

Conflictenrecht en arbeid in het Europees wegtransport – verder en verder weg van het Savigniaanse verwijzingsmodel

A.A.H. van Hoek* en F. van Overbeeke**

Abstract

The protection of workers in situations involving cross-border mobility has been a contentious issue within the EU international market for a long time. In this contribution we focus on recent developments as these impact the employment conditions of workers in international road transport in the EU/EEA. The starting point is Directive 2018/857 as it amends the Posting of Workers Directive of 1996. Hungary and Poland had approached the CJEU in a (failed) attempt to have Directive 2018/857 declared null and void, inter alia for being incompatible with the Rome I Regulation – see cases C-620/18 (Hungary) and C-626/18 (Poland). The special position of workers in the road haulage industry is highlighted by the special Directive on Posting Drivers in the Road Transport Sector (Directive 2020/1057) and the judgement of the CJEU in the case of FNV v. Van den Bosch (case C-815/18). All these developments are outlined here in order to assess their impact on social competition as well as their interaction with the system of private international law.

1. Inleiding

Het IPR voor internationale arbeidsovereenkomsten is geen rustig bezit. Dat geldt in verhoogde mate voor de regelingen die bepalen welke arbeidsrechtelijke normen van toepassing zijn op internationale arbeidsverhoudingen in het Europees wegtransport. De achtergrond hiervan ligt in de sociale concurrentieproblematiek waarmee de sector al enige tijd wordt geconfronteerd. Deze term verwijst naar het fenomeen dat door een combinatie van vrij verkeer binnen de EU en het Europese conflictenrecht op werkzaamheden die worden verricht op of vanuit een en dezelfde werkplek niet altijd hetzelfde recht van toepassing is. Werkgevers kunnen

* Aukje van Hoek is Hoogleraar IPR en burgerlijk procesrecht UvA, tot voor kort Raadsheer-Plaatsvervanger bij het Gerechtshof Den Bosch, sinds kort wetenschappelijk adviseur van het Internationaal Juridisch Instituut (IJI) en redacteur van dit blad.

** Fieke van Overbeeke is CEO en Legal Counsel internationaal privaatrecht en buitenlands recht bij het IJI in Den Haag en onderzoeker aan de Universiteit Antwerpen. Zij is in 2018 gepromoveerd op het onderwerp van deze bijdrage. F. van Overbeeke, *Sociale concurrentie en conflictenrecht in het Europees wegtransport*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2018. Het proefschrift is vrij online beschikbaar op: <https://hdl.handle.net/10067/1556990151162165141>. Zij is als adviseur van de FNV betrokken bij deze zaak. Ze schrijft deze bijdrage nadrukkelijk op persoonlijke titel.

hiervan gebruik maken om te concurreren op arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden.¹ Dit laatste – sociale concurrentie dus – wordt door veel lidstaten als onwenselijk gezien.² In reactie op het grootschalig voorkomen van sociale concurrentie in het Europese wegtransport hebben heel wat interessante juridische ontwikkelingen plaatsgevonden.

In 2018 lanceerde de Europese wetgever Richtlijn 2018/957, waarin nieuwe regels zijn opgenomen voor grensoverschrijdende detachering. Deze richtlijn wijzigt op een aantal punten de Detacheringsrichtlijn van 1996, die eerder al was aangevuld met de Handhavingsrichtlijn van 2014.³ Sinds 2 februari 2022 is de gewijzigde richtlijn (met enige aanpassingen en verduidelijkingen) ook van toepassing geworden op detacheringen in het wegtransport.⁴ In de tussentijd heeft Richtlijn 2018/857 het beroep tot nietigverklaring ervan bij het Hof van Justitie EU (hierna: het Hof) door Polen en Hongarije overleefd. In deze (in hoofdzaak gelijklopende) zaken heeft het Hof en passant nog interessante overwegingen gegeven ten aanzien van de IPR-regels die van toepassing zijn op internationale arbeidsverhoudingen.⁵

De herziene Detacheringsrichtlijn kon voor het wegtransport pas in werking treden nadat er voor deze sector een eigen, aangepaste regeling was getroffen. Deze is te vinden in Richtlijn 2020/1057.⁶ In de aanloop daarvan heeft het Hof in de *Van den Bosch*-zaak een oordeel moeten geven over de invulling van het detacheringbegrip in het wegtransport. Dit arrest bevat belangrijke gezichtspunten die ook relevant zijn voor de invulling van de nieuwe regels ten aanzien van internationale chauffeurs.⁷

-
- 1 'Internationale sociale concurrentie' is iets anders en wordt in beginsel wel toegestaan. Zie voor deze begrippen: F. van Overbeeke, *Sociale concurrentie en conflictenrecht in het Europees wegtransport*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2018, p. 29 e.v.
 - 2 Zie voor een analyse van de verschillende opvattingen over het fenomeen: A.A.H. van Hoek, 'Re-embedding the transnational employment relationship: A tale about the limitations of (EU) law?', *Common Market Law Review* (55/2) 2018, p. 449-488.
 - 3 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; Richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt, *PbEU* 2014, L 159/11.
 - 4 Richtlijn 2018/957/EU van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *PbEU* 2018, L 173/16. De richtlijn moest uiterlijk 30 juli 2020 zijn omgezet (zie art. 3 Richtlijn 2015/957/EU). In Nederland is dit gebeurd bij wet van 1 juli 2020, *Stb.* 2020, 249.
 - 5 HvJ EU (Grote Kamer) 8 december 2020, C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001 (*Hongarije t. Parlement en Raad*) en C-626/18, ECLI:EU:C:2020:1000 (*Polen t. Parlement en Raad*).
 - 6 Richtlijn (EU) 2020/1057 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2020 tot vaststelling van specifieke regels met betrekking tot Richtlijn 96/71/EG en Richtlijn 2014/67/EU wat betreft de detachering van bestuurders in de wegvervoersector en tot wijziging van Richtlijn 2006/22/EG wat betreft de handhavingvoorschriften en Verordening (EU) nr. 1024/2012, *PbEU* 2020, L 249/49.
 - 7 HvJ EU 1 december 2020, C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976, *NIPR* 2021, 55 (*FNV/Van den Bosch*).

In deze bijdrage onderzoeken we wat de invloed van deze ontwikkelingen is op het conflictenrecht voor arbeid in het Europees wegtransport.⁸ Zoals bekend, wordt het toepasselijk recht op de internationale arbeidsovereenkomst in beginsel vastgesteld met behulp van een bilaterale verwijzingsregel, geïnspireerd door het klassieke Savigniaanse verwijzingsmodel: zie artikel 8 Rome I-Verordening.⁹

Voorrangsregels, zoals bedoeld in artikel 9 Rome I, kunnen dit verwijzingsresultaat door kruisen maar van dit leerstuk mag slechts terughoudend gebruik worden gemaakt.¹⁰ Daarnaast kan de Detacheringsrichtlijn in zekere zin nog een rol spelen, maar in de context van het wegtransport was de richtlijn tot voor kort in veel gevallen niet van toepassing omdat de werkingsfeerbepalingen van de Detacheringsrichtlijn niet goed toegesneden waren op de aard van de werkzaamheden in het wegtransport.

Een aantal van bovenstaande ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak lijkt deze IPR-methodiek te beïnvloeden en de verschillende daarin gehanteerde uitgangspunten een ander gewicht te geven. Hoe belangrijk is artikel 8 Rome I bijvoorbeeld nog bij het vaststellen van de toepasselijke arbeidsregels in het wegtransport en is het nog juist om de in artikel 8 Rome I opgenomen meerszijdige verwijzingsmethode als basis van het ontstane verwijzingsmodel te zien?

In deze bijdrage schetsen wij eerst het IPR-kader zoals dit eruitzag voor de aangestipte ontwikkelingen, daarna bespreken wij achtereenvolgens Richtlijn 2018/957 en het daarbij behorende oordeel van het Hof in de zaak van *Polen en Hongarije t. het Europees Parlement en de Raad*, Richtlijn 2020/1057 en het oordeel van het Hof in de zaak van *FNV/Van den Bosch*. Daarna proberen wij het ontstane IPR-kader methodisch te duiden en de gevolgen voor de sociale concurrentieproblematiek en de rechtsbescherming van chauffeurs in kaart te brengen. Wij ronden af met een algemene beschouwing over het nu ontstane systeem als geheel. Overigens zijn deze overwegingen met name gericht op EU/EER context, nu een aantal van de in dit artikel te bespreken regelingen enkel in die context van toepassing zijn.

2. Het verwijzingsregime uit de Rome I-Verordening: artikelen 8 en 9

2.1 De bilaterale verwijzingsregel van artikel 8 Rome I

Artikel 8 Rome I bevat een beperkte rechtskeuzemogelijkheid (lid 1) en drie objectieve aanknopingsfactoren (leden 2, 3 en 4). In principe kunnen partijen een rechtskeuze doen voor een

8 In deze bijdrage gaan wij voorbij aan de specifieke IPR-problematiek van de wegtransportcao's. Zie uitvoerig Van Overbeeke 2018, p. 436 e.v. (zie noot 1) en A.A.H. Van Hoek & M.S. Houwerzijl, *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*, gepubliceerd als Amsterdam Law School Legal Studies research paper, No. 2017-15, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2930153>. Evenmin ziet deze bijdrage op het bieden van een (meer op de praktijk gericht) gedetailleerd overzicht van de nieuwe IPR-regels voor het wegtransport. Hierover is reeds veel geschreven, zie o.a.: F. van Overbeeke, 'Het nieuwe juridische kader voor de toepasselijke arbeids- en socialezekerheidsregels in het internationale wegtransport', *TV&R* 2021; F. van Overbeeke, 'Nieuwe EU-detacheringsregels voor arbeidsvoorwaarden in het wegtransport', *TRA* 2021.

9 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* 2008, L 177/6.

10 Zie nader hierover: HvJ EG 23 november 1999, zaak C-369/96 (en 376/96), ECLI:EU:C:1999:575 (*Arblade*); HvJ EU 18 oktober 2016, C-153/15, ECLI:EU:C:2016:774, *NIPR* 2016, 405 (*Nikiforidis*).

bepaald rechtsstelsel, maar deze keuze mag er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijk recht.¹¹ De drie andere aanknopingsfactoren bepalen dit objectief toepasselijk recht.

Artikel 8 lid 2 Rome I verwijst naar het recht van het land waar, of van waaruit, de werknemer ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht. In de zaak *Koelzsch* werd dit beginsel toegepast in de context van het wegtransport.¹² Het Hof oordeelde dat ook bij hoog mobiele werkzaamheden, zoals in het internationaal wegtransport, allereerst gekeken moet worden of er een gewoonlijk werkland in bovengenoemde zin valt aan te wijzen.

Volgens het Hof is het hierbij van belang rekening te houden met alle elementen die de werkzaamheid van de werknemer kenmerken, waarbij de rechter met name moet vaststellen ‘in welke staat zich de plaats bevindt van waaruit de werknemer zijn transportopdrachten verricht, instructies voor zijn opdrachten ontvangt en zijn werk organiseert, alsmede de plaats waar zich de arbeidsinstrumenten bevinden’. Het Hof vervolgt dat de rechter ‘tevens [moet] nagaan in welke plaatsen het vervoer hoofdzakelijk wordt verricht, in welke plaatsen de goederen worden gelost en naar welke plaats de werknemer na zijn opdrachten terugkeert’ (nr. 48-49). De Hoge Raad heeft intussen geoordeeld dat deze lijst van gezichtspunten strikt gevolgd moeten worden.¹³

Het geheel beziend, kan worden geconcludeerd dat er bij mobiele werkzaamheden zoveel mogelijk op zoek gegaan moet worden naar het centrum van de werkzaamheden. Dit is een sterk feitelijk begrip, dat bovendien op individueel niveau moet worden ingevuld. De toets zal dus in hoge mate afhangen van de concrete omstandigheden van het geval.¹⁴ Dat een chauffeur een (soms groot) deel van zijn tijd rijdend doorbrengt op het grondgebied van een of meer

11 Het was lang de vraag of deze beperkte rechtskeuze was gebaseerd op het zogenaamde beschermingsbeginsel, zoals bijvoorbeeld pleit door Strikwerda, of op het begunstigingsbeginsel, zoals werd aangenomen in de meerderheid van de literatuur. Zie voor een uitgebreide bespreking van de literatuur op dit punt: Van Overbeeke 2018, p. 214-218 (zie noot 1). Het Hof heeft recent beslist dat het gaat om begunstiging: HvJ EU 15 juli 2021, C-152/10 en C-218/29, ECLI:EU:C:2021:600, *NIPR* 2021, 379 (*Gruber Logistics*).

