

HET IPR ALS INSTRUMENT TER VERSTERKING VAN DE POSITIE VAN DE GEDETACHEERDE WERKNEMER IN HET WEB VAN HET VRIJE VERKEER

Fieke VAN OVERBEEKE ^(*),

*Onderwijs- en onderzoeksassistent Internationaal Privaatrecht
Universiteit Antwerpen*

(*) Mevr. F. van Overbeeke is onderwijs- en onderzoeksassistent internationaal privaatrecht aan de Universiteit Antwerpen. Dit artikel is een herwerking van haar scriptie aan de Universiteit Leiden, begeleid door professor V. Van Den Eeckhout. Auteur bedankt professor V. Van Den Eeckhout voor haar nuttige suggesties en tips bij de totstandkoming van de scriptie.

INHOUD

§ 1. Inleiding	705
§ 2. IPR als leerstuk inzake internationale arbeidsverhoudingen	707
§ 2.1. Grondslagen en verwijzingsmethoden	707
§ 2.2. De Rome I-verordening	708
§ 2.2.1. Verwijzingssystematiek Rome I - Algemeen	709
§ 2.2.2. Verwijzingssystematiek Rome I - Internationale arbeidsverhoudingen	709
§ 2.2.2.1. Rechtskeuzemogelijkheid ex artikel 8, lid 1 Rome I als uitgangspunt	709
§ 2.2.2.2. De verwijzingsregeling van artikel 8, lid 2, 3 en 4 Rome I	710
§ 2.3. Waardering	711
§ 3. De verhouding tussen het vrije verkeer en het IPR	711
§ 3.1. Artikel 45 VWEU: het vrije verkeer van werknemers en het non-discriminatiebeginsel	712
§ 3.2. Artikel 56 VWEU: het vrije verkeer van diensten en het non-discriminatiebeginsel	713
§ 3.3. De Detacheringsrichtlijn als invulling van het vrije verkeer van diensten	714
§ 3.4. Rechtspraak HvJ EU - twee waarden, welk gewicht?	716
§ 3.4.1. <i>Viking</i> - collectieve acties vakbond als inbreuk op het vrije verkeer van vestiging	717
§ 3.4.2. <i>Laval</i> - artikel 3, lid 7 ziet enkel op gunstigere voorwaarden uit herkomstland	717
§ 3.4.3. <i>Rüffert</i> - herhaling Laval	718
§ 3.4.4. <i>C./Luxemburg</i> - strikte interpretatie openbare orde: Europese aangelegenheid	719
§ 3.4.5. Beoordeling van het beruchte kwartet	720
§ 3.5. <i>Koelzsch</i> - uitleg artikel 8, lid 2 Rome I: een ruime interpretatie van het werkland-beginsel	723
§ 3.6. <i>Voogsgeerd</i> - uitleg artikel 8, lid 3 Rome I: formele benadering vestigingsbegrip	724
§ 3.7. Beoordeling - veranderde status-quo internationaal arbeidsrecht?	726
§ 3.8. Waardering	727
§ 4. Argumentatiemogelijkheden binnen de controversiële punten van artikel 8 Rome I	727
§ 4.1. Artikel 8, lid 1 Rome I - Wat indien de rechtskeuze gunstiger is dan het objectief toepasselijke recht?	727
§ 4.1.1. Discussie - teleologische, grammaticale en systematische toets	728
§ 4.1.2. Waardering	730
§ 4.2. Artikel 8, lid 2 Rome I - de begrippen 'gewoonlijke werkplek' en 'tijdelijkheid'	731
§ 4.2.1. De invulling van het begrip 'gewoonlijke werkplek'	731
§ 4.2.1.1. Wanneer is iets een 'gewoonlijke werkplek'? - bevestiging van Gleichlauf	732
§ 4.2.1.2. Het Nederlandse vonnis inzake <i>FNV/De Mooy</i> - ontvangstland direct aangemerkt als gewoonlijke werkplek	733
§ 4.2.2. De invulling van het begrip 'tijdelijkheid'	734



§ 4.2.2.1. Ruime vs. enge interpretatie begrip ‘tijdelijkheid’	734
§ 4.2.2.1.1. Invulling ‘tijdelijkheid’ in vrijverkeerrechtspraak - <i>Schnitzer</i> en de Handhavingsrichtlijn	735
§ 4.2.2.1.2. Toetreding tot arbeidsmarkt van ontvangstland? - <i>Rush Portuguesa</i> en <i>Vicoplus</i>	738
§ 4.2.3. Waardering - artikel 8, lid 2 Rome I	739
§ 4.3. Artikel 8, lid 3 Rome I - het begrip ‘vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen’	740
§ 4.4. Artikel 8, lid 4 Rome I - de ontsnappingsclausule	740
§ 4.4.1. De zaak <i>Schlecker</i>	742
§ 4.4.1.1. Feiten en prejudiciële vraag	742
§ 4.4.1.2. Uitspraak Hof en beoordeling	743
§ 4.4.1.2.1. Teleologie en rechtsleer	743
§ 4.4.1.2.2. Conclusie Nederlandse AG Strikwerda – functionele overwegingen	744
§ 4.4.1.2.3. Rechtspraak inzake <i>Koelzsch</i> en <i>Voogsgeerd</i>	745
§ 4.4.1.2.4. Conclusie Europese AG Wahl	747
§ 4.4.1.2.5. Enkele argumentatiemogelijkheden?	747
§ 4.4.1.3. Waardering – artikel 8, lid 4 Rome I	748
§ 5. Het mogelijke ‘gevaar’ van het niet toepasselijk zijn van de Detacheringsrichtlijn bij de aanmerking van de gewoonlijke werkplek in het ontvangstland	749
§ 6. Conclusie	751

Sociale dumping is een hardnekkig probleem dat zich kan voordoen in situaties van internationale detachering. Onder sociale dumping wordt verstaan o.a. het detacheren van werknemers uit landen met een laag niveau van arbeidsbescherming naar landen met een hoog niveau van arbeidsbescherming. Op basis van het internationaal privaatrecht (IPR) blijft in de regel het land van waaruit de werknemer wordt gedetacheerd als toepasselijk recht gelden (art. 8 Rome I). De gedetacheerde werknemer geniet hier aldus een lagere bescherming dan zijn lokale collega's en de werkgever kan daardoor profijt behalen. Deze ongelijkwaardige situatie kan met datzelfde IPR ook weer ietwat rechtgetrokken worden, namelijk middels een welbepaalde interpretatie van de toepasselijke IPR-bepalingen. Hierbij dient men evenwel rekening te houden met de vrijverkeersbepalingen, meer in het bijzonder: het vrije verkeer van diensten. In de beruchte kwartetreeks van het Hof van Justitie (Viking, Laval, Rüffert en C./Luxemburg) lijkt weinig ruimte te bestaan om het recht van het ontvangstland op de gedetacheerde werknemer toe te passen. In dit artikel wordt getoetst in hoeverre er nog ruimte bestaat voor het IPR om te strijden tegen sociale dumping. Voornamelijk worden de verschillende argumentatiemogelijkheden binnen artikel 8 Rome I gedetailleerd besproken.

Le détachement international suscite des difficultés persistantes en termes de dumping social. Le dumping social s'entend notamment comme le détachement de travailleurs issus de pays caractérisés par un bas niveau de protection du travail vers des pays à haut niveau de protection. En vertu des règles du droit international privé, le droit applicable au travailleur détaché est en règle générale celui du pays d'origine (article 8 du Traité de Rome I). La protection du travailleur détaché est donc moindre que celle de ses collègues locaux et l'employeur peut en retirer un bénéfice. Cette situation inéquitable pourrait être corrigée par le droit international privé lui-même, dans une certaine interprétation de ses dispositions. Il faut toutefois tenir compte de la liberté de circulation et en particulier de la liberté de circulation des services. Les quatre fameux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (Viking, Laval, Rüffert et C. c Luxembourg) semblent laisser peu de possibilité d'appliquer le droit du pays d'accueil au travailleur détaché. La présente contribution étudie les ressources du droit international privé dans la lutte contre le dumping social. Elle analyse en particulier les arguments à tirer de l'article 8 du traité de Rome I.

§ 1. INLEIDING

Sociale dumping is een hardnekkig probleem dat maar niet lijkt te verdwijnen. Begin dit jaar protesteerden maar liefst 4.000 mensen in Brussel tegen uitbuiting en sociale dumping van arbeiders in Europa ⁽¹⁾. Hoewel een 'harde' definitie moeilijk te geven is, kan onder 'sociale dumping' worden verstaan o.a. het detacheren van werknemers uit landen met een laag niveau van arbeidsbescherming naar landen met een hoog niveau van arbeidsbescherming. Op grond van het internationaal privaatrecht (hierna: IPR) zal in dergelijke detacheringssituaties als hoofdregel het recht van het herkomstland ⁽²⁾ van toepassing blijven op de arbeidsovereenkomst, zie artikel 8, lid 2 Rome I ⁽³⁾. Dit heeft tot gevolg dat de gedetacheerde werknemer een lagere bescherming geniet dan zijn lokale collega's, waardoor de werkgever economisch profijt kan behalen. Toepassing van het IPR kan dus met zich meebrengen dat een leemte ontstaat in de arbeidsbescherming van de gedetacheerde werknemer en bovendien een verhoogde kans op sociale dumping bestaat ⁽⁴⁾. Om dit tegen te gaan bestaan verschillende mogelijkheden om het IPR, en dan vooral artikel 8 Rome I, op een welbepaalde manier te interpreteren ten gunste van de gedetacheerde werknemer ⁽⁵⁾. Denk dan bijvoorbeeld aan het pleit dat het begunstigingsbeginsel ten grondslag ligt aan de beperkte rechtskeuzemogelijkheid uit artikel 8, lid 1 Rome I. Eveneens zouden de begrippen 'gewoonlijke werkplek' en 'tijdelijkheid' in artikel 8, lid 2 Rome I hier en daar opgerekt kunnen worden en tot slot kan men de ontsappingsclausule van artikel 8, lid 4 Rome I op een welbepaalde (werknemersvriendelijke) manier hanteren ⁽⁶⁾. Op die wijze zou men tot de toepassing van het (hogere) recht van het ontvangstland kunnen komen. Probleem is echter dat hierbij rekening gehouden dient te worden met de Europese fundamentele vrijheden van verkeer. Uit Europese jurisprudentie volgt namelijk dat het heel goed mogelijk is dat een welbepaalde hantering van de regels in artikel 8 Rome I in botsing kan komen met deze Europese vrijheden. Een en ander komt duidelijk naar voren in het inmiddels welbekende kwartet van arresten van het Hof van

(1) www.dewereldmorgen.be/artikels/2013/01/23/4000-demonstranten-eisen-stop-sociale-dumping.

(2) Het herkomstland is het land vanwaar wordt uitgezonden.

(3) Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht van toepassing op contractuele verbintenissen, *Pb.L.* 2008, afl. 177, 6-16. Indien de arbeidsovereenkomst echter dateert van voor 17 december 2009 is het EVO-verdrag nog van toepassing. Zie EG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome 19 juni 1980, *Pb.C.* 2005, afl. 334, 1 e.v. (geconsolideerde verdragstekst). Inhoudelijk verschilt de Rome I-verordening op het gebied van de internationale arbeidsovereenkomst evenwel zeer weinig van de EVO-regeling. In het hiernavolgende zal primair uitgegaan worden van de Rome I-verordening; waar zich een verschil voordoet met de EVO-regeling zal dit worden aangegeven.

(4) V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal arbeidsrecht gemangeld tussen Europese fundamentele vrijheden", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2009, 32.

(5) Overigens is niet enkel artikel 8 Rome I op een welbepaalde manier te interpreteren, eveneens zou men argumentatiemogelijkheden kunnen vinden in artikel 9 en 21 Rome I. Zie hiervoor V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal arbeidsrecht gemangeld tussen Europese fundamentele vrijheden", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2009, 32. Zie overigens voor de meer uitgebreide versie haar bijdrage ten aanzien van de argumentatiemogelijkheden: REFGOV-FR26, 2009, te downloaden via: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2010705. In dit artikel wordt echter enkel gefocust op de mogelijkheden met artikel 8 Rome I.

(6) Zie V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal arbeidsrecht gemangeld tussen Europese fundamentele vrijheden", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2009, 32.

Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof): *Viking, Laval, Ruffert* en *C./Luxemburg* ⁽⁷⁾. Hierin stond voornamelijk de toepassing van de zogenaamde ‘Detacheringsrichtlijn’ centraal ⁽⁸⁾. In deze richtlijn wordt er enerzijds naar gestreefd, met het oog op het bestaan van ‘sociale dumping’, een zekere vorm van sociale bescherming aan gedetacheerde werknemers te garanderen. Dit gebeurt in de vorm van de vastlegging van een minimaal pakket aan arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden. Anderzijds wordt beoogd een te vergaande sociale bescherming van de binnenlandse markten tegen te gaan, een en ander ten behoeve van het vrije dienstenverkeer ⁽⁹⁾. Beide doelstellingen zijn lastig met elkaar in overeenstemming te brengen en het is dan ook de intentie een soort evenwicht te vinden tussen deze doelstellingen. Het Hof heeft in bovengenoemde rechtspraak evenwel een bepaalde invulling aan de richtlijn gegeven, waarvan kan worden gezegd dat de doelstelling van de bevordering van het vrij verkeer op een hoger plan wordt gezet. Kort samengevat, het Hof lijkt grote waarde te hechten aan het vrije verkeer van diensten ⁽¹⁰⁾. Lidstaten krijgen weinig ruimte om arbeidsrechtelijke bepalingen toe te passen indien deze belemmerend werken op het vrije dienstenverkeer. Bijgevolg wordt deze rechtspraak in de rechtsleer wel beoordeeld als zijnde een trend van liberalisering, waarin het Hof een vrijbrief zou verlenen voor sociale dumping ⁽¹¹⁾. Daar zit wel wat in. Bovenstaande uitspraken kunnen een behoorlijke impact hebben op de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers en zeker gezien het feit dat het grootste deel van de actuele arbeidsmigratie van oost naar west verloopt ⁽¹²⁾. De balans tussen economische en sociale belangen lijkt uit evenwicht te zijn geraakt. De vraag dringt zich dan ook op in hoeverre een rol is weggelegd voor het IPR ter verbetering van deze situatie ⁽¹³⁾. Welke argumentatiemogelijkheden biedt het IPR, waarmee wij kunnen balanceren over en langs het machtsblok van het vrije verkeer, op naar een socialer klimaat? In dit artikel zal de nadruk op dit laatste vraagstuk liggen. Hoewel in de rechtsleer reeds uitgebreide analyses te vinden zijn over de vraag wat ontvangstaten nu wel of niet mogen opleggen na de rechtspraak van het Hof inzake *Viking, Laval, Ruffert* en *C./Luxemburg* ⁽¹⁴⁾, is het voor de beantwoording van de vraag naar argumentatiemogelijkheden binnen het IPR noodzakelijk eerst nog (kort) hierop in te gaan. Immers, we kunnen met het IPR wel zodanig gaan argumenteren dat het (hogere arbeidsrecht van het) ontvangstland van toepassing zal zijn op de gedetacheerde werknemer; indien dit recht vervolgens

(7) HvJ 11 december 2007, C-438/05, *Viking*, *Jur.* 2007, I, 10779; HvJ 18 december 2007, C-341/05, *Laval*, *Jur.* 2007, I, 11767; HvJ 3 april 2008, C-346/06, *Ruffert*, *Jur.* 2008, I, 1989; HvJ 19 juni 2008, C-319/06, *C./Luxemburg*, *Jur.* 2008, I, 4323.

(8) Richtlijn 91/71/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, *Pb.L.*, afl. 018, 1-6.

(9) Zie voor een meer uitgebreide bespreking paragraaf 3.3.

(10) Bij *Viking* ging het overigens om het vrije verkeer van vestiging.

(11) Zie de secretaris-generaal van het Europees Vakverbond John Monks in “Presentation to the Employment and Social Affairs Committee of EP”, zoals aangehaald in V. VAN DEN EECKHOUT, “Internationaal arbeidsrecht gemangeld tussen Europese fundamentele vrijheden”, *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2009, 32.

(12) Aangenomen wordt dat de arbeidsbescherming in Oost-Europa in beginsel op een lager niveau is gesitueerd dan de arbeidsbescherming in West-Europa.

(13) Zie V. VAN DEN EECKHOUT, “Internationaal arbeidsrecht gemangeld tussen Europese fundamentele vrijheden”, *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2009, 32.

(14) Het grootste deel van deze rechtspraak komt zelfs voor in de titel van een omvangrijk handboek: A. BUCKER en W. WARNECK, *Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Ruffert*, Berlin, Nomos, 2011.

wordt geëlimineerd wegens strijdigheid met het vrije verkeer is dit weinig zinvol. Eerst zal aldus bekeken dienen te worden, en dan voornamelijk met het oog op de Detacheringsrichtlijn, of en in hoeverre het sowieso nog mogelijk is het recht van het ontvangstand toe te passen op de gedetacheerde werknemer.

Wegens het hoge 'IPR-gehalte' in dit artikel, zal ik ter opfrissing beginnen met een beknopte uiteenzetting van dit leerstuk. Vervolgens zal ingegaan worden op de rechtspraak van het Hof inzake het vrije verkeer, waarna gekomen wordt tot de kern van dit artikel: de verkenning van de mogelijkheden binnen het IPR teneinde de belangen van de gedetacheerde werknemer in het 'vrije verkeersgeweld' weer ietwat terug op de kaart te zetten. In dit artikel zal ik voornamelijk focussen op artikel 8 Rome I en de situatie waarbij een werknemer vanuit een land met lage arbeidsbescherming gedetacheerd wordt naar een land met hoge arbeidsbescherming.

§ 2. IPR ALS LEERSTUK INZAKE INTERNATIONALE ARBEIDSVERHOUDINGEN

§ 2.1. GRONDSLAGEN EN VERWIJZINGSMETHODEN

De bestaansreden van het IPR is gegrond op twee kernelementen: enerzijds dient grensoverschrijdend rechtsverkeer te bestaan, anderzijds dient het recht van de onderlinge staten van elkaar te verschillen. Bij een grensoverschrijdende situatie met onderling verschillende rechtsstelsels kunnen talloze IPR-vragen rijzen. Deze vragen zijn van oudsher onder te verdelen in drie hoofdonderdelen: 1) het internationale bevoegdheidsrecht; 2) het conflictenrecht; 3) het erkennings- en uitvoerbaarverklaringsrecht. In het eerste luik staat vooral de vraag centraal in welke grensoverschrijdende situatie een rechter bevoegdheid kan aannemen. Met het tweede onderdeel wordt de nadruk gelegd op de vraag welk recht op de internationale casus van toepassing is. In het laatste luik gaat het met name om de vraag onder welke omstandigheden een buitenlands vonnis voor erkenning en uitvoerbaarverklaring in aanmerking komt. Het eerste en het derde deel behoren tot het *formele* IPR. In dit artikel zal dat buiten beschouwing worden gelaten, aangezien vooral gefocust wordt op de vraag naar het toepasselijke recht, meer specifiek: welk recht een internationale arbeidsovereenkomst beheerst. In dit artikel wordt dus enkel het *materiële* IPR besproken.

Bij de vraag naar het toepasselijke recht geldt voor het IPR een aantal grondbeginselen. Ten eerste is het IPR *neutraal*. Hiermee wordt bedoeld dat alle rechtsstelsels, ongeacht hun herkomst, op voet van gelijkwaardigheid voor toepassing in aanmerking komen. Eveneens wordt het IPR gekenmerkt door *abstractheid*: de inhoud van de rechtsstelsels die voor toepassing in aanmerking komen, doen er niet toe. Hierbij is het van belang dat een zeker niveau van rechtszekerheid wordt gewaarborgd. Immers, de voorwaarden voor het bestaan van IPR zijn: 1) grensoverschrijdend rechtsverkeer en 2) pluraliteit van rechtsstelsels, maar als men er vervolgens geen waarde aan hecht van tevoren te weten waar ze aan toe zijn, zal de behoefte aan het IPR ook minder groot zijn. Juist bij het IPR speelt het rechtszekerheidsbeginsel dan ook een belangrijke rol.

Op deze beginselen en grondslagen zijn evenwel steeds meer uitzonderingen ontstaan en wel zeker op het gebied van het internationale arbeidsrecht. Zo is het 'beschermingsbeginsel' inmiddels niet meer weg te denken uit het huidige IPR en wordt

het 'begunstigingsbeginsel' eveneens steeds belangrijker. Het beschermingsbeginsel houdt vooral in dat regels met een bepaalde rechtspolitieke lading kunnen worden toegepast. Vaak zijn dit regels ter bescherming van zwakke partijen, waaronder dus werknemers. Denk hierbij bijvoorbeeld aan artikel 8, lid 2 Rome I, waarin is bepaald dat de werknemer in beginsel wordt beschermd naar het recht van het land waar hij gewoonlijk werkt. Dit recht wordt geacht hem voldoende te beschermen: of dit ook daadwerkelijk het geval is, doet er bij het beschermingsbeginsel evenwel niet toe. Bij het begunstigingsbeginsel wordt de bescherming nog een stuk verder opgevoerd. Er wordt namelijk vooral geconcentreerd op het materieel meest gunstige recht: of een werknemer daadwerkelijk best beschermd wordt, doet er bij dit beginsel dus wel toe. Het begunstigingsbeginsel kan men in zijn meest heldere verschijningsvorm terugvinden in een IPR-regeling inzake onderhoudsverplichtingen, die zo is ingericht dat het kind daadwerkelijk effectief recht zal hebben op onderhoudsgeld⁽¹⁵⁾.

Het door de hierboven besproken conflictregels aangewezen recht kan nog doorkruist worden door het leerstuk van de voorrangsregels⁽¹⁶⁾. Voorrangsregels zijn dwingende bepalingen die ongeacht het objectief toepasselijke recht (het recht dat dus is aangewezen door de conflictregels) op een casus van toepassing kunnen zijn⁽¹⁷⁾. Bij de bespreking van de Detacheringsrichtlijn zal hier nog iets dieper op ingegaan worden.

Tot zover een korte schets van het IPR. In het hiernavolgende zal worden bekeken hoe deze theorie nu concreet is opgetekend in het belangrijkste IPR-instrument inzake internationale arbeidsverhoudingen: de Rome I-verordening.

§ 2.2. DE ROME I-VERORDENING

Het meest essentiële instrument van het IPR voor internationale arbeidsverhoudingen is de Rome I-verordening, die op 4 juli 2008 werd gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie. Rome I regelt enkel het conflictenrecht en is van toepassing op overeenkomsten gesloten op of na 17 december 2009⁽¹⁸⁾. Er bestaat verder geen algemeen nationaal IPR inzake (arbeids)overeenkomsten, daar artikel 2 Rome I ziet op een universeel formeel toepassingsgebied⁽¹⁹⁾.

(15) Zie artikel 5 en 6 van het Haags Alimentatieverdrag 1973, die voorzien in twee 'conflictenrechtelijke herkansingen' wanneer de onderhoudsgerechtigde effectief geen onderhoud van de onderhoudsplichtige kan krijgen. Zie L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 122. Het begunstigingsbeginsel speelt overigens ook nog een rol bij internationale arbeidsovereenkomsten. Zoals straks wordt besproken, kent artikel 8 Rome I een rechtskeuzemogelijkheid. Dit houdt in dat de werkgever en werknemer met elkaar kunnen afspreken welk recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. De werknemer mag echter niet de bescherming verliezen van het recht dat objectief (het recht van artikel 8, lid 2, 3 en 4 Rome I) toepasselijk is. De werknemer wordt op deze manier dus beschermd. Zie paragraaf 2.2.2.1. Hier dringt zich de vraag op wat er dient te gelden indien het gekozen recht gunstiger is voor de werknemer. In de rechtsleer is men hierover niet helemaal eensgezind. Ik zal in paragraaf 4.1 uitleggen dat het gekozen gunstiger recht dient te gelden op grond van het begunstigingsbeginsel.

(16) Ook wel 'wetten van politie en veiligheid' genoemd. In het hiernavolgende zal evenwel enkel gesproken worden van voorrangsregels.

(17) Zie artikel 9 Rome I.

