



TOELAATBAARHEID VAN INLEENCONSTRUCTIES IN DE TRANSPORTSECTOR

*Door: Jurgen Kappert en Ingrid Warfman**

Het inzetten van goedkope arbeidskrachten uit Oost Europa is aan de orde van de dag. Afgelopen jaren hebben vele logistieke dienstverleners ingezet op groei in landen als Polen en Tsjechië. Andere bedrijven maken gebruik van inleenconstructies en halen arbeidskrachten naar Nederland. Gelet op de concurrentie en het tekort aan Nederlandse chauffeurs, is de verwachting dat deze ontwikkelingen de komende jaren ook te zien zullen zijn. Hieronder bespreken wij de toelaatbaarheid van inleenconstructies.

De constructies

De inleenconstructie kent vele verschijningsvormen. In de basis gaat het altijd om een Oost-Europese chauffeur –we nemen als voorbeeld een Pool– die via een lokaal uitzendbureau ter beschikking wordt gesteld aan een Nederlands transportbedrijf. De chauffeur is op basis van een Poolse arbeidsovereenkomst in dienst bij het uitzendbureau. Hij wordt dan ook betaald door het uitzendbureau. Soms hebben het uitzendbureau en het transportbedrijf dezelfde aandeelhouders of maken ze onderdeel uit van dezelfde groep (een “concern constructie”).

Inleenconstructies zijn toegestaan!

Op zich is er juridisch niets tegen het inzetten van Poolse chauffeurs en/of het opzetten van een inleenconstructie. In Europa kennen we “vrij verkeer van diensten”, hetgeen zoveel betekent dat een EU ingezetene mag werken waar hij wil.¹ Ook de concern constructie is geoorloofd, ook wanneer deze is opgezet om chauffeurs in te zetten op basis van een arbeidsovereenkomsten naar Pools recht en dus om loonkosten te besparen.²

Nederlands loon betalen?

Op grond van Europese regels kunnen bepaalde bepalingen van Nederlands recht van toepassing zijn, ondanks een rechtskeuze voor het Poolse recht. Dit is het geval als de chauffeur ‘gewoonlijk zijn arbeid in Nederland verricht’ en/of als hij hier ‘tijdelijk werkzaamheden verricht’. Wij behandelen hierna hoe dit getoetst moet worden. Belangrijk is dat de Nederlandse regels alleen gelden als die de chauffeur meer bescherming biedt dan hij op grond van de Poolse arbeidsvoorwaarden zou hebben gehad. Met andere woorden, er wordt gekeken op basis van welke regel de chauffeur beter af is.

Gewoonlijk werkzaam in Nederland?

Voor de vaststelling van het land waar de chauffeur ‘gewoonlijk zijn arbeid verricht’ dienen alle elementen die de werkzaamheid van de werknemer kenmerken in acht te worden genomen. Bij deze toets zullen in

¹ Het vrij verkeer van diensten is neergelegd in [artikel 56 EU-Werkingsverdrag](#) (oud artikel 49 EG).

² Aldus het hof 's-Hertogenbosch, 28 mei 2013, LJN: CA1457 (“FNV/Mooij”)

ieder geval meegewogen moeten worden vanuit welk land de transporten gewoonlijk worden verricht, waar de chauffeur zijn instructies ontvangt, waar het werk is georganiseerd en naar welk land de chauffeur terugkeert na zijn opdrachten.³ Daarnaast kan ook de aard en de opzet van de inleenconstructie een rol spelen.⁴

Bij de meeste inleenconstructies zal Nederland uit de bus komen als het land waar de arbeid gewoonlijk verricht wordt. Op zich is dit ook niet zo vreemd. Was het immers niet juist de bedoeling om de Poolse chauffeur naar Nederland te halen om hier te komen werken?

De chauffeur die gewoonlijk zijn arbeid in Nederland verricht krijgt de bescherming van de dwingende bepalingen van het Nederlandse arbeidsrecht.⁵ Artikel 7 WML -op grond waarvan werknemers recht hebben op ten minste het minimumloon- is zo'n bepaling van dwingend recht. De CAO Beroepsgoederenvervoer is ondanks de algemeen verbindend verklaring niet van toepassing, althans in ieder geval niet volledig (hierover hieronder meer). Het Poolse uitzendbureau valt immers niet onder de werkingssfeer.^{6, 7}

Tijdelijk werkzaam in Nederland

Bepaalde kernvoorwaarden van het Nederlandse arbeidsrecht (hierna: de "Kernvoorwaarden") zijn ook van toepassing op de chauffeur die 'tijdelijk werkzaamheden verricht' in Nederland.⁸ Het gaat naast wettelijke bepalingen ook om bepaalde onderwerpen die bij algemeen verbindend verklaarde cao geregeld zijn.⁹ Dit geldt onder andere voor bepalingen die het loon betreffen.¹⁰ De tijdelijk in Nederland werkzame chauffeur heeft dus recht op het CAO loon.

Of er sprake van tijdelijkheid kan weer van allerlei omstandigheden afhankelijk zijn. Het begrip 'tijdelijk' dient in ieder geval ruim te worden uitgelegd en het is niet beperkt tot de situatie waarin de chauffeur na de periode van detachering terugkeert naar Polen.

