

Over open eindes en nauwere banden: een nieuw hoofdstuk in de *Van den Bosch/ Silo-Tank*-saga

Aukje van Hoek* en Fieke van Overbeeke**

Abstract

In this brief contribution we pay attention to the latest judgment of the Dutch Supreme Court in the protracted litigation over the employment conditions of Hungarian truck drivers who perform international transport operations on behalf of a Dutch logistics company while being officially employed by a Hungarian sister company of the Dutch firm. The case led to the CJEU judgment FNV/Van den Bosch, C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976 (NIPR 2021-55) where the application of the Posting of Workers Directive to this scenario was discussed. The current case pertains to the law that is applicable to the individual employment contracts under Article 8 Rome I.

We comment on the problem of identifying the place from where the work is habitually performed in the case of highly mobile transport operations, the root of which lays in pertaining EU caselaw. We also discuss the fact that the Dutch Supreme Court applied the criteria mentioned in the Schlecker case (C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551, NIPR 2013-347) in a strict manner, without taking the specific context of the Schlecker case fully into account. Finally, we recommend that the Court of Appeal of Amsterdam (to which the case has been referred) should submit further preliminary questions to the CJEU: 1. Should the reason why workers are covered by the social security system of their home country be taken into account when weighing the relevance of this criterion – and more particularly, what relevance does the insurance status have in transport cases?; 2. Which factors should (or may) be taken into account to establish a closer connection when the applicable law is determined on the basis of the establishment through which the worker was employed?

1. Inleiding en aanleiding

In ons artikel over het toepasselijke recht op arbeidsverhoudingen in het internationale wegtransport ('Conflictenrecht en arbeid in het Europees wegtransport – verder en verder weg van het Savigniaanse verwijzingsmodel', NIPR 2022 afl. 3) hebben we o.a. aandacht besteed aan de procedures die in Nederland zijn aangespannen tegen het Nederlandse transportbedrijf

* Aukje van Hoek is Hoogleraar IPR en burgerlijk procesrecht UvA, 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 aan de zijde van de FNV, tussen 2014-2020, als adviseur betrokken geweest bij de Van den Bosch-procedure. Het artikel is op persoonlijke titel geschreven.

Van den Bosch en zijn Hongaarse zusteronderneming Silo-Tank Kft.¹ In februari 2014 zijn een aantal Hongaarse chauffeurs van Silo-Tank die waren gedetacheerd bij Van den Bosch, samen met de FNV een procedure begonnen waarin o.a. aanspraak werd gemaakt op loonbetaling volgens de Nederlandse cao. De toen aangespannen zaak heeft inmiddels drie uitspraken van de Hoge Raad opgeleverd plus een uitspraak van het Hof van Justitie EU (HvJ EU). En nog steeds is niet duidelijk op welk loon de chauffeurs nu recht hebben.² Deze procesgang geeft niet alleen aan hoe complex het IPR voor dit type arbeidsovereenkomsten is, maar ook hoeveel er voor de bedrijven en hun werknemers op het spel staat.

Recent is in deze saga het derde Hoge Raad arrest geweest: Hoge Raad 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:408 (*NIPR* 2023-496), hieronder aangeduid als *Silo-Tank 2*.³ Dit arrest had, evenals eerder Hoge Raad 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2165 (*NIPR* 2019-42) (*Silo-Tank 1*), betrekking op de uitleg van artikel 8 van Rome I.⁴ Parallel hieraan loopt er ook nog een procedure over de toepassing van de Detacheringsrichtlijn op de arbeidsverhoudingen in geschil. Dit dossier ligt op dit moment bij Hof Arnhem-Leeuwarden.⁵

In dit naschrift bij ons artikel gaan we in op het recente arrest van de Hoge Raad en spreken we onze zorg uit over de uitleg van artikel 8 Rome I in wegtransportsituaties, zowel vanuit het oogpunt van werknemersbescherming als de voorzienbaarheid van het toepasselijk recht voor werkgevers.

2. De aanloop tot het huidige arrest en de beslissing

Even ter herinnering: op grond van artikel 8 Rome I is een rechtskeuze in arbeidsovereenkomsten toegestaan, maar deze kan er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest van de dwingende bepalingen van het recht dat zonder die keuze van toepassing zou zijn geweest (lid 1). Het is dus altijd noodzakelijk om (ook) het objectief toepasselijke recht op de arbeidsovereenkomst te bepalen (via leden 2, 3 en 4). Vervolgens moet worden vastgesteld of dat recht met betrekking tot het onderwerp in geschil dwingende, de werknemer beschermende bepalingen bevat. Als die er zijn, zal een vergelijking moeten plaatsvinden met het gekozen recht en zal de betere bescherming prevaleren.⁶ Dit is recent nog nadrukkelijk bevestigd door de Hoge Raad in een arrest van 23 juni 2023 (ECLI:NL:HR:2023:969, *NIPR* 2023-640).

1 Het anonimiseringsbeleid van Rechtspraak.nl maakt het overigens lastig om de verschillende procedures in deze saga goed in beeld te krijgen. In de laatste uitspraak van de Hoge Raad zijn zelfs de namen van de betrokken bedrijven weggelakt. Vanuit het oogpunt van privacy lijkt ons dat niet nodig en vanuit het oogpunt van transparantie onwenselijk.

2 De verschillende rechterlijke instanties die zich over de problematiek hebben gebogen, komen tot verschillende conclusies: Hof Den Bosch oordeelt dat Hongaars recht van toepassing is (ECLI:NL:GHSHE:2017:1874, nr. 3.16), Hof Arnhem-Leeuwarden daarentegen komt uit op het Nederlandse recht (ECLI:NL:GHARL:2021:7206, *NIPR* 2021-539, nr. 3.25). Hof Amsterdam is nu aan zet.