(18) Voor overeenkomsten die gesloten zijn voor die datum (iets dat niet zelden voorkomt in het sociaal recht) is het EVO-verdrag nog van toepassing. Zoals reeds is opgemerkt, verschillen beide regelingen evenwel nauwelijks ten aanzien van arbeidsovereenkomsten, waardoor mede omwille van de leesbaarheid in het hiernavolgende enkel de Rome I-verordening besproken zal worden.

(19) Overigens had het EVO-verdrag eveneens een universeel toepassingsgebied (zie art. 2 EVO).

§ 2.2.1. Verwijzingssystematiek Rome I – Algemeen

Vertrekpunt van Rome I is de rechtskeuzemogelijkheid, neergelegd in artikel 3, lid 1 Rome I. Deze rechtskeuzemogelijkheid is ruim uit te leggen; partijen zijn vrij in de keuze voor welk rechtsstelsel dan ook, terwijl dit rechtsstelsel geen enkele betrokkenheid behoeft te hebben met de overeenkomst. Wanneer geen rechtskeuze is uitgebracht, dient men terug te vallen op de algemene verwijzingsregeling van artikel 4 Rome I, waarin voor een achttal overeenkomsten direct een aanknopingspunt wordt gegeven. Hiervan kan nog worden afgeweken via artikel 4, lid 3 Rome I: "Indien uit alle omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan het in lid 1 of lid 2 bedoelde land, is het recht van dat andere land van toepassing." Een dergelijke formule wordt ook wel een 'ontsnappingsclausule' genoemd, en heeft vooral terrein weten te winnen op basis van de behoefte om recht te doen aan de concrete omstandigheden van het geval.

§ 2.2.2. Verwijzingssystematiek Rome I – Internationale arbeidsverhoudingen

Voor individuele arbeidsovereenkomsten bevat artikel 8 Rome I bijzondere verwijzingsregels die de algemene regels van artikel 3 en 4 Rome I kunnen verdringen. Deze verwijzingsregels wijken zowel af van de rechtskeuzeregeling als van de criteria voor het bepalen van het toepasselijke recht bij gebreke van een rechtskeuze. Reden hiervoor is het feit dat het IPR een rechtsgebied wil regelen dat tamelijk anders is dan het commune vermogensrecht. In het arbeidsrecht speelt bijvoorbeeld de klassieke noodzaak om de ongelijke verhouding tussen werkgever en werknemer te compenseren een grote rol. Het IPR houdt hier ook rekening mee, gezien het belangrijkste doel van de afwijkende collisierregels: de bescherming van de werknemer⁽²⁰⁾. Allereerst zal ik de beperkte rechtskeuzemogelijkheid ex artikel 8, lid 1 Rome I behandelen, waarna de overige leden van dat artikel aan de orde komen. Op deze plek is het overigens enkel de bedoeling op verkennende wijze en globaal de verwijzingssystematiek van Rome I te schetsen; in paragraaf 4 e.v. zal ik dieper ingaan op mogelijke interpretatieproblemen en controversiële punten die binnen dit artikel kunnen spelen.

§ 2.2.2.1. Rechtskeuzemogelijkheid ex artikel 8, lid 1 Rome I als uitgangspunt

Ook bij internationale arbeidsovereenkomsten staat de rechtskeuze voorop. Desalniettemin stelt artikel 8, lid 1 Rome I grenzen aan de rechtskeuzemogelijkheid van artikel 3 Rome I. Artikel 8, lid 1 Rome I bepaalt dat de werknemer door een rechtskeuze van partijen niet de bescherming mag verliezen die de dwingende bepalingen van het recht dat van toepassing zou zijn wanneer geen rechtskeuze was gemaakt hem zouden bieden. Hiermee wordt dus het recht bedoeld dat objectief toepasselijk zou zijn via de overige leden van artikel 8 Rome I. Het is van belang dat een onderscheid wordt gemaakt tussen dwingend en regelend recht. In beginsel is het aldus mogelijk dat een ander rechtsstelsel wordt gekozen dan het rechtsstelsel dat van toepassing zou zijn op grond van artikel 8, lid 2, 3 of 4 Rome I. Maar deze rechtskeuze zet enkel het regelend recht van het objectief toepasselijke recht ex artikel 8 Rome I opzij. Hierbij is het omstreden of de dwingende regels van het objectief toepasselijke recht

(20) Zie ten aanzien van het EVO-verdrag het toelichtende rapport van Giuliano en Lagarde 1980, commentaar op artikel 6, punt 1. Iets dergelijks staat niet specifiek in de considerans bij Rome I. Er mag evenwel worden van uitgegaan dat Rome I geen verandering heeft willen brengen in het doel.

altijd dienen te gelden. Zou het dwingende objectief toepasselijke recht opzijgezet kunnen worden wanneer het gekozen recht gunstiger is voor de werknemer? Of zijn deze dwingende regels rechtskeuzebestendig? Dit zijn een aantal vragen die bij de beperkte rechtskeuzemogelijkheid ex artikel 8, lid 1 Rome I kunnen spelen; in paragraaf 4.1 zal hierop dieper worden ingegaan.

Maar wat nu indien geen rechtskeuze is gemaakt? Dan dient men direct door te schuiven naar de verwijzingsregeling van artikel 8, lid 2, 3 of 4 Rome I.

§ 2.2.2.2. De verwijzingsregeling van artikel 8, lid 2, 3 en 4 Rome I

In artikel 8, lid 2 Rome I ligt het werklandbeginsel besloten. In principe wordt de arbeidsovereenkomst beheerst door het recht van het land waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land is tewerkgesteld⁽²¹⁾. Zoals reeds hierboven opgemerkt is dit gebaseerd op het beschermingsbeginsel, waarmee *in casu* wordt beoogd te bewerkstelligen dat de werknemer dezelfde bescherming geniet als de werknemers die bij hem in zijn omgeving werken. Veelal zal het werklandbeginsel leiden tot het land dat het nauwst bij de arbeidsovereenkomst betrokken is. In die zin sluit het goed aan bij een van de hoofdbeginselen van Rome I, namelijk de aanknoping bij het nauwst verbonden rechtsstelsel⁽²²⁾. Dit werklandbeginsel kan er als gezegd evenwel ook toe leiden dat de werknemer juist niet dezelfde bescherming geniet als zijn lokale collegae: denk hierbij bijvoorbeeld aan de tijdelijk uitgezonden werknemer. Dan wordt namelijk gewerkt met de fictie dat het werkland gelijk blijft (hierna: werklandfictie). Ratio hiervan is het feit dat frequente wisselingen van toepasselijk recht in het nadeel kunnen werken van zowel de werkgever als de werknemer. Doorgaans zal namelijk een hoge mate van onbekendheid bestaan ten aanzien van de inhoud van het nieuw toe te passen recht; vanzelfsprekend is dit voor beide partijen niet gunstig. Niettemin kan de werklandfictie bezwarende effecten hebben, nu dit aan de basis kan liggen van sociale dumping.

Indien men het objectief toepasselijke recht niet via artikel 8, lid 2 Rome I kan vaststellen, dan komt het derde lid van artikel 8 Rome I in beeld: het recht van de vestiging

(21) De Rome I-verordening verschilt hier van het EVO doordat er een trapje in de verwijzingsladder bij Rome I is ingevoegd. Allereerst dient volgens Rome I gekeken te worden naar het recht van het land waar de werknemer gewoonlijk zijn werkzaamheden verricht. Daarna (en dit is de nieuwigheid) dient gekeken te worden naar het recht van het land *vanwaar* de werknemer gewoonlijk zijn werkzaamheden verricht. Ik verwacht niet dat dit een substantiële verandering zal opleveren. M.i. is het enkel een codificatie van bestaande rechtspraak. Zie ook in deze zin AG Trstenjak bij HvJ 15 maart 2011, C-29/10, *Koelzsch*, *Jur.* 2011, I, 1595, r.o. 76. Bovendien is deze toevoeging vooral van belang voor het internationale transport, aangezien de aanknoping aan de plaats waar de werkzaamheden worden verricht geen goed werkbaar criterium is voor die bedrijfstak. Zie het voorstel van de Commissie: Europese Commissie, Voorstel voor een verordening van het Europees parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *d.d.* 15 december 2005, COM(2005)650 definitief, par. 4.2, p. 8.

(22) Het is van belang op te merken dat dit beginsel van de nauwste verbondenheid in principe niet, anders dan bij artikel 4 Rome I, het primaire beginsel is dat aan artikel 8 Rome I ten grondslag ligt. Hoofdzakelijk gaat het om het beschermingsbeginsel. Toch bestaat hierover enige onzekerheid na het oordeel van het Hof inzake *Schlecker*. Daarin werd namelijk een sterke nadruk gelegd op het beginsel van de nauwste verbondenheid voor artikel 8 Rome I (in deze zaak stond overigens nog artikel 6 EVO centraal). Zie HvJ 12 september 2013, C-64/12, nog niet gepubliceerd in *Jur.* Ik kom hier vooral in paragraaf 4.4.1 op terug.

van de werkgever is toepasselijk. Bij de verwijzingsladder van artikel 8 Rome I dient dus eerst gekeken te worden naar lid 2 en, indien het toepasselijke recht niet aan de hand daarvan kan worden bepaald, komt men pas terecht bij lid 3. Dit werd door het Hof nog eens uitdrukkelijk bevestigd in de zaken *Koelzsch* en *Voogsgeerd*⁽²³⁾. Hoofdzakelijk ingegeven vanuit het oogpunt van bescherming van de werknemer heeft het Hof het werklandbeginsel ruim uitgelegd en expliciet overwogen dat het aanknopingspunt bij de vestiging van de werkgever slechts een restcriterium is. Uit het arrest *Voogsgeerd* volgt vervolgens een formele benadering van het begrip 'vestiging van de werkgever die de werknemer in dienst heeft genomen'. Dit houdt onder meer in dat lid 3 uitsluitend verwijst naar de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen en niet naar die waaraan de werknemer voor zijn effectieve tewerkstelling is verbonden. Voor een bespreking van de zaken *Koelzsch* en *Voogsgeerd* verwijs ik naar de paragrafen 3.5 en 3.6.

Om het geheel af te sluiten kent het laatste lid van artikel 8 Rome I, net als het zojuist besproken artikel 4 Rome I, nog een exceptie, namelijk: "Indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan het in lid 2 of lid 3 bedoelde land, is het recht van dat andere land van toepassing." Het is van belang te onderkennen dat het hier gaat om een *ontsnappingsclausule*. Dit betekent dat men eerst via artikel 8, lid 2 of 3 Rome I dient te bepalen welk recht van toepassing is. Lid 2 en 3 vangen hierbij elk mogelijk geval: het kan aldus niet zo zijn dat een bepaalde situatie niet onder een van deze leden valt. Hier dringt zich de interessante vraag op wat de precieze onderlinge verhouding is tussen deze ontsnappingsclausule en het overige artikel. Hoe strikt dient deze clausule gehanteerd te worden? Bestaat er wellicht ruimte om de ontsnappingsclausule op een werknemersvriendelijke manier toe te passen? Recent heeft het Hof uitspraak gedaan in de zaak *Schlecker*⁽²⁴⁾. Dit zal besproken worden in paragraaf 4.4.1.

§ 2.3. WAARDERING

In deze paragraaf is beoogd het relevante IPR-kader te schetsen, op basis waarvan in het hiernavolgende geprobeerd wordt argumentatiemogelijkheden af te leiden teneinde de positie van de gedetacheerde werknemer weer ietwat beter op de kaart te zetten. Hierbij dient rekening gehouden te worden met een ander belangrijk leerstuk: het vrije verkeer. Uit Europese jurisprudentie lijkt afgeleid te kunnen worden dat nog maar weinig ruimte bestaat voor een welbepaalde interpretatie van het IPR. Hoog tijd om eens te bezien wat deze precieze ruimte nu juist is.

§ 3. DE VERHOUDING TUSSEN HET VRIJE VERKEER EN HET IPR

Allereerst zal kort in algemene zin uiteengezet worden wat de relevante vrijverkeersbepalingen zijn ten opzichte van het IPR inzake internationale arbeidsverhoudingen. Hieronder vallen onder meer artikel 45 en 56 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), maar ook de Detacheringsrichtlijn die deels

(23) HvJ 15 maart 2011, C-29/10, *Koelzsch*, *Jur.* 2011, I, 1595; HvJ 15 december 2011, C-384/10, *Voogsgeerd*, *NJB* 2012, 126 (dit arrest is nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, daarom maak ik in dit artikel gebruik van de vindplaats in het *NJB*). Deze arresten hadden evenwel betrekking op het EVO-verdrag, maar zijn ook relevant voor Rome I, gelet op de grote gelijkenissen tussen beide instrumenten.

(24) HvJ 12 september 2013, C-64/12, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

uitvoering geeft aan deze bepalingen. Daarna wordt de rechtspraak van het Hof inzake *Viking, Laval, Ruffert* en *C./Luxemburg* behandeld. In de laatste drie zaken wordt specifiek een invulling gegeven aan de Detacheringsrichtlijn, die gevolgen kan hebben voor het IPR. Het lijkt erop dat enkel de harde kern uit de Detacheringsrichtlijn (dit zijn een aantal dwingende arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden uit het ontvangstland) toegepast mag worden op de gedetacheerde werknemer. In die zin lijkt er nog maar weinig ruimte te bestaan voor de toepassing van het (hogere) recht van het ontvangstland, buiten de reeds geldende (minimum)bepalingen van de Detacheringsrichtlijn. Dit heeft gevolgen voor de eventuele interpretatiemogelijkheden van artikel 8 Rome I. Want indien men middels een welbepaalde interpretatie van artikel 8 Rome I uitkomt bij het (hogere) recht van het ontvangstland, is het nog maar de vraag of de volledige aspecten van dit recht op de gedetacheerde werknemer toepasselijk kunnen zijn. Toch lijken de meer recente zaken van het Hof in *Koelzsch* en *Voogsgeerd* weer naar een meer sociale richting te wijzen⁽²⁵⁾. Hieraan zal aldus eveneens aandacht worden besteed. De vraag dringt zich hierbij op of de status-quo van het arbeidsrecht (zoals het was na *Viking, Laval, Ruffert* en *C./Luxemburg*) door deze uitspraken misschien is veranderd. Bovenstaande elementen worden onderzocht met het oog op de beantwoording van de kernvraag van deze paragraaf: in hoeverre bestaat er, gelet op de bepalingen van het vrije verkeer, nog ruimte om via het IPR te komen tot het recht van het ontvangstland?

§ 3.1. ARTIKEL 45 VWEU: HET VRIJE VERKEER VAN WERKNEMERS EN HET NON-DISCRIMINATIEBEGINSEL

In artikel 45 VWEU ligt het vrije verkeer van werknemers verankerd. Het geeft iedere EU-burger het recht zich vrijelijk naar een andere lidstaat dan die van herkomst te verplaatsen om daar in loondienst te gaan werken. Uit artikel 45, lid 2 VWEU vloeit de afschaffing voort van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, voor wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden. Artikel 45 VWEU heeft een tweeledig doel: enerzijds wordt beoogd het vrije verkeer van werknemers binnen Europa te bevorderen (economische doelstelling); anderzijds wordt ernaar gestreefd om zoveel mogelijk recht te doen aan het beginsel van de gelijke behandeling van werknemers op het grondgebied waarin ze zich bevinden en bovendien wordt beoogd sociale dumping tegen te gaan (sociale doelstelling). Op IPR-vlak rijzen niet veel problemen met dit aspect van het vrije verkeer. Als men het vrije verkeer van werknemers namelijk zou willen vertalen naar een IPR-regel, dan lijkt het erop dat het werklandbeginsel gehuldigd wordt. Kijkt men vervolgens naar de 'echte' IPR-regel, dan ziet men iets vergelijkbaars. Bijvoorbeeld: als een EU-burger besluit om naar Frankrijk te verhuizen om aldaar een baan te accepteren, zal in de regel het werklandbeginsel *ex* artikel 8, lid 2 Rome I van toepassing zijn. Het toepasselijke recht wordt immers bepaald aan de hand van de feitelijke werkplek (en niet aan de hand van de nationaliteit), *in casu* is dat Frankrijk,

(25) Zie 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?*, 2012, 19.

en aldus is het Franse recht van toepassing ⁽²⁶⁾. Tot zover weinig hoofdbreken. Het wordt echter lastig als het vrije verkeer van diensten zich voor toepassing aanmeldt.

§ 3.2. ARTIKEL 56 VWEU: HET VRIJE VERKEER VAN DIENSTEN EN HET NON-DISCRIMINATIEBEGINSEL

In artikel 56 VWEU wordt het vrije verkeer van diensten geregeld. Wanneer een onderneming, gevestigd in lidstaat A, haar werknemers (tijdelijk) detacheeert naar lidstaat B om daar diensten te verrichten, zal dit in het kader van het vrije verkeer van diensten gebeuren. Op grond van artikel 8, lid 2 Rome I zullen de regels van lidstaat A op de gedetacheerde werknemers van toepassing blijven; de werkplek wordt immers fictief gelijkgesteld indien werknemers tijdelijk naar een ander land dan het gewoonlijke werkland worden gedetacheerd. Wanneer de regels van lidstaat B echter een hoger beschermingsniveau voor de gedetacheerde werknemers behelzen, missen zij deze bescherming en werken zij onder andere arbeidsvoorwaarden dan hun lokale collega's. Het non-discriminatiebeginsel, dat ook van toepassing is op het vrije dienstenverkeer, kan hen hier niet helpen, aangezien dat beginsel in het kader van het vrije dienstenverkeer enkel geldt ten aanzien van de werkgever uit lidstaat A ⁽²⁷⁾. Datzelfde non-discriminatiebeginsel zou zelfs tegen hen kunnen werken ⁽²⁸⁾, wanneer (middels welbepaalde interpretatie van IPR-bepalingen) wordt gepoogd het arbeidsrecht van het tijdelijke werkland toepasselijk te krijgen. Al meermaals is uit rechtspraak op het gebied van het vrije verkeer van diensten gebleken dat de toepassing van het arbeidsrecht van het ontvangstland een mogelijke ongerechtvaardigde belemmering kan vormen. De basis hiervoor werd gelegd in het arrest *Rush Portuguesa* ⁽²⁹⁾. In die zaak ging het om een Portugees bedrijf dat in Frankrijk een dienst wilde verrichten. Voor dat doel nam de Portugese werkgever zijn werknemers mee naar Frankrijk. De Franse

(26) Zie hierover ook A.A.H. VAN HOEK, "Openbare orde, dwingende redenen van algemeen belang en bijzonder dwingend recht. De overeenkomsten en verschillen tussen internationaal privaatrecht en interne marktrecht" in H. VERSCHUEREN en M.S. HOUWERZIJL (eds.), *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen. België, Nederland, Europa, de wereld*, Deventer, Kluwer, 2009, 58.

(27) Bovendien lijkt het op het eerste gezicht niet voor de hand te liggen dat zij zich kunnen beroepen op het non-discriminatiebeginsel van artikel 45 VWEU, aangezien het Hof heeft bepaald dat de gedetacheerde werknemer niet valt onder de definitie 'migrerende werknemer'. Zie HvJ 27 maart 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*, *Jur.* 1990, I, 1417. Zie ook HvJ 25 oktober 2001, C-49/98, *Finalarte*, *Jur.* 2001, I, 7831; H. VERSCHUEREN, "Toepasselijk arbeidsrecht in grensoverschrijdende situaties: overzicht en knelpunten van Europese rechtsregels en rechtspraak" in H. VERSCHUEREN en M.S. HOUWERZIJL (eds.), *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen. België, Nederland, Europa, de wereld*, Deventer, Kluwer, 2009, 8. Bij het vrije verkeer van werknemers werkt het non-discriminatiebeginsel aldus ten aanzien van werknemers, bij het vrije verkeer van diensten ten aanzien van werkgevers. In de rechtsleer bestaat evenwel geen *communis opinio*. Volledigheidshalve verdient het nog vermelding dat gedetacheerde werknemers in de vorm van uitzending (*ex* artikel 1, lid 3, *sub c* Detacheringsrichtlijn) wel onder artikel 45 VWEU kunnen vallen. Het Hof liet daar in *Rush Portuguesa* ruimte voor en bevestigde dit in de zaak *Vicoplus*. Zie HvJ 10 februari 2011, C-307-309/09, *Vicoplus*, *Jur.* 2011, I, 453. Zie voor een uitgebreide bespreking hiervan M.S. HOUWERZIJL, "Het arrest *Vicoplus*. Bij grensoverschrijdende uitzendarbeid is zowel het vrij verkeer van werknemers als het vrij verkeer van diensten van toepassing", *NTER* 2011, 259-265.

(28) Let wel: behalve het gestelde in de vorige voetnoot zij op deze plek verder niets gezegd over eventuele mogelijkheden met het non-discriminatiebeginsel in het kader van het vrije verkeer van werknemers. Hier wordt enkel opgemerkt dat het non-discriminatiebeginsel dat specifiek aan het vrije verkeer van diensten hangt, gericht is op de dienstverlener en derhalve geen hulp kan bieden aan de gedetacheerde werknemer.

(29) HvJ 27 maart 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*, *Jur.* 1990, I, 1417.

arbeidswetgeving stond dit echter niet zonder meer toe en vereiste werkvergunningen voor deze werknemers. In die tijd gold nog een overgangsregeling, waardoor de Portugese werknemers nog geen recht hadden op de uitoefening van het vrije verkeer van personen. Bijgevolg kon een beroep op deze vrijheid de eis van werkvergunningen niet omzeilen. Maar dit was niet het enige beschikbare wapen om tegen dergelijke werkvergunningen te strijden. *In casu* bood het vrije verkeer van diensten uitkomst. Het Hof overwoog dat het Franse vereiste een ongerechtvaardigde inbreuk maakte op het recht op vrij dienstenverkeer van *Rush Portuguesa*. Het Hof overwoog hier overigens nog wel dat "het gemeenschapsrecht de lidstaten niet belet hun wetgeving of collectieve arbeidsovereenkomsten tussen de sociale partners te laten gelden voor eenieder die op hun grondgebied – zelfs tijdelijk – arbeid in loondienst verricht, ongeacht het land van vestiging van de werkgever, evenmin als het gemeenschapsrecht de lidstaten verbiedt de inachtneming van deze voorschriften met passende middelen af te dwingen"⁽³⁰⁾. Met deze laatste overweging leek toch nog enigszins ruimte te bestaan voor lidstaten om hun wetgeving op tijdelijk gedetacheerde werknemers toe te passen. Maar duidelijk omlind was deze ruimte niet. En waar het in *Rush Portuguesa* nog ging om werkvergunningen, kwamen gaandeweg ook andere arbeidsrechtelijke aspecten naar voren die lidstaten trachtten toe te passen binnen de ruimte die in *Rush Portuguesa* was geboden. Telkens beriepen de dienstverleners zich op het vrije dienstenverkeer en het Hof moest alsmaar de vraag beantwoorden of het opleggen van de lokale arbeidsvoorwaarden via het werklandbeginsel al of niet een gerechtvaardigde inbreuk maakte op het vrije dienstenverkeer⁽³¹⁾. De rechtszekerheid kwam hierdoor in het gedrang. Mede om die reden kwam men op het idee een richtlijn uit te vaardigen die deze rechtszekerheid weer op de kaart moest zetten.

§ 3.3. DE DETACHERINGSRICHTLIJN ALS INVULLING VAN HET VRIJE VERKEER VAN DIENSTEN

Dit idee kreeg zijn uitwerking in de Detacheringsrichtlijn⁽³²⁾, die toepasselijk is in drie vormen van detacheringssituaties: 1) detachering in het kader van een overeenkomst tussen de onderneming van herkomst en de ontvanger van de dienst ("aanneming/ onderaanneming"); 2) detachering binnen concernverband; 3) terbeschikkingstelling door een uitzendbureau of onderneming⁽³³⁾. Hierbij dient wel gedurende de periode van detachering een dienstverband tussen de onderneming van herkomst en de werknemer te bestaan. Door de vastlegging van een uniform pakket van beschermende arbeidsvoorwaarden werd beoogd meer rechtszekerheid te scheppen. Het voornaamste doel was bovendien het tegengaan van een te vergaande bescherming van de binnenlandse markten ten behoeve van het vrije dienstenverkeer, maar te-

(30) Zie r.o. 18, waarna het Hof verwijst naar HvJ 3 februari 1982, C-62-63/81, *Seco*, *Jur.* 1982, I, 223.

