan de Arbeidsinspectie op verzoek van cao-partijen een onderzoek instellen naar de naleving van avv-cao bepalingen. Gelet op beperking van de territoriale werking van de beide transport-cao's (zie mede hoofdstuk 5) is de toepassing van dergelijke verzoeken beperkt tot Nederland. Het onderzoek door de arbeidsinspectie ex art. 10 wet AVV zal zich immers om die reden enkel kunnen uitstrekken tot in Nederland gevestigde ondernemingen. Indien deze beperking zou worden opgeheven, zou de Arbeidsinspectie ook onderzoek kunnen doen

³⁶⁵ HR 27 maart 1998, NJ 1998, 709, m. nt. TK. De jurisprudentie is toegespitst op vorderingen van de vakbonden jegens individuele werkgevers. Wij zijn van mening dat ook de bij de cao betrokken werkgeversorganisaties haar individuele leden kunnen dwingen zich te houden aan de naleving van de CAO met een beroep op de absolute nietigheid van met de CAO strijdige individuele arbeidsovereenkomsten.

³⁶⁶ Zie o.a. Ktr Groningen 6 augustus 2004, JAR 2004/198, en M.M. Olbers, aantekening 3 art. 3 Wet AVV.

naar de naleving door in het buitenland gevestigde ondernemingen. Volgens de StAR heeft de arbeidsinspectie daarbij de mogelijkheid om een zusterinspectie in het land van herkomst te vragen om relevante gegevens te verzamelen.³⁶⁷

Op basis van artikel 3 Wet AVV kunnen werknemers- en werkgeversverenigingen een actie tot nakoming instellen als hun leden partij zijn bij een arbeidsovereenkomst waarop verbindend verklaarde cao-bepalingen van toepassing zijn. Ook buitenlandse vakbonden kunnen dit doen. Het ligt echter voor de hand dat de Nederlandse bonden het voortouw nemen. Allereerst is kennis van het Nederlandse rechtssysteem voor hen geen barrière en ten tweede hebben zij, evenals Nederlandse werkgevers, een zelfstandig belang bij de naleving van de verbindende cao-bepalingen door buitenlandse werkgevers. De Wet AVV heeft immers (mede) als doelstelling het voorkomen van concurrentie op arbeidskosten.

6.5.3 Collectieve actie ex art. 3:305a BW

Tot slot kan toepassing van de cao door verenigingen van werknemers worden afgedwongen met gebruikmaking van art. 3:305a BW. Op grond van dit artikel kan een stichting of vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Met behulp van dit instrument kunnen vakbonden de naleving van de cao afdwingen, zonder de namen van de betrokken werknemers bekend te maken. De toepassing van art. 3:305a BW is, behoudens de in de tekst genoemde beperkingen (gelijksoortigheid van belangen, doelomschrijving en rechtspersoonlijkheid) voorts aan een aantal andere beperkingen gebonden. Zo kan geen schadevergoeding in geld worden gevorderd en is de vorderende partij verplicht eerst over het gevorderde te onderhandelen. Daarnaast moet bij acties die het belang van een welomschreven groep dienen, rekening worden gehouden met eventuele bezwaren van de betrokken individuen tegen de collectieve handhaving. Ten slotte zijn bij dergelijke op de belangen van een groep gerichte acties de mogelijkheden van het collectief niet ruimer dan die van de getroffen individuen.³⁶⁸

Nu art. 3:305a BW geen extra mogelijkheden biedt boven de hiervoor in de Wet CAO en Wet AVV genoemde handhavinginstrumenten, is het belang hiervan voor handhaving van de cao beperkt. Dit zogeheten collectief actierecht (niet te verwarren met het recht op staking e.d. waaraan ook vaak als collectief actierecht wordt gerefereerd en dat, inzake grensoverschrijdende detachering van werknemers, centraal stond in het arrest Laval (HvJ EG 18 december 2007, C-341/05) kan vooral nuttig zijn voor de handhaving van wettelijk arbeidsrecht, zoals het minimumloon. Volgens Van Hoek zouden ook

³⁶⁷ Star-aanbeveling inzake de toepassing van arbeidsvoorwaardelijke regels bij grensoverschrijdende arbeid in Nederland van 14 juni 2006. Zie voorts het Samenwerkingskader sociale partners en Arbeidsinspectie: “Kader voor samenwerking tussen het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de sociale partners ten behoeve van de handhaving van regelingen bij grensoverschrijdende arbeid, Stichting van de Arbeid, 01/07, 31 januari 2007”, besproken in par. 6.4.

³⁶⁸ A.A.H. van Hoek, “Collectieve handhaving van het arbeidsrecht en internationale detacheringen: taakverdeling tussen publieke en private instanties en handhavinglacunes”, in: A.W. Jongbloed (red.), Samen sterk, over het optreden in rechte door groeperingen, Den Haag: BJU 2002, p. 27-60.

buitenlandse bonden van het collectief actierecht gebruik moeten kunnen maken.³⁶⁹ Als Nederlandse bonden collectief op willen treden namens de gedetacheerde werknemers dan lijkt wel een samenwerkingsovereenkomst met een buitenlandse bond en eventueel een aanpassing van de statutaire doelstelling noodzakelijk.