12 HvJ EU 15 maart 2011, C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151, *NIPR* 2011, 194 (*Koelzsch*). Strikt gezien betreft deze zaak de uitleg van het werklandbeginsel uit art. 6 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome 19 juni 1980, *PbEG* 1980, L 266/1 (EVO-Verdrag). Dit is de voorganger van art. 8 Rome I, waarin nog niet expliciet een ‘van waaruit’-regel stond opgenomen. Voor het overige zijn de verwijzingsregels uit beide instrumenten zeer gelijkaardig en is de rechtspraak ten opzichte van het EVO-Verdrag direct relevant voor de uitleg onder Rome I.

13 HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2165, *NIPR* 2019, 42. *In casu* had het Hof Den Bosch bij de toets waar het werkland kon worden gelokaliseerd niet elke factor uit de door het Hof in de zaak *Koelzsch* opgesomde gezichtspunten in aanmerking genomen. Wel hechtte het Hof Den Bosch belang aan factoren die niet waren opgesomd door het Hof en die verder ook niet de werkzaamheden van de chauffeur kenmerken. De Hoge Raad casseert en oordeelt dat het Hof Den Bosch heeft verzuimd ‘elk van de gezichtspunten te betrekken die volgens het HvJ EU met name in aanmerking genomen moeten worden’ (nr. 3.5.2).

14 Vertaald naar het transport kan dat neerkomen op de standplaats van de chauffeur, maar gelet op de sterk feitelijke toets onder art. 8 lid 2 Rome I hoeft een standplaats niet altijd te kwalificeren als centrum van de werkzaamheden. Zie HvJ EU 14 september 2017, C-168/16, ECLI:EU:C:2017:688, *NIPR* 2017, 462 (*Nogueira*). Zie uitvoerig over de standplaats van de chauffeur en art. 8 lid 2 Rome I: Van Overbeeke 2018, p. 277 e.v. (zie noot 1). Dat de standplaats niet altijd doorslaggevend is, kan ook worden afgeleid uit de hieronder besproken uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak C-815/18 (*FNV/Van den Bosch*).

andere lidstaten, is voor het toepasselijke recht op grond van artikel 8 lid 2 Rome I van ondergeschikt belang.

Bij het bepalen van het land waar of van waaruit gewoonlijk wordt gewerkt, wordt in beginsel de hele duur van de arbeidsverhouding meegewogen.¹⁵ Een tijdelijke verandering van werkplek zal dan ook in veel gevallen geen invloed hebben op de plaats waar of van waaruit *gewoonlijk* wordt gewerkt. Dit staat ook nog eens expliciet in artikel 8 lid 2: ‘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.’ Door op deze manier de aanknopingspunt te fixeren wordt voorkomen dat het toepasselijke recht te vaak en te snel wijzigt. Snelle wijzigingen van het toepasselijke recht zijn namelijk ongunstig voor de continuïteit van de arbeidsrelatie en bemmeren daarmee de mobiliteit.¹⁶ Wel biedt de fictie mogelijkheden voor sociale concurrentie: werknemers die op dezelfde plek gelijksoortige werkzaamheden verrichten, kunnen hierdoor immers anders worden beloond en beschermd. Deze sociale concurrentieproblematiek vormt de achtergrond voor de hierna te bespreken Detacheringsrichtlijn en recente wijzigingen daarvan.

De detacheringsregeling in artikel 8 lid 2 Rome I ziet strikt genomen alleen op tijdelijke wijziging van het land *waarin* wordt gewerkt. In de praktijk komt ook het tijdelijke wijzigen van de standplaats voor – niet alleen in het wegtransport maar zeker ook in het vliegverkeer.¹⁷ Ook in die gevallen wordt ervan uitgegaan dat een tijdelijke wijziging van het land van waaruit gewerkt wordt, geen invloed heeft op het toepasselijke recht – dat immers afhangt van het land van waaruit *gewoonlijk* wordt gewerkt.¹⁸

Indien het – ondanks de zeer ruime uitleg die het Hof van Justitie aan dit begrip heeft gegeven – toch niet mogelijk is een gewoonlijk werkland te bepalen, bepaalt artikel 8 lid 3 Rome I dat moet worden aangeknoopt bij de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat deze aanknopingsfactor geen grote rol mag spelen in de verwijzing, o.a. vanwege het weinig lokaliserende vermogen van deze factor en de openingen die het laat voor sociale concurrentie.¹⁹

Tot slot kan via artikel 8 lid 4 Rome I van beide bovenstaande aanknopingsfactoren worden afgeweken indien blijkt dat een ander rechtstelsel nauwer is verbonden met de arbeidsovereenkomst.²⁰ Het Hof heeft in de zaak *Schlecker* voor de invulling van dit open einde een aantal richtlijnen gegeven, waarbij o.a. als belangrijke factoren werden aangemerkt het land waar de

15 Tenzij er sprake is van een nieuwe fase in de overeenkomst waarbij de gewone werkplek is gewijzigd.

16 Zie HvJ EG 15 maart 2001, C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162 (*Mazzoleni*).

17 Zie bijvoorbeeld Kg. Rb. Oost-Brabant 1 november 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:5330; Van Olmen & Wynant Report, ‘Should aircrew be declared posted?’, Action in de framework of the EU Commission’s Support for social dialogue, VP/2018/001/0064.

18 Zie uitvoerig over dit begrip: Van Overbeek 2018, p. 29 e.v. (zie noot 1).

19 HvJ EU 15 maart 2011, C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151, *NIPR* 2011, 194 (*Koelzsch*), r.o. 43; HvJ EU 15 december 2011, C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842, *NIPR* 2012, 52 (*Voogsgeerd*), r.o. 47. Overigens ging het ook in de zaak *Voogsgeerd* om art. 6 EVO-Verdrag. Zie ook Zie A.A.H. van Hoek, ‘Het toepasselijke recht op arbeidsovereenkomsten in de zeevaart. Een commentaar op HvJ EU 15 december 2011, C-384/10 *Voogsgeerd v. Navimer*’, *NTER* 2012-7, p. 245-251.

20 In de Nederlandse versie staat het woordje ‘kennelijk’ in art. 8 lid 4 Rome I opgenomen. Dit is de enige taalversie waarin deze, ogenschijnlijke, verzwaring staat opgenomen en dit lijkt dan ook te berusten op een misverstand. Zie ook A.A.H. van Hoek, ‘Detachering en het internationaal privaatrecht, over de complexe verhouding tussen de Rome I-Verordening en de Detacheringsrichtlijnen’, in: H. Verschueren (ed.),

werknemer belastingen en heffingen op inkomsten uit arbeid betaalt en het land waar de werknemer is aangesloten op de sociale zekerheid.²¹

Hoewel ook in de regelingen inzake het internationaal belastingrecht²² en de sociale zekerheid²³ het land waar de werkzaamheden worden verricht een belangrijke rol speelt, is binnen die rechtsgebieden het werklandbeginsel niet steeds volledig van toepassing op de wegtransportsector.²⁴ Als voor het bepalen van het nauwer verbonden recht veel belang wordt gehecht aan de uitkomst van de coördinatie-regels van de sociale zekerheid, bestaat het risico dat artikel 8 lid 4 Rome I in een wegtransportcasus relatief vaak leidt tot de toepassing van het arbeidsrecht van een land dat niet het (feitelijke) werkland van de chauffeurs is, hetgeen de deur naar sociale concurrentie verder open zet.²⁵ Overigens is het maar zeer de vraag of het de bedoeling is om de zaak *Schlecker*, met daarin centraal een tamelijk atypische situatie, zomaar toe te passen op een andere (wegtransport)casus.²⁶

2.2 De voorrangregels van artikel 9 Rome I

Het verwijzingsresultaat van artikel 8 Rome I kan doorkruist worden door voorrangregels zoals bedoeld in artikel 9 Rome I. Dit leerstuk biedt de rechter een mogelijkheid om rekening te houden met bepaalde dwingende bepalingen van het eigen recht, en tot op zekere hoogte ook van buitenlands recht, die een zwaarwegend algemeen belang dienen. In de context van het arbeidsrecht kan gedacht worden aan regelingen als minimumlonen en ontslagbescherming van speciale groepen, maar ook aan regulering van arbeidstijden en -omstandigheden. Bij de toets of een voorrangregel mag worden toegepast, moet telkens concreet bezien worden in hoeverre een internationale toepassing gerechtvaardigd is. Uit nummer 37 van de considerans van Rome I volgt dat van dit leerstuk slechts met terughoudendheid gebruik mag worden gemaakt.²⁷

Detachering. Nieuwe ontwikkelingen in het Europees recht vanuit Belgisch en Nederlands perspectief, Brugge: die Keure 2019, p. 44-45.

21 HvJ EU 12 september 2013, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551, *NIPR* 2013, 347 (*Schlecker*). Net als de zaken *Koelzsch* en *Voogsgeerd*, ging het hier nog om art. 6 EVO-Verdrag.

22 Denk aan de bilaterale verdragen tussen staten die veelal gebaseerd zijn op de OESO-modelverdragen.

23 Denk aan Verordening 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *PbEG* 2004, L 166/1; Verordening 987/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *PbEU* 2009, L 284/1.

24 Uitvoerig Van Overbeeke 2018, p. 306-338 (zie noot 1).

25 Zie voor een voorbeeld van een uitspraak waarin onder verwijzing naar de zaak *Schlecker* werd geoordeeld dat chauffeurs een nauwere band hadden met Hongarije, in plaats van het (tijdelijke) werkland Nederland: Hof Den Bosch 2 mei 2017, zaaknr. 200.168.333/01, ECLI:NL:GHSHE:2017:1874, *NIPR* 2021, 539, nr. 3.11.

26 Zie voor een toetsing aan de *Schlecker* criteria in een wegtransportzaak: Hof Arnhem Leeuwarden 27 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7206, *NIPR* 2021, 539 (*Silo-Tank*). Zie uitvoerig Van Hoek 2019, p. 45-48 (zie noot 20).

27 Het Hof van Justitie EU heeft dit bevestigd in de zaak *Nikiforidis*, waarbij o.a. werd verwezen naar het rechtszekerheidsbeginsel. HvJ EU 18 oktober 2016, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774, *NIPR* 2016, 405 (*Nikiforidis*), r.o. 43 e.v. Verg. eveneens in de context van handelsagentuur: HvJ EU 17 oktober 2013, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663, *NIPR* 2013, 349 (*Unamar*).