(31) V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal arbeidsrecht gemengeld tussen Europese fundamentele vrijheden", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2009, 32.

(32) Richtlijn 91/71/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, *Pb.L.*, afl. 018, 1-6. Op basis van artikel 23 Rome I wordt voorrang verleend aan "in de bepalingen van het Gemeenschapsrecht vervatte en op bepaalde gebieden geldende regels inzake het toepasselijk recht op verbintenissen uit overeenkomst". De Detacheringsrichtlijn is zo'n regeling, maar heeft geen invloed op het verwijzingsprocedé van Rome I, daar de bepalingen van de Detacheringsrichtlijn van toepassing zijn ongeacht het overigens toepasselijke recht.

(33) Zie artikel 1, lid 3, *sub a* t/m c Detacheringsrichtlijn; zie ook M.S. HOUWERZIJL, *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/71/EG*, Deventer, Kluwer, 2005, 123-124.

vens de bescherming van de positie van de gedetacheerde werknemer door lidstaten te verplichten een zekere minimale bescherming te bieden aan de op hun grondgebied werkzame gedetacheerde werknemers⁽³⁴⁾. Deze verplichte bescherming betreft, zoals hierboven al kort aangehaald, een specifiek in de richtlijn opgenomen 'harde kern' van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden⁽³⁵⁾. Het gaat daarbij om maximale werk- en minimale rustperioden; het minimumaantal betaalde vakantiedagen; minimumlonen; voorwaarden voor het detacheren van uitzendkrachten; gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk; bescherming van bepaalde groepen werknemers en ten slotte gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De richtlijn beoogt aldus een nadere normering te geven met betrekking tot de toepassing van het recht van het tijdelijke werkland op de arbeidsverhoudingen van gedetacheerde werknemers. Dit wordt gedaan via het leerstuk van de voorangsregels in artikel 9 Rome I: de dwingende bepalingen uit de harde kern kunnen immers, net als voorangsregels, van toepassing zijn ongeacht het overigens op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht. Uit recente rechtspraak⁽³⁶⁾ is echter gebleken dat deze toepassing voorwaardelijk is, namelijk enkel en alleen als het recht van het land van herkomst minder bescherming biedt⁽³⁷⁾. Deze rechtspraak kwam voort uit interpretatievragen bij artikel 3, lid 7 Detacheringsrichtlijn, waarin staat dat de voorgaande leden geen beletsel vormen voor de toepassing van arbeidsvoorwaarden en omstandigheden die gunstiger zijn voor de werknemer. De vraag kwam op of het ontvangstland op de in de richtlijn genoemde terreinen meer bescherming mocht voorschrijven dan het wettelijke minimum. Het Hof overweegt hieromtrent in zijn arresten *Laval* en *Rüffert* dat artikel 3, lid 7 Detacheringsrichtlijn niet ziet op uitbreiding van de bescherming door het land van ontvangst, maar uitsluitend ziet op betere bescherming op grond van het recht van het land van herkomst, dan wel vrijwillig door de werkgever aangegane verplichtingen⁽³⁸⁾. Voorts kunnen *andere* arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden (dan die welke zijn beschreven in artikel 3, lid 1 sub a t/m g Detacheringsrichtlijn) enkel nog opgelegd worden indien deze worden aangemerkt als bepalingen van de openbare orde in de zin van artikel 3, lid 10 Detacheringsrichtlijn⁽³⁹⁾. In dat licht bezien lijkt het door de richtlijn voorgeschreven minimum in belangrijke mate een maximum te zijn geworden⁽⁴⁰⁾. De Detacheringsrichtlijn, die zijn wortels heeft in de botsing tussen

(34) Zie M.S. HOUWERZIJL, *De Detacheringsrichtlijn. Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/71/EG*, Deventer, Kluwer, 2005; C. DENEVE, *Grensoverschrijdende conflicten in het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 40; J. BEERNAERT en S. MAES, "Detacheren naar België: navigeren in woelige Europese wateren", *Or.* 2010, afl. 9, 221 e.v.

(35) Zie artikel 3, lid 1 Detacheringsrichtlijn.

(36) HvJ 18 december 2007, C-341/05, *Laval*, *Jur.* 2007, I, 11767; HvJ 3 april 2008, C-346/06, *Rüffert*, *Jur.* 2008, I, 1989, r.o. 33.

(37) A.A.H. VAN HOEK, "Openbare orde, dwingende redenen van algemeen belang en bijzonder dwingend recht. De overeenkomsten en verschillen tussen internationaal privaatrecht en interne marktrecht" in H. VERSCHUEREN en M.S. HOUWERZIJL (eds.), *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen. België, Nederland, Europa, de wereld*, Deventer, Kluwer, 2009, 61, voetnoot 17.

(38) HvJ 18 december 2007, C-341/05, *Laval*, *Jur.* 2007, I, 11767, r.o. 80; HvJ 3 april 2008, C-346/06, *Rüffert*, *Jur.* 2008, I, 1989, r.o. 33.

(39) Zie voor een handig schema over wat nu precies de uitbreidingsmogelijkheden zijn met de Detacheringsrichtlijn: J. BEERNAERT en S. MAES, "Detacheren naar België: navigeren in woelige Europese wateren", *Or.* 2010, afl. 9, 225.

(40) A.A.H. VAN HOEK, "Openbare orde, dwingende redenen van algemeen belang en bijzonder dwingend recht. De overeenkomsten en verschillen tussen internationaal privaatrecht en interne marktrecht" in H. VERSCHUEREN en M.S. HOUWERZIJL (eds.), *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen. België, Nederland, Europa, de wereld*, Deventer, Kluwer, 2009, 62. Anders S. FEENSTRA, "Detachering van

enerzijds het vrije verkeer van diensten en anderzijds de behoefte van lidstaten om het eigen arbeidsrecht toe te passen op tijdelijk gedetacheerde werknemers op hun grondgebied, lijkt zich vooral de belangen aan te trekken van de eerste doelstelling, te weten: de bevordering van het vrije dienstenverkeer⁽⁴¹⁾.

§ 3.4. RECHTSPRAAK HVJ EU – TWEE WAARDEN, WELK GEWICHT?

Wanneer een regeling geacht wordt een belemmering te vormen op het vrije verkeer van diensten, dient getoetst te worden of deze belemmering valt te rechtvaardigen. Deze toets is niet mild en doet denken aan eenzelfde toets als wanneer sprake is van een inbreuk op een grondrecht. Voor directe discriminatie geldt dat enkel een rechtvaardigingsgrond kan worden gevonden in door het VWEU zelf voorziene bepalingen⁽⁴²⁾. Niet-discriminerende beperkingen⁽⁴³⁾ worden daarentegen onderworpen aan de volgende formule: "Een beperking (...) is slechts toelaatbaar, wanneer zij een rechtmatig, met het Verdrag verenigbaar doel nastreeft en haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. In een dergelijk geval is bovendien vereist dat zij geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dit doel te bereiken"⁽⁴⁴⁾. Eigenlijk zie je hier nagenoeg de gebruikelijke trits van criteria die wij kunnen terugvinden bij een traditionele 'grondrechtentoets', te weten: noodzakelijkheid/legitimiteit, proportionaliteit en subsidiariteit. Tevens is het van belang dat de litigieuze regeling verenigbaar moet zijn met de doelstellingen van het EU-recht. Met name in het arbeidsrecht hoeft dit niet zonder meer het geval te zijn. Het arbeidsrecht heeft naast zijn beschermende functie namelijk ook een regulerende c.q. ordenende functie. Met de EU-bril op kan dit gemakkelijk worden aangemerkt als protectionistisch. Regelingen met een dergelijk doel (reguleren en beschermen van de eigen arbeidsmarkt of iets dergelijks) kunnen dan ook in beginsel geen rechtvaardiging vormen voor een belemmerende overheidsmaatregel⁽⁴⁵⁾. Bescherming van werknemers en mede het tegengaan van sociale dumping komen daarentegen wel overeen met doelstellingen van het EU-recht en kunnen dan ook mogelijk een rechtvaardigingsgrond vormen, mits aan de

werknemers in het kader van het verrichten van diensten – het arbeidsrechtelijke kader – Richtlijn 96/71/EG" in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009, 299.

- (41) Zie ook V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal arbeidsrecht gemengd tussen Europese fundamentele vrijheden", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2009, 32. Positiever is S. FEENSTRA, "Detachering van werknemers in het kader van het verrichten van diensten – het arbeidsrechtelijke kader – Richtlijn 96/71/EG" in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009, 227-310.
- (42) Zoals bijvoorbeeld artikel 52 j° 62 VWEU. Zie hiervoor ook 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 Uitgevers, 2000, 330.
- (43) Denk bijvoorbeeld aan het niet kunnen profiteren van een concurrentievoordeel (bv. lage lonen), gewaarborgd door de vrijheden van verkeer.
- (44) Zie bijvoorbeeld HvJ 11 december 2007, C-438/05, *Viking*, *Jur.* 2007, I, 10779, t.o. 75. Maar ook HvJ EU 30 november 1995, C-55/94, *Gebhard*, *Jur.* 1995, I, 4165; HvJ 15 december 1995, C-415/83, *Bosman*, *Jur.* 1995, I, 4921.
- (45) Zie ook 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 Uitgevers, 2000, 331.

overige (zware) criteria wordt voldaan ⁽⁴⁶⁾. In het hiernavolgende wordt dieper ingegaan op een aantal concrete arresten van het Hof die maatgevend zijn in deze problematiek ⁽⁴⁷⁾.

§ 3.4.1. *Viking* – collectieve acties vakbond als inbreuk op het vrije verkeer van vestiging

In deze zaak ging het om een Finse ferrymaatschappij (*Viking*) die het schip *Rosella* exploiteerde en voer onder de Finse vlag ⁽⁴⁸⁾. Door de rechtstreekse concurrentie van Estse schepen (met lagere loonkosten) werd de exploitatie van de *Rosella* verliesgevend. *Viking* wilde daarom het schip ‘omvlaggen’ en het in Estland (of Noorwegen) inschrijven, teneinde een nieuwe collectieve overeenkomst te kunnen sluiten met een vakbond van deze staat (en zodoende lagere loonkosten te kunnen bedingen). De vakbonden wilden hier niets van weten en besloten collectieve acties te voeren. Er werd onder meer een circulaire uitgegeven met als doel dat de overige vakbonden afzagen van onderhandelingen met *Viking* (uit solidariteit). Hierdoor kwam *Viking* in een soort patstelling terecht, waarbij enkel met de Finse vakbond onderhandeld kon worden. Deze vakbond stelde echter eisen waardoor het nut van de omvlagging geheel werd tenietgedaan. Uiteindelijk beriep *Viking* zich op het recht van vrij verkeer van vestiging en stelde dat de Finse vakbond hierop inbreuk maakte. Het Hof besloot dat *in casu* inderdaad sprake was van een beperking op het vrije verkeer van vestiging ⁽⁴⁹⁾. Wel verdient het vermelding dat het Hof zelf niet effectief heeft besloten tot strijdigheid met het vrije verkeer, maar liet de uiteindelijke beoordeling over aan de nationale rechter. Desalniettemin is de consequentie, vertaald naar het IPR, dat de Finse vakbond zijn hogere arbeidsbescherming (neergelegd in de cao) niet op de Estse werknemers kon toepassen.

§ 3.4.2. *Laval* – artikel 3, lid 7 ziet enkel op gunstigere voorwaarden uit herkomstland

Tevens liet het Hof in de zaak *Laval* de EU-bepalingen inzake het vrije verkeer (*in casu* diensten) prevaleren boven sociale aspecten. Hier ging het, evenals in *Viking*, om een conflict waarbij vakbonden waren betrokken. *In casu* wilde *Laval* (een vennootschap opgericht naar Lets recht en gevestigd in Letland) met zijn werknemers een dienst verrichten in Zweden. Het loon van de Letse werknemers lag lager dan het loon in Zweden. De Zweedse vakbond wilde hierover onderhandelen; partijen kwamen er echter niet uit. Daarop besloot de vakbond tot niet mis te verstane acties, zoals een blokkade van het bouwterrein. *Laval* beriep zich op zijn recht van het vrije verkeer van diensten, en met succes. Het Hof besloot tot ongeoorloofdheid van de vakbondsac-

(46) Zie artikel 9 VWEU. Zie ook HvJ 11 december 2007, C-438/05, *Viking*, *Jur.* 2007, I, 10779, r.o. 77: “(...) de bescherming van werknemers is een van de reeds door het Hof erkende dwingende redenen van algemeen belang”. Zie ook HvJ 23 november 1999, C-369/96, *Arblade*, *Jur.* 1999, I, 8453; HvJ 15 maart 2001, C-165/98, *Mazzoleni*, *Jur.* 2001, I, 2189. Zie voor sociale dumping als legitiem belang: HvJ 4 april 1974, C-167/73, *C./Frankrijk*, *Jur.* 1974, I, 373; HvJ 18 december 2007, C-341/05, *Laval*, *Jur.* 2007, I, 11767, r.o. 103.

(47) Zie overigens nog V. VAN DEN EECKHOUT, “Internationaal arbeidsrecht gemengeld tussen Europese fundamentele vrijheden”, *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2009, 32.

(48) Hierdoor is het Finse recht van toepassing op de arbeidsovereenkomst.

(49) R.o. 72-74.

ties en overwoog dat artikel 3, lid 1 *sub c* Detacheringsrichtlijn uitsluitend betrekking heeft op het *minimum*loon. Mitsdien kan deze bepaling niet ingeroepen worden ter rechtvaardiging van een verplichting voor buitenlandse dienstverrichters om loonniveaus in acht te nemen als die welke de verwerende vakbondsorganisaties in het hoofdgeding in het kader van het Zweedse stelsel zeggen op te leggen. Deze bepalingen zijn, aldus nog steeds het Hof, bovendien ook niet vastgesteld op de door artikel 3, leden 1 en 8, van deze richtlijn voorgeschreven wijze ⁽⁵⁰⁾. Voorts werd overwogen dat artikel 3, lid 7 Detacheringsrichtlijn niet zo kan worden uitgelegd dat het de ontvangststaat toestaat om de verrichting van diensten op zijn grondgebied afhankelijk te stellen van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die verder gaan dan de dwingende bepalingen voor minimale bescherming ⁽⁵¹⁾. Juist deze overweging heeft in de rechtsleer en -praktijk tot veel verontwaardiging geleid. Zo stelt men dat de minimumbescherming van de Detacheringsrichtlijn in belangrijke mate een maximum is geworden. In paragraaf 3.4.5 zal hier dieper worden op ingegaan. Deze zaak vertaald naar het IPR: de Zweedse vakbond wilde, als vakbond in het ontvangstland, zijn hogere arbeidsbescherming (neergelegd in de cao) op de op het grondgebied van Zweden werkzame tijdelijk gedetacheerde werknemers toepassen. Dit ging niet door.

§ 3.4.3. *Rüffert* – herhaling *Laval*

In *Rüffert* besloot het Hof de in *Viking* en *Laval* ingezette lijn door te zetten en verklaarde de Duitse wetgeving onverenigbaar met het vrije dienstenverkeer en de Detacheringsrichtlijn. *In casu* had Duitsland wetgeving uitgevaardigd, krachtens welke de aanbestedende dienst de overheidsopdrachten voor werken enkel mag gunnen aan ondernemingen die zich bij de inschrijving schriftelijk verbinden om hun werknemers bij de uitvoering van het werk minstens het loon te betalen dat is vastgesteld in de cao Bouwnijverheid. Op deze manier legde Duitsland dus het loonpeil van de cao op aan tijdelijk op het grondgebied gedetacheerde werknemers. Het loopt, net als in *Laval*, al stuk op het feit dat de cao niet is vastgesteld op een door de Detacheringsrichtlijn voorgeschreven wijze ⁽⁵²⁾. Deze in de cao geregelde lonen lagen hoger dan het minimumloon zoals krachtens het AEntG ⁽⁵³⁾ toepasselijke minimumloon ⁽⁵⁴⁾.

(50) R.o. 70.

(51) R.o. 80.

(52) R.o. 31: "Een dergelijk loonpeil kan dus niet worden beschouwd als minimumloon in de zin van artikel 3, lid 1, eerste alinea, sub c, van deze richtlijn (...)".

(53) *Arbeitnehmer-Entsendegesetz*. Dat is een Duitse wet van 26 februari 1996 die betrekking heeft op "zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen" (wet op de terbeschikkingstelling van werknemers).

(54) Een nuance kan nog wel worden gevonden in overweging 37. In eerste instantie is het Hof nog streng en overweegt dat de wettelijke regeling als de Duitse deelstaatwet een belemmering kan vormen, omdat deze wet verplicht tot betaling van het minimumloon zoals voorzien in de cao Bouwnijverheid. Hierdoor krijgen dienstverrichters, die zijn gevestigd in een andere lidstaat, waar de minimumlonen lager zijn, een bijkomende economische last die het verrichten van hun diensten kan belemmeren. Maar vervolgens stelt het Hof dat een rechtvaardiging gevonden kan worden in de bescherming van werknemers. *In casu* ging dit niet op, aangezien 1. De cao slechts van toepassing was op een deel van de werknemers (namelijk louter op diegenen die in overheidsopdracht werkten), 2. De cao niet algemeen verbindend was verklaard. In die zin kon de cao in de redenering van het Hof niet primair strekken tot bescherming van werknemers. Ik kan mij echter situaties indenken waarbij wel sprake is van daadwerkelijk door het Hof erkende bescherming van werknemers. Namelijk wanneer wetgeving (of cao) correct is vastgesteld op de door de Detacheringsrichtlijn voorgeschreven wijze, die voor elke

Het Hof kwam zodoende terecht in artikel 3, lid 7 Detacheringsrichtlijn en overwoog, net als in *Laval*, dat artikel 3, lid 7 Detacheringsrichtlijn niet zo kon worden uitgelegd dat zij de lidstaat van ontvangst toestaat om de verrichting van diensten op zijn grondgebied afhankelijk te stellen van de inachtneming van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die verder gaan dan de dwingende bepalingen voor minimale bescherming⁽⁵⁵⁾. Vertaald naar het IPR: Duitsland wilde als ontvangstland zijn hogere arbeidsbescherming (neergelegd in de cao) op de op zijn grondgebied werkzame tijdelijk gedetacheerde werknemers toepassen. Dit ging niet door.

§ 3.4.4. *C./Luxemburg* – strikte interpretatie openbare orde: Europese aangelegenheid

Tot slot wees het Hof nog een belangwekkend arrest in de zaak *C./Luxemburg*. Net als in *Rüffert*, waar de Duitse wetgeving onverenigbaar werd geacht met de EU-bepalingen inzake het vrije verkeer van diensten en de Detacheringsrichtlijn, werd *in casu* de wetgeving van Luxemburg onverenigbaar geacht met deze EU-bepalingen. Luxemburg had, met gebruikmaking van de ruimte geboden in artikel 3, lid 10 Detacheringsrichtlijn, een aantal arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden verheven tot bepalingen van openbare orde⁽⁵⁶⁾. De Europese Commissie achtte dit evenwel in strijd met de richtlijn. Het Hof ging hierin mee en stelde dat de exceptie van de openbare orde een afwijking van het fundamentele beginsel van het vrij verrichten van diensten vormt, die strikt moet worden opgevat en waarvan de draagwijdte niet eenzijdig door de lidstaten kan worden bepaald⁽⁵⁷⁾. Voorts overwoog het Hof dat het gemeenschapsrecht de lidstaten niet belet om wetgeving te laten gelden voor eenieder die arbeid in loondienst verricht, zelfs tijdelijk, maar dat deze mogelijkheid wel onderworpen blijft aan de voorwaarde dat werknemers niet al eenzelfde soort bescherming genieten uit hoofde van de verplichtingen waaraan hun werkgever reeds is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd⁽⁵⁸⁾. Vertaald naar het IPR: Luxemburg wilde als ontvangstland zijn hogere arbeidsbescherming (neergelegd in geïmplementeerde wetgeving) op de op zijn grondgebied werkzame tijdelijk gedetacheerde werknemers toepassen. Dit ging niet door.

werknemer in de branche geldt en die primair strekt ter bescherming van de (mobiele) werknemer. In die zin bestaat nog wel ietwat ruimte voor de ontvangststaat om tot toepassing van het territoriale arbeidsrecht te komen.

(55) R.o. 33.

(56) Zie overigens voor de discussie over de legitimiteit van het besluit van de Belgische wetgever het grootste gedeelte van het sociaal recht aan te merken als bepalingen van openbare orde: J. BEERNAERT en S. MAES, "Detacheren naar België: navigeren in woelige Europese wateren", *Or.* 2010, afl. 9, 224-225; M. DE VOS, "Vrij verkeer van werknemers na de uitbreiding van de Europese Unie", *TSR* 2004, 487; Y. JORENS, "Detachering in het individuele arbeidsrecht" in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009, 212-215; A. VAN REGENMORTEL, "Openbare orde en dwingend recht: een confrontatie tussen de Europese en de Belgische invulling" in H. VERSCHUEREN en M.S. HOUWERZIJL (eds.), *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen. België, Nederland, Europa, de wereld*, Deventer, Kluwer, 2009, 146. Eveneens heeft de Raad van State bedenkingen geuit, zie *Parl.St.* Kamer, nr. 50-1441/001. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten hier afzonderlijk op in te gaan. Enkel zij opgemerkt dat na de uitspraak in *C./Luxemburg* de kans zeer wel aanwezig is dat de Belgische wetgever in strijd met de bepalingen van het vrije verkeer heeft gehandeld.

(57) R.o. 30.

(58) R.o. 42.

§ 3.4.5. Beoordeling van het beruchte kwartet

Het valt direct op dat de poging om gelijke of hogere arbeidsvoorwaarden op werknemers toe te passen telkens in strijd kwam met de bepalingen van het vrije verkeer. Vooral in de zaken *Laval*, *Rüffert* en *C./Luxemburg* is dit goed zichtbaar. Waar bij *Laval* de acties van de vakbonden voor gelijke arbeidsvoorwaarden strijdig werden geacht met het vrije dienstenverkeer, kwam de ontvangststaat bij *Rüffert* en *C./Luxemburg* in de knoop met de vrijeverkeersbepalingen wanneer werd getracht zijn (meer) beschermende arbeidsregelingen op de tijdelijk op zijn grondgebied werkzame werknemers toe te passen. De weegschaal sloeg iedere keer door ten gunste van de EU-bepalingen inzake het vrije verkeer. De lastige vraag dringt zich op of de regels van het ontvangstland in de context van het vrije verkeer sowieso nog wel gerespecteerd zullen worden.

In feite komt het er namelijk op neer dat indien de Detacheringsrichtlijn van toepassing is, enkel de regels van het ontvangstland die behoren tot de harde kern en bovendien zijn vastgesteld op de door de richtlijn voorgeschreven wijze, van toepassing mogen zijn op de gedetacheerde werknemer. Andere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden dan de harde kern kunnen enkel opgelegd worden als zij aangemerkt kunnen worden als bepalingen van openbare orde in de zin van artikel 3, lid 10 Detacheringsrichtlijn. Toch wordt in dit verband in de rechtsleer wel gewezen op een mogelijke nuance, die misschien ietwat meer lucht zou kunnen geven aan de ontvangstaten. Wellicht zou de Detacheringsrichtlijn namelijk nog steeds als een instrument van minimumbescherming (in plaats van maximumbescherming) gezien kunnen worden. Van Peijpe wijst erop dat de Detacheringsrichtlijn zo geïnterpreteerd zou kunnen worden dat ze enkel een aantal 'belemmeringen op het vrije verkeer' regelt (in artikel 3, lid 1 *sub a t/m g*)⁽⁵⁹⁾. Deze belemmeringen krijgen dan, doordat ze zijn geregeld in de Detacheringsrichtlijn, groen licht. Zelfs in die zin dat lidstaten dergelijke belemmeringen op móeten leggen⁽⁶⁰⁾. Artikel 3, lid 7 Detacheringsrichtlijn bepaalt in deze redenering vervolgens dat lidstaten eventueel gunstigere bepalingen kunnen opleggen. De Detacheringsrichtlijn is namelijk vooral opgezet om te regelen 'wat wel mag' (wat aldus minimaal mag): wat in de harde kern *ex* artikel 3, lid 1 *sub a t/m g* staat, moet worden opgelegd; wat van openbare orde is *ex* artikel 3, lid 10, mag worden opgelegd. Van Peijpe stelt dat *wat verder wel of niet mag* niet is geregeld in de Detacheringsrichtlijn, maar in het overige communautaire recht, met name in artikel 56 VWEU⁽⁶¹⁾. In deze lezing maken de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden buiten de harde kern zo nog wel een kansje om overeind te blijven en niet sec te worden geëlimineerd omdat zij buiten de harde kern van de Detacheringsrichtlijn vallen. Toch ben ik niet helemaal overtuigd van deze opvatting, daar de bewoordingen van het

(59) T. VAN PEIJPE, "De arresten Laval en Viking en hun gevolgen", *Sociaal Maandblad Arbeid* 2008, 180.