6.6 Conclusie

Handhaving komt in het algemeen pas aan de orde als is vastgesteld dat Nederlands recht van toepassing is (dan wel dat de arbeidsverhouding onder de Nederlandse cao valt). Een uitzondering hierop is de mogelijkheid om controles uit te voeren met betrekking tot het arbeidsrecht ten aanzien van alle ondernemingen die onder Nederlandse vergunning werken (ook bij inleen naar buitenlands recht). In het Europese vervoersrecht is weliswaar de vroegere koppeling tussen vergunningverlening en toepasselijkheid van het nationale arbeidsrecht losgelaten (hetgeen ook strookt met het EVO en de vestigingsvrijheid in de EU), maar tegelijkertijd is vastgehouden aan het uitgangspunt dat het land dat de vergunning verstrekt, toezicht houdt op de arbeidsvoorwaarden van de chauffeurs. Het Europese en nationale vervoersrecht is dus nog sterk geënt op controle op arbeidsvoorwaarden door de lidstaat die de vervoersvergunning verstrekt. Nederland heeft als vergunningverlenende lidstaat dus in elk geval een belang bij de controle van de toegepaste arbeidsvoorwaarden (zie hoofdstuk 5 en par. 6.2).

Het Europese recht stelt algemene eisen aan de nationaalrechtelijke handhaving van gemeenschapsrecht. Dit is van belang nu veel Nederlands arbeids- en vervoersrecht een implementatie is van EG-recht. Lidstaten moeten bij het opstellen van nationale sancties twee beginselen in acht nemen: het beginsel van voldoende effectiviteit/doeltreffendheid en het non-discriminatie/assimilatie- of gelijkwaardigheidsbeginsel. In het kader van het eerstgenoemde beginsel moeten sancties doeltreffend, afschrikwekkend en evenredig zijn. Sancties moeten dus een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming verzekeren en een werkelijk ontmoedigend effect op de werkgever hebben. Het laatstgenoemde beginsel verplicht de lidstaten erop toe te zien dat schendingen van het gemeenschapsrecht volgens gelijke materiële en procedurele regels worden bestraft als soortgelijke en even ernstige schendingen van het nationale recht. Als het gaat om cabotage-vervoer of om tewerkstellingsmodaliteiten waarvoor wij in hoofdstuk 5 beargumenteerd hebben dat de Detacheringsrichtlijn hierop analoog zou moeten worden toegepast, zijn nog specifieke informatie- en handhabingsbepalingen ten aanzien van grensoverschrijdende detachering van belang, neergelegd in de artikelen 4, 5 en 6 van de Detacheringsrichtlijn. Uit jurisprudentie op grond van het vrij verkeer blijkt voorts dat handhavingsmaatregelen ook worden begrensd door het Europese recht, omdat deze een belemmering kunnen vormen voor het grensoverschrijdende dienstenverkeer c.q. de vestigingsvrijheid. Administratieve verplichtingen (opgelegd in de lidstaat van ontvangst/vestiging) moeten derhalve gerechtvaardigd zijn en tevens noodzakelijk, effectief en proportioneel. Dit betekent bij grensoverschrijdende dienstverrichting dat geen dubbele controleverplichtingen mogen worden opgelegd.

³⁶⁹ Van Hoek, collectieve handhaving, a.w., p. 42-50, 58-59.

Nagegaan is of, en zo ja welke nadere maatregelen Nederlandse cao-partijen kunnen nemen om de handhaving van de arbeidsvoorwaarden bij grensoverschrijdende arbeid te verbeteren. Daarbij zijn de door de StAR opgestelde aanbevelingen en handhavingskader inzake de toepassing van arbeidsvoorwaardelijke regels bij grensoverschrijdende arbeid (2006) betrokken en tevens het met het oog op een doeltreffende handhaving bij grensoverschrijdende arbeid opgestelde ‘Samenwerkingskader’ van het Ministerie van SZW en de StAR, voorzover gericht op de handhaving van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen, informatie ten behoeve van de risicoanalyse en informatie aan werkgevers en werknemers.

In het handhavingsproces kunnen drie fasen worden onderscheiden: preventie, controle en repressie. De conclusie is dat er mogelijkheden zijn ter versterking van de handhaving en handhaafbaarheid van de cao, vooral op het vlak van preventie en controle. Over de wenselijkheid van dergelijke maatregelen wordt geen uitspraak gedaan. Hieronder geven we voor elk van deze fasen aan welke mogelijkheden tot verbetering van de handhaving overwogen kunnen worden, waarbij rekening is gehouden aan de eisen en grenzen die het Europese recht hieraan stelt.

Preventie van niet-naleving

Allereerst kan de informatie aan werknemers verbeterd worden door de verstrekingsplicht die krachtens art. 7:655 BW (implementatie van Richtlijn 91/533) geldt voor de (detacherende) werkgever ook in de cao op te nemen. Dit is van belang voor alle tewerkstellingsmodaliteiten. De cao-bepaling zou zo geredigeerd moeten worden dat ten aanzien van chauffeurs met buitenlandse arbeidsovereenkomst het voldoen aan de informatieplicht op grond van een buitenlandse omzetting van richtlijn 91/533 ook geaccepteerd wordt (op grond van Europese beginsel van wederzijdse erkenning) (par. 6.3.1).