2.3 De methodische verhouding tussen de bilaterale verwijzingsregel en de voorrangregel-leer in Rome I

Uit het toelichtende rapport bij het EVO, de voorganger van Rome I, lijkt te volgen dat ten aanzien van de methodische verhouding tussen enerzijds de bilaterale verwijzingsregel van artikel 8 Rome I en anderzijds de voorrangregels van artikel 9 Rome I tot op zekere hoogte de zogenaamde ‘*lex causae*’-leer geldt.²⁸ De *lex causae*-leer houdt in dat voorrangregels tevens als deel van het subjectief of objectief toepasselijk recht toepasselijk kunnen zijn: de *lex causae* omvat dan mede de (semi-)publiekrechtelijke regels daarvan. De voorrangregelstatus speelt in die gedachtengang met name een rol als een specifieke regeling toepassing claimt in een situatie waarin deze geen deel uitmaakt van de *lex causae* en daarmee de werking van deze laatste kan doorkruisen. Artikel 9 Rome I regelt het effect van deze positieve geldingspretentie.²⁹ Over de precieze verhouding tussen de methode van meerzijdige verwijzing (art. 8) en die van eenzijdige afbakening (art. 9) bestaat echter nog altijd geen duidelijkheid en in verschillende lidstaten krijgt deze nog altijd een uiteenlopende uitwerking.³⁰

In de Nederlandse literatuur wordt bijvoorbeeld de strikte ‘tweesporigheid’ benadrukt.³¹ Dit houdt in dat de privaatrechtelijke conflictregel enkel privaatrechtelijke wetten kan aanduiden, en dat (semi-)publiekrechtelijk getinte voorschriften niet door deze conflictregel worden bestreken maar op eigen kracht, op grond van een beoordeling van de functie en strekking van de materiële regel, tot internationale toepassing moeten komen. Zo merken Strikwerda en Schaafsma in 2019 ten aanzien van het Nederlandse IPR op:

‘De methode van ons conflictenrecht heeft met de introductie van het leerstuk van voorrangregels een tweesporig karakter gekregen, zo is wel betoogd. Het “zuivere” privaatrecht blijft onderworpen

28 Zie de toelichting op art. 6 en 7 EVO: Guiliano/Lagarde, Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is uit verbintenissen uit overeenkomst, geconsolideerde versie, *PbEG* 1980, C 282/1, p. 25-26. Zie voor minimumloonbepalingen als dwingend recht in de zin van art. 8 lid 1 Rome I, HvJ EU 15 juli 2021, nr. C-152/20, ECLI:EU:C:2021:600, *NIPR* 2021, 379 (*Gruber Logistics*). Zie meer algemeen A.A.H. van Hoek, ‘De bilateralisering van de voorrangregelleer in Europa’, in: R. Kotting, J. Pontier & L. Strikwerda (red.), *Voorkeur voor de lex fori: Symposium ter gelegenheid van het afscheid van Prof. Mr. Th.M. de Boer*, Deventer: Kluwer 2004, p. 5-36. J.A. Pontier, *Arbeidsovereenkomst en arbeidsverhoudingen in het IPR*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 318.

29 Op de *lex causae*-leer bestaat de belangrijke nuance van de zogenaamde *self-limiting* voorrangregels c.q. dwingende bepalingen: indien de bepaling zelf (expliciet) aangeeft niet toegepast te willen worden op de concrete situatie, dan dient dit gerespecteerd te worden. Denk aan het inmiddels opgeheven art. 6 BBA. Zie uitvoerig A.A.H. van Hoek, ‘De werkingssfeer van het BBA na het NUON-arrest van de Hoge Raad – deel I: het arrest in context’, *TRA* 2012, p. 95.

30 L. van Bochove, ‘Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law’, *Erasmus Law Review* 2014, p. 147 e.v.

31 Zie voor een uitgebreid rechtsvergelijkend onderzoek van beide landen: A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers: Een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht, en IPR aan de hand van de detacheringsrichtlijn*, Den Haag: SDU 2000.

aan de klassieke verwijzingsmethode, het semipubliekrecht wordt bestreken door de neo-statutistische methode.³²

Ten aanzien van internationale arbeidsverhoudingen hield deze strikte tweesporigheid overigens niet telkens stand en wordt er ook in de Nederlandse rechtspraak tot op zekere hoogte uitgegaan van de *lex causae*-leer.³³ Hoe dan ook: in beide benaderingen vormt de bilaterale verwijzingsregel van artikel 8 Rome I het uitgangspunt bij het vaststellen van de toepasselijke arbeidsregels. Hierbij worden eventuele voorrangsregels in beginsel alleen bij uitzondering toegepast – dit uitzonderingskarakter is van belang om het verwijzingsresultaat niet te veel te doorkruisen en daarmee o.a. de rechtszekerheid te waarborgen. Zoals we hieronder zullen zien, wordt juist in het arbeidsrecht de dominante positie van de *lex causae*-leer inmiddels echter verregaand uitgehold door bijzondere regelingen.³⁴

3. De Detacheringsrichtlijn en latere wijzigingen

3.1 Algemeen

In 1996 werd de Detacheringsrichtlijn uitgevaardigd in reactie op de in de verschillende lidstaten uiteenlopende tradities (en ontwikkelingen) inzake de toepassing van voorrangsregels ex artikel 9 Rome I in situaties van grensoverschrijdende arbeid. Deze verschillen – en de onzekerheden die deze met zich meebrachten – vormden een belemmering van het vrij verkeer van diensten.³⁵ De Detacheringsrichtlijn kan gezien worden als een onderlinge afstemming van het gebruik van voorrangsregels door de lidstaten in de situaties die worden bestreken door de Detacheringsrichtlijn. Artikel 9 Rome I zou dan enkel nog relevant zijn indien de richtlijn toepassing mist.

32 L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, 2^e druk, Deventer: Kluwer 2019, p. 205, par. 48. Zie ook L. Strikwerda, *Semipubliekrecht in het conflictrecht*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 57: ‘Het scheppen van een bijzondere conflictenrechtelijke status voor het semipubliekrecht werkt naar twee kanten: behoeft het dwingende voorschrift zich aan de ene kant niets gelegen te laten liggen aan de normale conflictregel, dan kan het aan de andere kant ook geen rechten aan de normale conflictregel ontnemen’. Zie ook Van Hoek 2000, p. 79 (zie noot 31): ‘Een rechtsregel volgt immers in het Nederlandse model òf het ‘spoor’ van de verwijzing òf het geheel gescheiden pad van de eigen werkingsfeer’.

33 Zie ook Conclusie AG Szpunar van 20 april 2016, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:281 (*Nikiforidis*), nr. 76; Pontier 2020, nr. 239 en 341 (zie noot 28). Zie voor een redenering waarin de cao voor het wegvervoer van toepassing wordt geacht hetzij als deel van het toepasselijke recht hetzij als voorrangsregel, de uitspraak van de rechtbank in de *Van den Bosch/Silo-Tank* saga, kenbaar uit Hof Den Bosch 2 mei 2017, GHSHE:2017:1873, par. 3.3.2. Idem met betrekking tot de verplichte pensioenvoorziening: Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2304, *NIPR* 2020, 335, *Pf* 2020/61, m.nt. A. Helstone, r.o. 2.14.

34 Dit geldt overigens ook in hoge mate voor de regeling van de zeearbeidovereenkomst in Boek 7, titel 10, afdeling 12. Veel van de daarin opgenomen bepalingen zijn ook van toepassing als het Nederlandse recht niet de *lex causae* van de arbeidsovereenkomst is: zie art. 7:736 BW. Sinds de wijziging van de Detacheringsrichtlijn geldt een dergelijke grote overlap van verwijzing en eenzijdige afbakening ook bij langdurige detachering.

35 Zie uitgebreid Van Hoek 2000 (zie noot 31); M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn: over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/71/EG*, Deventer: Kluwer 2005.

De doelstellingen van de Detacheringsrichtlijn zijn naast het bevorderen van het vrij verkeer van diensten ook het garanderen van eerlijke concurrentie tussen ondernemingen en het eerbiedigen van de rechten van de betrokken werknemers (nr. 5 considerans Detacheringsrichtlijn, nr. 1 considerans Herzieningsrichtlijn 2018/957). De richtlijn beoogt dit te bewerkstelligen door enerzijds dwingend te bepalen welke harde kern van zowel privaats- als (semi-)publiekrechtelijke arbeidsregels, zoals de minimumlonen, van het tijdelijke werkland van toepassing zijn³⁶ en anderzijds toepassing van andere regels van het tijdelijke werkland uit te sluiten – tenzij die laatste van openbare orde zijn.

De Detacheringsrichtlijn is gebaseerd op het begunstigingsbeginsel: de harde kern van beschermende bepalingen van het tijdelijke werkland vormt de minimumbescherming die in ieder geval geboden moet worden. De richtlijn sluit niet uit dat het op grond van artikel 8 Rome I op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht wordt toegepast, voor zover dit voor de werknemer gunstiger is (art. 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn).³⁷

In 2014 is het handhavingsluik van de Detacheringsrichtlijn versterkt door de Handhavingsrichtlijn³⁸ en in 2018 is het materiële regime van de Detacheringsrichtlijn ook inhoudelijk opgebroken.³⁹ Beide richtlijnen zijn (inmiddels) van toepassing op het wegtransport. Met name de richtlijn uit 2018 is voor het onderhavige artikel interessant.

3.2 De herziene Detacheringsrichtlijn: Richtlijn 2018/957

De oorspronkelijke Detacheringsrichtlijn liet de lidstaten op een aantal punten keuzevrijheid ten aanzien van het niveau van bescherming. Zo konden lidstaten ervoor kiezen om de eigen algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen alleen toe te passen in de bouwsector, zodat andere sectoren deze extra bescherming nog moesten ontberen. Ook de bescherming van uitzendkrachten was niet uniform geregeld. Daarnaast vulden de lidstaten het begrip minimumloon verschillend in, wat eveneens grote gevolgen had voor het bereikte niveau van bescherming. In de herziening van de richtlijn is veel van de keuzevrijheid voor lidstaten verdwenen en wordt duidelijk gemaakt dat ook loonvoorschriften die uitgaan boven het minimumniveau tot de harde kern kunnen worden gerekend. Dit komt terug in een tekstwijziging: in plaats van 'minimumloon' wordt nu in artikel 3 van de richtlijn verwezen naar 'beloning'.

De (voor het IPR) belangrijkste wijziging is echter de introductie van een aparte regeling voor langdurige detacheringen. Als een detachering langer duurt dan 12 maanden (met mogelijke verlenging tot 18 maanden) wordt de harde kern van rechten die moeten worden gewaar-

36 Strikt genomen gaat het om het garanderen van de bescherming – in de praktijk werkt dit via het van toepassing verklaren van de beschermende regels (als minimumbescherming).

37 Zie considerans nr. 17.

38 Deze richtlijn bevatte naast een aantal handhavingsafspraken ook een nadere afbakening van de werksfeer van Richtlijn 96/71/EG.

39 Richtlijn 2014/67/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt, *PbEU* 2014, L 159/11; Richtlijn 2018/957/EU van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018 tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *PbEU* 2018, L 173/16.

borgd aanzienlijk uitgebreid (art. 1 lid 2 sub b Richtlijn 2018/957). In dat geval is namelijk het integrale arbeidsrecht van dat ‘tijdelijke’ werkland van toepassing, minus de ontslag- en pensioenregelingen.⁴⁰

Een interessant punt hierbij is dat het lopen van de termijn niet wordt gestuit als de gedetacheerde werknemer wordt vervangen door een andere gedetacheerde werknemer (art. 1 lid 2 sub b jo. nr. 11 considerans Richtlijn 2018/957). Indien een gedetacheerde werknemer dus 11 maanden in een tijdelijk werkland heeft gewerkt en hij of zij wordt vervangen door een collega, dan wordt al na het verstrijken van een maand, mits geen gebruik is gemaakt van de verlengingsperiode, vrijwel het integrale arbeidsrecht van dat werkland op de arbeidsverhouding van deze tweede werknemer van toepassing. Op deze ‘de-individualisering’ van het toepasselijk recht komen wij later nog terug.