(60) Over de 'moet'-vraag bestaat overigens ook nog discussie. Ik ga ervan uit dat de lidstaten verplicht zijn de minimumbescherming van *sub a t/m g* op te leggen gezien het feit dat de Detacheringsrichtlijn mede is opgezet ter bescherming van de positie van gedetacheerde werknemers. Wanneer men stelt dat de lidstaten niet verplicht zijn om die minimumbescherming op te leggen (en dat lidstaten daar aldus een discretionaire bevoegdheid voor hebben), dan zou dat elk nuttig effect beroven van de Detacheringsrichtlijn bij het garanderen van een bepaalde minimumbescherming van gedetacheerde werknemers en bij het tegengaan van sociale dumping.

(61) Zie ook M.F. BALTUSSEN, "Het Hof van Justitie van de EG en de Detacheringsrichtlijn: mag het ietsje meer zijn?", *Arbeidsrecht* 2008, 62.

Hof in *Laval* en *Rüffert*, zoals in bovenstaande besproken, ondubbelzinnig lijken te wijzen op het maximumkarakter van de Detacheringsrichtlijn.

Een ding is hoe dan ook duidelijk, toepassing van (een hoger niveau van) regels uit het ontvangstland kan tamelijk lastig zijn, daar het spoedig een ongerechtvaardigde belemmering op het vrije verkeer zal vormen. In paragraaf 4 zal worden besproken in hoeverre men middels een welbepaalde interpretatie van artikel 8 Rome I zou kunnen komen tot het recht van het ontvangstland. Het is de vraag hoe het Hof daarop, gelet op bovenstaande, zal reageren. Men komt dan immers tot toepassing van het recht van het ontvangstland en, indien dit in de context van het vrije verkeer gebeurt, is het tamelijk onzeker in hoeverre dit door deze vrijverkeersbeugel kan. Als uitgangspunt geldt dan weliswaar dat de regels van het ontvangstland toepasselijk zijn, maar deze regels maken vervolgens wel kans geëlimineerd te worden doordat zij een belemmering vormen op de bepalingen van het vrije dienstenverkeer.

Toch valt hier een (kleine) kanttekening te maken. Telkens ging het in de zaken *Viking*, *Laval*, *Rüffert* en *C./Luxemburg* om lidstaten *c.q.* vakbonden van lidstaten die hun territoriale arbeidsrecht *c.q.* cao's van toepassing wilden verklaren, ongeacht het overigens toepasselijke recht. Vertaald naar het IPR, merkten zij hun eigen regelgeving eigenlijk aan als voorrangsregels. Zelfs in het IPR kunnen voorrangsregels niet zomaar opgelegd worden en dienen zij aan bepaalde eisen te voldoen voordat zij het verwijzingsresultaat mogen doorkruisen⁽⁶²⁾. Steevast verklaarde het Hof het recht van het ontvangstland een ongerechtvaardigde belemmering op het vrije verkeer. Wellicht zouden de zaken ietwat anders liggen wanneer het recht van het ontvangstland via een ander kanaal van toepassing zou worden verklaard op de internationale arbeidsverhouding, namelijk via artikel 8 Rome I. Gesteld zou kunnen worden dat de toepassing van het recht van het ontvangstland via de weg van artikel 8 Rome I alleszins ietwat neutraler zou zijn dan wanneer ontvangststaten eigenhandig hun dwingende arbeidsrecht willen toepassen (en eigenlijk dus in de vorm van voorrangsregels). Zou dit niet mogelijk een verschil kunnen maken bij de beoordeling van het Hof of sprake is van een ongerechtvaardigde belemmering? Hoewel artikel 8 Rome I grotendeels gebaseerd is op het beschermingsbeginsel, en in die zin minder neutraal is dan de klassieke verwijzingsregels, kan toch gesteld worden dat het toepasselijke recht *ex* artikel 8 Rome I minder snel in strijd zal komen met de bepalingen inzake het vrije verkeer. In deze redenering zal het ontvangstland sterkere papieren hebben wanneer zijn regels toepasselijk worden ingevolge artikel 8 Rome I, omdat het IPR dan ook reeds deze regels toepasselijk verklaart. Desalniettemin is ook het IPR niet onschendbaar. Het is zeer goed mogelijk dat het Hof de effecten van het IPR inzake het internationale arbeidsrecht aan conformiteit met EU-bepalingen (*in casu* de Detacheringsrichtlijn)

(62) Zie bijvoorbeeld ook het recent gewezen arrest van het Hof van Justitie EU 17 oktober 2013, C-185/12, *Unamar*, nog niet gepubliceerd in de jurisprudentie. Hierin stond de vraag centraal in hoeverre men via de *lex fori* voorrangsregels *ex* art. 7, lid 2 EVO het gekozen *lex causae* *ex* art. 3 EVO opzij mag zetten. Hierbij was nog van belang dat zowel de *lex fori* als de *lex causae* een implementatie was van de Europese richtlijn 86/653/EEG inzake handelsagenten, waarbij de *lex fori* voorziet in een ruimere implementatie van de richtlijn dan de *lex causae*. Het Hof overweegt dat het in principe mogelijk is het gekozen recht opzij te zetten door voorrangsregels van de *lex fori*, maar verbindt daar wel strenge eisen aan. Ten eerste omdat de partijautonomie niet zomaar doorkruist kan worden, ten tweede omdat ook de eenvormige toepassing van het EVO in de EU en de harmoniserende werking betrokken dienen te worden in het oordeel bij de toelaatbaarheid van voorrangsregels.

toetst. Men ziet dit ook in het internationale namenrecht. In de zaak *Garcia Avello* is het Belgische IPR al eens veroordeeld⁽⁶³⁾. Eveneens werd nationaal IPR inzake het internationale vennootschapsrecht in strijd geacht met de vrijverkeersbepalingen⁽⁶⁴⁾. In die zin is het alleszins nog onzeker of het Hof ietwat minder grillig tegenover toepassing van het recht van het ontvangstland ex artikel 8 Rome I zou staan. Wel zou, in tegenstelling tot beide voorgaande voorbeelden, de aanmerking van artikel 8 Rome I als strijdig met het vrije verkeer een behoorlijk delicate kwestie worden. In dit geval gaat het namelijk om bronnen die beide afkomstig zijn uit het Europese recht. Dit zou betekenen dat twee EU-instrumenten frontaal met elkaar in botsing komen. Hoe zou het Hof dit oplossen?

Welnu, ondanks deze kanttekening kan gesteld worden dat het vrije verkeer van diensten invloed zal hebben op de argumentatiemogelijkheden. Mogelijk zal een welbepaalde interpretatie zelfs nog een grotere belemmering op het vrije verkeer vormen. Inherent aan een welbepaalde interpretatie is immers het hier en daar oprekken van bepalingen en definities. Dit brengt automatisch minder rechtszekerheid met zich mee. Sinds jaar en dag is dit een factor die meegewogen kan worden bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een ongerechtvaardigde belemmering⁽⁶⁵⁾, waarbij geldt dat naarmate de werkgever dieper in het duister tast omtrent de wellicht toepasselijke bepalingen, de kans groeit dat zijn recht op het vrije verkeer van diensten ongerechtvaardigd wordt belemmerd. In die zin zijn het communicerende vaten. Bovendien rekt men bij een welbepaalde interpretatie de bepalingen niet alleen hier en daar iets op; de bekommernis over bescherming van werknemers speelt uiteraard een grote rol om op een welbepaalde manier te interpreteren c.q. het toepasselijke recht te sturen. Een welbepaalde interpretatie van artikel 8 Rome I kan ingevolge hiervan gezien worden als zijnde protectionistisch (meer specifiek gericht op de bescherming van de lokale werknemers, als wel meer algemeen op de regulering en ordening van de arbeidsmarkt). Een en ander brengt met zich mee dat voor het IPR in de context van het vrije verkeer nog maar weinig ruimte bestaat om middels

(63) HvJ 2 oktober 2003, C-168/91, *Garcia Avello*, *Jur.* 2003, I, 11613. Het ging hier om de Spanjaard Garcia Avello die was gehuwd met de Belgische Weber. Het echtpaar had woonplaats in België en hun beide kinderen werden daar eveneens geboren. De kinderen hadden zowel de Spaanse als de Belgische nationaliteit. Ingevolge de Spaanse wet en traditie verkozen de ouders als achternaam: Garcia Weber. In België werd dit evenwel niet goedgekeurd, waarna de ouders een juridische strijd aangingen. Uiteindelijk stelde de Belgische Raad van State een aantal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. Het Hof oordeelde dat België het non-discriminatiebeginsel van artikel 18 VWEU en artikel 20 VWEU had geschonden door de naamsverandering te weigeren. Zie ook V. VAN DEN EECKHOUT, "Codificatie van het Nederlandse ipr of het vastleggen van een nationaal navigatiesysteem voor internationale vliegroutes. Invoering van Boek 10 BW manoeuvrerend langs en door de Europese aswolven heen", *NTER* 2011, 9; H. OOSTEROM-STAPLES, "Burgerschap van de Unie: een vrije keuze voor de achternaam van de eigen kinderen na het arrest Garcia Avello?", *NTER* 2004; J. VERHELLEN, "Dubbelnamen'kwestie: België opnieuw voor Hof van Justitie", *Juristenkrant* 2012, 3.

(64) Voorzover het IPR inzake het vennootschapsrecht uitgaat van de 'werkelijkezeteller' (dit houdt in dat een vennootschap of rechtspersoon wordt beheerst door het recht van het land waar het centrum van het bestuur van de vennootschap of rechtspersoon is gevestigd) wordt dit strijdig geacht met de vrijheid van vestiging ex artikel 49 VWEU. Zie HvJ 9 maart 1999, C-212/97, *Centros*, *Jur.* 1999, I, 01459; HvJ 5 november 2002, C-208/00, *Überseering*, *Jur.* 2002, I, 09919; HvJ 30 september 2003, C-167/01, *Inspire Art*, *Jur.* 2003, I, 10155; P. VLAS, "Driesprong IPR: codificering, communautarisering en globalisering", *Ondernemingsrecht* 2005; S.M. VAN DEN BRAAK, "Het Centros-arrest en het Nederlandse internationaal privaatrecht betreffende vennootschappen", *WPNR* 2000, 347-355.

(65) Zie bijvoorbeeld HvJ 18 december 2007, C-341/05, *Laval*, *Jur.* 2007, I, 11767, r.o. 36 en 71.

welbepaalde interpretatie tot de regels te komen van het ontvangstand. Gesteld kan worden dat de rechtspraak van het Hof inzake het vrije verkeer van (negatieve) invloed is op het IPR *an sich* en wel zeker op de mogelijkheden om de verwijzingsregels op een welbepaalde manier te interpreteren. In zoverre een weinig rooskleurig beeld voor de gedetacheerde werknemer. Toch zijn inmiddels een aantal arresten gewezen waar mogelijk hoop uit af te leiden valt ⁽⁶⁶⁾. Ik heb het over de arresten *Koelzsch* ⁽⁶⁷⁾ en *Voogsgeerd* ⁽⁶⁸⁾.

§ 3.5. KOELZSCH – UITLEG ARTIKEL 8, LID 2 ROME I: EEN RUIME INTERPRETATIE VAN HET WERKLANDBEGINSEL

In deze zaak ging het om een in Duitsland woonachtige werknemer (Koelzsch) die als chauffeur internationaal vervoer in dienst is getreden bij de in Luxemburg gevestigde vennootschap Gaspa Spedition. In de arbeidsovereenkomst is een rechtskeuze opgenomen voor het Luxemburgse recht. *In casu* werd de werknemer ontslag aangezegd, waarop de werknemer vervolgens de geldigheid van het ontslag betwistte. Koelzsch beriep zich op dwingende bepalingen van Duits recht, nu die naar zijn mening objectief van toepassing waren *ex* artikel 8, lid 2 Rome I ⁽⁶⁹⁾. Het Hof werd een prejudiciële vraag voorgelegd:

“Dient de collisieregule van artikel 6, lid 2, sub a [lees: artikel 8, lid 2 Rome I, toev. FOV] (...) aldus te worden uitgelegd dat indien de werknemer zijn arbeid in verschillende landen verricht, maar systematisch naar één van deze landen terugkeert, dit land dient te worden beschouwd als het land waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht?”

Het Hof besloot tot een ruime interpretatie van het werklandbeginsel in artikel 6, lid 2 sub a EVO-verdrag (lees: artikel 8, lid 2 Rome I), vooral ingegeven uit het oogpunt van de bescherming van de werknemer. In r.o. 42 staat te lezen:

“Aangezien de doelstelling van artikel 6 (...) een passende bescherming van de werknemer is, volgt daaruit dat deze bepaling moet worden opgevat als een waarborg dat *eerder het recht van de staat waarin hij zijn beroepswerkzaamheden verricht* van toepassing is dan dat van de staat van de zetel van de werkgever. De werknemer oefent zijn economische en sociale functie immers in eerstgenoemde staat uit en (...) zijn arbeid ondergaat ook in die staat de invloed van het politieke en het bedrijfsklimaat. Bijgevolg moet de eerbiediging van de in het recht van dat land geldende voorschriften ter bescherming van de arbeid zo veel mogelijk worden gewaarborgd.” (curs. FOV).

(66) 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?*, 2012, 1 e.v.

(67) HvJ 15 maart 2011, C-29/10, *Koelzsch*, *Jur.* 2011, I, 1595.

(68) HvJ 15 december 2011, C-384/10, *Voogsgeerd*, *NJB* 2012, 126.

(69) Deze Duitse bepalingen kunnen zich doorzetten ongeacht de rechtskeuze, aangezien de werknemer door een rechtskeuze niet de bescherming mag verliezen die hij aan het objectief toepasselijke recht zou ontnemen.

Het Hof lijkt het met name van belang te vinden dat de werknemer wordt beschermd naar het recht van het land waar hij zijn economische en sociale functie uitoefent, daar zijn arbeid in die staat 'immers' de invloed van het politieke en bedrijfsklimaat ondergaat. Hieruit volgt duidelijk het typische internationaal privaatrechtelijke beschermingsbeginsel; er wordt waarde gehecht aan het materiële recht naar woon-, werk- of leefmilieu. Men dient dit echter niet te verwarren met het begunstigingsbeginsel. Bij dit laatste staat namelijk de vraag centraal of het aangewezen recht ook effectief het gunstigst is voor de werknemer⁽⁷⁰⁾. Dit is een heel andere toets en hoort (vooral nog) niet thuis bij de uitleg van het werklandbeginsel in artikel 8 Rome I⁽⁷¹⁾. Desalniettemin houdt het Hof in bovenstaande zaak specifiek rekening met de belangen van de werknemer. Ingevolge hiervan kan gesteld worden dat de manoeuvreerruimte van artikel 8, lid 2 Rome I voornamelijk zal worden ingekleurd door de bekommernis de werknemer te beschermen. Dit zou een belangrijke implicatie kunnen zijn voor de in de rechtsleer geopperde vrees dat het Hof in de ruimte die artikel 8, lid 2 Rome I liet, bij onduidelijkheid over het toepasselijke recht, mogelijk aan zou gaan sturen op het recht van het land waarin de onderneming is gevestigd⁽⁷²⁾. Ik zie na dit arrest weinig reden meer voor een dergelijke bezorgdheid, ook niet wanneer men artikel 8, lid 2 Rome I zou aanwenden in de context van het vrije verkeer. Hoewel men voorzichtig dient te zijn bij het aannemen van een zekere 'kruisbestuiving van rechtsgebieden'⁽⁷³⁾, legt het Hof sterk de nadruk op de bescherming van de werknemer bij de interpretatie van lid 2. Dit zou kunnen duiden op een meer beperkte manoeuvreerruimte voor het Hof om te komen tot het recht van het herkomstland in een vrijverkeerscontext. Het arrest beschouw ik derhalve als dubbel gunstig voor de werknemer. Enerzijds zou het grotendeels de mogelijkheid in de kiem kunnen smoren de interpretatieruimte van artikel 8, lid 2 Rome I aan te wenden om te komen tot het recht van het herkomstland; anderzijds biedt het arrest nieuwe (ruimere) mogelijkheden voor een welbepaalde interpretatie ten gunste van de werknemer. Tevens zou dit arrest een indicatie kunnen zijn dat het niet onder elke omstandigheid in strijd zal komen met het vrije verkeer om tot toepassing van (een hoger niveau van) arbeidsbescherming van het ontvangstland te komen⁽⁷⁴⁾. Voordat ik hier dieper op inga, wil ik eerst nog wijzen op een ander belangwekkend arrest.

§ 3.6. VOOGSGEERD – UITLEG ARTIKEL 8, LID 3 ROME I: FORMELE BENADERING VESTIGINGSBEGRIJ

In casu ging het om een in Nederland woonachtige werknemer (Voogsgaerd) die als machinist in dienst trad bij Navimer, een in Luxemburg gevestigde vennootschap. Ook hier werd het dienstverband opgezegd en aangevochten. Voogsgaerd beroept zich echter niet op artikel 8, lid 2 Rome I om zijn stelling te staven dat het Belgische

(70) Zie ook paragraaf 2.1.

(71) Zie hierover meer uitgebreid bij de bespreking van de ontsnapingsclausule van artikel 8, lid 4 Rome I, paragraaf 4.4.

(72) V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal arbeidsrecht gemangeld tussen Europese fundamentele vrijheden", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2009, 32.

(73) Waarmee ik bedoel dat men voorzichtig dient te zijn bij het trekken van conclusies uit rechtspraak die gewezen is in het ene rechtsgebied (het vrije verkeer) naar een ander rechtsgebied (IPR).

(74) Indien men ervan uit zou zijn gegaan dat het IPR naar zijn effect zo afgeknot wordt dat toepassing van het ontvangstland in de context van het vrije verkeer sowieso niet meer door de EU-beugel kan.

recht van toepassing is, maar op artikel 8, lid 3 Rome. Het Hof kreeg de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

“Moet met het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen in de zin van artikel 6, lid 2, sub b [lees: artikel 8, lid 3 Rome I, toev. FOV] (...) worden verstaan het land waar zich de vestiging van de werkgever bevindt, die volgens de arbeidsovereenkomst de werknemer in dienst heeft genomen, dan wel het land waar zich de vestiging van de werkgever bevindt, waaraan de werknemer voor zijn effectieve tewerkstelling is verbonden, ook al verricht deze zijn arbeid niet gewoonlijk in een zelfde land?”

Onder verwijzing naar de zaak *Koelzsch* overwoog het Hof dat eerst gekeken dient te worden naar de gewoonlijke werkplek, waarna (indien deze niet vastgesteld kan worden) men dient te bezien of het recht van het land van vestiging kan worden aangemerkt. Mede omdat ruime interpretatiemogelijkheden bestaan met het werklandbeginsel, zo vervolgt het Hof, blijft er voor het aanknopingspunt van de vestiging van de werkgever niet veel ruimte meer over. Het Hof noemt de vestiging van de werkgever zelfs een restcriterium dat van subsidiair belang is ⁽⁷⁵⁾. Lid 3 dient dan ook strikt uitgelegd te worden en derhalve wordt verzekerd dat het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht voorzienbaar is. Deze strikte uitleg brengt met zich mee dat lid 3 uitsluitend verwijst naar de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen en niet naar die waaraan de werknemer voor zijn effectieve tewerkstelling is verbonden ⁽⁷⁶⁾. Op het eerste gezicht lijkt deze formele benadering van het begrip ‘vestiging’ ongunstig voor de werknemer ⁽⁷⁷⁾. Toch hoeft Voogsgeerd geen bot te vangen. Het Hof wijst er (opmerkelijk genoeg) op dat de elementen zoals *in casu* meer overeenstemming lijken te vertonen met lid 2 dan met lid 3 ⁽⁷⁸⁾. De AG maakt tevens een dergelijke opmerking door te stellen dat het toepasselijke recht ‘zonder meer’ aan de hand van artikel 8, lid 2 Rome I had kunnen worden vastgesteld ⁽⁷⁹⁾.

In feite zorgt het Hof hier voor een ondubbelzinnige bevestiging van de zaak *Koelzsch*. Met name voor de invulling van het begrip ‘vestiging’ brengt de zaak *Voogsgeerd* vernieuwing. En hoewel, zoals gezegd, de formele benadering van het begrip op het eerste gezicht nadelig lijkt uit te pakken voor de werknemer, zal het in de praktijk niet veel voorkomen dat men toekomt aan artikel 8, lid 3 Rome I. Veelal zal de zaak immers afgedaan kunnen worden onder de ruime interpretatie van het werklandbeginsel in artikel 8, lid 2 Rome I. Al met al kom ik tot een positieve waardering van deze uitspraak. En bovendien lijkt het mij, uit systematisch oogpunt bezien, het meest logisch

(75) R.o. 47.

(76) R.o. 52. Wel lijkt dit, in antwoord op de vierde prejudiciële vraag, ietwat te worden genuanceerd doordat ten aanzien van de uitlegging van artikel 6, lid 2, sub b EVO (lees: artikel 8, lid 3 Rome I) wordt overwogen dat “de vestiging van een andere onderneming dan die welke formeel als werkgever wordt genoemd, waarmee laatstgenoemde onderneming banden heeft, als “vestiging” kan worden aangemerkt indien aan de hand van objectieve elementen kan worden aangetoond dat de werkelijke situatie verschilt van die welke blijkt uit de bewoordingen van de overeenkomst, zelfs indien het werkgeversgezag niet formeel aan die andere onderneming is overgedragen”.

(77) Hij beriep zich immers op het Belgische recht, maar dat kon door de strikte uitleg van lid 3 niet van toepassing zijn.

(78) R.o. 31.

(79) Zie de conclusie, nr. 60. Met deze opmerkingen op zak zou Voogsgeerd bij de nationale rechter tot toepassing van het door hem gewenste Belgische recht kunnen komen.

dat de factoren die aangewend kunnen worden bij lid 2, verder geen rol meer mogen spelen bij lid 3.

§ 3.7. BEOORDELING – VERANDERDE STATUS-QUO INTERNATIONAAL ARBEIDSRECHT?

Welnu, wat betekenen bovenstaande uitspraken voor de preciaire positie van de gedetacheerde werknemer in de grote machten van het vrije verkeer? In de rechtsleer wordt de rechtspraak inzake *Koelzsch* en *Voogsgeerd*, uit het oogpunt van de werknemer, over het algemeen positief ontvangen⁽⁸⁰⁾. Van Hoek spreekt zelfs van een ‘belangrijke correctie’ op (het oorsprongslandbeginsel van) de zaken *Viking*, *Laval*, *Rüf-fert* en *C./Luxemburg*⁽⁸¹⁾. Men dient naar mijn idee echter voorzichtig te zijn met het trekken van conclusies uit rechtspraak inzake IPR voor het vrije verkeer. Zoals Van den Eeckhout opmerkt lijkt de zaak *Koelzsch* zich niet af te spelen in de context van het vrije verkeer⁽⁸²⁾. In die zin staan de zaken *Koelzsch* en *Voogsgeerd* in beginsel op zichzelf. Hooguit zouden deze zaken een *indicatie* kunnen zijn van het feit dat het mogelijk is om tot toepassing te komen van de (gunstigere) regels van het ontvangstland in de context van het vrije verkeer, indien men er al van uitging dat dit niet mogelijk was. Maar het is in ieder geval een indicatie: het Hof biedt enerzijds veel ruimte om tot toepassing van lid 2 te komen; anderzijds vormt lid 3 een restbepaling waardoor minder gauw sprake zal zijn van toepasselijkheid van de regels van het land van vestiging⁽⁸³⁾. Het lijkt me niet voor de hand te liggen dat dit in de context van het vrije verkeer volstrekt anders zal zijn.