Tevens is het van belang dat de voor gedetacheerde werknemers geïdentificeerde bepalingen (zie hoofdstuk 5) nauwkeurig en toegankelijk in de cao(-bijlage) vastgelegd worden en bekend gemaakt worden, op een ook voor buitenlands publiek toegankelijke en transparante wijze. Het mag voor een werkgever die werknemers detacheert naar een andere lidstaat, in de praktijk namelijk niet onmogelijk of overdreven moeilijk zijn om te weten welke verplichtingen hij moet nakomen. Een buitenlandse werkgever zal dus in elk geval op eenvoudige wijze moeten kunnen achterhalen welke Nederlandse regelgeving hij moet toepassen en hoe hij deze moet toepassen. Goede voorbeelden zijn met name te vinden in de bouw-cao (waarbij ook in een brochure bijvoorbeeld de salarisschalen en wijze van functieindeling wordt uitgelegd) en de ABU-cao. De website van SZW biedt voorts nog onbenutte mogelijkheden tot bekendmaking. Vertaling in Engels, Pools en/of andere talen van de informatie is tevens aanbevelenswaardig (par. 6.3.1).

Maatregelen inzake de verantwoordelijkheid en/of aansprakelijkheid van de inlener of hoofdopdrachtgever kunnen eveneens een preventieve werking hebben. Een uitzendbeding staat al in de huidige cao. Mogelijk is voorts een vorm van

ketenaansprakelijkheid (of minder vergaand ketenverantwoordelijkheid)³⁷⁰ voor naleving van cao-bepalingen door uitleners/onderaannemers. Hierdoor komt (een deel van) de verantwoordelijkheid voor de naleving mede bij de hoofdopdrachtgever te liggen. In EG-jurisprudentie is bepaald dat de Detacheringsrichtlijn, uitgelegd met inachtneming van artikel 49 EG, zich niet tegen een dergelijke nationale regeling verzet omdat het de werknemersbescherming objectief gezien ten goede komt. Er wordt immers een extra borg toegevoegd voor de betaling van het loon (par. 6.3.2).

Tevens is een zogenoemde vergewisbepaling denkbaar inhoudende dat, in geval van onderaanneming (charters) de contractant de cao – mits van toepassing - en de wettelijke bepalingen op juiste wijze naleeft. Een voorbeeld is te vinden in de Vlees-cao. Wederom moet bij het redigeren van de cao-tekst ook gelet worden op transparantie, toegankelijkheid en erkenning van eventuele buitenlandse verplichtingen voor buitenlandse werkgevers. De effectiviteit van een ketenbeding en een vergewisbepaling staat of valt wel met de toepasselijkheid van de cao-bepalingen op de uitlener/onderaannemer (par. 6.3.2)..

Controle op naleving

Het is mogelijk een ieder die arbeid doet verrichten onder het Nederlandse vergunningsstelsel vanaf de dag van aanvang – niet van te voren dus, maar wel vanaf de eerste dag - van de uit te voeren werkzaamheden te verplichten aan het/een cao-nalevingsbureau gegevens te verstrekken over de identiteit van de dienstverlener/werkgever; de tewerkgestelde werknemers, over de aard en de duur van de werkzaamheden alsmede de toepasselijke (kern-)arbeidsvoorwaarden. Hierbij moet in elk geval bij cabotage genoegzaam worden genomen met buitenlandse documenten, wel kan op grond van de EG-jurisprudentie³⁷¹ eventueel een vertaling geëist worden. Bij deze optie moet goed worden afgewogen of de kool (versterking controlemogelijkheden) het sop (toename van de administratieve en uitvoeringslasten voor zowel werkgevers als nalevingsinstantie) waard is. Een onder de naam ‘Eerstedagsmelding’ bekende en verguisde fiscale maatregel is onlangs ingetrokken na de vaststelling dat deze zijn doel voorbij schoot (par. 6.4.3).

Wat betreft de zogeheten omgekeerde bewijslast bepaling die is opgenomen in de huidige transport-cao's, deze zou uitgebreid kunnen worden tot buitenlandse werkgevers (onderaannemers en uitzendbureaus). Dit kan echter alleen in samenhang met uitbreiding van de werkingssfeer van de cao. Wel zal ook hierbij rekening moeten worden gehouden met Europese jurisprudentie ten aanzien van soort en taal van de documenten die van de buitenlandse dienstverrichter gevraagd mogen worden, vanaf wanneer en tot wanneer documenten beschikbaar moeten worden gehouden etc. (6.4.6).

Met het oog op controle verdient het verder nog aanbeveling meer samenwerking te zoeken tussen de cao-nalevingsbureau's VNB en NCG (voorzover nog actief) enerzijds

³⁷⁰ Bij ketenverantwoordelijkheid gaat het juridisch gezien om een inspanningsverplichting, bij ketenaansprakelijkheid om een resultaatsverplichting.

³⁷¹ HvJ EG, arrest van 14 april 2005, zaak C- 341/02, Commissie / Duitsland. Zie hierover Houwerzijl, a.w., SMA 2007.

en de betrokken overheidsinstanties anderzijds, in het kader van de uitwisseling van de benodigde gegevens voor controle en eventueel ook met het oog op de risico-analyse die van belang is om te bepalen op welke ondernemingen de handhavingsinspanningen moeten worden gericht. Eventueel zou voorts (periodiek) gedacht kunnen worden aan bevordering van het aantal meldingen van misstanden door gerichte acties, zoals al beproefd in het verleden door FNV-bondgenoten (meldweek) (par. 6.4.1 en 6.4.5).