3 *JAR* 2023/104 met annotatie van mr. dr. E.J.A. Franssen.

4 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.

5 HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1430, *NIPR* 2022-519.

6 HvJ EU 15 juli 2021, ECLI:EU:C:2021:600, *NIPR* 2021-379 (*Gruber logistics*), r.o. 27.

Voor het vaststellen van het objectief toepasselijke recht zal eerst moeten worden gekeken of er een land is waar of van waaruit de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht. Is een dergelijk land niet aan te wijzen, dan moet worden vastgesteld waar zich de vestiging bevindt of bevond die de werknemer in dienst heeft genomen. Pas als op grond van deze twee regels is vastgesteld welk recht zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn, kan aan de hand van ‘het geheel der omstandigheden’ worden bepaald of een ander land *nauwer* met de overeenkomst is verbonden. De scheiding van deze twee stappen (eerst de bepaling van het toepasselijk recht op grond van de vermoedens en pas dan controleren op de nauwere band) werd door Hof Den Bosch (ECLI:NL:GHSHE:2017:1874) nauwelijks gemaakt en het arrest werd door de Hoge Raad dan ook terecht vernietigd in *Silo-Tank 1* (ECLI:NL:HR:2018:2165, *NIPR* 2019-42). De Hoge Raad herhaalt hierin de rechtspraak van het HvJ EU en schrijft voor dat het onderscheid tussen genoemde aanknopingsfactoren strikt moet worden gehanteerd. Het is dus niet toegestaan om in lastige gevallen direct het meest betrokken recht te zoeken.⁷

In datzelfde arrest heeft de Hoge Raad tevens bepaald dat voor werkzaamheden in de transportsector alle door het HvJ EU in het arrest *Koelzsch*⁸ genoemde factoren voor de vaststelling van het gewone werkland zichtbaar moeten zijn meegewogen bij de vaststelling van het toepasselijke recht.⁹ Het gaat daarbij volgens het HvJ EU om de plaats van waaruit de werknemer de transportopdracht verricht, instructies voor zijn opdrachten ontvangt en zijn werk organiseert alsmede de plaats waar zich de arbeidsinstrumenten bevinden. Daarnaast is van belang 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.

Voor het beoordelen van de nauwere band verwijst de Hoge Raad naar het *Schlecker*-arrest van het HvJ EU. In dat arrest noemt het HvJ EU de volgende factoren als belangrijk voor het vaststellen van een nauwere band: ‘het land waar de werknemer belastingen en heffingen op inkomsten uit arbeid betaalt en het land waar hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen. Bovendien dient de nationale rechter rekening te houden met alle omstandigheden van de zaak, zoals met name de criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden.’¹⁰

Het was aan het Hof Arnhem-Leeuwarden, waarnaar de zaak na het *Silo-Tank 1*-arrest is doorverwezen, om deze instructies toe te passen en tot op zekere hoogte is het hof hierin geslaagd. Het onderscheid tussen de aanknopingsfactoren wordt nadrukkelijk gemaakt, waarbij eerst wordt getoetst aan de aanknopingsfactor van het gewone werkland. Het hof komt hierbij tot de conclusie dat Nederland het gewone werkland is. De argumenten van het hof worden door de Hoge Raad (in het daaropvolgende cassatiearrest) als volgt samengevat:

7 Zie uitvoerig 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, p. 61-79.

8 HvJ EU 15 maart 2011, C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151, *NIPR* 2011-194 (*Koelzsch*).

9 Meer concreet oordeelde de Hoge Raad: ‘3.4.6 Deze door het HvJEU gegeven opsomming van gezichtspunten is niet limitatief. De rechter moet immers rekening houden met “alle elementen die de werkzaamheid van de werknemer kenmerken” (arrest *Koelzsch*, punten 48 en 50). Wel komt veel gewicht toe aan de gezichtspunten die volgens het HvJ EU “met name” moeten worden onderzocht. De rechter dient in elk geval die door het HvJ EU genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling te betrekken.’

10 HvJ EU 12 september 2013, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551, *NIPR* 2013-347 (*Schlecker*).

(i) De transportopdrachten van [verweerders] werden vanuit Nederland uitgevoerd, omdat hun serie vervoersopdrachten daar in de meeste gevallen begon en eindigde. Dat [verweerders] door [eiseres] betaald werden voor hun reis vanuit hun woonplaats in Hongarije naar Nederland en terug, maakt niet dat de opdrachten in Hongarije begonnen. (rov. 3.14-3.16)

(ii) De opdrachten voor het werk werden vanuit Nederland verstrekt, omdat de planning van de transporten in Nederland plaatsvond en de instructies over de transportopdracht (laad- en losadressen) vanuit Nederland gegeven werden, rechtstreeks aan de desbetreffende chauffeur. Ook een aantal algemene zaken werd vanuit de in Nederland gevestigde [B] B.V., respectievelijk door de in [plaats] wonende en werkende HRM-medewerkster geregeld. (rov. 3.17)

(iii) De arbeidsinstrumenten, in dit geval de vrachtwagens waarmee [verweerders] hun transportopdrachten verrichtten, werden aan hen in Nederland ter beschikking gesteld (rov. 3.18).