Uit de ruimere mogelijkheden voor een welbepaalde interpretatie ten gunste van de werknemer die lijken voort te vloeien uit bovenstaande rechtspraak en de zojuist genoemde indicatie, kan de gevolgtrekking verdedigd worden dat wellicht iets veranderd zou zijn aan de vermeende status-quo van het internationaal arbeidsrecht. In dit verband bestaat aldus hoop dat de preciaire positie van de gedetacheerde werknemer na deze arresten, en mogelijk nog in de toekomst, ietwat ‘minder precair’ zal zijn⁽⁸⁴⁾. In die zin zou gesteld kunnen worden dat het Hof op zijn liberale schreden aan het terugkeren is. Deze constatering zou belangrijke gevolgen kunnen hebben voor de

(80) Zie 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?*, 2012, 19; A.A.H. VAN HOEK, “Heiko Koelzsch tegen Groothertogdom Luxemburg”, AA 2011; C.B.G. DERKS, “Toepasselijk recht: hoe gewoon is de gewone werkplek in de internationale arbeidsverhouding?”, *Arbeidsrecht* 2011, 8 e.v.

(81) A.A.H. VAN HOEK, “Heiko Koelzsch tegen Groothertogdom Luxemburg”, AA 2011, 654.

(82) 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?*, 2012, 7.

(83) Tenzij dit samenvalt met het land van gewoonlijke tewerkstelling.

(84) Zie ook nog het arrest: HvJ 10 februari 2011, C-307-309/09, *Vicoplus*, *Jur.* 2011, I, 453, dat naar analogie in eenzelfde richting zou kunnen wijzen. Zie hiervoor 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?*, 2012, 17-19.

vraag in hoeverre argumentatiemogelijkheden bestaan ten gunste van de internationaal gedetacheerde werknemer.

§ 3.8. WAARDERING

In deze paragraaf stond de invloed van het EU-recht op argumentatiemogelijkheden binnen het IPR centraal. In de zaken *Laval*, *Rüffert* en *C./Luxemburg* heeft het Hof telkenmale besloten tot onverenigbaarheid van de (gunstigere) regels van het ontvangstland met de bepalingen inzake het vrije verkeer. De vraag drong zich op of de regels van het ontvangstland in de context van het vrije verkeer nog wel gerespecteerd zullen worden. Er heeft zich nog geen zaak voorgedaan die specifiek betrekking had op IPR-regels inzake internationale arbeidsverhoudingen in combinatie met vrijverkeersbepalingen, althans waarbij IPR-regels inzake het arbeidsrecht specifiek getoetst zijn aan de regels van het vrije verkeer. Het zou evenwel geen verbazing wekken als het Hof de regels van het ontvangstland, aangewezen door artikel 8 Rome I, als een ongerechtvaardigde belemmering op het vrije verkeer aanmerkt. Er bestaat nog maar weinig ruimte voor het IPR om tot toepassing te komen van de regels van het ontvangstland ter bescherming van de werknemer en om sociale dumping tegen te gaan. De rol van het IPR kan aldus gekarakteriseerd worden als zijnde ondergeschikt aan het vrije verkeer en reikt zo ver als dat deze conform is aan het vrije verkeer. Er kan evenwel worden gesteld dat de zaken *Koelzsch* en *Voogsgeerd* het tij mogelijk lijken te keren en dat mogelijk nog wel enigszins hoop bestaat voor een ietwat ruimere rol voor het IPR. Dit zou gunstig kunnen zijn voor de in de volgende paragraaf te bespreken mogelijkheden voor een welbepaalde interpretatie ten gunste van de werknemer.

§ 4. ARGUMENTATIEMOGELIJKHEDEN BINNEN DE CONTROVERSIËLE PUNTEN VAN ARTIKEL 8 ROME I

Komen we aan bij de kern van dit artikel: de argumentatiemogelijkheden binnen de controversiële punten van artikel 8 Rome I. Niet zozeer gaat het over de vraag wat de ruimte van ontvangstlanden is om hun territoriale arbeidsrecht toepasselijk te verklaren. Hoofdzakelijk wordt gefocust op de bestaande argumentatiemogelijkheden binnen het IPR die direct en concreet aangewend kunnen worden ten gunste van de gedetacheerde werknemer. Hierbij wordt uitgegaan van het feit dat er een hypothetische ruimte bestaat om tot de regels van het ontvangstland te komen in detacheringssituaties.

Artikel 8 Rome I bestaat uit vier leden, die in het hiernavolgende stapsgewijs besproken zullen worden. Eerst zal worden bekeken welke specifieke argumentatiemogelijkheden bestaan binnen de rechtskeuzemogelijkheid van lid 1. Daarna wordt gezien hoe precies het werklandbeginsel en het begrip 'tijdelijkheid' uit lid 2 geïnterpreteerd moet *c.g.* kan worden. Vervolgens wordt kort ingegaan op het begrip 'vestiging' uit lid 3. Afgesloten wordt met een bespreking van het vierde lid: de ontsnappingsclausule.

§ 4.1. ARTIKEL 8, LID 1 ROME I – WAT INDIEN DE RECHTSKEUZE GUNSTIGER IS DAN HET OBJECTIEF TOEPASSELIJKE RECHT?

Artikel 8, lid 1 Rome I luidt als volgt:

“Een individuele arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat de partijen overeenkomstig artikel 3 hebben gekozen. Deze keuze mag er evenwel niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken op grond van het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van dit artikel toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze.”

De ‘volle’ rechtskeuzemogelijkheid die partijen hebben onder artikel 3 Rome I, wordt aldus beperkt door het feit dat een werknemer niet de bescherming mag verliezen die hij geniet op grond van het objectief aangewezen recht (het recht aangewezen door de overige leden uit artikel 8 Rome I). Het is de vraag hoe deze beperking kan worden opgevat⁽⁸⁵⁾. Geldt hierbij het beschermingsbeginsel zodat het objectief toepasselijke recht altijd van toepassing is, ongeacht het feit of het gekozen recht gunstiger is voor de werknemer? Of geldt het begunstigingsbeginsel zodat van het objectief toepasselijke recht mag worden afgeweken indien het gekozen recht gunstiger is voor de werknemer?

§ 4.1.1. Discussie – teleologische, grammaticale en systematische toets

In de rechtsleer worden beide opvattingen verdedigd⁽⁸⁶⁾. Strikwerda kan gezien worden als belangrijke pleitbezorger van het beschermingsbeginsel⁽⁸⁷⁾. Vooral met een beroep op de hanteerbaarheid van de bepaling en het rechtszekerheidsbeginsel dient volgens Strikwerda de voorkeur te worden gegeven aan het beschermingsbeginsel. In deze visie zal, zoals gezegd, het objectief toepasselijke recht immer toepasselijk zijn, ongeacht het feit of dit gunstiger is voor de werknemer. Naar mijn mening kan

(85) Voor klassieke detacheringssituaties, gesitueerd in het lagere arbeidssegment, zal een behandeling van deze vraag en de eventuele uitkomst ervan, op zichzelf, niet veel gewicht in de schaal leggen bij de zoektocht naar argumentatiemogelijkheden in de strijd tegen sociale dumping en ongelijke situaties in het beschermingsniveau van werknemers onderling. Het is namelijk niet goed denkbaar dat een werkgever uit een land met lage bescherming, welk recht ook objectief toepasselijk is, gunstiger recht (van het ontvangstland) zal kiezen. Wel zou een rechtskeuze voor het gunstiger recht van het ontvangstland in een situatie van langdurige detachering van een werknemer, behorend tot het hogere arbeidssegment, meer frequent kunnen voorkomen.

(86) Bij de invoering van Rome I is de onzekere status-quo van de beperkte rechtskeuzemogelijkheid gehandhaafd. Zie Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) – Compromispakket van het voorzitterschap (Interinstitutioneel dossier: 2005/0261 COD), p. 8, voetnoot 4. Zie ook K. BOELE-WOELKI en V. LAŽIĆ, “Where do we stand on the Rome I Regulation?” in K. BOELE-WOELKI en F. GROSHEIDE (eds.), *The future of European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 19-41.

(87) Zie L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 172. Zie voor deze visie eveneens J. VAN RIJN VAN ALKEMADE, “Een belangrijk stuk communautair internationaal privaatrecht. Het verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het toepasselijke recht op verbintenissen uit overeenkomst”, AA 1991, 405; P. VLAS, “Veranderingen in het i.p.r.-overeenkomstenrecht: geen revolutie maar „EVOLUTIE”, TVVS 1991, 230; M.H. TEN WOLDE, “Het Europees Overeenkomstenverdrag 1980 treedt binnenkort in werking!”, *Tijdschrift voor Antilliaans Recht Justitia* 1992, 152-153. Zie voor deze visie met de nuance dat de dwingende bepalingen altijd het gekozen recht uitsluiten tenzij de dwingende bepalingen van dat recht afwijken ten gunste van de werknemer toestaan: L. CORNIL en G. VAN LIMBERGHEN, “Dissonanten in grensoverschrijdend arbeids- en socialezekerheidsrecht” in M. RIGAUX en W. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 62.

deze visie niet juist zijn, en wel om de volgende redenen⁽⁸⁸⁾. Allereerst strookt deze visie niet met het doel van artikel 8, lid 1 Rome I, daar dat artikel de werknemer nu juist beoogt te beschermen tegen een verslechtering van zijn rechtspositie als gevolg van een rechtskeuze⁽⁸⁹⁾. Het komt mij vreemd voor indien datzelfde artikel dan de mogelijkheid zou bieden om de bescherming ex artikel 8, lid 1 Rome I terug te vermindern. Bovendien volgt uit de tekst van artikel 8, lid 1 Rome I dat de werknemer niet zijn bescherming mag verliezen die hij geniet op grond van het objectief toepasselijke recht. Dit zou mijns inziens zo geïnterpreteerd kunnen worden dat, wanneer het gekozen recht gunstiger is dan het objectief toepasselijke recht, de werknemer *niet de bescherming verliest* zoals gewaarborgd door het objectief toepasselijke recht, *maar juist meer bescherming verkrijgt* dan het objectief toepasselijke recht hem zou bieden. Zo bezien verliest de werknemer niets; hij wint alleen maar meer bescherming. Nergens valt uit op te maken dat het artikel in de weg zou staan aan een verbetering van de rechtspositie van de werknemer. In die zin lijkt het begunstigingsbeginsel goed aan te sluiten bij de tekst van artikel 8, lid 1 Rome I. Verder past het begunstigingsbeginsel beter in het systeem van Rome I in zijn geheel. Wanneer men namelijk uitgaat van het beschermingsbeginsel wordt nauwelijks recht gedaan aan de door Rome I zo vooropgestelde rechtskeuzevrijheid. Deze rechtskeuze zal dan immers altijd dienen te wijken voor het objectief toepasselijke recht. Bij het begunstigingsbeginsel zal het gekozen recht daarentegen de basis zijn; het objectief toepasselijke recht zal enkel een rol gaan spelen indien dit recht de werknemer beter beschermt. Al met al kan gesteld worden dat het begunstigingsbeginsel de beste papieren heeft in de teleologische, grammaticale en systematische interpretatie van artikel 8, lid 1 Rome I⁽⁹⁰⁾.

In dit verband is het nog interessant te wijzen op een overweging van AG Trstenjak in de zaak *Voogsgeerd*⁽⁹¹⁾. De AG voert hier een letterlijk pleidooi voor het begunsti-

(88) Zie eveneens voor een afwijzing van het beschermingsbeginsel: M.V. POLAK, "Laborum dulce lenimen?" Jurisdiction and choice of law aspects of employment contracts" in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS en G. STRAETMANS (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 335; 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 Uitgevers, 2000, 387-404; A. VAN REGENMORTEL, "Openbare orde en dwingend recht: een confrontatie tussen de Europese en de Belgische invulling" in H. VERSCHUEREN en M.S. HOUWERZIJL (eds.), *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen. België, Nederland, Europa, de wereld*, Deventer, Kluwer, 2009, 119.

(89) Zie vooral M.V. POLAK, "Laborum dulce lenimen?" Jurisdiction and choice of law aspects of employment contracts" in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS en G. STRAETMANS (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 335.

(90) Zie in dit verband overigens nog het rapport van Giuliano & Lagarde, waarbij zij eveneens de voorkeur lijken te geven aan het begunstigingsbeginsel: Giuliano & Lagarde, commentaar op artikel 6, punt 2. Dat aan dit rapport interpretatieve waarde toekomt, blijkt uit HvJ 6 oktober 2009, C-133/08, *Intercontainer, Jur.* 2009, I, 9687, r.o. 23, 27, 43, 58, 59, waarbij het Hof rechtstreeks verwijst naar het rapport. Volledigheidshalve dient evenwel te worden vermeld dat het rapport niet bindend is. Het is opgesteld door een groep deskundigen en vertegenwoordigt derhalve niet de definitieve wetgevende wil van de verdragsluitende staten.

(91) Van den Eeckhout verwees hiernaar in 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?*, 2012, 8. Zie ook de conclusie van AG Trstenjak d.d. 8 september 2011, nr. 48, bij HvJ 15 december 2011, C-384/10, *Voogsgeerd*, NJB 2012, 126.

gingsbeginsel. De AG stelt dat het bij artikel 6, lid 1 EVO-verdrag (lees: artikel 8, lid 1 Rome I) aan de nationale rechter is te beoordelen welk recht (het gekozen of het objectief toepasselijke recht) de werknemer het meest bescherming biedt. Daarbij verwijst de AG expliciet naar het “zogenoemde collisierechtelijke gunstigheidsbeginsel”. Tot slot wordt gesteld dat, indien het door de partijen gekozen recht de werknemer evenveel of meer bescherming biedt, dan het gekozen recht van toepassing blijft. Ondubbelzinnig maakt de AG hier aldus gewag van het begunstigingsbeginsel⁽⁹²⁾. Uiteraard is de AG het Hof niet, doch er bestaat altijd een kans dat het Hof een dergelijke redeneerwijze zou kunnen overnemen.

§ 4.1.2. Waardering

Een en ander brengt mij tot de conclusie dat de beperking van artikel 8, lid 1 Rome I berust op het begunstigingsbeginsel. Een belangrijke vraag die nog rijst bij deze conclusie is hoever de beroepsmogelijkheid op dat gunstiger recht nu gaat. Kan de werknemer bijvoorbeeld onbeperkt kiezen uit de voor hem gunstige bepalingen uit het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht? Of dient dit begrensd te worden? In de rechtsleer wordt veelal verdedigd dat de werknemer niet onbeperkt mag overgaan tot het ‘mixin’ van de voor hem gunstige bepalingen uit beide rechtstelsels⁽⁹³⁾. De werknemer dient dit slechts te doen met een samenhangende groep regels⁽⁹⁴⁾. Naar mijn mening is dit de juiste visie. Probleem hierbij is wel hoe die ‘samenhangende groep regels’ dan vastgesteld dient te worden. Gesteld kan worden dat deze samenhangende groep niet eng geïnterpreteerd mag worden. Wanneer men namelijk uitgaat van een enge benaderingswijze kan de werknemer bescherming bij elkaar ‘shoppen’ die in geen van beide rechtstelsels gegarandeerd wordt. Dit leidt tot een aantasting van coherente, op elkaar afgestemde regelgeving. Bovendien kan een werkgever van tevoren niet weten waar hij aan toe is, waardoor de rechtszekerheid in het geding komt. Daarnaast kan de werkgever worden geconfronteerd met een soort ‘superarbeidsrecht’, aangezien de werknemer, naar hij wenst, uit beide rechtstelsels telkens een gunstig stukje recht kan pakken. Dit schiet het doel van de bescherming van de werknemer voorbij. In dit verband zij nog gewezen op de in de vorige paragraaf besproken vrijverkeersrechtspraak. Het is lastig in te schatten hoe het Hof IPR-regels zal beoordelen. Het zal wellicht zo kunnen zijn dat de rechtskeuzebeperking gebaseerd op het begunstigingsbeginsel minder kans heeft op het doorstaan van de

(92) Zie overigens ook AG Wahl onder de nog niet besliste ‘Schlecker’-zaak: Conclusie 16 april 2013, C-64/12. De AG stelt hier, zonder verder te wijzen op de discussie hierover in de rechtsleer, dat gunstiger gekozen recht van toepassing is op de overeenkomst, “aangezien partijen bij een arbeidsovereenkomst steeds kunnen overeenkomen om op een werknemer voor hem gunstiger wettelijke bepalingen toe te passen”. Zie meer over deze Schlecker-zaak paragraaf 4.4.3.

(93) Zie bijvoorbeeld W.A. LOONSTRA en C.J. ZONDAG, *Sdu Commentaar arbeidsrecht II*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2008, 718.

(94) Denk hierbij bijvoorbeeld aan het in de rechtsleer veel gebruikte voorbeeld dat enerzijds het Belgische recht objectief toepasselijk is en anderzijds het Amerikaanse recht het gekozen recht is. Zonder de ‘samenhangendegroepeneis’ zou een werknemer zich kunnen beroepen op een lange opzegtermijn naar Belgisch recht en bovendien kan hij een beroep doen op een forse schadevergoeding naar Amerikaans recht. Door het stellen van de ‘samenhangendegroepeneis’ en vervolgens vast te stellen dat de opzegtermijn en de schadevergoedingsregeling worden geacht in eenzelfde samenhangende groep te verkeren, kan de werknemer geen beroep op beide doen. Deze opzegtermijn en schadevergoedingsregeling worden dan immers geacht in eenzelfde samenhangende groep te verkeren, waarbinnen de werknemer niet mag mixen.

strenge toets dan wanneer het is gebaseerd op het beschermingsbeginsel. Maar een enge benaderingswijze van samenhangende groepen regels zal mogelijk vrijwel elke kans ontberen die toets te doorstaan. Aldus ligt een ruime omlijning van 'een samenhangende groep regels' voor de hand. Denk bijvoorbeeld aan het opdelen van een aantal (grote) brokken van samenhangende groepen binnen het arbeidsrecht.

Bovenstaande vaststellingen geven werknemers enerzijds betere argumentatiemogelijkheden bij het opeisen van meer bescherming, anderzijds ook weer geen eendeloze argumentatiemogelijkheden door een ongebreidelde keuzebevoegdheid af te wijzen. Ik ben van mening dat bij deze voorstellingswijze het evenwicht tussen economische en sociale belangen het dichtst benaderd wordt. Eveneens blijft het rechtszekerheidsbeginsel op die manier een belangrijke waarde. En bovendien lijkt deze voorstellingswijze meer kans te hebben op het doorstaan van de vrijverkeerstoets.

§ 4.2. ARTIKEL 8, LID 2 ROME I – DE BEGRIPPEN 'GEWOONLIJKE WERKPLEK' EN 'TIJDELIJKHEID'

Het is, in vergelijking met het begrip 'gewoonlijke werkplek'⁽⁹⁵⁾, vooral interessant om te bezien wat de argumentatiemogelijkheden zijn bij de inkleuring van het begrip 'tijdelijkheid'. Veelal zal immers bij tijdelijke detachering het land van herkomst aangemerkt worden als gewoonlijke werkplek. Juist voor deze situatie bepaalt Rome I dat de gewoonlijke werkplek niet omslaat. Het is dus van belang te bekijken hoe het begrip 'tijdelijkheid' nu kan worden ingevuld en of het mogelijk is (omwille van de bekommernis om de werknemer) dit begrip eng te interpreteren zodat de gedetacheerde werknemer aanspraak kan maken op het hogere arbeidsrecht van het ontvangstland. Desalniettemin zal ik eveneens het begrip 'gewoonlijke werkplek' behandelen. De mogelijkheid bestaat namelijk dat in welbepaalde detacheringssituaties toch het ontvangstland direct als de gewoonlijke werkplek aangemerkt kan worden⁽⁹⁶⁾.

§ 4.2.1. De invulling van het begrip 'gewoonlijke werkplek'

De lange reeks jurisprudentie die is verschenen omtrent het begrip 'gewoonlijke werkplek' getuigt van de interpretatiemoeilijkheden die bij dat begrip kunnen spelen. Omwille van het feit dat in de rechtsleer reeds veel aandacht is besteed aan deze jurisprudentie, zal ik dit kort behandelen. Vervolgens zal ik ingaan op een recent gewezen vonnis in Nederland waarin het ontvangstland (in een detacheringssituatie) direct als gewoonlijke werkplek werd aangemerkt.

(95) Gemakshalve gebruik ik het begrip 'gewoonlijke werkplek' ter aanduiding van de zinsnede uit artikel 8, lid 2 Rome I: 'waar of, bij gebreke waarvan, van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht'.

(96) Zoals is gebeurd in een Nederlands vonnis: Ktr. Venlo 10 augustus 2011, JAR 2011, 234 (FNV/De Mooy).

§ 4.2.1.1. Wanneer is iets een 'gewoonlijke werkplek'? – bevestiging van *Gleichlauf*

Voor een antwoord op de vraag wat nu precies valt onder het begrip 'gewoonlijke werkplek' in artikel 8, lid 2 Rome I werd langdurig gezocht in andere IPR-bronnen⁽⁹⁷⁾. Veelal werd verwezen naar de rechtspraak van het Hof omtrent 'de gewoonlijke werkplek' in artikel 19, lid 2 *sub a* Brussel I-verordening, waarin het Hof zich meerdere malen had uitgesproken over zaken waarin een werknemer zijn arbeid in meer dan één verdragsluitende staat had verricht⁽⁹⁸⁾. In de zaak *Koelzsch* werd een dergelijke 'Gleichlauf'⁽⁹⁹⁾ grotendeels bevestigd door het Hof⁽¹⁰⁰⁾. Het Hof stelt in r.o. 45 expliciet dat de in r.o. 39 aangehaalde rechtspraak relevant blijft voor de uitlegging van artikel 8, lid 2 Rome I. Hiermee wordt onder andere bedoeld op de zaken *Mulox*⁽¹⁰¹⁾, *Rutten*⁽¹⁰²⁾ en *Weber*⁽¹⁰³⁾. Het is dus van belang (kort) te bezien hoe het Hof het begrip 'gewoonlijke werkplek' in die arresten heeft ingekleurd. Uit *Mulox* vloeit voort dat een 'gewoonlijke werkplek' kan zijn "de plaats van waaruit de werknemer hoofdzakelijk zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervult"⁽¹⁰⁴⁾. In *Rutten* wordt dit aangevuld met "de plaats waar de werknemer het werkelijke centrum van zijn beroeps werkzaamheden heeft gevestigd". Tot slot kwam in *Weber* naar voren dat, wanneer bovenstaande inkleuringen in *Mulox* en *Rutten* niet konden leiden tot vaststelling van de gewoonlijke werkplek, dat dan als gewoonlijke werkplek gezien kon worden "de plaats waar de werknemer het grootste gedeelte van zijn arbeid verricht". Telkenmale werd het begrip 'gewoonlijke werkplek' aldus door het Hof opgerekt, een en ander ten behoeve van de bescherming van de werknemer. Uiteindelijk nam het Hof in *Koelzsch* deze arresten bij elkaar en overwoog ten aanzien van artikel 8, lid 2 Rome I dat deze bepaling aldus moet worden uitgelegd "dat in het geval waarin de werknemer zijn werkzaamheden in meer dan één verdragsluitende staat verricht, het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht in die zin van deze bepaling, dat is waar of van waaruit de werknemer, rekening gehouden met alle elementen die deze werkzaamheid kenmerken, het belangrijkste deel van zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervult"⁽¹⁰⁵⁾. Op deze manier dient artikel 8, lid 2 Rome I aldus ingevuld te worden. Deze ruime interpretatie zou wellicht mogelijkheden kunnen bieden om bij detachering vanuit een land met lage arbeidsbescherming naar een land met hoge arbeidsbescherming te komen tot de (directe) aanmerking van de gewoonlijke werkplek in het ontvangstland. Het is interessant te bezien in hoeverre in nationale rechtsordes toepassing kan worden gegeven aan bovenstaande ruime Europese interpretatie. Zo bestaat er in dit verband een interessant vonnis van Nederlandse bodem: de zaak *FNV/De Mooy*.

(97) Het Hof had namelijk lange tijd geen prejudiciële bevoegdheid inzake de uitlegging van het EVO-verdrag.