Gelet op de moeilijkheid om bewijsmateriaal op te sporen bij grensoverschrijdende arbeid, zouden cao-partijen voorts kunnen overwegen (meer) gebruik te maken van de mogelijkheid om krachtens art. 10 Wet avv een verzoek te richten tot de Arbeidsinspectie voor nader onderzoek bij een gegrond vermoeden van niet-naleving van avv-cao-bepalingen. In het Samenwerkingskader is vastgelegd dat SZW aan een dergelijk onderzoek in principe gevolg zal geven. Het enkele feit dat een cao-partij de identiteit van de betrokken (buitenlandse) werkgever en/of diens in Nederland tewerkgestelde werknemers niet kan achterhalen, is geen reden om het verzoek te weigeren. Indien de Arbeidsinspectie vaststelt dat de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen overtreden worden, kunnen de betrokken cao-partijen een vergoeding vorderen van de schade die zijzelf of hun leden lijden door het niet nakomen van de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen door het bedrijf (behandeld in par. 6.4.4). De mogelijkheid de Arbeidsinspectie te betrekken bij het opsporen van bewijsmateriaal werkt thans in praktijk niet optimaal, waardoor cao-partijen er vaak vanaf zien art. 10-verzoeken in te dienen. Als cao-partijen hier verandering in willen brengen, zou het echter raadzaam kunnen zijn wel deze moeite te nemen (teneinde zowel het belang én de gebrekkige werking van dit instrument in praktijk te kunnen aantonen).

Handhaving in rechte

Wat betreft het in rechte afdwingen van naleving van de cao, verdient het ten slotte aanbeveling voor Nederlandse vakbonden om na te gaan of zij volgens hun statuten collectief kunnen optreden namens door een buitenlandse werkgever tewerkgestelde werknemers en om afspraken te maken met buitenlandse vakbonden over wederzijdse bijstand (par. 6.4.6).

EXECUTIVE SUMMARY EN AANBEVELINGEN

Met het liberaliseren van de markt in het internationale (en nationale) wegtransport zijn ook de arbeidsverhoudingen tussen transportondernemingen en hun chauffeurs veranderd. Het vrij verkeer verruimt immers de mogelijkheden om de organisatie van het internationale transport vorm te geven. In dit rapport wordt een aantal van de hierdoor ontstane grensoverschrijdende tewerkstellingsmodaliteiten aan een nader onderzoek onderworpen. Het betreft de volgende varianten:

Tewerkstellingsmodaliteiten

1. Buitenlandse werknemers in Nederlandse loondienst

Variant I Een in Nederland gevestigde transportondernemer heeft een Belgische chauffeur in loondienst die met een in Nederland afgegeven Eurovergunning vervoer verricht tussen België en Frankrijk.

Variant II Een in Nederland gevestigde transportondernemer heeft een Poolse chauffeur in dienst. De chauffeur verricht binnenlands vervoer in Nederland en rijdt op een Nederlandse vergunning

Variant III Een in Nederland gevestigde transportondernemer heeft een Poolse chauffeur in dienst. De chauffeur verricht internationaal vervoer en rijdt op een in Nederland afgegeven Eurovergunning.

2. Uitzendkrachten van een in een andere lidstaat gevestigd uitzendbureau

Variant IV

Een in Nederland gevestigde transportondernemer werkt met een Poolse uitzendkracht in dienst van een Poolse uitzendorganisatie. De uitzendkracht verricht binnenlands vervoer in Nederland en rijdt op een Nederlandse vergunning. Tevens is gekeken naar de variant dat de uitzendkracht tewerkgesteld wordt in het internationale transport.

3. Collegiale inleen uit een andere lidstaat

Variant V

Een Nederlands bedrijf maakt gebruik van het personeel van een Oost-Europees transportbedrijf dat al dan niet gelieerd is aan de Nederlandse onderneming.

4. Charters uit een andere lidstaat

Variant VI

Charters vanuit Oost-Europa worden ingeschakeld door Nederlandse transportondernemingen om werk uit te voeren. Deze buitenlandse bedrijven kunnen zelfstandig zijn, maar ook zijn opgericht door Nederlandse transportbedrijven, speciaal met het doel om het buitenlandse bedrijf in te huren als charter voor hun Nederlandse werk.

De diverse varianten zijn beschreven in hoofdstuk 3, waarin ze worden getoetst op hun geoorloofdheid in het licht van de Nederlandse en Europese wetgeving. Varianten die als ongeoorloofd werden beoordeeld (collegiale inleen – op structurele basis - voor een deeltraject), alsmede varianten waarin de cao

geen relevante rol speelt (te weten die waarin gebruik wordt gemaakt van eigen rijders), zijn niet in het verdere onderzoek betrokken (zie par. 3.1.2).