Met de invoering van de uitbreiding van de harde kern heeft de Uniewetgever gekozen om de werknemersbescherming te waarborgen op een wijze die qua methode verwant is met de voorrangsgeregelleer. Dit was een bewuste keuze, nu in het wetgevingsproces verschillende IPR-opties de revue zijn gepasseerd.⁴¹ Zo was in het Commissievoorstel de regel opgenomen dat na een detachering langer dan 24 maanden het tijdelijke werkland moet worden beschouwd als het land waar de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht. Ook is overwogen om vast te leggen dat het recht van het tijdelijke werkland na ommekomst van de termijn automatisch het objectief toepasselijk recht zou worden.

Het Europees Parlement stelde een begunstigingsmechanisme voor, waarbij na het verstrijken van de termijn het recht van het werkland van toepassing zou zijn terwijl daarnaast integraal de bescherming van het oorspronkelijk van toepassing zijnde recht werd gehandhaafd.

Tot slot gaf de Raad de voorkeur aan het verder inzetten van de voorrangsgeregelmethode, waarbij twee opties werden besproken: uitbreiding van de harde kern met een specifiek aantal onderwerpen of de integrale toepassing van het recht van het tijdelijke werkland, met expliciet aangeduide uitzonderingen. Zoals volgt uit bovenstaande bespreking, is de laatste optie het uiteindelijk geworden.

3.3 *Het beroep tot nietigverklaring van Richtlijn 2018/957: HvJ EU in de zaak Hongarije en Polen t. Europees Parlement en Raad*

3.3.1 Algemeen

Het was geen geheim dat Oost-Europese lidstaten, met name Hongarije en Polen, niet blij waren met Richtlijn 2018/957: zij zagen zich beroofd van een belangrijk comparatief voordeel op de interne markt. Waar de Nederlanders tulpen hebben en de Fransen hun wijn, heeft Polen

40 Pensioenregelingen zijn dus expliciet uitgesloten van toepassing. In dat kader is het interessant om te vermelden dat de verplichte aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds in de Nederlandse rechtspraak diverse malen als een voorrangregel is aangemerkt. De coördinatie van aanvullende pensioenen is verder onderwerp van een afzonderlijke Europese regeling. Zie nader A.M. Helstone, ‘De verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen: wel of geen voorrangregel in de betekenis van artikel 9 Rome I?’, *TPV* 2018/48; M.C.W. Tomeij, ‘Verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfondsen bij grensoverschrijdende (uitzend) arbeid bijzonder dwingend recht?’, *TPV* 2017/21.

41 Zie uitvoerig Van Hoek 2019, p. 52 (zie noot 20) en Van Hoek 2018, p. 480-481 (zie noot 2).

dienstverrichters die gebruik willen maken van het vrij verkeer in Europa – in dat laatste geval middels detachering.⁴² Nadat bleek dat deze lidstaten de totstandkoming van de Richtlijn 2018/957 niet konden blokkeren in het wetgevingsproces, deden Hongarije en Polen hiertoe nog een poging voor het Hof van Justitie: zij dienden een beroep in tot nietigverklaring van de richtlijn.⁴³ Deze grotendeels gelijklopende zaken zijn om verschillende redenen interessant, maar gelet op het onderwerp van onderhavige bijdrage focussen wij ons op het beroep op de strijdigheid van Richtlijn 2018/957 met artikel 8 Rome I.

3.3.2 Strijd met Rome I

Het vijfde middel van zowel Hongarije als Polen luidt ‘schending van de Rome I-verordening, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van duidelijkheid van de wetgeving’. Meer specifiek stellen deze lidstaten dat artikel 3 lid 1 Richtlijn 2018/957 in strijd is met artikel 8 Rome I, waarin de autonomie van de partijen bij het bepalen van het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht is erkend. Daarnaast zou, volgens de lidstaten, de regel op grond waarvan de opeenvolgende perioden van detachering van de afzonderlijke ter beschikking gestelde werknemers worden gecumuleerd, niet verenigbaar zijn met Rome I.

Het Hof legt dit beroep tamelijk gemakkelijk naast zich neer door te oordelen dat artikel 23 Rome I bepaalt dat van de in Rome I vastgestelde verwijzingsregels kan worden afgeweken wanneer het Unierecht op bepaalde gebieden regels bevat over het op verbintenissen uit overeenkomst toepasselijke recht. Het Hof overweegt vervolgens dat artikel 3 van de (herziene) Detacheringsrichtlijn naar aard en inhoud een ‘bijzondere collisieregels [is] in de zin van artikel 23 van Rome I’. Aan deze vaststelling wordt volgens het Hof niet afgedaan dat artikel 3 ‘een regel bevat die tot doel heeft te voorkomen dat fraude wordt gepleegd wanneer een ter beschikking gestelde werknemer wordt vervangen door een andere ter beschikking gestelde werknemer die op dezelfde plaats dezelfde taak verricht’. Het Hof overweegt: ‘het stond de Uniewetgever in het kader van de in die bepaling neergelegde collisieregels immers vrij om een regel [lees art. 3, lid 1 bis; toev. auteurs] vast te stellen die ertoe strekt te voorkomen dat de door hem opgelegde verplichting wordt omzeild.’⁴⁴

Nadat het Hof eerder al de overige middelen had verworpen, oordeelde het Hof dat ook het vijfde middel moest worden afgewezen en daarmee kwam het tot een verwerping van de beroepen als zodanig.

3.3.3 Beslechting van het twistpunt van de kwalificatie van de herziene Detacheringsrichtlijn onder artikel 9 Rome I vs. artikel 23 Rome I

Vanuit methodisch oogpunt is het interessant dat het Hof tamelijk direct en zonder omhaal oordeelt dat Richtlijn 2018/957 moet worden gezien als een bijzondere verwijzingsregel in de

⁴² Zie Van Hoek 2018, p. 475-476 (zie noot 2).

⁴³ HvJ EU 8 december 2020, ECLI:EU:C:2020:1001, C-620/18 en C-626/18 (*Hongarije en Polen t. Parlement en Raad*).

⁴⁴ HvJ EU 8 december 2020, ECLI:EU:C:2020:1001, C-620/18 en C-626/18 (*Hongarije en Polen t. Parlement en Raad*), r.o. 181.

zin van artikel 23 Rome I en dus bijvoorbeeld niet als bijzondere invulling van de voorrangsmethodiek uit artikel 9 Rome I; hetgeen altijd een twistpunt heeft gevormd in de literatuur.⁴⁵

Auteurs die de (herziene) Detacheringsrichtlijn zien als een bijzondere invulling van artikel 9 Rome I, zoeken vaak steun in de wetgevingsgeschiedenis.⁴⁶ Daarnaast beroepen zij zich op het feit dat de techniek die in de Detacheringsrichtlijn wordt gehanteerd om een zeker niveau van minimumbescherming te bereiken, in hoge mate overeenkomt met die van artikel 9 Rome I.⁴⁷ De omzetting ervan in het nationale recht heeft dan ook vaak de vorm van het opnemen van een *scope rule* in de wettelijke regeling waardoor de regeling van toepassing wordt op gevallen die binnen de *scope* vallen en wel ongeacht het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht.⁴⁸ In hun ogen is artikel 23 Rome I een minder geschikte basis, nu de tekst daarvan juist lijkt te verwijzen naar meerzijdige conflictregels, eerder dan naar een bijzondere toepassing van de eenzijdige leer der voorrangregels. Ook volgt uit de Detacheringsrichtlijn zelf geen verplichting voor een rechter om de verkregen rechten uit buitenlandse harde kern bepalingen te respecteren.⁴⁹ Een dergelijke meerzijdigheid is nochtans wel een belangrijk kenmerk van een bilaterale verwijzingsregel. In die zin lijkt de regeling van de Detacheringsrichtlijn dan ook dichter aan te leunen bij de voorrangsmethodiek.⁵⁰

Auteurs die de (herziene) Detacheringsrichtlijn, hierin nu dus bijgestaan door het Hof, liever kwalificeren als invulling van artikel 23 Rome I wijzen vaak op het feit dat Rome I een privaatrechtelijk instrument is dat zich met name richt op de rechter die geroepen wordt om een grensoverschrijdend geschil te beslechten. De Detacheringsrichtlijn richt zich nadrukkelijk (mede) op handhavende instanties – die in de praktijk ook de hoofdrol spelen bij de handhaving. De regelingen bewegen zich dus in een verschillende context en hebben dus nadrukkelijk een verschillend karakter.

Daarnaast zijn er inhoudelijke argumenten aan te voeren voor deze benadering, zoals het feit dat de omvang van de bescherming in de herziene Detacheringsrichtlijn slecht past bij het uitzonderingskarakter van artikel 9 Rome I.⁵¹ Door de herziene Detacheringsrichtlijn los te koppelen van artikel 9 Rome I, kan beter worden volgehouden dat artikel 9 een restrictieve toepassing moet krijgen.⁵²

45 Zie Van Hoek 2019, p. 53 (zie noot 20).

46 Van Hoek 2019, p. 53 (zie noot 20). COM(91) 230 def., p. 12.

47 Zie Van Hoek 2019, p. 55 (zie noot 20).

48 Zie o.a. A. van Hoek & M. Houwerzijl, “Posting” and “posted workers” – The need for clear definitions of two key concepts of the Posting of Workers Directive’, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (14) 2012, p. 419-451. Als de nationale omzetting een ruimer (personeel) bereik heeft dan de richtlijn zelf, zijn deze nationale bepalingen (in de lezing van het Hof van Justitie) van toepassing op grond van art. 23 Rome I j.o. de richtlijn in die gevallen die onder de richtlijn vallen, terwijl voor de overige gevallen art. 9 Rome I de grondslag is voor toepassing. Zie ook Van Hoek 2019 (zie noot 20).

49 In bepaalde omzettingswetgeving worden hiervoor extra bepalingen opgenomen. Zo leggen zowel de Belgische als Nederlandse omzettingswetten aan de eigen rechters de plicht op om de verkregen rechten uit de Detacheringsrichtlijn ten aanzien van voorrangregels uit vreemde landen te waarborgen.

50 Zie Van Overbeeke 2018, p. 471 (zie noot 1).

51 Zie voor de bespreking van meer argumenten: Van Hoek 2019, p. 53-54 (zie noot 20).

52 Overigens kent de omzetting van het Maritieme arbeidsverdrag in boek 7 BW ook een groot aantal regels die mede van toepassing zijn op werknemers die onder buitenlands recht werken: zie art. 7:736 BW.

Er moet dus worden geconcludeerd dat hoewel de Detacheringsrichtlijn indertijd technisch gezien een coördinatie beoogde van de uiteenlopende toepassing van de voorrangregels onder artikel 9 Rome I, de Detacheringsrichtlijn onder artikel 23 Rome I moet worden gekwalificeerd als een bijzondere collisieregels. In de praktijk lijkt het overigens niet veel uit te maken welke basis precies ten grondslag ligt aan de toepassing van het recht van het tijdelijke werkland, nu de harde kern bepalingen linksom of rechtsom dienen te worden toegepast en gehandhaafd.⁵³

4. Speciale IPR detacheringsregels voor het wegtransport: Richtlijn 2020/1057

4.1 Algemeen

Met de uitvaardiging van de richtlijnen uit 2014 en 2018 werd een aantal algemene knelpunten van internationale arbeidsmobiliteit binnen het kader van de sociale concurrentieproblematiek aangepakt. Specifieke vraagstukken die speelden in de (vanuit het oogpunt van detachering gezien atypische) wegtransportsector bleven hierdoor grotendeels onopgelost. Het meest principiële punt betrof de vraag of de Detacheringsrichtlijn eigenlijk wel van toepassing was op het wegtransport, hetgeen door veel (met name Oost-Europese) lidstaten hardnekkig werd ontkend.