(98) Merk op dat de Brussel I-verordening een IPR-instrument is dat behoort tot het eerste domein van het IPR: de bevoegdheidsvraag.

(99) Met dit IPR-jargon wordt specifiek bedoeld dat rechtspraak gewezen (over terminologie) in het ene domein van het IPR (*in casu* het internationale bevoegdheidsrecht) ook betekenis heeft voor (gelijksoortige terminologie in) andere domeinen in het IPR (*in casu* het conflictenrecht).

(100) HvJ 15 maart 2011, C-29/10, *Koelzsch*, *Jur.* 2011, I, 1595, r.o. 33, 41, 45.

(101) HvJ 13 juli 1993, C-125/92, *Mulox*, *Jur.* 1993, I, 4075.

(102) HvJ 9 januari 1997, C-383/95, *Rutten*, *Jur.* 1997, I, 57.

(103) HvJ 27 februari 2002, C-37/00, *Weber*, *Jur.* 2002, I, 2013.

(104) De zinsnede 'van waaruit' is later gecodificeerd in artikel 8 Rome I.

(105) HvJ 15 maart 2011, C-29/10, *Koelzsch*, *Jur.* 2011, I, 1595, r.o. 50.

§ 4.2.1.2. *Het Nederlandse vonnis inzake FNV/De Mooy – ontvangstland direct aangemerkt als gewoonlijke werkplek*

In deze zaak ging het kort gezegd om uitzending van Poolse werknemers naar Nederland in de zin van artikel 1, lid 3 *sub c* Detacheringsrichtlijn⁽¹⁰⁶⁾. Opmerkelijk hierbij was dat de heer de Mooy enerzijds algemeen directeur en enig aandeelhouder was bij Nico Mooy NL en anderzijds bestuurder en aandeelhouder was bij Nico Mooy Polen. Het leek erop dat de heer de Mooy (de voor hem moverende redenen in het midden latend) een uitzendconstructie had opgezet. Een van de rechtsvragen in deze zaak betrof de vraag of een algemeen verbindend verklaarde cao materieel van toepassing was op de bij Nico Mooy NL gedetacheerde (Poolse) chauffeurs. Naar de redenering van de Nederlandse kantonrechter is het bij de beantwoording van die vraag relevant om te bezien welk recht objectief toepasselijk is op de arbeidsovereenkomst. Indien dit namelijk het Nederlandse recht zou zijn, zou de toepassing van de cao besloten kunnen liggen in de toepassing van het Nederlandse recht op de individuele arbeidsovereenkomst. Zodoende belandden zij in Rome I. De kantonrechter geeft, in navolging van *Koelzsch*, vervolgens een ruime interpretatie van artikel 8, lid 2 Rome I, waarbij hij uiteindelijk komt tot de toepasselijkheid van het Nederlandse recht, door Nederland aan te merken als zijnde het centrum van de werkzaamheden. In feite is hier dus het recht van het ontvangstland toepasselijk verklaard in een detacheringssituatie (vanuit een land met lage arbeidsbescherming (Polen) naar een land met hoge arbeidsbescherming (Nederland)). Dit is interessant. Door de ruime toepassing van het werklandbeginsel in artikel 8, lid 2 Rome I kan aldus in welbepaalde detacheringssituaties het ontvangstland als 'gewoonlijke werkplek' aangeduid worden⁽¹⁰⁷⁾. Dit is een belangrijke bevinding die gebruikt kan worden in de strijd tegen ongelijke situaties tussen lokale en mobiele werknemers en sociale dumping bij internationale detachering van uitzendkrachten⁽¹⁰⁸⁾. Wel is hierbij van belang in het oog te houden dat het *in casu* ging om bijzondere omstandigheden. Want het is nog maar de vraag in hoeverre de omstandigheid van 'de tot op zekere hoogte vereenzelviging van Mooy NL en Mooy Polen' gewicht in de schaal heeft gelegd bij de redenering dat Nederland kon worden aangemerkt als het land waar het centrum van de werkzaamheden ligt. Sowieso had deze omstandigheid gewicht, daar de kantonrechter dit expliciet overweegt bij de vaststelling van Nederland als centrum van de werkzaamheden, maar zou deze omstandigheid niet doorslaggevend zijn geweest in deze zaak? Naar mijn

(106) Zie voor een uitgebreide bespreking van dit vonnis: E.J.A. FRANSSEN, "De zaak Mooy: een mooie gelegenheid voor een beschouwing over grensoverschrijdend arbeidsrecht", *Arbeidsrecht* 2012; 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?*, 2012, 13-17.

(107) Zie ook 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?*, 2012, 15 e.v.

(108) Let wel: bij uitzendkrachten *ex* artikel 1, lid 3, *sub c* Detacheringsrichtlijn. Het is nog maar de vraag hoe de overige vormen van detachering (artikel 1, lid 3, *sub a* en *b* Detacheringsrichtlijn) zich hiermee verhouden. Gewezen zij op de zaken *Rush Portuguesa* en *Vicoplus* waarin het Hof overwoog dat dit type gedetacheerde werknemers de arbeidsmarkt niet betreden. Een mogelijke gevolgtrekking hiervan zou kunnen zijn dat men bij deze vormen van detachering in zijn geheel niet kan komen tot het ontvangstland als gewoonlijke werkplek.

idee lijkt dit een groot gewicht in de schaal te leggen bij de vaststelling van Nederland als het centrum van de werkzaamheden. Een andere lezing lijkt niet voor de hand te liggen, gezien de sterke oriëntatie op het herkomstland bij internationale detachering. Met een en ander dient rekening gehouden te worden wanneer men, in de ruimte die is geboden in *Koelzsch*, het ontvangstland als gewoontelijke werkplek wil aanmerken.

§ 4.2.2. De invulling van het begrip ‘tijdelijkheid’

Zoals uit bovenstaande blijkt kan het nog lastig worden om met het begrip ‘gewoontelijke werkplek’ te komen tot de regels van het ontvangstland. De omstandigheid van de uitzendconstructie in *FNV/De Mooy* was extraordinaïr. Het is de vraag in hoeverre dit doorslaggevend was in de uitkomst van de redenering van de kantonrechter. Hoe dan ook, in ‘klassieke’ detacheringssituaties zal in de regel het land van herkomst aangemerkt worden als gewoontelijke werkplek. Daarom is het, zoals gezegd, interessant om te bezien wat wij nu met het begrip ‘tijdelijkheid’ kunnen.

§ 4.2.2.1. Ruime vs. enge interpretatie begrip ‘tijdelijkheid’

Wegens de moeilijkheden die kunnen ontstaan bij de interpretatie van artikel 8, lid 2 Rome I bevat de verordening een overweging (nr. 36) over het begrip ‘tijdelijkheid’: “(...) het verrichten van arbeid in een land dient als tijdelijk aangemerkt te worden wanneer van de werknemer *wordt verwacht* dat hij na de voltooiing van zijn taak in het buitenland opnieuw arbeid in het land van herkomst verricht” (curs. FOV). Men dient aldus vooral rekening te houden met de intentie van partijen. Op zichzelf is dit niet heel vernieuwend, de partijbedoeling speelde reeds onder het EVO-verdrag een belangrijke rol. Wel wordt de ruime uitleg van het begrip ‘tijdelijkheid’ hierdoor bevestigd⁽¹⁰⁹⁾. Bij de enkele vaststelling dat partijen hebben afgesproken dat de werknemer terugkeert, kan al gesproken worden van tijdelijkheid in de zin van Rome I⁽¹¹⁰⁾. Het is de vraag of een dergelijke ruime interpretatie wenselijk is. Werkgever en werknemer kunnen immers afspreken (lees: de werkgever kan de werknemer opleggen) dat detachering bijvoorbeeld acht jaar duurt en dat de werknemer daarna terugkeert. In zo’n situatie zou (behoudens de concrete omstandigheden van het geval) het recht van het herkomstland van toepassing blijven. Dit lijkt mij niet opportuun, daar de werkgever op die manier gemakkelijk de regels van het ontvangstland zou kunnen

(109) Ik bedoel ‘ruim’ in die zin dat veelal sprake zal zijn van tijdelijkheid en dat omwille daarvan geen Statutenwiel zal plaatsvinden. Zie ook voor een dergelijke ruime uitleg: R.I.V.F. BETRAMS en S.A. KRUISINGA, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Deventer, Kluwer, 2010, par. 25.3.5.

(110) Een definitieve plaatsing van de werknemer in een ander land of de indienstneming van een werknemer met als doel hem in een ander land te laten werken valt dus buiten deze definitie. Het objectief toepasselijke recht zal dan het recht van het ontvangstland worden. Voorts is bij de vraag of sprake is van ‘tijdelijkheid’ nog van belang dat het voor partijen duidelijk moet zijn geweest dat de werknemer zal terugkeren naar het land van herkomst. Indien daar geen sprake van is, kan men immers ook niet spreken van tijdelijke detachering. Hierbij blijven de omstandigheden van het geval een belangrijke rol spelen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de werknemer een lange tijd in het land van herkomst werkt en vervolgens in vergelijking met die lange tijd een aanzienlijk minder lange tijd wordt uitgezonden naar een ander land: bij deze specifieke omstandigheden zal in de regel eerder aangenomen worden dat hij zijn gewoontelijke werkplek heeft in het herkomstland.

omzeilen⁽¹¹¹⁾. Doch, als wij de considerans mogen geloven, bestaat weinig ruimte voor argumentatiemogelijkheden met het begrip ‘tijdelijkheid’. Tevens bestaat weinig jurisprudentie ten aanzien van het begrip ‘tijdelijkheid’ in artikel 8 Rome I, die ons verder kan helpen bij de invulling van dit begrip. Wel hecht het Hof in *Koelzsch* en *Voogsgeerd* veel waarde aan de omstandigheid dat de werknemer wordt beschermd naar het recht van de staat waar hij zijn economische en sociale functie uitoefent, mede omdat zijn arbeid in die staat invloed van het politieke en bedrijfsklimaat ondergaat⁽¹¹²⁾. Dat de werknemer naar het recht van die staat wordt beschermd, noemt het Hof “passend”⁽¹¹³⁾. Hiermee lijkt onverenigbaar te zijn het feit dat de werkgever met de werknemer een vooraf vastgestelde tijd zou kunnen afspreken waarin hij gedetacheerd wordt (bijvoorbeeld dus acht jaar) en dat dan alsnog niet geacht kan worden dat de gewoontelijke werkplek is omgeslagen, enkel doordat sprake blijft van ‘tijdelijke detachering’. Naarmate de detachering langer duurt, naarmate de werknemer meer onder invloed komt te staan van het woon-, werk- of leefmilieu van het ontvangstand en inherent hieraan wordt de band met het herkomstland zwakker. Er zou dan ook eerder sprake moeten zijn van een Statutenwetswissel⁽¹¹⁴⁾, ongeacht de partijbedoeling. Gesteld zou kunnen worden dat dan nog wel steeds sprake blijft van ‘tijdelijke detachering’, maar dat niet meer gesproken kan worden van ‘tijdelijkheid’ in de zin van het EVO⁽¹¹⁵⁾.

§ 4.2.2.1.1. Invulling ‘tijdelijkheid’ in vrijverkeerrechtspraak – *Schnitzer en de Handhavingsrichtlijn*

Niet alleen ten aanzien van de invulling van het begrip ‘tijdelijkheid’ in IPR-context, maar eveneens ten aanzien van het begrip ‘tijdelijke detachering’ bestaan onduidelijkheden. Bovendien is het onzeker in hoeverre beide begrippen elkaar qua invulling beïnvloeden. Met betrekking tot het tijdelijke karakter van een dienst is in de vrijverkeerrechtspraak overigens wel het een en ander verduidelijkt. Denk dan bijvoorbeeld

(111) Zie overigens ook Van Wechem die dit te rigoureuus acht en (m.i. terecht) stelt dat het erop lijkt dat alles wat niet ‘permanent’ is, nu als ‘tijdelijk’ kan worden aangemerkt. Zie T.H.M. VAN WECHER, “Rome I: verscholen ingewikkeldheden” in T.H.M. VAN WECHER en J.A. PONTIER, *Europese conflictregels voor de overeenkomst en de onrechtmatige daad: Rome I en II. Zicht op zekerheid nog ver weg* (Preadviezen – Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht), Den Haag, T.M.C. Asser Press, 2008, par. 4.6. Anders A. JUNKER, “Internationales Arbeitsrecht in der geplanten Rom I-Verordnung”, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)* 2006, 401-408, waarin Junker zich positief uitlaat over de concretisering in de considerans van Rome I (toen hij het artikel schreef stond de concretisering overigens nog in het artikellid zelf).

(112) HvJ 15 maart 2011, C-29/10, *Koelzsch*, *Jur.* 2011, I, 1595, r.o. 42.

(113) HvJ 15 maart 2011, C-29/10, *Koelzsch*, *Jur.* 2011, I, 1595, r.o. 41.

(114) Hiermee wordt bedoeld de omslag van het herkomstland als gewoonlijk werkland naar het ontvangstand als gewoonlijk werkland.

(115) Ook bijvoorbeeld de volgende situatie kan hieronder vallen: een Poolse bedrijf sluit een overeenkomst met een Duits bedrijf voor het verrichten van diensten. Het Poolse bedrijf detacheert hiervoor een aantal werknemers naar Duitsland. Na afloop van de overeenkomst sluit het Poolse bedrijf een andere overeenkomst met een ander Duits bedrijf, waar de Poolse werknemers vervolgens overgaan tot het verrichten van hun diensten. Na afloop van die overeenkomst sluit het Poolse bedrijf weer een nieuwe overeenkomst met weer een ander Duits bedrijf, enzovoorts. Deze niet-ondenkbare situatie zal in principe blijven vallen onder het vrije verkeer van diensten. Maar onder omstandigheden kan het voorkomen dat er na verloop van tijd geen sprake meer zal zijn van tijdelijkheid in de zin van Rome I, omdat bijvoorbeeld aangenomen kan worden dat de gewoontelijke werkplek Duitsland is geworden.

aan de uitspraak van het Hof inzake *Schnitzer*⁽¹¹⁶⁾. Hierin stond de afbakening tussen het vrije verkeer van vestiging en het vrije verkeer van diensten centraal. Dit kan voor de hier te bespreken problematiek relevant zijn, daar detachering immers een onderdeel is van het vrije verkeer van diensten. Het Hof besloot in de zaak *Schnitzer* tot een ruime interpretatie van het tijdelijke karakter van de werkzaamheden:

“Aangaande het tijdelijke karakter van de werkzaamheid van de verrichter in de lidstaat van ontvangst, heeft het Hof geoordeeld dat dit niet enkel aan de hand van de duur van de dienst moet worden beoordeeld, doch tevens aan de hand van de frequentie, de periodiciteit of de continuïteit ervan. Het tijdelijk karakter van de dienst sluit niet uit dat een dienstverrichter, in de zin van het Verdrag, zich in de lidstaat van ontvangst voorziet van een zekere infrastructuur (daaronder begrepen een kantoor of kabinet), wanneer die infrastructuur noodzakelijk is om de betrokken dienst te kunnen verrichten. (...) Het begrip “dienst” in de zin van het Verdrag kan dus slaan op diensten van zeer verschillende aard, met inbegrip van diensten die gedurende een lange periode, zelfs meerdere jaren, worden verricht (...). Van diensten in de zin van het Verdrag kan evenzeer sprake zijn in geval van diensten die een in een lidstaat gevestigde ondernemer op min of meer frequente of regelmatige wijze, zelfs gedurende langere tijd, verstrekt aan personen die in één of meer andere lidstaten zijn gevestigd (...).”⁽¹¹⁷⁾

Dit heeft tot gevolg dat het vrije verkeer van diensten een ruim toepassingsbereik krijgt, waar velerlei vormen van dienstverrichting onder kunnen vallen. Van belang is wel dat een werkzaamheid die duurzaam wordt uitgeoefend of waarvan althans het einde niet valt te voorzien, niet onder het vrije verkeer van diensten valt⁽¹¹⁸⁾. Het ligt voor de hand dat het begrip ‘tijdelijke detachering’ in de Detacheringsrichtlijn op een dergelijke manier ingevuld wordt, aangezien dit juist een uitwerking is van die vrijheid⁽¹¹⁹⁾.

Deze zienswijze wordt gedeeltelijk bevestigd door het voorstel van de Europese Commissie omtrent de handhaving van de Detacheringsrichtlijn⁽¹²⁰⁾. Daarin staat namelijk:

“Om omzeiling van de regels te voorkomen en misbruik bij de toepassing van Richtlijn 96/71/EG (lees: de Detacheringsrichtlijn, toev. FOV) te bestrijden, bevat artikel 3, leden 1 en 2, van dit voorstel een indicatieve, niet-exhaustieve lijst van kwalitatieve criteria/componenten die kenmerkend zijn voor zowel het tijdelijke karakter dat inherent is aan het begrip detachering om diensten te verrichten (...).”

(116) HvJ 11 december 2003, C-215/01, *Schnitzer*, *Jur.* 2003, I, 14847. Zie overigens ook HvJ 30 november 1995, C-55/94, *Gebhard*, *Jur.* 1995, I, 4165; HvJ 13 februari 2003, C-131/01, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2003, I, 1659.

(117) R.o. 28 en 30.

(118) Zie hiervoor HvJ 7 september 2004, C-456/02, *Trojani*, *Jur.* 2004, I, 7573, r.o. 28.

(119) Overigens wordt in de Detacheringsrichtlijn gesproken van ‘werknemer die gedurende een bepaalde periode werkt’. Kortheidshalve, en omwille van de leesbaarheid, wordt in dit artikel gesproken over het begrip ‘tijdelijke detachering’.

(120) Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, d.d. 21 maart 2012, COM(2012)131 final, 15-16.

Vervolgens wordt in een voetnoot expliciet verwezen naar de rechtspraak van het Hof inzake *Schnitzer en Gebhard*:

“Volgens de rechtspraak van het Hof moet het tijdelijke karakter van de activiteiten van degene die in de ontvangende lidstaat diensten verricht niet alleen worden beoordeeld aan de hand van de duur van de dienst, maar ook aan de hand van de frequentie, de periodiciteit of de continuïteit ervan. Geen enkele bepaling van het Verdrag maakt het immers mogelijk op abstracte wijze de duur of de frequentie te bepalen vanaf welke de verrichting van een dienst of van een bepaald soort dienst in een andere lidstaat niet meer kan worden beschouwd als een dienstverlening in de zin van het Verdrag”.

In die zin lijkt de rechtspraak van het Hof omtrent de afbakening van de vrijheid van diensten relevant voor de invulling van het begrip ‘tijdelijke detachering’ ex de Detacheringsrichtlijn.

Maar aan de andere kant lijkt de Europese Commissie eveneens aansluiting te zoeken bij Rome I. Dit volgt uit het in het voorstel opgenomen artikel 3, lid 2, *sub b*: “De detachering vindt plaats in een andere lidstaat dan die waar of van waaruit de gedetacheerde werknemer gewoonlijk zijn of haar arbeid verricht in de zin van Verordening (EG) nr. 593/2008 en/of het Verdrag van Rome”⁽¹²¹⁾. Enerzijds verwijst de Europese Commissie dus naar de rechtspraak van het Hof inzake *Schnitzer en Gebhard*. Anderzijds wordt specifiek Rome I genoemd. Het is derhalve niet geheel duidelijk hoe het begrip ‘tijdelijke detachering’ nu precies ingevuld gaat worden. Het is mogelijk dat in het algemeen aansluiting zal worden gezocht bij de ruime interpretatie van het Hof inzake *Schnitzer en Gebhard* en dat de gezichtspunten van artikel 3, lid 2 uit het voorstel eveneens in de beoordeling betrokken zullen worden. De Commissie wijst ook op het belang van een beoordeling waarin alle concrete omstandigheden van het geval aan bod komen. Een en ander blijft wel zeer vaag. Het verdient hier overigens nog vermelding dat het alleszins onzeker is in hoeverre dit voorstel er effectief doorkomt.

(121) Het gehele artikel luidt:

“Om te beoordelen of een gedetacheerd werknemer tijdelijk zijn of haar werkzaamheden verricht in een andere lidstaat dan die waar hij of zij gewoonlijk werkt, moeten alle feitelijke elementen die voor dat werk kenmerkend zijn, alsmede de situatie van de werknemer worden onderzocht. Die elementen zijn onder meer:

- a) Het werk wordt voor een bepaalde periode verricht in een andere lidstaat.
- b) De detachering vindt plaats in een andere lidstaat dan die waar of van waaruit de gedetacheerde werknemer gewoonlijk zijn of haar arbeid verricht in de zin van Verordening (EG) nr. 593/2008 en/of het Verdrag van Rome.
- c) De gedetacheerde werknemer keert na de beëindiging van de werkzaamheden of de dienstverrichting waarvoor hij of zij was gedetacheerd, terug naar de lidstaat van waar hij of zij is gedetacheerd, of waar hij of zij wordt geacht weer te gaan werken.
- d) De werkgever die de werknemer detacheert, zorgt voor het vervoer, het verblijf en de maaltijden of voor een vergoeding daarvoor, en zo ja, hoe; alsmede
- e) Dezelfde of een andere (gedetacheerde) werknemer heeft in eerdere tijdvakken de betrokken werkzaamheden verricht.

De hiervoor genoemde feitelijke elementen zijn aanwijzingen voor de algemene beoordeling die moet worden verricht en kunnen derhalve niet los van elkaar worden bezien. De criteria worden aangepast aan elk specifiek geval, rekening houdend met de specificiteit van de situatie.”

Zoals uit de vorige paragraaf voortvloeit, is het eveneens onduidelijk hoe het begrip 'tijdelijkheid' in Rome I ingevuld moet worden. Het is daarbij de vraag in hoeverre bij de invulling aansluiting zou kunnen worden gezocht bij de invulling van 'tijdelijke detachering' in de Detacheringsrichtlijn en de invulling van het vrije dienstenverkeer in de vrijverkeerrechtspraak. Zouden deze begrippen elkaar over en weer kunnen beïnvloeden? Of spelen er juist bij het IPR nog andere belangen, waardoor je niet sec een parallel kunt trekken? Dit zijn onduidelijkheden die nog nader uitwerking behoeven. In principe lijkt het mij niet voor de hand te liggen om bij de invulling van het begrip 'tijdelijkheid' in Rome I aan te sluiten bij de vrijverkeerrechtspraak en de Detacheringsrichtlijn. Aangezien beide gebieden tamelijk anders zijn gesitueerd⁽¹²²⁾. Bovendien heeft de Detacheringsrichtlijn in zijn algemeenheid een andere strekking en een ander doel dan artikel 8 Rome I. De Detacheringsrichtlijn regelt voornamelijk één mogelijke vorm van arbeidsmobiliteit, te weten: internationale detachering. Artikel 8 Rome I poogt daarentegen meerdere vormen van arbeidsmobiliteit te vangen. Mogelijk spelen dan andere factoren een rol bij de invulling van het begrip 'tijdelijkheid'. In beginsel acht ik aldus de situatie mogelijk, als gezegd, dat nog wel steeds sprake kan zijn van 'tijdelijke detachering', maar dat niet meer gesproken kan worden van 'tijdelijkheid' in de zin van het EVO. En op die manier zou men het begrip 'tijdelijkheid' in de context van het IPR dan ook eng kunnen interpreteren⁽¹²³⁾, conform het aan artikel 8, lid 2 Rome I ten grondslag liggende beschermingsbeginsel.

§ 4.2.2.1.2. Toetreding tot arbeidsmarkt van ontvangstland? – *Rush Portuguesa en Vicoplus*

Toch dringt zich hier een tweede onduidelijkheid op, die ook uit de hoek van het vrije verkeer komt. Het is namelijk, gelet op de uitspraak van het Hof in *Rush Portuguesa*⁽¹²⁴⁾ en *Vicoplus*⁽¹²⁵⁾, evenzeer onduidelijk in hoeverre het Hof het begrip 'tijdelijkheid' daadwerkelijk eng zal interpreteren. Het Hof heeft daarin immers bepaald dat werknemers die in het kader van het vrije verkeer van diensten een land binnenkomen in het algemeen niet de arbeidsmarkt van het ontvangstland betreden. Ten aanzien van uitzendarbeit *ex* artikel 1, lid 3, *sub c* Detacheringsrichtlijn maakte het Hof overigens een voorbehoud: uitzendkrachten verkrijgen wel toegang tot de arbeidsmarkt van het ontvangstland, aangezien dit precies het doel van de werkzaamheden van een uitzendbureau is⁽¹²⁶⁾. Gevolg hiervan is dat uitzendkrachten onder het vrije verkeer van diensten én onder het vrije verkeer van werknemers kunnen vallen. Gelet op bovenstaande zou gesteld kunnen worden dat gedetacheerde werknemers *ex* artikel 1, lid 3, *sub a* en *b* Detacheringsrichtlijn aldus niet toetreden tot de arbeidsmarkt en dat zij in het verlengde van een dergelijke redenering ook niet kunnen blootstaan aan het politieke en bedrijfsklimaat van het ontvangstland. In die zin zal minder gauw aange-

(122) Zie voor eenzelfde redenering paragraaf 3.7.