Onderzoeksvragen

Ten aanzien van de hierboven beschreven modaliteiten worden in het rapport de volgende vragen behandeld:

- 1** zijn deze modaliteiten toegestaan onder het nationale respectievelijk het Europese transportrecht en levert het transportrecht rechtskeuze bestendige aanknopingspunten op voor de regulering van de arbeidsverhoudingen van internationale chauffeurs? (hoofdstukken 2 en 3)
- 2** welke gevolgen heeft de vormgeving van de arbeidsverhouding voor het recht dat (objectief) van toepassing is op de arbeidsovereenkomst tussen chauffeur en werkgever? (hoofdstuk 4)
- 3** is het toegestaan (of misschien zelf verplicht) om de Nederlandse cao mede van toepassing te verklaren op deze tewerkstellingsvarianten? (hoofdstuk 5)
- 4** welke aanbevelingen vloeien uit het voorgaande voort met betrekking tot de werkingssfeer van de Nederlandse transport-cao? (hoofdstuk 5)
- 5** welke nadere maatregelen kunnen cao-partijen nemen om de handhaving van de arbeidsvoorwaarden te verbeteren? (hoofdstuk 6)

In hoofdstuk 2 wordt het transportrecht beschreven. Zo worden de beperkingen die aan de werkgever worden opgelegd door het Europese en het nationale recht beschreven en wordt onderzocht welke handvatten het transportrecht biedt voor het reguleren van de arbeidsverhoudingen in de branche. In hoofdstuk 3 wordt vervolgens een schifting gemaakt in legale en niet-legale tewerkstellingsmodaliteiten. In hoofdstuk 4 wordt de vraag beantwoord welk recht van toepassing is op de individuele arbeidsovereenkomsten van internationale chauffeurs – binnen de verschillende tewerkstellingsmodaliteiten. In hoofdstuk 5 wordt vervolgens onderzocht in hoeverre op de verschillende modaliteiten de Nederlandse cao mag worden toegepast. Hierbij is zowel rekening gehouden met het internationaal privaatrecht als met het Europese recht inzake het vrij verkeer. Aan het eind van hoofdstuk 5 wordt geprobeerd de invloed van de verschillende rechtsgebieden (transportrecht, IPR, vrij verkeer) op de transport-cao met elkaar te verbinden. In hoofdstuk 6 tenslotte komen de mogelijkheden aan de orde voor cao-partners om toepasselijke Nederlandse cao-bepalingen te handhaven, eveneens tegen de achtergrond van het Europese recht. De belangrijkste conclusies worden hieronder weergegeven.

Conclusies en aanbevelingen

Belangrijkste conclusies ten aanzien van vraag 1

Op basis van de inventarisatie van de huidige Europese en de huidige en toekomstige Nederlandse regelgeving zijn alle hierboven genoemde tewerkstellingsmodaliteiten toegestaan. Tevens heeft de inventarisatie geen rechtskeuze bestendige aanknopingspunten opgeleverd voor de regulering van de arbeidsverhoudingen van internationale chauffeurs, met uitzondering van de voor een in Nederland te verkrijgen communautaire en binnenlandse vergunning geldende eis van dienstbetrekking. De reikwijdte van deze Nederlandse verplichting strekt zich uit tot

in Nederland gevestigde vergunninghouders. Het vereiste zegt echter niet dat Nederlands recht van toepassing is op de met de chauffeur overeengekomen arbeidsovereenkomst, maar vereist slechts dat er een arbeidsovereenkomst wordt gesloten. Hiermee wordt het gebruik van zogeheten ‘eigen rijders’ (zzp’ers) zonder eigen vergunning tegen gegaan en is het tevens mogelijk om de uitzonderingen op het inleenverbod te beperken tot werknemers. Om een communautaire en binnenlandse vergunning te verkrijgen moet de vervoerder voorts voldoen aan de eisen van betrouwbaarheid, financiële draagkracht en vakbekwaamheid die de lidstaat van vestiging stelt aan de toegang tot het beroep van vervoerder. Alhoewel in de toepasselijke Europese en Nederlandse regelgeving het voldoen aan de in het beroep geldende loon- en arbeidsvoorwaarden als invulling van het betrouwbaarheidsvereiste wordt genoemd, verwijst de gebezigde formulering niet ondubbelzinnig naar toepasselijkheid van de loon- en arbeidsvoorwaarden van het land van vestiging. Op communautair niveau zijn nieuwe regels in de maak inzake de toegang tot de markt van het grensoverschrijdend vervoer, respectievelijk de markt van het binnenlands vervoer en inzake de voorwaarden voor het beroep van wegvervoerondernemer. Hierover is in de zomer van 2008 een politiek akkoord bereikt in de Raad. In afwachting van de definitieve teksten is geen uitspraak gedaan over de eventuele consequenties van aanneming van deze voorstellen voor de geoorloofdheid van de tewerkstellingsmodaliteiten en eventuele aanknopingspunten voor de regulering van de arbeidsverhoudingen van internationale chauffeurs.

Conclusies ten aanzien van vragen 2 tot en met 4 en aanbevelingen ten aanzien van de werkingssfeer van de cao

CONCLUSIE 1

Het toepasselijke recht op de arbeidsovereenkomst van internationale chauffeurs wordt bepaald aan de hand van een meerzijdige verwijzingsregel die primair aanknoopt aan de plaats waar of van waaruit de werknemer zijn werkzaamheden verricht. Daarbij is de individuele arbeidsverhouding maatgevend – in tegenstelling tot de regeling van de transportwetgeving en het vrij verkeer van diensten, die veel meer uitgaan van de positie van de onderneming. Ook de vergunning waaronder het transport plaatsvindt is niet doorslaggevend voor het toepasselijk recht. Dit leidt in veel van de beschreven gevallen tot de toepasselijkverklaring van buitenlands recht op de individuele arbeidsverhoudingen. Onzekerheid bestaat met name ten aanzien van de chauffeurs die vanuit het buitenland werkzaam zijn voor een Nederlandse onderneming – en dan met name in die gevallen waarin er geen (onzelfstandige) vestiging of standplaats in het buitenland aanwezig is (para 4.5). Deze onduidelijkheid ten aanzien van het toepasselijke recht leidt ook tot onduidelijkheid met betrekking tot de werkingssfeer van de cao. Het is dan ook wenselijk om ten aanzien van deze groep nadere duidelijkheid te verschaffen in de cao (para 5.6).