(iv) Met betrekking tot de vraag waar het vervoer hoofdzakelijk werd verricht, is van belang dat [verweerders] hoofdzakelijk transportopdrachten in Noord-West Europa verrichtten. 18,6 % van het aantal gereden kilometers is binnen Nederland gereden. Het is niet gebleken dat [verweerders] hun transportopdrachten hoofdzakelijk in één ander land in Europa uitvoerden. Het aantal kilometers dat zij in Hongarije reden was in de desbetreffende periode verwaarloosbaar klein. (rov. 3.19)

(v) De vervoerde goederen werden op diverse plaatsen in (Noord-West) Europa gelost, meestal buiten Nederland en blijkens de overgelegde gegevens nooit in Hongarije (rov. 3.20).

Het hof is (in rov. 3.21) tot de slotsom gekomen dat een aantal van de besproken gezichtspunten, waar het de organisatie van de transportopdrachten betreft, duidelijk naar Nederland wijst als het gewone werkland. Sommige gezichtspunten zijn minder uitgesproken, maar er zijn geen relevante gezichtspunten die wijzen op een specifiek ander land en dus ook niet op Hongarije als het gewoonlijke werkland. Ook een drietal andere aspecten wijst volgens het hof meer op Nederland als het gewoonlijke werkland, namelijk:

(a) loonbetaling gebeurde weliswaar in Hongaarse valuta vanaf een bankrekening van [eiseres], maar de banklicentie voor die rekening stond op naam van [Het Nederlandse transportbedrijf];

(b) ziekmeldingen en verlofaanvragen van de Hongaarse chauffeurs vonden (ook) plaats bij [Het Nederlandse transportbedrijf]; en

(c) de brandstofpas die de chauffeurs gebruikten om te tanken, stond op naam van [Het Nederlandse transportbedrijf].'

Vervolgens wordt aan de hand van de *Schlecker*-criteria getoetst of er een nauwere band bestaat met Hongarije. De kernoverweging hierover in de uitspraak van het hof is:

'3.23 [geïntimeerden] c.s. zijn Hongaarse chauffeurs en waren in de relevante periode woonachtig in Hongarije, daar belastingplichtig en aangesloten voor de sociale zekerheid en andere relevante verzekeringen. De vaststelling van hun loon gebeurde formeel door Silo-Tank, maar feitelijk door VdBT waarbij het hof wijst op de onder 3.21 genoemde omstandigheden betreffende de invloed van VdBT op loonbetaling en wijze van ziekmelding, de rol van mevrouw [naam2] als HRM-functionaris die in [plaats6] verbleef en (hoofdzakelijk) werkte en op de positie van [naam1] in Silo-Tank.

Het feit dat [geïntimeerden] c.s. belasting en premies betaalden in Hongarije was bovendien niet het gevolg van een keuze voor dat land als werkland, maar enkel en alleen het gevolg van het feit dat zij daar woonden. De werkzaamheden waren immers, zoals hiervoor uiteengezet, het meest verbonden met Nederland. Dat Silo-Tank in Hongarije gevestigd was vond zijn grondslag evenmin in de verbondenheid van de werkzaamheden met Hongarije.

Al met al zijn er dus onvoldoende redenen om de arbeidsovereenkomsten te laten beheersen door het Hongaarse recht in plaats van het Nederlandse recht als het recht van het gewone werkland. Ten aanzien van de premies voor de sociale voorzieningen tekent het hof daarbij nog aan dat, zoals [geïntimeerden] c.s. hebben aangevoerd, niet vaststaat dat de heffing van Hongaarse sociale zekerheidspremies in dit geval geheel juist is geweest, gelet op de bepalende rol van VdBT op de inhoud van de arbeidsrelatie. (...) Afweging van alle omstandigheden van het geval brengt het hof tot het oordeel dat de arbeidsrelatie met [geïntimeerden] c.s. beheerst wordt door het Nederlandse recht als het recht van het gewone werkland.'

Ondanks deze uitgebreide onderbouwing doorstaat het arrest de toets van de Hoge Raad niet. In het arrest *Silo-Tank 2* vernietigt de Hoge Raad ook dit arrest. Ten aanzien van de bepaling van de gewone werkplek is het hof volgens de Hoge Raad op twee punten de fout ingegaan. Het feit dat de transporten vanuit Nederland werden georganiseerd was volgens de Hoge Raad niet relevant – het gaat erom waar de chauffeurs de instructies voor hun ritten ontvangen, niet van waaruit deze instructies worden verstrekt. Een ander punt dat de Hoge Raad hekelde in de redenering van het Hof Arnhem-Leeuwarden is dat het hof ten onrechte belang heeft gehecht aan de hierboven onder a t/m c beschreven aspecten, nu deze geen betrekking hebben op de uitvoering van de werkzaamheden. Daarmee zijn ze niet relevant voor het vaststellen van de gewone werkplek.

De overweging met betrekking tot de nauwere band vindt evenmin genade bij de Hoge Raad. De meest relevante overwegingen zijn:

'3.7.1 Onderdeel 2.6 klaagt dat het hof (in rov. 3.23) geen betekenis heeft toegekend aan het feit dat [verweerders] belasting en sociale premies betaalden in Hongarije. De overweging van het hof dat dit geen gevolg is van een keuze voor Hongarije als werkland maar alleen van het feit dat [verweerders] daar woonden, acht het onderdeel onjuist. Volgens het arrest van het HvJ EU in de zaak *Schlecker* is immers niet van belang wat de reden is dat in een bepaald land belasting en sociale premies worden betaald, aldus de klacht.

3.7.2 De klacht is terecht voorgesteld. Door te overwegen dat het feit dat [verweerders] belastingen en sociale premies betaalden in Hongarije enkel te maken heeft met het feit dat zij daar woonden, heeft het hof miskend dat reeds de omstandigheid dat in een bepaald land belastingen en sociale premies worden afgedragen, als zodanig van belang is voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een nauwere band met een ander land dan het gewoonlijke werkland.'