(123) Hiermee bedoel ik dat men het begrip zo kan interpreteren dat eerder sprake zal zijn van een Statutenwetswissel en dat dus het ontvangstland als gewoontelijke werkplek aangeduid kan worden.

(124) HvJ 27 maart 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*, *Jur.* 1990, I, 1417.

(125) HvJ 10 februari 2011, C-307-309/09, *Vicoplus*, *Jur.* 2011, I, 453.

(126) Zie ook HvJ 17 december 1981, C-279/80, *Webb*, *Jur.* 1981, I, 3305, waarin het Hof overwoog dat uitzendarbeit een dienstverrichting van bijzondere aard is en dat de uitzendkrachten onder omstandigheden onder het vrije verkeer van werknemers kunnen vallen, aangezien deze dienstverrichting de verhoudingen op de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat rechtstreeks beïnvloedt en tevens de rechtmatige belangen van de betrokken werknemers.

nomen mogen worden dat het ontvangstland het land van de gewoontelijke werkplek is geworden en pleit het derhalve tegen een enge interpretatie van het begrip 'tijdelijkheid'.

Bij de beantwoording van de vraag of het begrip 'tijdelijkheid' al dan niet enger geïnterpreteerd mag worden zou aldus gedifferentieerd kunnen worden naar het type detachering. In de regel zou bij detachering *ex* artikel 1, lid 3, *sub* c Detacheringsrichtlijn eerder een enge interpretatie van het begrip 'tijdelijkheid' voor de hand liggen dan bij de overige types van detachering. In deze lijn valt de Nederlandse zaak *FNV/De Mooy* overigens ook te passen. Daar ging het immers eveneens om uitzendkrachten.

Desalniettemin blijft het de vraag of gedetacheerde werknemers *ex* artikel 1, lid 3, *sub* a en b Detacheringsrichtlijn nimmer kunnen toetreden tot de arbeidsmarkt. En in hoeverre de beantwoording van die vraag daadwerkelijk gevolgen heeft voor de wijzigingsregels van het IPR (indien ervan wordt uitgegaan dat gedetacheerde werknemers onder artikel 1, lid 3, *sub* a en b Detacheringsrichtlijn nimmer kunnen toetreden, zou het dan niet toch mogelijk kunnen zijn dat het ontvangstland als gewoontelijke werkplek wordt aangeduid, ofwel direct ofwel doordat geen sprake meer is van tijdelijkheid?).

Mij lijkt het in ieder geval sterk dat, wanneer sprake is van detachering *ex* artikel 1, lid 3, *sub* a en b Detacheringsrichtlijn die een bepaalde tijd duurt waardoor feitelijk geacht kan worden dat de gedetacheerde werknemer invloed ondergaat van het politieke en bedrijfsklimaat van het ontvangstland (ervan uitgaand dat nog steeds sprake is van tijdelijke detachering), dan niet gesproken kan worden van een wijziging van de gewoontelijke werkplek, enkel en alleen omdat het Hof zou hebben bepaald dat gedetacheerde werknemers *ex* artikel 1, lid 3, *sub* a en b Detacheringsrichtlijn niet geacht worden toe te treden tot de arbeidsmarkt van het ontvangstland. Bovendien, zo betoogde ik reeds eerder, dient men voorzichtig te zijn met het trekken van conclusies voor het IPR uit rechtspraak inzake het vrije verkeer. Het is goed mogelijk dat het Hof begrippen uit het IPR anders invult dan de invullingen en overwegingen die zijn gemaakt in de rechtspraak van het vrije verkeer.

§ 4.2.3. Waardering – artikel 8, lid 2 Rome I

In voorgaande paragrafen zijn enkele argumentatiemogelijkheden behandeld die kunnen bestaan in artikel 8, lid 2 Rome I. Zo bestaat de mogelijkheid om het ontvangstland direct aan te merken als zijnde het land van de gewoontelijke werkplek. De zaak *FNV/De Mooy* is daar een goed voorbeeld van. Overigens was in die zaak wel sprake van een uitzonderlijke omstandigheid, te weten de uitzendconstructie van de heer De Mooy. Het blijft de vraag in hoeverre mogelijkheden bestaan om in internationale detacheringssituaties het ontvangstland direct aan te merken als het land van de gewoontelijke werkplek. Voorts bestaat nog ruimte bij het begrip 'tijdelijkheid'. Middels een welbepaalde, enge invulling van dat begrip zou men eveneens kunnen komen tot het (hogere arbeidsrecht van het) ontvangstland. Men zou bijvoorbeeld kunnen redeneren dat ondanks het fictieve werklandbeginsel, de gedetacheerde werknemer inmiddels onder invloed is komen te staan van het woon-, werk- of leefmilieu van het ontvangstland. Overeenkomstig de door het Hof in *Koelzsch* voorgescreven 'passende' bescherming zou dan ook een Statutenwiel plaats dienen te vinden. Bij een dergelijke argumentatie dient men wel rekening te houden met het overwogene in de considerans van Rome I. Het lijkt erop dat vooral de partijbedoeling

de doorslag zal geven. Bovendien is het nog de vraag in hoeverre de rechtspraak van het Hof ten aanzien van de invulling van de ‘tijdelijkheid’ in de context van het vrije verkeer invloed zal hebben op de invulling van het begrip in IPR-context. Daarnaast bestaat onduidelijkheid over welk effect de rechtspraak van het Hof in *Rush Portuguesa* en *Vicoplus* hierop zal hebben en in hoeverre de overige rechtspraak inzake de vrijverkeersbepalingen zich daarmee verhoudt. Doch, een argumentatiemogelijkheid waarbij de maatstaf is gelegen in een bescherming naar woon-, werk- of leefmilieu zou een goede oplossing kunnen zijn.

Feit blijft dat, ondanks de zojuist besproken argumentatiemogelijkheden, het corps van artikel 8, lid 2 Rome I te karakteriseren valt als abstract en rigide. Het is interessant om te bezien in hoeverre daar enige flexibiliteit in te brengen is. Volledigheidshalve zal ik evenwel eerst zeer beknopt artikel 8, lid 3 Rome I behandelen. De reden van deze beknopte behandeling is vooral gelegen in het feit dat reeds helder uit de zaken *Koelzsch* en *Voogsgeerd* volgt dat wij hier maar weinig mee kunnen ten gunste van de werknemer. Na deze bespreking zullen de mogelijkheden met de ontsnappingsclausule behandeld worden.

§ 4.3. ARTIKEL 8, LID 3 ROME I – HET BEGRIP ‘VESTIGING DIE DE WERKNEMER IN DIENST HEEFT GENOMEN’

Reeds lange tijd bestond onduidelijkheid over de invulling van het begrip ‘vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen’. Noch het EVO-verdrag, noch het Toelichtende Rapport van Giuliano en Lagarde over het EVO-verdrag verstrekten hierover helderheid. De rechtsleer was verdeeld over de vraag of dit begrip nu feitelijk ingevuld diende te worden, of dat toch een formele invulling de voorkeur moest verdienen. In deze grijze zone bestonden mogelijkheden voor een welbepaalde interpretatie voor de werknemer om te komen tot de toepassing van het door hem gewenste recht. De (advocaat van de) heer Voogsgeerd dacht daar net zo over en besloot deze mogelijkheid aan te wenden door een feitelijke invulling van het begrip ‘vestiging’ te bepleiten. Het Hof wilde hier evenwel niets van weten en overwoog dat het begrip in artikel 8, lid 3 Rome I uitsluitend verwijst naar de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen en niet naar die waaraan de werknemer voor zijn effectieve tewerkstelling is verbonden⁽¹²⁷⁾. Op deze wijze werden de argumentatiemogelijkheden die eventueel zouden kunnen bestaan bij artikel 8, lid 3 Rome I afgekald. Lid 3 is slechts een rest-criterium van subsidiair belang. Uit de zaak *Koelzsch* bleek overigens al dat artikel 8, lid 2 Rome I ruim geïnterpreteerd diende te worden. Al met al bestaat weinig tot geen ruimte om met lid 3 te komen tot een materieel gunstig resultaat voor de werknemer, laat staan te komen tot het recht van het ontvangstland in situaties van internationale detachering.

§ 4.4. ARTIKEL 8, LID 4 ROME I – DE ONTSNAPPINGSCLAUSULE

Komen we aan bij de laatste argumentatiemogelijkheid, te weten een welbepaalde invulling van de ontsnappingsclausule ex artikel 8, lid 4 Rome I. Zoals eerder opgemerkt blijft de regeling van artikel 8 Rome I een abstract en rigide verwijzingsstelsel.

(127) HvJ 15 december 2011, C-384/10, *Voogsgeerd*, *NJB* 2012, 126, r.o. 52. Zoals hierboven reeds opgemerkt lijkt het Hof dit wel te nuanceren in antwoord op de vierde prejudiciële vraag.

Daarbij werkt het onbevredigend wanneer men internationale detacheringssituaties vanuit een land met lage arbeidsbescherming naar hoge arbeidsbescherming beziet. Naar mijn idee valt dit grotendeels toe te schrijven aan het feit dat men bij de opstelling van artikel 6, lid 2, *sub a* EVO (lees: artikel 8, lid 2 Rome I) in het bijzonder rekening heeft willen houden met de omgekeerde richting van detachering, namelijk vanuit landen met hoge arbeidsbescherming naar landen met lage arbeidsbescherming. Het zag er ten tijde van de vaststelling van het Voorontwerp van het EVO namelijk naar uit dat het conflictenrecht met betrekking tot arbeidsverhoudingen binnen de Gemeenschap geregeld zou worden in een andere verordening⁽¹²⁸⁾. Het EVO zou conflictregels bevatten die enkel betrekking hebben op arbeidsverhoudingen buiten de Gemeenschap. Uitgangspunt moet hierbij zijn geweest dat de niveaus van de bescherming van de werknemer in de rechtsstelsels van de lidstaten in het algemeen hoger liggen dan in de rechtsstelsels van niet-lidstaten. Wanneer een werknemer dan tijdelijk gedetacheerd wordt naar een land met lage arbeidsbescherming (lees: niet-lidstaat), verandert de gewoonlijke werkplek in beginsel niet zodat het (hogere) arbeidsrecht van de lidstaat van waaruit de werknemer wordt gedetacheerd van toepassing blijft. Op die wijze kan evenwel een ongelijke situatie bestaan tussen mobiele en lokale werknemers, maar worden wel situaties van sociale dumping tegengegaan. Uiteindelijk bleek dat er geen aparte regeling van het conflictenrecht binnen de Gemeenschap zou komen, maar bleef de regeling desalniettemin naar de kern genomen hetzelfde. Als men dit beziet, is het onbegrijpelijk dat deze regeling sec in Rome I is overgenomen⁽¹²⁹⁾. Door de uitbreiding van de Unie en de toenemende mobiliteit is inmiddels toch wel duidelijk geworden dat detachering vanuit lage naar hoge beschermingslanden meer regel dan uitzondering is. Dat in de considerans bij Rome I hierbovenop nog eens wordt bepaald dat 'tijdelijkheid' vooral afhangt van de partijbedoeling, is allesbehalve benijdenswaardig⁽¹³⁰⁾. Vanzelfsprekend is het in het belang van de werkgever én de werknemer om een zekere continuïteit na te streven, zodat niet bij elke grensoverschrijding direct het toepasselijke recht verandert. Doch, wanneer een werknemer een bepaalde tijd in het ontvangstland heeft gewerkt, waarbij geacht kan worden dat hij onder invloed is komen te staan van het woon-, werk- of leefmilieu van het ontvangstland, snijdt het argument van de continuïteit mijns inziens geen hout meer, althans weegt het niet meer op tegen de situaties die daardoor kunnen ontstaan, te weten ongelijke behandeling van werknemers en sociale dumping. Om dit tegen te gaan is het interessant mogelijkheden te onderzoeken die kunnen bestaan bij de interpretatie van de ontsnapingsclausule. Allereerst zal ik de zaak *Schlecker* bespreken, aan de hand waarvan gezien kan worden in hoeverre er argumentatiemogelijkheden bestaan ten gunste van de gedetacheerde werknemer⁽¹³¹⁾.

(128) L. STRIKWERDA, "De hanteerbaarheid van het IPR. Enkele opmerkingen over de uitleg van artikel 6, lid 1 EVO" in *Grensoverschrijdend privaatrecht. Opstellen aangeboden aan Mr. J. van Rijn van Alkemade*, Deventer, Kluwer, 1993, 254-255.

(129) Ten overvloede: behoudens de codificatie van de woorden 'van waaruit', zoals voortvloeide uit de rechtspraak inzake de gewoonlijke werkplek, en de toevoeging van het woordje 'kennelijk' in de ontsnapingsclausule (waarmee mijns inziens overigens geen substantiële verzwaring is beoogd).

(130) Zie overweging 36 in de considerans.

(131) HvJ 12 september 2013, C-64/12, nog niet gepubliceerd in *Jur.*

§ 4.4.1. De zaak *Schlecker*

In deze zaak is door de Nederlandse Hoge Raad een prejudiciële vraag gesteld ten aanzien van de ontsnappingsclausule in artikel 8, lid 4 Rome I⁽¹³²⁾. Hoewel het hier niet lijkt te gaan om een internationale detacheringssituatie en evenmin om de toepasselijkheid van vrijverkeersbepalingen, is de zaak *Schlecker* wel degelijk relevant. Het stelt namelijk de verhouding tussen artikel 8 Rome I en de ontsnappingsclausule centraal. Meer specifiek ging het om de vraag in hoeverre toepassing gegeven kan worden aan de ontsnappingsclausule wanneer het toepasselijk recht aan de hand van het werkland vastgesteld kan worden.

§ 4.4.1.1. Feiten en prejudiciële vraag

Wat was er *in casu* aan de hand? Het ging om een in Duitsland gevestigde werkgever en een in Duitsland wonende werknemer. Werknemer was reeds meer dan 14 jaar in dienst toen een nieuwe arbeidsovereenkomst werd gesloten, waardoor zij werd geplaatst in Nederland. Zij heeft hierop onafgebroken meer dan 10 jaar in Nederland gewerkt. Ze bleef wel wonen in Duitsland, haar pensioenverzekering was daar eveneens ondergebracht en haar sociale premies werden tevens in Duitsland betaald. Met een beroep op een 'Änderungskündigung' (vrij vertaald: wijzigingsbeding⁽¹³³⁾) poogde de werkgever haar terug te halen naar Duitsland. De werknemer verzet zich hiertegen. De op deze plek relevant te bespreken vraag spitst zich toe op het volgende: op grond van het feit dat de werknemer ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst, die partijen in 1994 hebben gesloten (dit was de nieuwe arbeidsovereenkomst die was gesloten na de 14 jaren dat de werknemer reeds in dienst was), haar werkzaamheden gewoonlijk in Nederland verrichtte, werd door het (Nederlandse) Hof met een beroep op artikel 8, lid 2 Rome I het Nederlandse recht toepasselijk geacht⁽¹³⁴⁾. De werkgever beroept zich echter op de ontsnappingsclausule van artikel 8, lid 4 Rome I en stelt dat het Duitse recht van toepassing is op basis van een nauwere verbondenheid⁽¹³⁵⁾. Wanneer men enkel de feitelijk-geografische criteria beziet, zou de werkgever hier een punt kunnen hebben. Behalve de feitelijke tewerkstelling, wijzen alle overige relevante aanknopingspunten immers naar Duitsland⁽¹³⁶⁾.

(132) Overigens ging het hier nog om de ontsnappingsclausule van artikel 6, lid 2 slot EVO.

(133) Heel strikt genomen gaat het niet enkel over een wijzigingsbeding, omdat *in casu* niet alleen een wijziging van de arbeidsovereenkomst plaatsvindt, maar de arbeidsovereenkomst tevens wordt opgezegd onder gelijktijdige aanbieding van een nieuwe functie. Zie ook F.G. LAAGLAND, "Grenzeloze problemen bij grensoverschrijdende arbeid. De IPR-systematiek van het EVO-Verdrag en de Rome I-Verordening nader beschouwd, HR 3 februari 2013, LJN BS8791, JAR 2012/69 (Schlecker/Boedeker)", *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2012, 3, 64.

(134) Het Hof baseert zich hierbij overigens (terecht) niet op een Statutenwetswissel, maar merkt Nederland direct als gewoone werkplek aan omdat de werknemer na het sluiten van de nieuwe arbeidsovereenkomst permanent naar Nederland is gegaan.

(135) De werkgever heeft hier belang bij omdat het Nederlandse recht verdergaande bescherming biedt aan de werknemer tegen de door de werkgever gehanteerde 'Änderungskündigung' dan het Duitse recht. Zie r.o. 3.6.

(136) Het salaris werd vóór de invoering van de euro in Duitse markten betaald, de werkgever is een Duitse (rechts)persoon, de pensioenvoorziening is bij een Duitse pensioenverzekeraar ondergebracht, de werknemer woonde tijdens haar dienstverband in Duitsland en haar reiskosten voor woon-werkverkeer naar Nederland werden vergoed door de werkgever, de sociale premies werden in Duitsland betaald en in de arbeidsovereenkomst wordt verwezen naar dwingendrechtelijke bepalingen uit het Duitse recht. Zie r.o. 3.6.

Wat is nu aangewezen? De Hoge Raad besluit het zekere voor het onzekere te nemen en legt een prejudiciële vraag voor aan het Hof⁽¹³⁷⁾. Deze luidt als volgt:

“Dient het bepaalde in artikel 6, lid 2 EVO [lees: artikel 8, lid 4 Rome I, toev. FOV] aldus te worden uitgelegd dat, indien een werknemer de arbeid ter uitvoering van de overeenkomst niet alleen gewoonlijk maar ook langdurig en zonder onderbreking verricht in hetzelfde land, in alle gevallen het recht dient te worden toegepast van dat land, ook al wijzen alle overige omstandigheden op een nauwe verbondenheid van de arbeidsovereenkomst met een ander land?”

§ 4.4.1.2. Uitspraak Hof en beoordeling

Het Hof oordeelt in r.o. 42 dat:

“artikel 6, lid 2 EVO in die zin moet worden uitgelegd dat de nationale rechter, zelfs indien een werknemer de arbeid ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst gewoonlijk gedurende lange tijd en zonder onderbreking in hetzelfde land verricht, (...) het in dat land toepasselijke recht buiten toepassing kan laten indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat die overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land”. Kortom ook indien het toepasselijk recht vastgesteld kan worden op grond van het werklandbeginsel is het nog mogelijk ervan af te wijken via de ontsnappingsclausule, zelfs indien daar een lange tijd en zonder onderbreking gewoonlijk wordt gewerkt. Het Hof legt hierbij, net zoals zijn AG, sterk de nadruk op het beginsel van de nauwste verbondenheid. Zo overweegt het Hof:

“Aangezien de doelstelling van artikel 6 EVO een passende bescherming van de werknemer is, moet deze bepaling verzekeren dat op de arbeidsovereenkomst het recht van het land wordt toegepast waarmee deze overeenkomst *de nauwste banden* scheidt (curs. FOV).”

§ 4.4.1.2.1. Teleologie en rechtsleer

Ondanks het feit dat het goed aansluit bij de letterlijke bewoordingen van artikel 8 Rome I, is dit toch enigszins eigenaardig. In het algemeen wordt er in de rechtsleer namelijk van uitgegaan dat artikel 8 Rome I primair gebaseerd is op het beschermingsbeginsel. Naar mijn idee lijkt dit ook juist. Ik zal niet ontkennen dat het beginsel van de nauwste verbondenheid een rol speelt bij de verwijzing onder artikel 8 Rome I. Dit volgt alleen al uit de letterlijke bewoording van de ontsnappingsclausule. Maar de bestaansreden van artikel 8 Rome I is nu juist gelegen in het bieden van bescherming aan de werknemer als zwakste partij. Net daarom is artikel 8 Rome I opgezet als *lex specialis* op het algemene artikel 4 Rome I, welk laatste artikel een neutrale regeling is waarbij de nauwste verbondenheid enkel wordt ingevuld door neutrale feitelijk-geografisch bepaalde factoren⁽¹³⁸⁾. Bij artikel 8 Rome I speelt daarnaast als gezegd

(137) De Hoge Raad legt overigens nog een tweede vraag voor, maar na het antwoord van het Hof op de eerste vraag was het niet meer nodig de tweede te beantwoorden.

(138) Zie voor de invulling van de ontsnappingsclausule van artikel 4 Rome I overigens de zaak *Intercontainer*. Het Hof schrijft hier, net als in de zaak *Schlecker*, een ruimere rol toe aan de ontsnappingsclausule dan algemeen werd aangenomen: HvJ 6 oktober 2009, C-133/08, *Intercontainer*, *Jur.* 2009, I, 9687. Het ging *in casu* om een geschil tussen de in België gevestigde vennootschap Intercontainer Interfrigo SC (hierna: Intercontainer) en de in Nederland gevestigde Balkenende Oosthuizen BV (hierna: Balkenende). Bij beroep ingesteld voor de rechtbank te Haarlem (Nederland) heeft Intercontainer

het beschermingsbeginsel een rol, hetgeen er in principe op ziet dat de werknemer wordt beschermd naar het recht van de omgeving waar hij zijn arbeid verricht en dit hoeft niet per se een neutrale nauwste verbondenheid te zijn. In die zin zou, ook bij de invulling van de ontsnappingsclausule, rekening gehouden dienen te worden met functionele overwegingen, zoals de waarborg dat de werknemer wordt beschermd naar het rechtsstelsel van het land waarin hij geacht wordt zijn sociale en economische functie uit te voeren. De Nederlandse AG Strikwerda concludeert onder het verwijzingsarrest van de Hoge Raad ook in dergelijke zin.

§ 4.4.1.2.2. Conclusie Nederlandse AG Strikwerda – functionele overwegingen

De conclusie van AG Strikwerda is met name gebaseerd op het uitgangspunt dat het beschermingsbeginsel ten grondslag ligt aan de verwijzingsregel van artikel 8, lid 2 Rome I⁽¹³⁹⁾. Hieruit volgt volgens de AG dat bij de toepassing van de ontsnappingsclausule niet alleen feitelijk-geografische omstandigheden een rol spelen, maar ook omstandigheden die uit het oogpunt van het beschermingsbeginsel van belang kunnen zijn. Zo is het niet alleen beslissend of met een ander land dan het werkland een feitelijk-geografisch aanknopingsoverzicht bestaat, maar ook of door toepassing van het recht van dat andere land afbreuk gedaan wordt aan de strekking van het beschermingsbeginsel. Daarbij haalt de AG een zeer interessante passage aan uit een werk van Plender en Wilderspin⁽¹⁴⁰⁾, waarin van commentaar wordt voorzien op artikel 8, lid 4 Rome I:

“On analysis of various cases from the United Kingdom, France, Germany and the Netherlands, the following principles appear to emerge. Firstly, where all the factors apart from the place where the employee worked are connected with a single coun-

Balkenende gedaagd en betaling gevorderd van een nog openstaande factuur. Balkenende stelt hierop dat de vordering naar Nederlands recht is verjaard. Intercontainer verweert zich echter door te stellen dat het Belgische recht van toepassing is, naar welk recht de vordering nog niet is verjaard. Het Hof geeft Balkenende gelijk en overweegt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met Nederland zodat de ontsnappingsclausule van artikel 4, lid 5 EVO (lees artikel 4, lid 3 Rome I) moet worden toegepast. Intercontainer gaat hiertegen in cassatie en beroept zich op het criterium van de ‘reële aanknopingswaarde’ zoals dat door het hoogste Nederlandse rechtscollege (de Hoge Raad) eerder in het ‘Balenpers-arrest’ was voorgeschreven. Intercontainer stelt dat enkel van de ontsnappingsclausule gebruik kan worden gemaakt wanneer “uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de plaats waar de partij is gevestigd die de kenmerkende prestatie moet verrichten, geen *reële aanknopingswaarde* heeft (curs. FOV)”. Het Hof neemt dit criterium van de ‘reële aanknopingswaarde’ echter niet over en overweegt dat artikel 4, lid 5 EVO (lees: artikel 4, lid 3 Rome I) in die zin moet worden uitgelegd dat “wanneer uit het geheel der omstandigheden duidelijk blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land dan het land dat wordt bepaald op basis van een van de criteria van artikel 4, leden 2 tot en met 4, van het verdrag, de rechter die criteria buiten toepassing dient te laten en het recht dient toe te passen van het land waarmee die overeenkomst het nauwst is verbonden”.