AANBEVELING 1

1 Verduidelijk de werkingssfeer van de cao ten aanzien van in het buitenland gestationeerde chauffeurs die werkzaam zijn voor een Nederlandse transportonderneming (Variant I en III).

Deze verduidelijking kan zowel bestaan uit het expliciet van toepassing verklaren van de cao op deze groep (al dan niet aangevuld met een rechtskeuze voor Nederlands recht in de individuele arbeidsovereenkomst) als uit een expliciete uitsluiting van deze groep van de werkingssfeer van de cao. In dat laatste geval moet ervoor worden

gewaakt om geen discriminerend onderscheid in de cao te introduceren. Uitsluiting louter op grond van woonplaats is vanuit dat oogpunt niet verdedigbaar (para 5.4.2).

CONCLUSIE 2

Voor zover buitenlands recht van toepassing is op de individuele arbeidsovereenkomsten, kan de cao uitsluitend worden toegepast als voorrangsregel. Op grond van de Wet AVV is de Nederlandse cao dwingend van toepassing op werkzaamheden binnen Nederland (met betrekking tot specifieke groep beschermingsbepalingen). Deze regeling strekt zich niet uit tot de diverse tewerkstellingsmodaliteiten in het internationaal wegtransport. Als desondanks toepassing van de Nederlandse cao wenselijk wordt geacht, zou deze van toepassingverklaring moeten plaatsvinden in de cao zelf, in combinatie met avv. Een dergelijke 'extraterritoriale' toepassing dient te worden getoetst aan het EVO (binnenkort Verordening Rome I) en de bepalingen inzake het vrij verkeer binnen de EG (zie resp para 5.3. en 5.4). Met name op dit laatste punt doen zich problemen voor omdat de toepassing van de cao belemmerend kan zijn voor de vestigingsvrijheid (para 5.4.4) en het vrij verkeer van diensten (para 5.4.5). De toepassing is in dat geval alleen mogelijk als dit niet in strijd is met Europees recht, een legitiem doel dient en daarnaast geschikt en noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Nationale economische belangen worden in dit kader niet als legitieme grond voor belemmering gezien. Werknemersbescherming wel. In het dienstenverkeer is de toepassing van het recht van het land van ontvangst echter aan strenge regels onderworpen op grond van de detachingsrichtlijn (para 5.4.5). De vrijheid van de lidstaten en de sociale partners is op dit punt dus beperkt.

Bij de meeste hier beschreven tewerkstellingsmodaliteiten stuit de volledige toepassing van de Nederlandse cao op bezwaren vanuit het oogpunt van het Europese recht. Wel is in detachingsituaties partiële toepassing van de cao verdedigbaar (zie para 5.4.6).

Met detachingsituaties wordt in dit geval bedoeld op (zie para 5.4.5):

- Het ter beschikking stellen van werknemers op het grondgebied van een lidstaat, in het kader van een overeenkomst tot het verrichten van diensten tussen de zendende onderneming en een in de ontvangende lidstaat gevestigde of werkzame dienstontvanger (art. 1 lid 3 onder a). Cabotage kan hieronder worden begrepen. Daarnaast is deze situatie zeer vergelijkbaar met die waarin een chauffeur tijdelijk wordt gestationeerd in een ander land dan van waaruit gewoonlijk gewerkt wordt. Voor die laatste situatie bepleiten wij dan ook analoge toepassing van de detachingsrichtlijn.
- De uitwisseling van werknemers tussen de verschillende onderdelen van een internationale onderneming (art. 1 lid 3 onder b).
- De terbeschikkingstelling van werknemers bijv. in het kader van uitzendarbeid (art. 1 lid 3 onder c).

Collegiale uitleen valt onder te brengen onder deze twee laatste vormen - afhankelijk van de verhouding tussen uitlener en inlener.

Willen de sociale partners van de mogelijkheid tot partiële toepassing van de cao gebruik maken, dan dient niet alleen de werkingssfeer van de cao hierop te worden aangepast, maar moeten ook de relevante cao-bepalingen nader worden geïdentificeerd. Het betreft de bepalingen die betrekking hebben op
a) maximale werk- en minimale rustperioden;

- b) minimumaantal betaalde vakantiedagen;
- c) minimumlonen, inclusief vergoedingen voor overwerk; dit punt is niet van toepassing op de aanvullende bedrijfspensioenregelingen;
- d) voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, inzonderheid door uitzendbedrijven;
- e) gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk;
- f) beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van zwangere of pas bevallen vrouwen, kinderen en jongeren;
- g) gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake niet-discriminatie.

Zie verder para 5.4.5. Een voorbeeld van een dergelijk identificatie is te vinden in de cao voor de bouwnijverheid (zie bijlage).

NB Ten aanzien van buitenlandse onzelfstandige dochters zonder zelfstandige economische activiteit ten bate van derden is een ruimere toepassing van de cao verdedigbaar (para 5.4.4)

NB 2 Hetzelfde geldt ten aanzien van uitzendkrachten (para 5.4.5 en 5.6).