De zaak is vervolgens doorverwezen naar het Hof Amsterdam voor verdere afdoening.

3. Commentaar

Het systeem van de Rome I-Verordening gaat bij het bepalen van het toepasselijke recht in veel gevallen uit van een vaste aanknopingsfactor in combinatie met een exceptieclausule die verwijst naar een nauwere band met een ander land. Ook bij arbeidsovereenkomsten moet eerst worden vastgesteld wat het toepasselijk recht zou zijn op grond van de vaste aanknopingsfactoren – in casu het gewone werkland of de vestiging van indienstneming. Daarna kan worden onderzocht of een ander land *nauwer* met de arbeidsovereenkomst is verbonden. Uit vaste rechtspraak van het HvJ EU volgt dat het gewone werkland de primaire aanknopingsfactor is voor

internationale arbeidsovereenkomsten en de vestiging van indienstneming gezien moet worden als een ‘restcategorie’ die alleen kan worden toegepast als het werkelijk niet mogelijk is een gewone werkland te lokaliseren. De aanknopng aan de gewone werkplek zal dan ook een grotere aanknopingswaarde hebben dan de aanknopng aan de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen – en dus moeilijker opzij te zetten zijn.¹¹ Maar we weten uit het arrest *Schlecker* dat het ook bij aanwezigheid van een vast werkland mogelijk is dat een ander land nauwer met de overeenkomst is verbonden.¹²

Het is niet de bedoeling om direct op grond van alle omstandigheden van het geval tot toepassing van het nauwst verbonden recht te komen zonder eerst vast te stellen welk recht op grond van de twee vaste aanknopingsfactoren van toepassing zou zijn.¹³ Daarnaast heeft het HvJ EU – mede ter bescherming van werknemers – aangegeven dat bij het vaststellen van de gewone werkplek de werkzaamheden zelf en de feitelijke uitvoering daarvan centraal moeten staan. Hoe de werkgever de administratieve afhandeling van de arbeidsovereenkomsten organiseert, is voor het vaststellen van de feitelijke werkplek dus niet relevant. Tot zover kunnen we de Hoge Raad goed volgen in haar cassatie met doorverwijzing van het eerste *Silo-Tank*-arrest.

Het tweede *Silo-Tank*-arrest is langs eenzelfde strikte benadering geweest. De strikte toepassing van de *Koelzsch*-criteria levert echter een moeilijk vast te stellen werkland op voor hoog mobiele chauffeurs en kan daarmee, onder omstandigheden, leiden tot onwenselijke situaties. Daarnaast is een kanttekening te zetten bij de doorwerking van het *Schlecker*-arrest in het wegtransport. Beide punten worden hieronder nader toegelicht.

3.1 Het (onmogelijk?) vaststellen van de gewone werkplek in de internationale wegtransportsector

Van alle internationale arbeidsverhoudingen zijn die in het wegtransport misschien wel het lastigst te lokaliseren. Voordat de transportsector geliberaliseerd werd, was er een nauwe koppeling tussen de vestiging van de werkgever en het centrum van waaruit het transport ook daadwerkelijk plaats vond.¹⁴ In alle sectoren van transport is deze band intussen zo goed als losgelaten. Niet alleen kan de rechtspersoon die als werkgever optreedt ver van de werkplek

11 Zie J.H. Even, ‘De beschikking Turistik Hava (ECLI:NL:HR:2020:958) – Internationaal privaatrecht en arbeidsovereenkomsten in het internationale vervoer: een kwestie van nauwgezet wikken, wegen en motive-ren’, *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context* 2020 nr. 4, p. 220-221.

12 HvJ EU 12 september 2013, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:551, *NIPR* 2013-347 (*Schlecker*). Zie over de vraag of de *Schlecker*-criteria daadwerkelijk wijzen op een nauwere band van de arbeidsovereenkomst met een bepaald land, of veeleer de sociaal-economische inbedding van de werknemer betreffen, A.A.H. van Hoek, ‘Re-embedding the transnational employment relationship: A tale about the limitations of (EU) law’, *CMLRev* 2018 p. 456-457.

13 *Schlecker*, r.o. 35: ‘Blijkens de letterlijke bewoordingen en het doel van artikel 6 EVO moet de rechter allereerst op basis van de specifieke aanknopingscriteria in lid 2, sub a en, respectievelijk, sub b, van dit artikel, die beantwoorden aan het algemene vereiste van voorzienbaarheid van het recht en dus van rechtszekerheid in de contractuele verhoudingen, bepalen welk recht toepasselijk is (zie naar analogie arrest van 6 oktober 2009, ICF, C-133/08, Jurispr. blz. I-9687, punt 62).’

14 Zie voor een uitvoerige bespreking van de liberalisering van de EU wegtransportsector en de gevolgen daarvan voor het conflictenrecht en meer specifiek het kunnen vaststellen van het toepasselijk arbeidsrecht: F. van Overbeeke, *Sociale concurrentie en conflictenrecht in het Europees wegtransport*, diss. Universiteit Antwerpen, 2018, p. 20 e.v. (vrij online raadpleegbaar).

zijn verwijderd, ook de transportbewegingen en de inzet van personeel daarbij zelf zijn minder aan vaste routes gekoppeld.¹⁵ Prijsvechters in de luchtvaart verzorgen losse luchtverbindingen waarbij de opstapplaats voor het personeel op grond van economische of arbeidsrechtelijke overwegingen kan worden verplaatst.¹⁶ Wel is het vliegend personeel voor de start van hun werk afhankelijk van luchthavens. Deze dienen dan ook (normaal gesproken) als de plaats van waaruit de arbeid wordt verricht.¹⁷