In de praktijk was het ook erg lastig om de, met name op de bouwsector ontworpen, werkingsfeerbepalingen van de Detacheringsrichtlijn toe te passen op hoog mobiele werkzaamheden in het wegtransport. Bij de herziening van de Detacheringsrichtlijn bij Richtlijn 2018/957 werd zelfs als voorwaarde gesteld dat er voor de wegtransportsector eerst met sectorspecifieke regelgeving duidelijkheid moest komen over de toepassing van de Detacheringsrichtlijn als zodanig, voordat de herzieningen van 2018 op de sector van toepassing zouden worden.⁵⁴ Deze sectorspecifieke regelgeving is er gekomen in de vorm van Richtlijn 2020/1057. Hierna worden de hoofdlijnen van deze regelgeving besproken.

4.2 Doelstelling

Zoals aangestipt is het doel van Richtlijn 2020/1057 om duidelijkheid te creëren inzake de toepassing van de Detacheringsrichtlijn op de hoog mobiele werkzaamheden in het wegtransport. In dat verband wordt in nummer 1 van de considerans het volgende overwogen:

‘Om tot een veilige, efficiënte en sociaal verantwoordelijke wegvervoersector te komen, moeten zowel correcte arbeidsvoorwaarden en sociale bescherming voor bestuurders worden gewaarborgd als passende bedrijfsomstandigheden en eerlijke concurrentievoorwaarden voor wegvervoerondernemers (“ondernemers”) worden gegarandeerd.’

Volgens de Uniewetgever betekent één en ander concreet voor de detacheringsregels in het wegtransport dat het moet gaan om evenwichtige regels die gebaseerd moeten zijn ‘op het bestaan van voldoende verbondenheid van de bestuurder en de verleende dienst, met het grondgebied van een lidstaat van ontvangst’.⁵⁵ Gelet daarop, moet volgens de wetgever een onderscheid

⁵³ Zie Van Hoek 2019, p. 55 (zie noot 20).

⁵⁴ Verg. art. 3 lid 3 Richtlijn 2018/957.

⁵⁵ Eerste zin nr. 9 considerans Richtlijn 2020/1057.

gemaakt worden tussen verschillende transportoperaties, afhankelijk van de mate waarin zij zijn verbonden met het grondgebied van de tijdelijke aangedane werklanden.⁵⁶

Het is interessant dat de wetgever hier voor de voldoende nauwe band mede verwijst naar de dienst en niet enkel naar de chauffeur en daaraan bovendien direct de conclusie verbindt dat er daarom een onderscheid moet worden gemaakt naar transportdiensten en de mate van verbondenheid daarvan met het grondgebied van een lidstaat. Zoals hierna nog wordt besproken, sluit dit niet goed aan bij het detachingsbegrip in de Rome I.

4.3 Toepassingsgebied

De Richtlijn 2020/1057 heeft enkel betrekking op transportoperaties die worden verricht in het kader van (onder)aannemingswerkzaamheden in de zin van artikel 1 lid 3 sub a Detacheringsrichtlijn. Het gaat daarbij om ondernemingen die ‘een werknemer voor hun rekening en onder hun leiding op het grondgebied van een Lid-Staat ter beschikking stellen, in het kader van een overeenkomst tussen de onderneming van herkomst en de ontvanger van de dienst die in deze Lid-Staat werkzaam is, voor zover er gedurende de periode van terbeschikkingstelling een dienstverband tussen de onderneming van herkomst en de werknemer bestaat’.

Gelet op de aard van de transportoperaties in het wegtransport, kunnen veel operaties hieronder vallen. In de regel kwalificeren transit, bilaterale, crosstrade en cabotage operaties zich als (onder)aannemingswerkzaamheden in de zin van artikel 1 lid 3 sub a Detacheringsrichtlijn (zie voor deze begrippen hierna).

De overige detachingsvormen die worden onderscheiden in de Detacheringsrichtlijn, namelijk collegiale uitleen binnen concerns, detachering en terbeschikkingstelling van arbeidskrachten door intermediairs (art. 1 lid 3 sub b en c) worden door Richtlijn 2020/1057 niet bestreken. Het kan aangenomen worden dat met de inwerkingtreding van Richtlijn 2020/1057 voldaan is aan de voorwaarde van Richtlijn 2018/957 dat er een sectorspecifieke regeling moest komen, en daarmee de herziene Detacheringsrichtlijn in principe ook van toepassing geworden is op collegiale uitleen binnen concerns en detachering en terbeschikkingstelling van arbeidskrachten door intermediairs. Voorwaarde blijft wel dat de specifieke detachingsvorm onder de werkingsfeerbepalingen van de herziene Detacheringsrichtlijn valt.⁵⁷ Het Hof heeft in deze context in de *Van den Bosch*-zaak een aantal gezichtspunten gegeven, hetgeen hierna nog uitvoerig wordt besproken.

4.4 Specifieke regels met betrekking tot de verschillende transportoperaties

4.4.1 Transit operaties

De eerste te onderscheiden transportoperatie is de ‘transit operatie’.⁵⁸ Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij een transport tussen Polen en Nederland dat wordt uitgevoerd door een Pools trans-

56 Tweede zin nr. 9 considerans Richtlijn 2020/1057.

57 Zie voor verschillende knelpunten bij detachingsvormen in het wegtransport en de *scope rules* van de Detacheringsrichtlijn: F. van Overbeeke, ‘De (niet-)toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn op arbeid in het Europees wegtransport’, in: H. Verschueren (red.), *Detachering. Nieuwe ontwikkelingen in het Europees recht vanuit Belgisch en Nederlands perspectief*, Brugge: die Keure 2019, p. 59-99.

58 Verg. art. 1 lid 5 Richtlijn 2020/1057 voor de juridische definitie.

portbedrijf dat door Duitsland rijdt zonder daar te laden of lossen. Het verrichte transport in Duitsland wordt aangemerkt als transit operatie. De Uniewetgever is hierover duidelijk: bij dergelijke ritten ontbreekt een voldoende nauwe band en deze transportoperatie wordt dan ook uitgezonderd van het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn (art. 1 lid 5 Richtlijn 2020/1057).

4.4.2 Bilaterale operaties

De tweede transportoperatie die de wetgever onderscheidt is de ‘bilaterale operatie’.⁵⁹ Hiervan is sprake als tussen Polen en Duitsland op basis van een vervoersovereenkomst transport wordt verricht dat wordt uitgevoerd door een Pools transportbedrijf. Ook hierover is de wetgever duidelijk: er is bij deze transportoperaties wel een nauwe band met Polen, maar niet met Duitsland.⁶⁰ Deze transportoperatie wordt dan ook uitgezonderd van het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn (art. 1 lid 3 Richtlijn 2020/1057).⁶¹

4.4.3 Crosstrade operaties

De derde transportoperatie die de wetgever onderscheidt is de ‘crosstrade operatie’ of ‘niet-bilateraal transport’.⁶² Hiervan is sprake als tussen Duitsland en Nederland transport wordt verricht door een Pools bedrijf op basis van een vervoersovereenkomst tussen het Poolse transportbedrijf en het Duitse bedrijf. De wetgever verzuimt voor deze categorie een specifieke regel op te stellen, maar merkt in de considerans in algemene zin op dat er in die situaties sprake is van een voldoende nauwe band met de tijdelijke werkland(en) waardoor de Detacheringsrichtlijn in beginsel van toepassing is.⁶³

4.4.4 Cabotage operaties

De vierde en laatste transportoperatie is de ‘cabotage operatie’.⁶⁴ Hiervan is sprake als tussen Rotterdam en Zwolle transport wordt verricht, uitgevoerd door een Pools transportbedrijf. De wetgever geeft hier wel een duidelijke *scope rule*: er is sprake van een voldoende nauwe band en dus valt de chauffeur die deze transportoperatie verricht onder de (herziene) Detacheringsrichtlijn.

⁵⁹ Verg. 1 lid 3 Richtlijn 2020/1057 voor de juridische definitie.

⁶⁰ Zie nr. 10 considerans Richtlijn 2020/1057.

⁶¹ Eveneens worden bepaalde transportoperaties uitgesloten van de toepassing van de (herziene) Detacheringsrichtlijn die in combinatie met een bilaterale operatie worden gemaakt, zoals bijvoorbeeld het onderweg in een ander land laden of lossen van goederen. Het voert te ver voor deze bijdrage om hierop verder in te gaan. Zie Van Overbeeke, *TRA* 2021, p. 5 e.v. (zie noot 8)

⁶² Verg. nr. 13 considerans Richtlijn 2020/1057 voor een omschrijving (geen definitie).

⁶³ Het is echter de vraag of in alle gevallen ook aan de omschrijving van detachering in Richtlijn 96/71/EG wordt voldaan. Verg. nr. 13 considerans Richtlijn 2020/1057. Zie voor de achtergrond van en kritiek op deze omissie: Van Overbeeke, *TRA* 2021, p. 7 e.v. (zie noot 8)

⁶⁴ Verg. 1 lid 7 Richtlijn 2020/1057 voor de juridische definitie.

4.4.5 Anticumulatiebepaling

Voor de beoordeling van het detacheringsbegrip in het transport geeft artikel 1 lid 8 Richtlijn 2020/1057 een anticumulatiebepaling. Dit houdt in dat de detachering wordt geacht te zijn beëindigd wanneer de chauffeur bij het verrichten van het internationaal transport van goederen of personen de lidstaat van ontvangst verlaat, waarbij geldt dat deze detacheringsperiode niet wordt gecumuleerd met eerdere detacheringsperiodes in het kader van dergelijke internationale activiteiten van dezelfde bestuurder of van de bestuurder die hij vervangt.

5. Het oordeel van het HvJ EU in de *Van den Bosch*-zaak

5.1 Algemeen

Een aantal maanden na de uitvaardiging van Richtlijn 2020/1057 boog het Hof zich in de *Van den Bosch*-zaak over de toepassing van de detacheringsregels op het wegtransport. In de specifieke casus ging het om chauffeurs die door een Nederlands transportbedrijf werden ingeleend van zusterbedrijven in Duitsland en Hongarije om internationaal transport te rijden in en vanuit een standplaats in Nederland.⁶⁵ De prejudiciële vragen waren door de Hoge Raad in 2018 gesteld en zagen op de toen nog bestaande onduidelijkheid rond de toepassing van de Detacheringsrichtlijn op het wegtransport. Hierbij speelde zowel de twijfel over de toepasselijkheid als zodanig een rol, als de specifieke invulling van de in de richtlijn gebruikte toepassingscriteria. In deze paragraaf zal stil worden gestaan bij de belangrijkste overwegingen van het Hof en dan met name ten aanzien van de uitleg van het detacheringsbegrip in het transport en de ‘voldoende nauwe band’.⁶⁶

5.2 Casus

Transportbedrijf Van den Bosch is een internationaal concern waarbij het in Nederland gevestigde transportbedrijf allerlei charterovereenkomsten heeft gesloten met buitenlandse zusterbedrijven.⁶⁷ Op grond van deze overeenkomsten worden de chauffeurs van deze zusterbedrijven ingezet voor internationale transportwerkzaamheden in en vanuit de standplaats Erp in Nederland. Deze werkzaamheden beslaan verschillende transportoperaties. Het kan voorkomen dat de chauffeurs met een lege vrachtwagen naar een ophaalpunt in een andere lidstaat

65 De feiten zoals gepubliceerd roepen de vraag op of hier geen sprake is van intra-concern posting / collegiale uitleen, situaties die onder art. 1 lid 3 sub b of c vallen: zie Hof Den Bosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1873 r.o. 3.3.2.