AANBEVELING 2

Beoordeel de wenselijkheid van de uitbreiding van de werkingssfeer van de cao ten aanzien van verschillende vormen van detachering.

Identificeer in de cao de bepalingen die relevant zijn voor gedetacheerde werknemers en maak deze toegankelijk voor de betreffende werknemers en werkgevers (zie tevens hieronder).

CONCLUSIE 3

Voor zover het Europese transportrecht ruimte laat voor nadere eisen met betrekking tot kwaliteit en veiligheid, mogen deze eisen worden opgelegd ten aanzien van alle chauffeurs die worden ingezet in het internationale wegtransport onder Nederlandse vergunning. Het is echter de vraag of in de huidige cao dergelijke bepalingen met voldoende zelfstandigheid zijn te identificeren. Zo lijken de taken van het O&O fonds te divers om toepassing van de cao met betrekking tot dit fonds op alle transport onder Nederlandse vergunning te rechtvaardigen (para 5.4.4). Daarnaast zou op dit punt nadrukkelijk rekening moeten worden gehouden met buitenlandse kwalificaties en controles.

CONCLUSIE 4

Cabotage is een door de detacheringsrichtlijn bestreken vorm van detachering. Hoewel geen volledige duidelijkheid bestaat over de vraag of Nederland op grond van het Europese recht verplicht is om bij cabotage in Nederland bescherming naar Nederlands recht te garanderen, is wel duidelijk dat cabotage onder de Nederlandse Waga valt. Het feit dat de Nederlandse cao niet van toepassing is op werknemers van buitenlandse transporteurs, staat hiermee op gespannen voet. Zie para 5.4.6

AANBEVELING 3

De werkingssfeerbepaling van de cao zou moeten worden aangepast en in de cao moeten voorzieningen worden opgenomen die toepassing van de cao op detacheringen naar Nederland mogelijk maken. Het gaat bij dat laatste met name om de (hierboven reeds beschreven) identificatie van de relevante cao-bepalingen.

Daarnaast verdient het aanbeveling om te bezien of een vrijstelling voor kortdurende arbeid en/of arbeid van geringe omvang moet worden opgenomen. Hiervoor is echter een wijziging nodig van de Waga c.q. Wet AVV. De sociale partners zouden hierover derhalve in contact moeten treden met het Ministerie van Sociale Zaken.

Conclusies ten aanzien van vraag 5 en mogelijkheden ter versterking van de handhaving/handhaafbaarheid van de cao

CONCLUSIE

Handhaving komt in het algemeen pas aan bod als is vastgesteld dat Nederlands recht van toepassing is (dan wel dat de arbeidsverhouding onder de Nederlandse cao valt). Een uitzondering hierop is de mogelijkheid om controles uit te voeren met betrekking tot het arbeidsrecht ten aanzien van alle ondernemingen die onder Nederlandse vergunning werken (ook bij inleen naar buitenlands recht).

Ook handhavingsmaatregelen moeten worden getoetst aan het Europese recht, omdat ook deze een belemmering kunnen vormen voor het grensoverschrijdende dienstenverkeer c.q. de vestigingsvrijheid. Nagegaan is of en zo ja welke nadere maatregelen cao-partijen kunnen nemen om de handhaving van de arbeidsvoorwaarden te verbeteren. In het handhavingsproces kunnen drie fasen worden onderscheiden: preventie, controle en repressie (zie par. 6.2). De conclusie is dat er mogelijkheden zijn ter versterking van de handhaving en handhaafbaarheid van de cao, vooral op het vlak van preventie en controle (zie par. 6.6). Over de wenselijkheid van dergelijke maatregelen wordt geen uitspraak gedaan. Hieronder geven we voor elk van deze fasen aan welke mogelijkheden tot verbetering van de handhaving zijn gesignaleerd.

VERSTERKING VAN PREVENTIE VAN NIET-NALEVING

MOGELIJKHEID 1

De informatie aan (gedetacheerde) werknemers kan verbeterd worden door de verstrekingsplicht voor de werkgever van art. 7:655 BW (implementatie van Richtlijn 91/533) ook in de cao op te nemen. Dit is van belang voor alle tewerkstellingsmodaliteiten. De cao-bepaling zou zo geredigeerd moeten worden dat ten aanzien van chauffeurs met buitenlandse arbeidsovereenkomst het voldoen aan de informatieplicht op grond van een buitenlandse omzetting van richtlijn 91/533 ook geaccepteerd wordt (op grond van Europese beginsel van wederzijdse erkenning) (zie par. 6.3.1).

MOGELIJKHEID 2

De voor gedetacheerde werknemers geïdentificeerde bepalingen (zie aanbevelingen tav 4-5) moeten nauwkeurig en toegankelijk in de cao(-bijlage) vastgelegd worden en bekend gemaakt worden, op een ook voor buitenlands publiek toegankelijke en transparante wijze. Het mag voor een werkgever die werknemers detacheert naar een andere lidstaat, in de praktijk namelijk niet onmogelijk of overdreven moeilijk zijn om te weten welke verplichtingen hij moet nakomen. Een buitenlandse werkgever zal dus in elk geval op eenvoudige wijze moeten kunnen achterhalen welke Nederlandse regelgeving hij moet toepassen en hoe hij deze moet toepassen. Goede voorbeelden zijn met name te vinden in de bouw-cao (waarbij ook in een brochure bijvoorbeeld de salarisschalen en wijze van functieindeling wordt uitgelegd) en de ABU-cao. De website van SZW biedt voorts nog onbenutte mogelijkheden tot bekendmaking.