De zeescheepvaart speelt zich af tussen havens, die ingericht moeten zijn op het type schip waarop gevaren wordt. Deze havens zullen in sommige gevallen kunnen worden beschouwd als de plaats van waaruit de werkzaamheden worden verricht.¹⁸ Maar daarnaast speelt in de zeescheepvaart de vlag nog altijd een grote rol – zeker in de wilde vaart waarbij schepen geen vaste route volgen, maar worden aangestuurd op basis van het aanbod van vracht. De aanknoping aan de vlag sluit aan bij het internationale recht: de werkzaamheden van zeelieden worden grotendeels buiten het territorium van enige staat verricht, maar wel op een plek die voor een aantal internationaalrechtelijke aspecten aan territorium wordt gelijkgesteld.¹⁹

Wegtransport daarentegen speelt zich af op land – en dus altijd binnen een of meer staten. Het kenteken van het voertuig waarmee de chauffeur het transport verricht, heeft daarentegen niet de status die de vlag heeft in het zee- en luchttransport. En tenslotte kan een rit in een vrachtwagen overal beginnen waar zich een weg bevindt – speciale voorzieningen zoals deze worden geboden door (lucht)havens zijn daarvoor niet nodig. Dit maakt de arbeidsverhouding van de internationale chauffeur lastig te lokaliseren. Met de liberalisering van het wegtransport zijn dan ook de problemen met betrekking tot het toepasselijke recht op de arbeidsovereenkomst van chauffeurs sterk toegenomen – met alle gevolgen voor de sociale bescherming en de voorzienbaarheid van dien.²⁰

Hoewel het Hof Arnhem-Leeuwarden een goede poging heeft gewaagd om aan de hand van een veelheid van factoren vast te stellen waar zich het zwaartepunt van de arbeidsverhouding van de betrokken chauffeurs bevond, nam het hof factoren mee die niet met de uitvoering van de werkzaamheden verband hielden. Hiermee bevond het hof zich op glad ijs, nu de Hoge

15 Zie hierover A.A.H. van Hoek, 'Het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten – een reactie op het Groenboek EVO', *Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht* 2003, afl. 12, p. 371-373 met betrekking tot de zeevaart en het luchttransport; en 'Heiko Koelzsch tegen Groothertogdom Luxemburg – annotatie bij Hof van Justitie Europese Unie (HvJ EU) (Grote kamer) 15 maart 2011, zaak C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151', *Ars Aequi* september 2011, p. 650 e.v. met betrekking tot het wegtransport.

16 Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 4 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6802, *NIPR* 2018-49 met betrekking tot een individuele overplaatsing van een lid van het cabinepersoneel van Ryanair naar Dublin en Rb. Oost-Brabant 1 november 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:5330 over de sluiting van de Ryanair basis Eindhoven met aanbod tot overplaatsing naar een andere basis.

17 Zelfs ingeval de keuze voor van een uitvalsbasis aan de werknemer wordt gelaten: zie HR 18 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1702, *NIPR* 2022-551 (*Netjets Management*). Zie ook HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:958, *NIPR* 2020-334 (*Turistik Hava*).

18 Zie HvJ EU 15 december 2011, C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842, *NIPR* 2012-52 (*Voogsgeerd*).

19 Zie art. 7: 695 jo 736 BW en art. V van het Maritiem Arbeidsverdrag (Genève, 23 februari 2006).

20 Zie voor de *race to the bottom* die dat heeft veroorzaakt, WMP Consult, *Sociale voorwaarden in de logistiek in Europa: focus op het wegvervoer*, Rapport, Eindverslag gepubliceerd door EVA – Europese Akademie für umweltorientierten Verkehr gGmbH, mei 2019; 'Cost of Non-Europe in the single market in transport and tourism' report (European Parliament, 2014), PE 510.985, CoNE 4/2014, p. 27.

Raad in *Silo-Tank 1* al had aangegeven dat de rechtspraak van het HvJ EU strikt gevolgd moet worden. Het feit dat de Hoge Raad casseert, zet deze lijn voort en is, meer concreet, in overeenstemming met de gezichtspunten uit de zaak *Koelzsch*. Hierin wees het HvJ EU als belangrijke factoren voor het gewone werkland onder artikel 8 Rome I op de plaats van waaruit de werknemer de transportopdracht verricht, instructies voor zijn opdrachten ontvangt en zijn werk organiseert (verg. HvJ EU *Koelzsch*, r.o. 48-49). Deze criteria richten zich nadrukkelijk op de werknemer en waar deze zijn arbeid organiseert, en niet op de werkgever en waar deze laatste de werkzaamheden binnen zijn onderneming organiseert.

De Hoge Raad verwijt het hof dus dat deze de factoren die samenhangen met de organisatie van het werk te veel vanuit de werkgever had beoordeeld. Op zich is de positie van het hof echter wel te begrijpen. Als de chauffeur zijn rij-instructies ontvangt op zijn mobiele telefoon, lijkt het niet wenselijk als het centrum van werkzaamheden zich uiteindelijk blijkt te bevinden op een parkeerplaats langs de snelweg, of zelfs in de cabine van de vrachtauto. Aanknoping aan een bepaald (vast) centrum in Nederland van waaruit door meerdere chauffeurs werd gewerkt, lijkt meer recht te doen aan de noodzaak van voorzienbaarheid met betrekking tot de bevoegdheid van de rechter en het op de overeenkomst toepasselijke recht.²¹ Het is echter de vraag of de rechtspraak van het HvJ EU een dergelijke invulling van de *Koelzsch*-criteria toelaat. De Hoge Raad vindt evident van niet. En dat valt, gelet op de HvJ EU-rechtspraak, eveneens te begrijpen.