66 Zie voor reeds uitvoerige besprekingen: F. van Overbeeke, ‘Noot Van den Bosch C-815/18, Europese rechtspraak in kort bestek’, *Rechtskundig Weekblad* 2022, p. 736 e.v.; F. van Overbeeke, ‘Toepassing van de Detacheringsrichtlijn in theorie, maar hoe moet dat in de praktijk?: Zaak C-815/18, FNV/Van den Bosch’, *SEW* 2021, p. 490-493; A. Zwanenburg & F. van Overbeeke, ‘Legitimiteit van kostenbesparende bedrijfsmodellen in het internationale wegtransport’, *TAC* 2021, p. 21-34; F. van Overbeeke, ‘Toepasselijke arbeidsvoorwaarden op mobiele chauffeurs in het Europees wegtransport – een begin van een weg – Hoge Raad 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2322 (*FNV/Van den Bosch*)’, *NIPR* 2019-1, p. 61-79.

67 Zie uitvoerig: Van Overbeeke 2019 (zie noot 66).

rijden en de lading in diezelfde lidstaat lossen (cabotage), of doorrijden naar een andere lidstaat (crosstrade), en vervolgens van daaruit weer doorrijden naar een andere lidstaat (opvolgende crosstrade) enzovoorts. Er werd ook transport verricht van en naar Nederland.

Deze chauffeurs, die vertrokken uit Nederland (al dan niet met of zonder vracht), werden steeds betaald conform de standaarden die golden in het land van herkomst van hun contractuele werkgever in casu. Op deze manier werden de Nederlandse lonen omzeild. De FNV vond dat in dit geval – waarin de werknemers hun werkzaamheden tijdens de terbeschikkingstelling *vanuit* Nederland verrichten – de Nederlandse cao van toepassing was. De werkgever ontkende dit laatste met als argument dat er nauwelijks *in*, maar hooguit tijdelijk *vanuit* Nederland werd gewerkt. Cruciaal voor de toepasselijkheid van de cao was de vraag of de werknemers moesten worden beschouwd als gedetacheerd in de zin van de richtlijn.

5.3 Oordeel van het Hof

Het verwijzingsarrest van de Hoge Raad stamt uit 2018.⁶⁸ Een kleine twee jaar later hakt de Grote kamer van het Hof de knoop door en oordeelt dat de Detacheringsrichtlijn in principe van toepassing is op de wegtransportsector. Het Hof acht het hier onder andere van belang dat artikel 1 lid 2 Detacheringsrichtlijn de zeevaartsector expliciet uitsluit van het toepassingsgebied, waaruit *a contrario* kan worden afgeleid dat de Detacheringsrichtlijn wel van toepassing is op de wegtransportsector (r.o. 32-33).

Ten aanzien van de vraag wanneer de Detacheringsrichtlijn precies moet worden toegepast op het wegtransport, kiest het Hof voor een ‘voldoende nauwe band’-benadering en overweegt:

‘Een werknemer kan gelet op de Detacheringsrichtlijn enkel worden beschouwd als gedetacheerd op het grondgebied van een lidstaat indien het werk dat hij verricht een voldoende nauwe band vertoont met dat grondgebied, wat onderstelt dat een algehele beoordeling wordt verricht van alle factoren die kenmerkend zijn voor de werkzaamheden van de betrokken werknemer.’ (r.o. 45)⁶⁹

Om deze beoordeling uit te kunnen voeren, stelt het Hof vervolgens verschillende ‘relevante factoren’ vast, zoals de kenmerken van de dienstverrichting, de aard van de werkzaamheden, de mate waarin de werkzaamheden van een chauffeur verband houden met het grondgebied van elke lidstaat en het aandeel van de activiteiten in vergelijking met de volledige dienstverrichting in kwestie. Wat dit laatste aspect betreft, zijn de werkzaamheden in verband met het laden of lossen van goederen, het onderhouden of het schoonmaken van de vrachtwagens relevant, mits zij daadwerkelijk worden verricht door de betrokken chauffeur en niet door derden (r.o. 46-48).

Het Hof verduidelijkt ook dat het enkele feit dat een chauffeur die tijdelijk in en vanuit een lidstaat wordt gedetacheerd, daar zijn instructies ontvangt en daar zijn werk begint en eindigt ‘op zich ontoereikend is om te stellen dat die chauffeur op het grondgebied van die andere lidstaat “ter beschikking is gesteld”, indien het werk dat die chauffeur verricht op basis van andere factoren geen voldoende nauwe band vertoont met dat grondgebied’ (r.o. 50).⁷⁰

68 Hoge Raad 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2322, *NIPR* 2019, 43.

69 Verg. ook al eerder HvJ EU 19 december 2019, C-16/18, ECLI:EU:C:2019:1110 (*Dobersberger*).

70 Verg. op dit punt Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7206, *NIPR* 2021, 539 (*Silo-Tank*).

Ten slotte is het nog belangrijk op te merken dat het Hof de helpende hand reikt ten aanzien van de toepassing van de Detacheringsrichtlijn op drie van de vier belangrijkste soorten van transport, namelijk transit, bilaterale, en cabotage operaties. Het Hof oordeelt dat er bij transit en bilaterale operaties geen voldoende nauwe band bestaat tussen chauffeur en grondgebied, terwijl een dergelijke band wel aanwezig is bij cabotage operaties.⁷¹ Crosstrade operaties worden niet besproken en ten aanzien daarvan zal de voldoende nauwe band daarom telkens van geval tot geval moeten worden beoordeeld.

5.4 *Detachering transport ≠ detachering in Rome I?*

Het detacheringsbegrip komt voor in verschillende regelingen – naast voor het arbeidsrecht in de Detacheringsrichtlijn en Rome I,⁷² ook in het belastingrecht en het sociale zekerheidsrecht. In al deze rechtsgebieden krijgt het begrip een net iets andere invulling. Het detacheringsbegrip in Rome I is bedoeld om te voorkomen dat bij een tijdelijke wijziging in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst ook het toepasselijk recht op die overeenkomst zou wijzigen. Dit wordt vanwege het duurkarakter van de arbeidsovereenkomst niet wenselijk geacht. Daarom bepaalt artikel 8 lid 1 Rome I: ‘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.’ Juist het feit dat hierdoor feitelijke werkplek en toepasselijk recht uiteen kunnen gaan lopen, vormde de reden voor de aanvullende regels van de Detacheringsrichtlijn.

Bij de formulering van de detacheringbepaling in artikel 8 Rome I valt op dat de bepaling strikt genomen geen uitspraak doet over de vraag wat rechtens is als een werknemer gewoonlijk *vanuit* een bepaald land werkt, en tijdelijk wordt overgeplaatst naar een andere standplaats. Omdat voor artikel 8 Rome I de hele duur van de arbeidsovereenkomst relevant is voor het bepalen van het nauwst betrokken recht, zou verwacht kunnen worden dat een tijdelijke verandering van standplaats geen invloed heeft op het toepasselijke recht. Ook een dergelijke kortdurende overplaatsing zou dan beschouwd moeten worden als een detachering – waarbij dus de harde kern van werknemersbescherming van de tijdelijke standplaats in acht genomen zou moeten worden.

Dit was in het kort de redenering van de FNV. Als de chauffeurs opereren vanuit Nederland is op grond van artikel 8 Rome I het gehele Nederlands recht van toepassing als gewoonlijk

71 Deze eensgezindheid dat op cabotage operaties de detacheringregeling van toepassing is, verbaast gezien het zeer kortstondige karakter van de werkzaamheden bij cabotage. Vanuit het perspectief van de werknemer biedt toepassing van het recht van het tijdelijke werkland waarschijnlijk nauwelijks extra bescherming, terwijl er wel sprake is van een mogelijk aanzienlijke administratieve last voor de werkgever. In het arrest *Mazzoleni* (HvJ EU 15 maart 2001, zaak C-165/98, ECLI:EU:C:2001:162) heeft het Hof aangegeven dat in zo'n geval toepassing van het minimumloon van het tijdelijke werkland disproportioneel kan zijn. En ook de Detacheringsrichtlijn kent een aparte regelingen voor detacheringen van korter dan 1 maand, en werkzaamheden van geringe omvang (zie art. 3 lid 3, 4 en 5 Detacheringsrichtlijn).

72 Overigens wordt het begrip detachering zelf in art. 8 Rome I niet gespecificeerd. Art. 8 lid 2 tweede zin bevat echter een beschrijving van detachering.

vanuit Nederland gewerkt wordt,⁷³ terwijl de minimumbescherming van de richtlijn geldt als de standplaats slechts tijdelijk naar Nederland is verlegd.

Zoals gezegd volgt het Hof van Justitie deze redenering niet. En ook de nieuwe richtlijn hanteert een ander uitgangspunt. Het detacheringsbegrip in het wegtransport lijkt geënt te worden op de voldoende nauwe band, waarbij mede waarde moet worden gehecht aan de specifiek verrichte transportdienst. Zo is opvallend dat op cabotage activiteiten de Detacheringsrichtlijn per definitie van toepassing is, terwijl deze kortdurende werkzaamheden in het kader van de individuele arbeidsovereenkomst waarschijnlijk van ondergeschikt belang zijn. Bilateraal transport wordt geacht altijd het nauwst verbonden te zijn met het land van vestiging van de transportonderneming.

Voor de categorie transportdiensten die vanuit werknemersbescherming het meest relevant lijkt te zijn, de crosstrade, wordt daarentegen een open catalogus van aanknopings/aandachtspunten opgesteld die deels aansluiten bij de criteria die het Hof in het arrest *Koelzsch* heeft geformuleerd maar dan met betrekking tot het toepasselijke recht ex artikel 8 Rome I. Een opvallend verschil is ook hier het belang dat wordt gehecht aan de dienstverrichting – met andere woorden de verhouding tussen inlener of werkgever en de dienstontvangende derde. Het lijkt er dan ook op dat in het wegtransport de detacheringsregeling – meer nog dan in andere bedrijfstakken – in het teken staat van de gelijke concurrentieverhoudingen tussen dienstverrichters. De situatie van de individuele werknemer en zijn concrete beschermingsbehoefte lijken daaraan ondergeschikt.

Een ander kritiekpunt betreft het feit dat de invulling van het detacheringsbegrip afhankelijk wordt gemaakt van ‘alle concrete omstandigheden van het geval’. Een dergelijke sterk feitelijke en individuele invulling van het detacheringsbegrip belemmert de effectieve handhaving (zowel op individueel niveau als door de vakbonden en overheidsinstanties). Voor effectieve handhaving is van groot belang dat instanties simpel en snel kunnen vaststellen of een werknemer recht heeft op de harde kern bescherming – en of de werkgever aan die verplichting heeft voldaan. Deze kritiek werd al geuit toen het Hof van Justitie voor de bepaling van de bevoegdheid van de rechter een open norm formuleerde,⁷⁴ maar deze kritiek geldt *a fortiori* als het gaat om de harde kern van werknemersbescherming. Het is mede de doelstelling van de Detacheringsrichtlijn om partijen van tevoren zekerheid te bieden over de wederzijdse rechten en plichten tijdens de detachering. Het is de vraag of de huidige regeling voor crosstrade wel aan deze doelstelling voldoet.

Of in de concrete casus een voldoende nauwe band zal worden vastgesteld, is op het moment van schrijven van deze bijdrage nog niet bekend – de uitspraak van de Hoge Raad staat gepland op 4 november 2022. Duidelijk is wel dat noch de positie van de FNV – die groot belang lijkt te hechten aan de plaats waar ritten starten en eindigen en waar de instructies worden gegeven, noch het standpunt van het Hof Den Bosch – die volledig inzet op werkzaamheden binnen het territorium – volledig recht doet aan de toetsing die het Hof van Justitie noodzakelijk acht. Naast

73 In de rechtzaak die was aangespannen door de individuele werknemers is overigens uiteindelijk Nederlands recht van toepassing verklaard: zie Hof Arnhem Leeuwarden 27 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7206, *NIPR* 2021, 539 (*Silo-Tank*).