Inlenen voor onbepaalde tijd?

Op grond van het "gewoonlijk werkzaam zijn in Nederland" hebben de chauffeurs recht op het wettelijk minimumloon. Chauffeurs die hier tijdelijk werken kunnen daarnaast aanspraak maken op het CAO loon. Zijn chauffeurs die niet tijdelijk werken dan slechter af? In het arrest Mooij/FNV overweegt het hof 's Hertogenbosch dat deze ongelijkheid inderdaad bestaat. Door de chauffeurs van Mooij, die allen "vooralsnog tijdelijk" in Nederland werkzaam waren, gelijk te stellen aan (evident) tijdelijke krachten, hoefde het hof hier geen gevolgen aan te verbinden. De betrokken chauffeurs hadden door de gelijkstelling recht op het CAO loon.

³ Europees Hof van Justitie, 15 maart 2011, NJ 2011,246, Koelsch/Groothertogdom Luxemburg.

⁴In de uitspraak Hof 's Hertogenbosch, 28 mei 2013, LJN: CA1457 betreft het hof in zijn oordeel over of de werknemer gewoonlijk zijn arbeid in Nederland verricht het feit dat het Poolse uitzendbureau is opgezet door de enig aandeelhouder en directeur van de Nederlandse vennootschap met het voornaamste doel de financiële arbeidsvoorwaarden in het Nederlandse arbeidsrecht niet meer van toepassing te doen zijn op de chauffeurs.

⁵ Naast de bepalingen over het minimumloon zijn dit de bepalingen over vakantie en verlof, gelijke behandeling, veiligheid op het werk, loondoorbetalingverplichtingen en de bepalingen omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst.

⁶ Artikel 2 lid 1 onder A CAO Beroepsgoederenvervoer

⁷ Dit geldt ook indien het Nederlandse transportbedrijf wél is onderworpen aan de bepalingen van de CAO..

⁸ Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (WAGA), waarmee Richtlijn 96/71/EG (Detachingsrichtlijn) in de Nederlandse wet is geïmplementeerd.

⁹ Artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn in samenhang met artikel 2 lid 6 AVV.

¹⁰ Het gaat om bepalingen omtrent de maximale werktijden en minimale rusttijden, vakantiedagen en verlof, minimumloon, voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, gezondheid, veiligheid en hygiëne, beschermende maatregelen met betrekking tot arbeidsvoorwaarden en omstandigheden en gelijke behandeling.

Wij zijn –anders dan het hof– van mening dat alle in Nederland werkzame chauffeurs een beroep kunnen doen op de Kernvoorwaarden en dus op het CAO loon. Deze Kernvoorwaarden zijn door de Nederlandse wetgever immers aangemerkt als “bijzonder dwingend recht” en deze gelden op grond van de zogenaamde Rome I Verordening rechtstreeks voor iedereen. Wij verwachten dat hierover het laatste woord nog niet is gezegd.

Het risico voor het Nederlandse transportbedrijf

In principe is het aan het uitzendbureau (immers de werkgever) om de toepasselijke bepalingen uit de Nederlandse wet en –voor zover van toepassing– de CAO Beroepsgoederenvervoer na te leven. Echter, de chauffeur die minder ontvangt dan het wettelijk minimumloon kan hiervoor rechtstreeks aankloppen bij de Nederlandse onderneming.¹¹ Deze mogelijkheid geldt in beginsel niet voor aanspraken op het CAO loon, maar onder omstandigheden zou het inlenen van chauffeurs, waarvan bekend is dat ten onrechte niet conform CAO betaald worden, onrechtmatig kunnen zijn.¹² Op die grond zou het transportbedrijf aansprakelijk kunnen zijn.

Tot slot menen wij dat het transportbedrijf dat weet dat hij onderbetaalde chauffeurs heeft rijden, zou moeten vrezen voor boetes en zelfs voor problemen bij verlenging van de Eurovergunning.¹³

Conclusie

Het inlenen van Oost-Europese werknemers is toegestaan, onder de voorwaarde dat de toepasselijke wet en regelgeving wordt nageleefd. Dwingende bepalingen van het Nederlandse arbeidsrecht zullen al snel van toepassing zijn, terwijl dit –in ieder geval vaak, maar naar onze mening altijd– ook geldt voor een aantal belangrijke bepalingen uit de CAO Beroepsgoederenvervoer. In het bijzonder heeft de werknemer recht op het CAO loon. Het inlenen van onderbetaalde chauffeurs is zeker niet zonder risico's, dus het is verstandig om vooraf de constructie en de betrouwbaarheid van het uitzendbureau goed te controleren.

** De auteurs zijn beiden advocaat bij KienhuisHoving Advocaten en Notarissen N.V.*

¹¹ Wettelijke inlenersaansprakelijkheid, artikel 7:692 BW.

¹² Het hof 's-Hertogenbosch in het arrest FNV/Mooij dat onrechtmatig was gehandeld jegens de FNV.

¹³ Ernstige inbreuken op voorschriften op het gebied van loon- en arbeidsvoorwaarden kunnen reden zijn om te twijfelen aan de betrouwbaarheid van de vervoersmanager en de vervoersonderneming (artikel 6 lid 1 onder a Verordening 1071/2009).