Er zijn namelijk goede redenen om in het algemeen, zoals het HvJ EU doet in *Koelzsch* en de Hoge Raad strikt onderschrijft, voor het identificeren van de gewone werkplek aan te sluiten bij de activiteiten van de werknemer, óók of misschien wel juist in het hoog mobiele wegtransport. Indien immers wordt aangeknoopt aan factoren die veeleer verband houden met de organisatie van de werkgever, kan het objectief toepasselijke recht makkelijker door eenzijdig handelen van de werkgever worden beïnvloed, iets dat we in de praktijk van het Europees wegtransport, in vergelijking met andere sectoren, relatief veel zien.²² Maar het blijft te betreuren dat de gekozen uitleg het in voorliggend geval erg lastig lijkt te maken om nog tot de vaststelling van een gewoon werkland te kunnen komen nu het alternatief al helemaal geen bescherming biedt tegen ontwijkingsconstructies.

Laten we op het niet kunnen vaststellen van een gewoon werkland nog even inzoomen. De factoren die erop wijzen dat er in Nederland een centrum van werkzaamheden van de werkgever aanwezig is, zijn volgens de Hoge Raad niet relevant zijn voor het bepalen van het gewone werkland. Van de vijf door het hof onder i t/m v genoemde factoren mag er één niet meewegen en wijzen twee slechts in beperkte mate naar Nederland. Ook de drie als aanvullend beschouwde factoren tellen niet mee voor het bepalen van de gewone werkplek. Het is dan ook de vraag of op grond van de overgebleven factoren Nederland nog als gewoon werkland in de zin van artikel 8 lid 2 Rome I kan worden gezien. Hongarije is dat in ieder geval niet – de

21 En ook meer in lijn met oudere rechtspraak inzake het bevoegdheidsrecht: HvJ EG 13 juli 1993, C-125/92, ECLI:EU:C:1993:306, *NIPR* 1994-146 (*Mulox*). Zie ook Hof Den Bosch 10 april 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB2826, *NIPR* 2007-292 en Van Hoek AAe 2011, p. 656-657. Verg AG Drijver bij *Silo-Tank 2*, ECLI:NL:PHR:2022:849, ov. 4.12.6.

22 Zie uitvoerig F. van Overbeeke & A. Zwanenburg, 'Legitimiteit van kostenbesparende bedrijfsmodellen in het internationale wegtransport', *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context* 2021, p. 21-34.

feitelijk uitvoering van de werkzaamheden heeft namelijk (voor zover we kunnen opmaken uit de uitspraken) geen noemenswaardige band met Hongarije.

Als er geen gewone werkplek valt aan te wijzen, moet worden teruggevallen op de vestiging van de werkgever die de werknemer in dienst heeft genomen (art. 8 lid 3 Rome I). Die bevindt zich in dit geval in Hongarije.²³ Factoren die betrekking hebben op de uiteindelijke uitvoering van de overeenkomst zijn voor het vaststellen van de vestiging van indienstneming niet relevant. Slechts de situatie ten tijde van indiensttreding is relevant. Deze aanknopingsfactor is met name gericht op het verschaffen van rechtszekerheid, terwijl de aanknopng aan de werkplek als doel heeft het bieden van adequate bescherming aan de werknemer door deze toegang te geven tot een nabije rechter en hem te beschermen naar de maatstaven van zijn sociale omgeving.²⁴ De twee vaste aanknopingsfactoren zijn dus heel anders van aard en gewicht.²⁵

Als het toepasselijke recht in eerste instantie wordt vastgesteld op basis van de gewone werkplek, weten we uit het *Schlecker*-arrest welke factoren relevant worden geacht voor de vraag of er een nauwere band is met een ander land. Op dit moment is er nog geen duidelijkheid over de vraag welke factoren daarvoor relevant zijn als de aanknopng wordt gebaseerd op de vestiging van indienstneming – de *Schlecker*-zaak ziet immers niet op dit scenario. Het is heel goed denkbaar dat in dat laatste geval alsnog zowel de factoren die te maken hebben met de uitvoering van de overeenkomst als de factoren met betrekking tot de verdere organisatie van de werkzaamheden een rol kunnen spelen bij het vaststellen van een nauwere band.²⁶ Omdat al die factoren immers wijzen op een betrokkenheid van een specifiek land bij de economische activiteit die door de werknemer wordt uitgevoerd en op de inbedding van de werknemer in een groter verband.

3.2 De toepassing van de *Schlecker*-criteria in het wegtransport

In het *Schlecker*-arrest heeft het HvJ EU als gezegd nader invulling gegeven aan de nauwste band-exceptie bij arbeidsovereenkomsten (art. 8 lid 4 Rome I). In r.o. 40 van dat arrest stelt het Hof nadrukkelijk dat de rechter rekening dient te houden met alle factoren die de arbeidsbetrekking kenmerken, en dient te bepalen welke factor of factoren daarvan volgens hem het zwaarste wegen. In r.o. 41 wordt vervolgens een aantal factoren aangewezen die het Hof in dit opzicht belangrijk acht, waarbij het betalen van belastingen en heffingen op inkomsten en de aansluiting bij de sociale zekerheid een belangrijke plaats innemen. Gezien de zaak die voorlag, was dat ook niet verbazingwekkend.