74 HvJ EU 27 februari 2002, zaak C-37/00, ECLI:EU:C:2002:122, *NIPR* 2002, 122 (*Weber v. Universal Ogden Services*), HR 31 januari 2003, *NJ* 2005, 337, m.nt. Th.M. de Boer, *NIPR* 2003, 108 (uitspraak na verwijzing).

de factoren die de FNV aanvoert is namelijk ook van belang waar de werkzaamheden die direct gelinkt zijn aan het transport worden uitgevoerd. Naast het vervoer zelf, gaat het dan met name om het laden en lossen en het onderhoud van de wagen. Zoals hierboven al werd geconstateerd, lijkt deze aanvulling de nadruk te verleggen van de werkzaamheden van de werknemer naar de transportdienst verricht voor een derde. Anderzijds kan de toevoeging ook gezien worden als een maatregel ter bescherming van de werknemer – juist door opnieuw de nadruk te leggen op de kern van de werkzaamheden die deze voor de werkgever verricht.⁷⁵ De praktische invulling van deze toets zal moeten bewijzen wat bij crosstrade het zwaarst gaat wegen.

Intussen heeft het Hof Arnhem Leeuwarden in de procedure die was aangespannen door de individuele werknemers in de *Van den Bosch*-zaak, het Nederlands recht van toepassing geacht op de arbeidsovereenkomsten. Het zou vreemd zijn als dan voor de handhaving van de cao geconstateerd zou worden dat er een onvoldoende nauwe band met Nederland bestaat.

6. Het huidige verwijzingsmodel voor arbeidsverhoudingen in het wegtransport

6.1 Een methodewissel

Of een IPR-traditie nu wordt gekenmerkt door de *lex causae*-leer of door strikte tweesporigheid: het (Savigniaans georiënteerde) uitgangspunt is dat de bilaterale verwijzingsregel centraal staat bij het bepalen van het toepasselijk arbeidsrecht en dat voorrangsregels slechts bij uitzondering het verwijzingsresultaat mogen doorkruisen of aanvullen. Met de komst van de nieuwe IPR-regelingen in de EU kan wel worden gesteld dat dit model voor het arbeidsrecht niet meer opgaat.

Met de uitvaardiging van de Detacheringsrichtlijn, waarin werd bepaald dat een harde kern van arbeidsregels via een voorrangsregelachtige techniek (neostatutisch) de verwijzing van artikel 8 Rome I kunnen doorkruisen, is de eerste stap gezet tot de uitholling van artikel 8 Rome I en stapje voor stapje heeft dit proces zich zodanig doorgezet dat we nu wel kunnen spreken over een ‘methodewissel’.

Door de keuze van het Hof om de (herziene) Detacheringsrichtlijn onder te brengen bij artikel 23 Rome I, wordt de voorrangsregelmethodiek van artikel 9 Rome I wel ‘zuiver’ gehouden en kan nog steeds volgehouden worden dat dit leerstuk terughoudend moet worden gebruikt.⁷⁶ Doch tegelijkertijd moeten we constateren dat het verwijzingsresultaat van artikel 8 Rome I in de praktijk aan belang inboet omdat in veel gevallen de regels van het werkland, eenzijdig en ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht, toepassing claimen op basis van de herziene Detacheringsrichtlijn.

Eenzelfde effect zien we overigens ook in de zeevaart – terwijl het toepasselijk recht op de arbeidsovereenkomst in de loop der jaren is losgekoppeld van de vlag van het schip waarop de

75 Verg. Hof Arnhem Leeuwarden 27 juli 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:7206, *NIPR* 2021, 539 (*Silo-Tank*) en A.A.H. van Hoek, ‘Heiko Koelzsch tegen Groothertogdom Luxemburg – noot bij HvJ EU 15 maart 2011, zaak C-29/10’, *Ars Aequi* 2011-9, p. 650-658.

76 In die zin wordt de klassieke voorrangsregelmethodiek immers opgevat; er wordt slechts een terughoudende toepassing toegelaten, o.a. wegens het versturende karakter ervan op het meerzijdige verwijzingsresultaat.

werkzaamheden worden verricht,⁷⁷ wordt een harde kern van bescherming uit het recht van de vlaggenstaat alsnog van toepassing verklaard op basis van het Maritieme arbeidsverdrag.⁷⁸

Het is ook interessant om te zien dat deze methodewissel in de Detacheringsrichtlijn gepaard gaat met een zekere ‘de-individualisering’. Zoals hierboven opgemerkt, zorgt de vervanging van een gedetacheerde werknemer door een collega niet voor een stuiting van het verstrijken van de termijn van de 12+6 maanden detachering onder de herziene Detacheringsrichtlijn. Dit doorbreekt het in uitgangspunt individueel georiënteerde karakter van het conflictenrecht en dan met name artikel 8 Rome I, waarin vooralsnog de individuele arbeidsovereenkomst centraal staat. Overigens geldt specifiek voor het wegtransport voor kortere detacheringperiodes in transit, bilaterale, crosstrade en cabotage operaties dan weer een anti-cumulatie bepaling in artikel 1 lid 8 Richtlijn 2020/1057.

Historisch gezien verbaast de ‘methodewissel’ overigens niet. In de jaren ’70 weigerden bijvoorbeeld belangrijke rechtsgeleerden Koopmans en Szaszy, indertijd pioniers op het gebied van internationale arbeidsverhoudingen, het arbeidsrecht als een privaatrechtelijk verschijnsel te zien dat in een op Von Savigny georiënteerde internationaal privaatrechtelijke regeling vervat zou moeten worden.⁷⁹ Veeleer werden voorrangregelachtige, neo-statutistische technieken geschikter bevonden om met internationale arbeidsverhoudingen om te gaan.⁸⁰ Een tegengestelde opvatting werd o.a. uitgedragen door Gamillscheg, een andere pionier op het gebied van internationale arbeidsverhoudingen die, daarin bijgevallen door het gezaghebbende *Institute of International Law*, de privaatrechtelijke (contractuele) kant van het arbeidsrecht benadrukte.⁸¹

De Europese Commissie heeft tot tweemaal toe gepoogd om voor internationale arbeidsovereenkomsten die werden uitgevoerd in de Europese Economische Gemeenschap een bijzonder verwijzingsregime te creëren.⁸² Beide pogingen zijn op niets uitgelopen, en de arbeidsovereenkomst is uiteindelijk als bijzondere overeenkomst opgenomen in het EVO (en nadien in Rome I).

77 Zie Van Hoek 2012, p. 245-251 (zie noot 19) en uitgebreid Laura Carballo-Piñero, *International Maritime Labour Law*, Heidelberg: Springer 2015.

78 Zie art. 7:736 BW. Overigens is onder het Maritiem arbeidsverdrag (Genève, 23 februari 2006) ook de havenstaat verplicht bepaalde minimum normen te handhaven. Zie voor de regeling in de zeevisserij het artikel van Laura Carballo-Piñero in dit nummer.

79 Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze rechtsgeleerden en hun opvattingen: Van Hoek 2000, p. 188 e.v. (zie noot 31).

80 Verg. ook een wetgevingsvoorstel van de Europese Commissie in 1972 inzake een conflictenrechtelijke regeling voor arbeid, waarin relatief veel aandacht werd besteed aan het (semi-)publiekrechtelijke c.q. dwingendrechtelijke karakter van het arbeidsrecht. Voorstel voor een Verordening van de Raad met betrekking tot het op arbeidsverhoudingen binnen de Gemeenschap toe te passen conflictenrecht (door de Commissie bij de Raad ingediend op 23 maart 1972), *PbEG* 1972, C 49/26; Amended proposal for a Regulation of the Council on the provisions on conflict of laws on employment relationships within the Community (Submitted to the Council by the Commission pursuant to the second paragraph of Article 149 of the EEC Treaty), COM(75) 653. Dit voorstel is voor zover wij weten niet in het Nederlands raadpleegbaar. Het document is evenmin vrij beschikbaar op Eurlex, maar op te vragen bij de Commissie.

81 Zie ook voor deze rechtsgeleerde uitvoerig: Van Hoek 2000, p. 188 e.v. (zie noot 31)

82 Zie uitvoerig, Van Hoek 2000 (zie noot 31).

Het was te verwachten dat op dit systeem in de loop der jaren wijzigingen zijn aangebracht, waarin ook de (semi-) publiekrechtelijke kant van het arbeidsrecht zijn weerspiegeling ziet in de vorm van voorrangregelachtige, neo-statutistische technieken.

Overigens valt het Nederlandse (en overigens ook Duitse), van oudsher sterk op Von Savigny georiënteerde, IPR-stelsel hiermee wel moeilijk te rijmen. In de praktijk komt de gecombineerde toepassing van artikelen 8 en 9 Rome I, de Detacheringsrichtlijn en de daarop aangebrachte wijzigingen (waarin grote delen van het arbeidsrecht van het tijdelijke werkland van toepassing worden verklaard op langdurige detacheringen) namelijk neer op een hoge mate van dubbele bescherming / begunstiging van de werknemer. Dit vormt eerder gelijkenissen met de IPR-stelsels van Frankrijk en België, waarin de ‘ordre public social’ een grote rol speelt.⁸³

6.2 Gewijzigde betekenis van artikel 8 Rome I

Maar wat zijn nu eigenlijk de praktische gevolgen van deze ‘methodewissel’? Kan dit bijvoorbeeld effect hebben op de invulling van artikel 8 Rome I? Een aantal mogelijkheden dringen zich op, waarvan wij er hier twee bespreken met de *Van den Bosch* casus als illustratie.

Zoals hierboven is besproken is de detacheringsregeling een reactie op sociale concurrentie – concurrentie op arbeidsvoorwaarden die mogelijk wordt als niet op alle werkzaamheden die binnen de landsgrenzen worden verricht het recht van het (tijdelijke) werkland van toepassing is. Er is dus een directe link tussen de ruimte die de verwijzingsregel laat voor toepassing van ander recht dan dat van het werkland en de roep om toepassing van het eigen recht als voorrangregel. Tegelijkertijd hadden vakbonden in het algemeen een sterke voorkeur voor toepassing van het recht van het feitelijke werkland, omdat de oorspronkelijke Detacheringsrichtlijn uiteindelijk toch maar beperkte bescherming bood.

Deze twee manieren om sociale concurrentie tegen te gaan, komen mooi naar voren in de zaak *Van den Bosch*. In de *Van den Bosch*-zaak had de FNV namelijk bepleit dat Nederland in de relevante periode gezien moest worden als land van waaruit de arbeid *gewoonlijk* werd verricht, zodat het Nederlandse recht in zijn geheel van toepassing zou zijn op de arbeidsovereenkomsten van de chauffeurs. Voor het geval die argumentatie niet zou worden gevolgd, werd betoogd dat de chauffeurs in Nederland waren gedetacheerd, zodat in ieder geval de minimum bescherming van de richtlijn zou moeten worden geboden. Beide systemen – multilaterale verwijzingsregel en voorrangregelmethodiek – kunnen dus worden ingezet (en worden dat in praktijk ook) ter bestrijding van sociale concurrentie.⁸⁴ Voor de multilaterale verwijzingsregel vraagt dat wel om een redelijk snelle wijziging van het toepasselijke recht als de werkplek wordt verlegd naar een ander land (waardoor er een *Statutenwechsel* plaatsvindt). In de Nederlandse rechtspraak zijn ook inderdaad voorbeelden te vinden waarin de rechter met name vanuit het oogpunt van werknemersbescherming tamelijk snel lijkt te oordelen dat Nederland het gewoonlijke werkland ex artikel 8 Rome I is, zodat de betrokken gedetacheerde werknemer zich kan verlaten op de

83 Van Hoek 2019, p. 55 (zie noot 20).

84 Deze redenering gaat er overigens van uit dat de beschermende bepalingen waar het om gaat, zowel als deel van de *lex causae* als zelfstandig op grond van hun werkingssfeer kunnen worden toegepast.