Vertaling in Engels, Pools en/of andere talen van de informatie is tevens aanbevelenswaardig (zie par. 6.3.1).

MOGELIJKHEID 3

Maatregelen inzake de verantwoordelijkheid en/of aansprakelijkheid van de inlener of hoofdopdrachtgever kunnen eveneens een preventieve werking hebben. Een uitzendbeding staat al in de huidige cao. Mogelijk is voorts een vorm van ketenaansprakelijkheid (resultaatsverplichting) of minder vergaand ketenverantwoordelijkheid (inspanningsverplichting) voor naleving van cao-bepalingen door uitleners/onderaannemers. Hierdoor komt (een deel van) de verantwoordelijkheid voor de naleving mede bij de hoofdopdrachtgever te liggen. In EG-jurisprudentie is bepaald dat de Detacheringsrichtlijn, uitgelegd met inachtneming van artikel 49 EG, zich niet tegen een dergelijke nationale regeling verzet omdat het de werknemersbescherming objectief gezien ten goede komt. Er wordt immers een extra borg toegevoegd voor de betaling van het loon.

Tevens is een zogenoemde vergewisbepaling denkbaar inhoudende dat de contractant de cao – mits van toepassing - en de wettelijke bepalingen op juiste wijze naleeft. Een voorbeeld is te vinden in de Vlees-cao. Wederom moet bij het redigeren van de cao-tekst ook gelet worden op transparantie, toegankelijkheid en erkenning van eventuele buitenlandse verplichtingen voor buitenlandse werkgevers. De effectiviteit van een ketenbeding en een vergewisbepaling staat of valt wel met de toepasselijkheid van de ao-bepalingen op de uitlener/onderaannemer (zie par. 6.3.2).

VERSTERKING VAN DE CONTROLE OP NALEVING

MOGELIJKHEID 1

Met het oog op controle verdient het aanbeveling meer samenwerking te zoeken tussen de cao-nalevingsbureau's en betrokken overheidsinstanties in het kader van uitwisseling van kennis en gegevens van belang voor de controle (en risico-analyse). Eventueel zou voorts (periodiek) gedacht kunnen worden aan bevordering van het aantal meldingen van misstanden door gerichte acties (zie par. 6.4.1 en 6.4.5). Gelet op de moeilijkheid om bewijsmateriaal op te sporen bij grensoverschrijdende arbeid, zouden cao-partijen voorts kunnen overwegen (meer) gebruik te maken van de mogelijkheid om krachtens art. 10 Wet avv een verzoek te richten tot de Arbeidsinspectie voor nader onderzoek bij een gegrond vermoeden van niet-naleving van avv-cao-bepalingen (zie par. 6.4.4). Deze mogelijkheid werkt thans in praktijk niet optimaal, waardoor cao-partijen er vaak vanaf zien art. 10-verzoeken in te dienen. Als cao-partijen hier verandering in willen brengen, zou het echter raadzaam kunnen zijn wel deze moeite te nemen (teneinde zowel het belang én de gebrekkige werking van dit instrument in praktijk te kunnen aantonen).

MOGELIJKHEID 2

Het is mogelijk een ieder die arbeid doet verrichten onder het Nederlandse vergunningsstelsel vanaf de dag van aanvang – niet van te voren dus, maar wel vanaf de eerste dag - van de uit te voeren werkzaamheden te verplichten aan het/een cao-nalevingsbureau gegevens te verstrekken over de identiteit van de dienstverlener/werkgever; de tewerkgestelde werknemers, over de aard en de duur van de werkzaamheden alsmede de toepasselijke (kern-)arbeidsvoorwaarden. Hierbij moet in elk geval bij cabotage genoegzaam worden genomen met buitenlandse documenten, wel kan op grond van de EG-jurisprudentie eventueel een vertaling

geëist worden (zie par. 6.4.3). Bij deze optie moet goed worden afgewogen of de kool (versterking controle mogelijkheden) het sop (toename van de administratieve en uitvoeringslasten voor zowel werkgevers als nalevingsinstantie) waard is. Een onder de naam 'Eerstedagsmelding' bekende en verguisde fiscale maatregel is onlangs ingetrokken na de vaststelling dat deze zijn doel voorbij schoot.

Wat betreft de zogeheten omgekeerde bewijslast bepaling die is opgenomen in de huidige transport-cao's, deze zou uitgebreid kunnen worden tot buitenlandse werkgevers (onderaannemers en uitzendbureaus). Dit kan echter alleen in samenhang met uitbreiding van de werkingssfeer van de cao. Wel zal ook hierbij rekening moeten worden gehouden met Europese jurisprudentie ten aanzien van soort en taal van de documenten die van de buitenlandse dienstverrichter gevraagd mogen worden, vanaf wanneer en tot wanneer documenten beschikbaar moeten worden gehouden etc. (zie 6.4.6).

HANDHAVING IN RECHTE

Wat betreft het in rechte afdwingen van naleving van de cao, verdient het nog aanbeveling voor Nederlandse vakbonden om na te gaan of zij volgens hun statuten collectief kunnen optreden namens door een buitenlandse werkgever tewerkgestelde werknemers en om afspraken te maken met buitenlandse vakbonden over wederzijdse bijstand (zie par. 6.5).