In de zaak *Schlecker* was de in Duitsland woonachtige werkneemster van een Duits concern al meer dan 11 jaar werkzaam in Nederland. Er bestond dan ook tussen partijen geen verschil van mening over het feit dat de arbeid gewoonlijk in Nederland werd verricht. Normaal gesproken zou deze werkneemster dan ook belasting over haar arbeidsinkomen moeten betalen

23 Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft (terecht) twijfels geuit in hoeverre Silo-Tank daadwerkelijk als werkgever zou moeten worden beschouwd, maar ook ingeval dit niet zo is, zal Silo-Tank geacht worden de in dienst nemende vestiging te zijn. En dat is de relevante aanknopingsfactor van art. 8 lid 3 Rome I.

24 Zie AG Wahl bij C-64/12 (*Schlecker*), ECLI:EU:C:2013:241, ov. 26.

25 Vergelijk Even 2020, p. 219 (zie noot 11) en AG Trstenjak bij *Voogsgeerd v. Navimer*, 8 september 2011, ECLI:EU:C:2011:564, ov. 67-68.

26 Vergelijk AG Trstenjak ECLI:EU:C:2011:564, ov. 73.

in Nederland en ook in Nederland sociaal verzekerd zijn. In dit concrete geval was dat echter niet zo: volgens de gegevens betaalde de werkneemster nog steeds sociale premies in haar woonland Duitsland. Een dergelijke verlengde verzekering is alleen mogelijk als werkgever en werknemer hiertoe een verzoek hebben ingediend (art. 16 Verordening 883/2004).²⁷ AG Wahl benadrukt in zijn conclusie dit bijzondere, vrijwillige karakter waar hij stelt: ‘Door zich aan deze regel [van de *lex loci laboris*] te onttrekken, (...) hebben de betrokken partijen mijns inziens het zwaartepunt van hun verhouding naar een ander land willen verplaatsen.’²⁸ Dit was voor de AG een belangrijke indicatie dat Duitsland nauwer bij de overeenkomst was betrokken. Wel geeft de AG daarbij nog het volgende ter overweging: ‘Nog steeds met het oog op een passende bescherming van de partij die sociaal-economisch als de zwakkere wordt beschouwd, moet echter worden onderzocht of de aansluiting bij de socialebeschermingsregelingen in onderlinge overeenstemming tussen partijen is gebeurd dan wel aan de werknemer is opgelegd.’

Het doorlopen van de verzekeringsplicht in Duitsland in de *Schlecker*-zaak berust dus niet op de standaardverwijzingsregels van de coördinatieverordening sociale zekerheid, maar is gebaseerd op een speciaal verzoek van partijen aan de betreffende instanties. Dit uitzonderingskarakter wordt nog versterkt door het feit dat een dergelijke langlopende uitzendconstructie slecht past in het systeem van Verordening 883/2004 en eigenlijk nooit meer wordt goedgekeurd. Het *Schlecker*-scenario zal zich dan ook in deze vorm niet snel meer voordoen.

Intussen wordt de formule die het HvJ EU in het arrest heeft opgenomen, door de Hoge Raad wel als standaard gebruikt bij de invulling van de nauwste band-exceptie. En ook daar stelt de Hoge Raad strenge eisen aan de motivering: alle ‘factoren en omstandigheden waaraan bij de toepassing van de uitzonderingsbepaling van art. 8 lid 4 Verordening Rome I belangrijke betekenis toekomt’, moeten voldoende kenbaar in de beoordeling zijn betrokken.²⁹ In dit arrest wordt die lijn doorgezet naar het wegtransport – waar de toepassing van de *Schlecker*-criteria minder voor de hand ligt, zoals hieronder zal worden verduidelijkt. Het Hof Arnhem-Leeuwarden past in casu de *Schlecker*-criteria toe, maar acht de aansluiting bij de Hongaarse sociale zekerheid in dit geval van minder gewicht. De klacht in cassatie stelt daarover dat ‘volgens het arrest van het HvJ EU in de zaak *Schlecker* (...) niet van belang [is] wat de reden is dat in een bepaald land belasting en sociale premies worden betaald’. De Hoge Raad stelt dat deze klacht terecht is voorgesteld en lijkt daarmee het verzekerd zijn *an sich* van groot belang te achten, los van de vraag of deze verzekeringsplicht ook daadwerkelijk wijst op een nauwe band tussen het land waar de werknemer verzekerd is en de arbeidsverhouding tussen de werknemer en de werkgever. Het Hof Arnhem-Leeuwarden had dat laatste o.i. terecht in twijfel getrokken.

Als gekeken wordt naar de bijzondere regelingen voor werknemers in het wegtransport valt op dat de coördinatieverordening sociale zekerheid (Verordening 883/2004) een eigen regel heeft voor werkzaamheden aan boord van een zeeschip en een eigen regel voor cockpit- en cabinepersoneel in de luchtvaart. De laatsten zijn in beginsel verzekerd in het land waar de betreffende werknemer zijn thuisbasis heeft – een begrip dat nauw verwant is met de gewone

27 Verordening 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *PEU* 2004, L 166/1.

28 Conclusie AG N. Wahl van 16 april 2013, C-64/12, ECLI:EU:C:2013:241.

29 HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:958, *NIPR* 2020-334 (*Turistik Hava*), *JAR* 2020/165 met annotatie Franssen, UDH:TAC/16433 met annotatie Even, r.o. 3.5.

werkplek in de Rome I-Verordening.³⁰ Voor zeelieden is de vlag van het schip van belang, maar die aanknoping kan wijken voor een aanknoping aan het gemeenschappelijke vestigingsland van werkgever en werknemer.