(relatief hoge) bescherming van het Nederlandse arbeidsrecht. Een dergelijke invulling wordt ook wel bepleit in de literatuur.⁸⁵

De nieuwe detachingsregeling kent vergaande toepassing van het recht van het feitelijke werkland in het geval van langdurige detachering. Het lijkt dan niet meer nodig om in die gevallen ook nog te pleiten voor een wijziging van de *lex causae* in het kader van artikel 8 Rome I. Sterker nog: de werknemer kan er alleen maar van profiteren als er naast de dwingende bepalingen van het feitelijke werkland ook nog bepalingen uit een ander rechtsstelsel van toepassing zijn. Slechts de regels rond indiensttreding en beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de regels rond pensioen vallen buiten de bescherming van de herziene Detachingsrichtlijn. Alle overige bescherming wordt dus gecumuleerd: de voor de werknemer meest gunstige bepaling zal moeten worden toegepast. In landen waar een dergelijke cumulatie wenselijk (of in ieder geval niet onwenselijk) wordt geacht, kunnen rechters dankzij de herziening van de richtlijn meer ruimte voelen om ook bij langere detacheringen het recht van het (gezamenlijke) herkomstland van toepassing te achten op grond van artikel 8 Rome I.⁸⁶

Het is echter ook goed denkbaar dat er zich een aan de eerste mogelijkheid tegenovergestelde reactie voordoet, zeker in landen waar de begunstigingsgedachte en de daarbij horende cumulatie van bescherming minder aanhangers kent. Nederland lijkt zich – zeker vanouds – in dit kamp te bevinden. De redelijk open formulering van artikel 8 Rome I maakt het mogelijk om bij de interpretatie ervan aansluiting te zoeken bij het begrip langdurige detachering in de herziene Detachingsrichtlijn. Om een te grote samenloop van rechtsstelsels te voorkomen, zou het verstrijken van een 12+6 maanden termijn dan als een sterke indicatie kunnen worden gezien dat het feitelijke werkland beschouwd moet worden als het gewone werkland in de zin van artikel 8 Rome I, waardoor in beginsel (behoudens een nauwere band met een ander land) het integrale arbeidsrecht van het feitelijke werkland van toepassing wordt. Dit sluit aan bij eerdere pleidooien om het tijdelijkheidsbegrip in Rome I af te stemmen op het detachingsbegrip in de sociale zekerheid, dat aan een vergelijkbare termijn is gebonden.

Gelet op de IPR-traditie in Nederland valt het te verwachten dat in elk geval de tweede mogelijkheid populair kan worden, omdat hier de samenloop van rechtsstelsels en de daarmee gepaard gaande vergaande dubbele begunstiging van de werknemer minder gebruikelijk is en dit op deze manier voorkomen kan worden.

6.3 Wenselijkheid van de gekozen oplossingen

Vanuit het oogpunt van de sociale concurrentieproblematiek is er in principe niets op tegen om de meer (semi-)publiekrechtelijke kant van het arbeidsrecht sterker door te laten werken in

85 Zie bijvoorbeeld V. Van Den Eeckhout, 'Enkele beschouwingen naar aanleiding van diverse recente Europese en Nederlandse uitspraken in het internationaal arbeidsrecht (Koelzsch, Voogsgeerd, Vicoplus, Nuon-rechtspraak en zaak FNV/De Mooij). Welke (nieuwe) argumentatiemogelijkheden voor werknemers tot opeisen van (meer) arbeidsrechtelijke bescherming in internationale situaties?', *ARBAC* 2012, april-juni, DOI: 10.5553/ARBAC/000008.

86 Het detachingsbegrip in Rome I gaat ervan uit dat de werknemer een werkplek heeft gehad in het land van herkomst en daarnaar ook terugkeert – zie nr. 36 considerans Rome I. De uitzondering van de nauwere band in art. 8 lid 4 heeft in de praktijk voornamelijk betrekking op expats: werknemers die afkomstig zijn uit hetzelfde land als hun werkgever.

het conflictenrecht inzake arbeid. Ook past de nieuwe IPR-wetgeving goed in de, inmiddels gemeenzaam geaccepteerde, gedachte dat het Europese IPR meer doelstellingen heeft te verwezenlijken dan de klassiek Savigniaanse doelstellingen van rechtszekerheid, *Entscheidungs-harmonie* etc.⁸⁷

Wel kunnen er serieuze vraagtekens worden gesteld bij de hanteerbaarheid van de nieuwe regelgeving, hetgeen ook veelvuldig is opgemerkt tijdens de verschillende wetgevingsprocessen. De hanteerbaarheid wordt o.a. bemoeilijkt door de lappendeken aan regelgeving dat nu is ontstaan ten aanzien van het conflictenrecht voor arbeid in het wegtransport (en overigens ook in het algemeen voor internationale arbeidsverhoudingen).

Daarnaast wordt ingeleverd op de hanteerbaarheid, en overigens ook op de voorzienbaarheid en rechtszekerheid, door de tamelijk open normen die zijn opgenomen in de diverse regelgeving. Zowel bij het toepasselijk recht als in de Detacheringsrichtlijnen wordt gewerkt met open normen. Vanuit dit oogpunt is het dan ook spijtig dat het Hof van Justitie in de *Van den Bosch*-zaak er niet voor heeft gekozen om een soort standplaatscriterium aan te nemen. Het valt te verwachten dat de uitleg van het Hof in de praktijk tot lastige vraagstukken zal leiden, hetgeen ook negatieve implicaties kan hebben op de handhaving van de regels.⁸⁸

Ook vanuit het oogpunt van de sociale concurrentieproblematiek en rechtsbescherming van de chauffeurs zijn er bedenkingen te maken. In een dermate complex IPR-stelsel sluipen schoonheidsfoutjes er gemakkelijk in, en daarvan lijkt ook sprake te zijn bij de invulling van het detachingsbegrip in enerzijds Rome I en anderzijds in het transport. Zoals in deze bijdrage is besproken, gaat het bij detachering in Rome I om een tijdelijke verplaatsing van de centrale aanknopingsfactor: de werkplek. Daarbij kan een chauffeur dan bijvoorbeeld in en vanuit land X werken en dan tijdelijk in en vanuit land Y gaan werken. In dat geval blijft het arbeidsrecht van land X van toepassing en kan er een ‘gat’ vallen in de rechtsbescherming van de chauffeur voor de tijd dat hij of zij in land Y werkt, bijvoorbeeld in het geval het loonpeil in land Y hoger ligt dan in land X.

Het (oorspronkelijke) idee van de detachingsregelingen die Rome I aanvullen is dat zij juist voor deze detachingsperiodes ‘van huis’ een vangnet vormen. Als we echter kijken naar het detachingsbegrip zoals dat uitwerking heeft gekregen in het wegtransport, dan lijken de begrippen over en weer niet goed op elkaar te zijn afgestemd. Terwijl de aanknopingsfactor van het toepasselijk recht zich veeleer richt op het centrum van de werkzaamheden van de werknemer (standplaats), richt de omschrijving van detachering in het wegtransport zich met name, of in elk geval mede, op de dienstverrichting voor een specifieke afnemer.

Immers, cabotage als deel van een internationale rit maakt de reis voor de chauffeur niet intern, maar is wel een interne transportdienst. Nu cabotage niettemin per definitie wordt aangemerkt als detachering waarop de herziene Detacheringsrichtlijn van toepassing is, wordt duidelijk dat het hier eerder gaat om de transportdienst dan om de werkzaamheden van de werknemer en komt tevens het concurrentie-element duidelijker naar voren.

Dit kan negatieve implicaties hebben voor de sociale concurrentieproblematiek en de rechtsbescherming van de chauffeur, nu de tijdelijke verplaatsing van het centrum van de werkzaamheden (standplaats) niet per definitie als detachering heeft te gelden en de detachingsregeling

87 J. Meeusen, F. van Overbeeke & L. Verhaert, ‘The Link Between Access to Justice and European Conflict of Laws After Lisbon – Much Ado About Nothing?’, *RebelsZ* 2017, p. 858-883.

88 Zie ook Zwanenburg & Van Overbeeke 2021, p. 21-34 (zie noot 66).

dus niet in alle gevallen in het 'gat' van Rome I springt. Hierdoor doen de herziene Detachingsrichtlijn en Richtlijn 2020/1057 juist in het wegtransport zijn werk niet.

Er zijn wel een aantal opties dat deze wat harde conclusie kan nuanceren. Zo zou geoordeeld kunnen worden bij de invulling van de open norm van detachering in het wegtransport dat het inladen van een chauffeur op de standplaats een voldoende nauwe band kan opleveren. O.a. wat dat betreft zijn alle ogen op dit moment gericht op de behandeling van de *Van den Bosch*-zaak in Nederland.

Daarnaast kan wellicht soelaas gevonden worden bij de interpretatie van artikel 8 Rome I, waarbij sneller een verandering van de gewone werkplek (*Statutenwchsel*) aangenomen zou kunnen worden waardoor het integrale arbeidsrecht van het tijdelijke werkland van toepassing wordt. Het is echter de vraag of specifiek voor werkzaamheden in het transport een dergelijke aangepaste interpretatie van artikel 8 Rome I ingang zal vinden. Ook op dit punt kan echter worden verwezen naar de rechtszaak die door de individuele werknemers was aangespannen in de *Van den Bosch* casus, waarin uiteindelijk het Nederlandse recht van toepassing werd geacht op de individuele arbeidsovereenkomsten.

7. Afsluiting

Het IPR is altijd geplaagd geweest door een methodenpluralisme. Het IPR bestrijkt veel rechtsgebieden en het ene rechtsgebied wordt goed geholpen met klassiek Savigniaanse regels, terwijl er andere belangen kunnen spelen bij het andere rechtsgebied waardoor meer behoefte bestaat aan de invlechting van beschermings- en begunstigings-, en voorrangregelachtige technieken. Het internationale arbeidsrecht is altijd een hoofdpijn dossier geweest voor IPR-stelsels met Savigniaanse uitgangspunten. Deze knelpunten lijken steeds verder weggepoetst te worden en het (semi-)publiekrechtelijke karakter van het arbeidsrecht in EU/EER gevallen lijkt de overhand te krijgen in de nieuwere IPR-regels: artikel 8 Rome I is intussen grotendeels uitgehold door de toepassing van o.a. steeds verdergaande beschermings-, begunstigings- en voorrangregelachtige technieken.

In de zaak *Hongarije en Polen t. het Europees Parlement en de Raad* is de vraag gesteld in hoeverre deze nieuwe technieken in strijd zouden zijn met artikel 8 Rome I, maar deze vraag kan ook omgedraaid worden: is het toepassen van een zodanig op de individuele arbeidsovereenkomst georiënteerd artikel niet in strijd met het (semi-)publiekrechtelijke (en collectieve) karakter van het arbeidsrecht? En zo komen we weer terecht in de verhitte discussies die rechtsgeleerden vele jaren voor ons in de jaren '60 en '70 hebben gevoerd. Wat echter hoe dan ook voorop zou moeten staan bij het formuleren van IPR-regels zijn de hanteerbaarheid, voorzienbaarheid en rechtszekerheid en daar wordt zonder twijfel op ingeboet. Los van de lappendeken aan IPR-regelgeving die is ontstaan om vast te stellen wat de toepasselijke arbeidsregels zijn voor een chauffeur in het internationaal wegtransport, leidt het werken met open normen en vervolgens een uiteenlopende invulling van gelijkaardige begrippen in verschillende instrumenten tot veel onzekerheid. Dit wordt nog versterkt doordat enerzijds wordt vastgehouden aan het savigniaanse model, terwijl anderzijds in het kader van de interne markt een op andere, neo-statutistische, beginselen gebaseerd systeem wordt opgezet dat min of meer dezelfde onderwerpen reguleert.