Voor chauffeurs in het internationale transport kent Verordening 883/2004 geen bijzondere regeling meer; zij vallen onder een meer algemene regel voor werknemers die hun werkzaamheden in meerdere landen verrichten (art. 13 Verordening 883/2004). Als deze werknemers een substantieel gedeelte van de werkzaamheden verrichten in hun woonland, is het woonland bepalend voor de verzekeringsplicht. Als niet in het woonland wordt gewerkt, wordt aangeknoopt aan de vestigingsplaats van de werkgever. Het lijkt erop dat in de zaak *Van den Bosch/Silo-Tank* uitsluitend op basis van de vestigingsplaats van Silo-Tank een verzekeringsplicht in Hongarije kan worden geconstrueerd, nu er volgens de gepubliceerde gegevens nauwelijks in Hongarije werd gereden.³¹

Hier is dus sprake van een verlegenheidsaanknoping, vergelijkbaar met de noodaanknoping in het IPR aan de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen voor arbeidsverhoudingen die te mobiel zijn om een werkland te kunnen vinden. Het is dus goed te verdedigen dat het Hof Arnhem-Leeuwarden in dit specifieke geval het feit dat de werknemers in Hongarije waren verzekerd, weinig gewicht heeft toegekend. Dat de Hoge Raad op dit punt casseert met als belangrijkste overweging dat ‘reeds de omstandigheid dat in een bepaald land belastingen en sociale premies worden afgedragen, als zodanig van belang is voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een nauwere band met een ander land dan het gewoonlijke werkland’ komt in zekere zin als een verrassing. Een dergelijke verabsolutering van de verzekeringsplicht sluit namelijk niet goed aan bij de doelstelling van de nauwere band-exceptie. Het HvJ EU heeft in het *Schlecker*-arrest immers nadrukkelijk aangegeven dat het vaststellen van een nauwere band niet mag geschieden op basis van een blind tellen van aanknopingsfactoren, maar dient te geschieden op basis van een weging van de aanknopingswaarde van de verschillende factoren. Hieruit kan afgeleid worden dat ook rekening gehouden moet worden met de context van het arrest en de reden waarom een persoon in een bepaald land is verzekerd. De Hoge Raad lijkt dat in het *Silo-Tank 2*-arrest onvoldoende te doen. En dit is niet zonder risico.

De huidige uitspraak van de Hoge Raad kan immers aanleiding geven tot een praktijk waarin zonder veel verdere toetsing het recht van het verzekeringsland wordt toegepast in transportzaken.³² De deur wordt hiermee opengezet voor ontwijkingsconstructies – juist de constructies die het HvJ EU met haar sterk feitelijke en op de werknemer gerichte invulling van de gewoon-

30 Zie HvJ EU 14 september 2017, C-168/16, ECLI:EU:C:2017:688, NIPR 2017-462 (*Nogueira*), r.o. 62.

31 NB het hof noemt de woonplaats als reden, maar voor de sociale zekerheid klopt dit niet, nu de Hongaarse chauffeurs in casu geen substantieel gedeelte van de werkzaamheden in het woonland verrichtten (art. 13 lid 1 sub a Verordening 883/2004). Art. 14 lid 8 Verordening 987/2009 bepaalt dat wanneer minder dan 25% van de werkzaamheden worden verricht in het woonland, dit als indicatie geldt voor de vaststelling dat geen sprake is van ‘substantiële’ werkzaamheden in de zin van art. 13 lid 1 sub a Verordening 883/2004. Bij het ontbreken van genoemde substantiële werkzaamheden, wordt aangeknoopt bij de vestiging van de werkgever, zie art. 13 lid 1 sub b Verordening 883/2004.

32 Zie uitvoerig over de risico’s van de toepassing van de *Schlecker*-criteria in het wegtransport, hetgeen met name wordt veroorzaakt door de aanknoping aan de vestiging van de werkgever in zowel de sociale zekerheid als in dubbele belastingverdragen: Van Overbeeke 2018, p. 306 e.v. (zie noot 14).

lijke werkplek heeft willen tegengaan.³³ Wij hopen dan ook dat het hof Amsterdam met een betere motivering langs de hierboven geschetste lijnen alsnog tot een afweging komt die voldoet aan de eisen die de Hoge Raad hieraan stelt, maar die tevens recht doet aan de daadwerkelijke band die de litigieuze arbeidsverhoudingen hebben met Nederland respectievelijk Hongarije.³⁴

Gezien het principiële belang van deze casus voor het wegtransport, ligt het overigens voor de hand om het HvJ EU eerst een aantal prejudiciële vragen te stellen. Zo is de vraag of de *Schlecker*-criteria wel onverkort kunnen worden toegepast in het wegtransport (en/of welke factoren hierbij – nog meer of juist – van belang kunnen zijn), verre van een *acte clair* of *acte éclairé*. Hetzelfde geldt voor de uitleg van *Schlecker* ingeval een gewoonlijk werkland blijkt te ontbreken en de nauwere band-exceptie wordt ingezet tegen de aanknoping aan de vestiging van indienstneming. De *Van den Bosch*-saga lijkt daarmee nog niet ten einde gekomen.

33 Zie HvJ EU 14 september 2017, C-168/16, ECLI:EU:C:2017:688, *NIPR* 2017-462 (*Nogueira*) r.o. 62. Zie over het belang van het tegengaan van ontwijkingsconstructies (en de rol van de nauwere band-exceptie hierbij) ook AG Trstenjak Conclusie bij C-384/10 (*Voogsgeerd*), ECLI:EU:C:2011:564 ov. 71-73 en AG Wahl bij C-64/12 (*Schlecker*), ECLI:EU:C:2013:241, ov. 38.

34 Waarbij deze casus overigens in samenhang moet worden gezien met het geschil over toepassing van de Nederlandse implementatie van de detacheringsrichtlijn op de arbeidsverhoudingen van de chauffeurs in dienst van Silo-Tank.