(139) En dus niet, zoals het Hof lijkt te oordelen, het beginsel van de nauwste verbondenheid. Ondanks dat het beschermingsbeginsel veelal een nauwe verbondenheid meebrengt, kunnen hier toch verschillende factoren spelen.

(140) R. PLENDER en M. WILDERSPIN, *The European private international law of obligations*, Londen, Sweet & Maxwell 2009, 321-322. Overigens heeft de Europese Commissie, vertegenwoordigd door deze zelfde meneer Wilderspin, nog opmerkingen ingediend bij de zaak *Schlecker*. In deze opmerkingen werd betoogd dat wanneer de arbeid gedurende lange tijd hoofdzakelijk in één plaats is verricht, dit een doorslaggevende factor is voor de bepaling van het toepasselijk recht, zie r.o. 19 in de zaak *Schlecker*. Het Hof neemt dit aldus niet over.

try, the law of that country will be likely to govern the contract pursuant the art. 8 (4) proviso. *However, it seems that when the employee has worked in one country for a sufficiently long period of time, that period of work in that country can preclude the proviso from operating, despite all the other factors being connected with a single different country*" (curs. FOV).

Wanneer een werknemer dus langdurig of permanent arbeid verricht in een bepaald land, zou het beschermingsbeginsel zich verzetten tegen een toepassing van de ontsnappingsclausule, want, in de woorden van de AG, "het zou ertoe leiden dat de werknemer wordt onderworpen aan een ander beschermingsregime dan geldt in de omgeving waar hij langdurig dan wel op permanente basis ter uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst werkzaam is".

Zoals uit bovenstaande al volgt lijkt mij een dergelijke redenering plausibel. Aangezien artikel 8 Rome I mede gebaseerd is op het beschermingsbeginsel, zou dit beginsel ook van invloed moeten zijn bij een uitleg van de ontsnappingsclausule. En dit beschermingsbeginsel vertaalt zich vervolgens in de veronderstelling dat de werknemer wordt geacht het best beschermd te zijn naar het recht van zijn werkomgeving. Overigens veelal zal dit samenlopen met het feitelijk-geografisch nauwst verbonden rechtsstelsel, maar dit hoeft niet per se het geval te zijn en het dient dan ook zeker niet bestempeld te worden als primair uitgangspunt van artikel 8 Rome I.

§ 4.4.1.2.3. Rechtspraak inzake *Koelzsch* en *Voogsgeerd*

Bovendien lijkt dit ook beter in overeenstemming te brengen met hetgeen het Hof eerder in de zaken *Koelzsch* en *Voogsgeerd* heeft geoordeeld⁽¹⁴¹⁾. Daar werd immers vooral overwogen dat een passende bescherming is gelegen in het land waar de arbeid van de werknemer onder invloed staat van het politieke en bedrijfsklimaat en dat daarom een bescherming naar dat recht "zoveel mogelijk" dient te worden gewaarborgd. Bovendien haalt het Hof het beginsel van de nauwste verbondenheid geen enkele keer aan. In mijn ogen maakt het geen verschil dat vooral de onderlinge verhouding tussen artikel 8, lid 2 enerzijds en lid 3 anderzijds centraal stond in deze rechtspraak. Indien men ervan uitgaat (hetgeen het Hof dus lijkt te doen in *Koelzsch* en *Voogsgeerd*) dat een passende bescherming gelegen is in een bescherming naar de werkomgeving van de werknemer, zouden deze overwegingen zonder problemen doorgetrokken kunnen worden naar de vaststelling omtrent de verhouding tussen artikel 8, lid 2 en 3 enerzijds en de ontsnappingsclausule anderzijds. Het belang van het werkland en het feit dat een bescherming hiernaar 'zoveel mogelijk' gewaarborgd moet worden lijkt naar mijn idee niet anders te worden indien men in plaats van naar lid 3, naar de ontsnappingsclausule kijkt.

Ik zou zelfs nog een stap verder willen gaan dan hetgeen AG Strikwerda concludeert. In mijn ogen is het zelfs niet nodig om het vereiste te stellen van 'langdurige of permanente' werkzaamheden. Dit hoeft niet te gelden als een soort constitutief vereiste alvorens het beschermingsbeginsel zich zou verzetten tegen de toepassing van de ontsnappingsclausule. Naar mijn mening zou het beschermingsbeginsel zich even-

(141) HvJ 15 maart 2011, C-29/10, *Koelzsch*, *Jur.* 2011, I, 1595; HvJ 15 december 2011, C-384/10, *Voogsgeerd*, *NJB* 2012, 126.

eens dienen te verzetten tegen de toepassing van de ontsnappingsclausule wanneer een gedetacheerde werknemer inmiddels onder het woon-, werk- of leefmilieu van het ontvangstland is gekomen, maar toepassing van de ontsnappingsclausule meebrengt dat een ander land wordt aangewezen. Uit *Koelzsch* volgt immers dat het beschermingsbeginsel erop ziet dat de werknemer een passende bescherming krijgt en deze passende bescherming is gelegen in het land dat aangemerkt kan worden als het woon-, werk- of leefmilieu van de werknemer. Dit hoeft niet per definitie samen te lopen met de omstandigheid van een langdurige tewerkstelling; het kan ook spoediger het geval zijn⁽¹⁴²⁾. Natuurlijk is het zo dat wanneer een werknemer een langdurige tewerkstelling heeft, eerder geacht kan worden dat hij onder invloed is komen te staan van het woon-, werk- of leefmilieu van dat werkland. Maar dit hoeft niet altijd zo te zijn.

Op die manier zou een functionele invulling van de ontsnappingsclausule ten behoeve van de gedetacheerde werknemer als belangrijke argumentatiemogelijkheid hebben kunnen gelden. Zo zou in het geval de gedetacheerde werknemer niet op basis van artikel 8, lid 2 Rome I kan komen tot het recht van het ontvangstland, geargumenteed kunnen worden dat door een functionele invulling van de ontsnappingsclausule dit recht van het ontvangstland van toepassing dient te zijn (onder voorwaarde dat hij reeds onder invloed is komen te staan van het woon-, werk- en leefmilieu)⁽¹⁴³⁾. En andersom zou, wanneer de gedetacheerde werknemer onder omstandigheden wel via artikel 8, lid 2 Rome I uitkomt bij de bescherming van het ontvangstland, geargumenteed kunnen worden dat daar niet meer van afgeweken kan worden via de ontsnappingsclausule omdat hij reeds zijn passende bescherming geniet.

Maar het Hof lijkt deze (functionele) ruimte in de zaak *Schlecker* niet te bieden bij de invulling van de ontsnappingsclausule. Daarbij dienen immers voornamelijk feitelijk-geografische omstandigheden een rol te spelen. Toch nuanceert het Hof dit nog wel door te overwegen dat de rechter die in een concreet geval uitspraak dient te doen, *niet automatisch* tot de conclusie mag komen dat de regel van artikel 8, lid 2 Rome I buiten toepassing moet worden gelaten *louter omdat de andere relevante omstandigheden*, buiten de plaats waar de arbeid daadwerkelijk wordt verricht, *door hun aantal een ander land aanwijzen*⁽¹⁴⁴⁾. In die zin wordt een ruime toepassing van de ontsnappingsclausule ingeperkt. Een al te lichtzinnig beroep hierop ligt dan ook niet voor de hand. Niettemin blijft het onduidelijk wat het Hof nu precies bedoelt met deze overweging. Zou het beschermingsbeginsel hier toch nog (een kleine) invloed kunnen hebben bij de ontsnappingsclausule? Een puur feitelijk-geografisch aanknopingsoverwicht lijkt namelijk op zichzelf niet te rechtvaardigen dat de ontsnappingsclausule 'automatisch' toepassing vindt.

(142) Zie bijvoorbeeld Ktr. Venlo 10 augustus 2011, *JAR* 2011, 234 (*FNV/De Mooy*), waarbij Poolse uitzendkrachten uitgezonden werden naar Nederland. Nederland werd hier aangemerkt als gewoonlijke werkplek, zonder dat de Poolse uitzendkrachten *langdurig* waren tewerkgesteld in Nederland. Indien het Poolse recht van toepassing zou worden verklaard middels de aanwending van de ontsnappingsclausule, zou het beschermingsbeginsel zich daartegen kunnen verzetten. Zie paragraaf 4.2.1.2.

(143) Op deze wijze zal niet altijd direct of zeer spoedig het toepasselijke recht veranderen, waardoor nog een zekere mate van continuïteit gewaarborgd blijft. Overigens hoeft de rechter hierbij niet te beoordelen of een land hogere of lagere arbeidsbescherming heeft. In principe doet de werknemer daar een beroep op.

(144) Zie r.o. 40. Zie ook Conclusie AG Wahl 16 april 2013, C-64/12, nr. 66.

§ 4.4.1.2.4. Conclusie Europese AG Wahl

Het Hof lijkt bij zijn overwegingen overigens sterk geïnspireerd te zijn door de conclusie van zijn AG, die ik ook niet vond uitblinken in helderheid. Zo zet de AG bijvoorbeeld, met betrekking tot de vraag naar de onderlinge verhouding tussen enerzijds het werklandbeginsel en anderzijds de ontsnappingsclausule, twee opvattingen tegenover elkaar: "Volgens de eerste uitlegging bestaat er tussen deze twee bepalingen een verhouding van beginsel en uitzondering, waardoor slechts uitzonderlijk kan worden onderzocht of de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land, namelijk wanneer op basis van de vermoedens een recht wordt aangewezen dat kennelijk niet geschikt is voor de overeenkomst. Volgens een tweede uitlegging bestaat er geen rangorde tussen de betrokken bepalingen en beschikt de rechter over een zekere beoordelingsmarge bij het bepalen van het recht waarmee de betrokken overeenkomst het nauwst is verbonden"⁽¹⁴⁵⁾. Vervolgens stelt de AG dat hij voor de tweede uitlegging pleit; in de ogen van de AG moet de ontsnappingsclausule worden beschouwd als een open collisieregule die zowel het recht van de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht als het recht van de plaats van de indienstneming terzijde kan stellen⁽¹⁴⁶⁾. Wat de precieze consequentie van deze visie is, wordt evenwel niet geheel duidelijk. Iets verderop stelt de AG namelijk dat hij niet bedoelt het "belangrijke aanknopingspunt dat in het algemeen de plaats is waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, een marginale plaats te geven" en dat de ontsnappingsclausule als "vrijwaringsmechanisme" moet worden beschouwd waardoor niet "het sterke aanknopingscriterium van de plaats van tewerkstelling" ondergeschoven wordt⁽¹⁴⁷⁾. Dit lijkt niet helemaal in overeenstemming met zijn pleit dat er geen onderlinge rangorde bestaat tussen de bepalingen: de benaming van de ontsnappingsclausule als "vrijwaringsmechanisme" en de gewoontelijke werkplek als "belangrijk aanknopingscriterium" lijken qua terminologie niet bepaald gelijkwaardige bepalingen.

In de overwegingen van het Hof valt ook een dergelijke onduidelijkheid waar te nemen: enerzijds kan van het werklandbeginsel afgeweken worden aan de hand van de ontsnappingsclausule, ook bij langdurige ononderbroken werkzaamheden (r.o. 42), maar anderzijds mag tegelijkertijd ook niet 'automatisch' afgeweken worden van het werkland louter omdat andere relevante omstandigheden door hun aantal een ander land dan het werkland aanwijzen (r.o. 41). Het is niet gemakkelijk om dit op een concreet geval toe te passen en de uitkomst zal per geval sterk kunnen verschillen. De vraag dringt zich hier dan ook op in hoeverre voldoende rekening is gehouden met het rechtszekerheidsbeginsel.

§ 4.4.1.2.5. Enkele argumentatiemogelijkheden?

Wat in elk geval duidelijk is, is dat de mogelijkheid van een functionele invulling van de ontsnappingsclausule na deze uitspraak minder waarschijnlijk is. Toch hoeft deze uitspraak niet in alle omstandigheden nadelig uit te pakken voor de gedetacheerde werknemer. Men zal namelijk in beginsel juist voor de gedetacheerde werknemer niet kunnen komen tot een bescherming van het werkland (lees: ontvangstland) via arti-

(145) Nummer 42.

(146) Nummer 51.

(147) Nummer 61.

kel 8, lid 2 Rome I⁽¹⁴⁸⁾. Met name voor gedetacheerde werknemers is immers bepaald dat het recht van het gewoonlijk werkland blijft gelden, zelfs indien tijdelijk ergens anders wordt gewerkt. Met de overwegingen van het Hof inzake *Schlecker* op zak, zou geargumenteed kunnen worden dat wanneer de gedetacheerde werknemer een zekere tijd in het ontvangstland verblijft, op een gegeven moment geacht kan worden dat er een (feitelijk-geografische) nauwere verbondenheid is ontstaan met dat land en dat *in casu* de ontsnappingsclausule op dient te gaan.

Hierbij moet wel rekening gehouden worden met een aantal factoren die nog door het Hof dwingend opgesomd worden als zijnde belangrijk voor de bepaling van deze nauwere verbondenheid. R.o. 41 luidt als volgt:

“Onder de belangrijke factoren voor die aanknoping dient allereerst rekening te worden gehouden met 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. Daarbij 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”⁽¹⁴⁹⁾.

In elke concrete internationale detacheringssituatie zal dan bezien moeten worden naar welk specifiek land deze factoren wijzen.

§ 4.4.1.3. Waardering – artikel 8, lid 4 Rome I

Al met al lijkt het Hof uit te gaan van het beginsel van de nauwste verbondenheid als primair beginsel van artikel 8 Rome I. Dit lijkt niet geheel in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever. Maar wanneer men vertrekt van dit uitgangspunt is het logisch dat de ontsnappingsclausule voornamelijk ingevuld dient te worden aan de hand van feitelijk-geografische factoren. Naar mijn idee lag een aanduiding van het beschermingsbeginsel als primair beginsel, zowel teleologisch als voor de consistentie van de rechtspraak van het Hof, echter meer voor de hand. Artikel 8 Rome I is grotendeels ontworpen om de werknemer als zwakste partij te beschermen. In die zin zou ook bij de ontsnappingsclausule rekening gehouden moeten worden met dergelijke functionele overwegingen. Daarbij is het oordeel van het Hof inzake *Schlecker* niet geheel naadloos in overeenstemming te brengen met de bestaande rechtspraak van het Hof inzake *Koelzsch* en *Voogsgeerd*. Hoewel het Hof een nuance aanbrengt in haar oordeel over de ontsnappingsclausule, lijkt het er toch op dat het ruime werklandbeginsel ietwat terug ingeperkt wordt door de zaak *Schlecker*.

Voor de gedetacheerde werknemer is het enerzijds nadelig dat het Hof deze weg inslaat; een functionele invulling van de ontsnappingsclausule had een goede argumentatiemogelijkheid kunnen zijn voor de positie van de gedetacheerde werknemer. Anderzijds krijgt de ontsnappingsclausule in het algemeen een ietwat ruimere toepassingsmogelijkheid dan voorheen werd aangenomen. In die zin zou de gedetacheerde werknemer onder omstandigheden kunnen betogen dat het ontvangstland

(148) Let wel: ‘in beginsel!’ Dit is afgezien van de eventuele argumentatiemogelijkheden bij de invulling van het werkland en het begrip tijdelijkheid, zoals in voorgaande paragrafen is besproken.

(149) Zie ook Conclusie AG Wahl 16 april 2013, C-64/12, nr. 68-70.

inmiddels een nauwere verbondenheid meebrengt dan het door Rome I aangewezen fictieve werkland (het herkomstland).

§ 5. HET MOGELIJKE 'GEVAAR' VAN HET NIET TOEPASSELIJK ZIJN VAN DE DETACHERINGSRICHTLIJN BIJ DE AANMERKING VAN DE GEWOONLIJKE WERKPLEK IN HET ONTVANGSTLAND

In de rechtsleer wordt weleens gewezen op de mogelijkheid dat de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing zou zijn indien de gewoonlijke tewerkstelling van de werknemer zich bevindt in het gastland. Deze 'vrees' wordt voor een belangrijk deel gedragen door de aanname dat de term 'gewoonlijk werkt' in artikel 2, lid 1 Detacheringsrichtlijn op dezelfde manier wordt gehanteerd als de term 'gewoonlijk werken' in artikel 8, lid 2 Rome I⁽¹⁵⁰⁾. Indien dit waar is, zouden de in dit artikel centraal staande verwoede pogingen middels een welbepaalde interpretatie te komen tot het recht van het ontvangstland in bepaalde situaties juist kunnen leiden tot een lagere bescherming, of misschien wel geen bescherming. Wanneer de Detacheringsrichtlijn namelijk niet toepasselijk is (omdat middels een welbepaalde interpretatie het ontvangstland als gewoonlijke werkplek kon worden aangemerkt) en aangenomen wordt dat de vrijverkeersbepalingen wel van toepassing zijn⁽¹⁵¹⁾, moeten de regels van het ontvangstland het solitair opnemen tegen het behoorlijk machtige krachtveld van het vrij verkeer. Het is uiteraard nog de vraag in hoeverre de arresten *Viking*, *Laval*, *Rüffert* en *C./Luxemburg* nu daadwerkelijk invloed zullen hebben op het IPR. Toch bestaat de kans dat de regels van het ontvangstland aangemerkt worden als een ongerechtvaardigde belemmering op het vrije verkeer van diensten en derhalve sneuvelen. In deze hypothetische situatie zou de werknemer aldus met lege handen komen te staan⁽¹⁵²⁾. Er ontstaat een soort patstelling: aan de ene kant bestaat het gevaar dat het aanduiden van de gewoonlijke werkplek in het ontvangstland ertoe leidt dat de Detacheringsrichtlijn niet meer van toepassing is en dat derhalve geen minimumbescherming gegarandeerd kan worden. Aan de andere kant zou ingeval de Detacheringsrichtlijn wél van toepassing is en aangenomen wordt dat deze een maximumbescherming behelst, alles wat daarboven wordt opgelegd sec in strijd komen met het vrije verkeer. Om het af te doen met een dooddoener: één ding is duidelijk, er heerst op dit gebied veel onduidelijkheid. Een paar opmerkingen kunnen evenwel gemaakt worden. Allereerst zou gezegd kunnen worden, net zoals hierboven is gesteld bij de invulling van het begrip 'tijdelijkheid'⁽¹⁵³⁾, dat het begrip 'gewoonlijke werkplek' in de Detacheringsrichtlijn mogelijk een andere invulling en betekenis zou kunnen hebben dan het begrip 'gewoonlijk werken' in artikel 8, lid 2 Rome I. De Detacheringsrichtlijn heeft andere wortels dan artikel 8 Rome I, daar de Detacheringsrichtlijn voornamelijk de specifieke situatie van internationale detachering beoogt te regelen. Artikel 8 Rome I omvat daarentegen meerdere vormen van arbeidsmobiliteit. Bijgevolg is het goed mogelijk dat andere factoren een rol c.q. bepaalde factoren een grotere rol spelen bij de invulling van het begrip 'gewoonlijke werkplek' in Rome I.

(150) V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal arbeidsrecht gemengd tussen Europese fundamentele vrijheden", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2009, 32.

(151) Aangenomen dat de uitsluiting van de Detacheringsrichtlijn niet met zich meebrengt dat de vrijverkeersbepalingen eveneens automatisch uitgesloten zijn.

(152) V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal arbeidsrecht gemengd tussen Europese fundamentele vrijheden", *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2009, 32.

(153) Zie paragraaf 4.2.2.1.

Het is bovendien nog interessant te wijzen op overweging 3 bij de considerans van de Detacheringsrichtlijn, deze luidt: "(...) doordat steeds meer ondernemingen ertoe worden aangezet werknemers tijdelijk ter beschikking te stellen om werk te verrichten op het grondgebied van een andere Lid-Staat dan de Staat waar deze werknemers gewoonlijk werkzaam zijn". Deze formulering laat ruimte te concluderen dat voor de toepassing van de Detacheringsrichtlijn *enkel* vereist is dat de werknemer eerst gewoonlijk werkt in een andere lidstaat dan de lidstaat van ontvangst. Vervolgens staat verder niets vermeld over de mogelijkheid dat deze gewoontelijke werkplek kan veranderen op basis van een ander IPR-instrument, namelijk artikel 8, lid 2 Rome I (ook al is dit zonder welbepaalde interpretatie onwaarschijnlijk). De Detacheringsrichtlijn beoogt hier geen wijziging in aan te brengen, maar legt enkel vast (in de vorm van voorangsregels) welke dwingende bepalingen van het recht van het ontvangstland van toepassing zijn, 'ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband'⁽¹⁵⁴⁾. Hieruit zou opgemaakt kunnen worden dat allereerst voor de toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn vereist is dat de werknemer een gewoontelijke werkplek heeft in een ander land dan het land van ontvangst (al dan niet bij de werkgever die hem uitzendt) en dat, wanneer de Detacheringsrichtlijn eenmaal toepasselijk is, deze bestendig blijft tegen een eventuele Statutenwissel in het IPR. Het lijkt me namelijk sterk dat als een bepaalde toepassing van Rome I (waaraan de Detacheringsrichtlijn géén verandering poogt aan te brengen) kan leiden tot het gevolg dat de Detacheringsrichtlijn niet meer van toepassing is, hier niets over vermeld wordt.

Voorts zou nog gesteld kunnen worden dat ook indien de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing is door een Statutenwissel, de werknemer tóch aanspraak kan maken op de daarin gewaarborgde bescherming indien het volledige recht van het ontvangstland geëlimineerd zou worden door vrijverkeersbepalingen. Ik kan mij namelijk niet goed indenken dat het Hof de gedetacheerde werknemer volstrekt in de kou zal laten staan door hem een instrument te ontnemen dat geschreven is voor zijn specifieke situatie. Bovendien zou men de in de harde kern opgenomen bepalingen kunnen zien als een beschrijving van een aantal gerechtvaardigde belemmeringen op het vrije verkeer. Wanneer de bepalingen van het ontvangstland overeenstemmen met deze harde kern en vastgesteld zijn op de door de Detacheringsrichtlijn voorgeschreven wijze, lijkt het mij niet voor de hand te liggen dat deze bepalingen dan opeens volledig in strijd kunnen komen met het vrije verkeer, enkel omdat de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing is (via een Statutenwissel in een externe andere bron: Rome I).

Aldus dient bij de zoektocht naar argumentatiemogelijkheden rekening gehouden te worden met de mogelijkheid dat de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing kan worden verklaard. Zoals uit bovenstaande opmerkingen valt af te leiden, ben ik evenwel van mening dat de gedetacheerde werknemer nog een aardige kans kan maken bij het betoog dat de Detacheringsrichtlijn wel van toepassing is wanneer een Statutenwissel heeft plaatsgevonden. Dit wordt ook gesteund door een recente uitspraak

(154) Zie artikel 3, lid 1 Detacheringsrichtlijn. Zie ook H. VERSCHUEREN, "Toepasselijk arbeidsrecht in grensoverschrijdende situaties: overzicht en knelpunten van Europese rechtsregels en rechtspraak" in H. VERSCHUEREN en M.S. HOUWERZIJL (eds.), *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen. België, Nederland, Europa, de wereld*, Deventer, Kluwer, 2009, 32.

in de zaak *FNV/De Mooy*. Hier werd de Detacheringsrichtlijn toepasselijk verklaard, ondanks het feit dat de gewoonlijke werkplek in Nederland werd aangemerkt ⁽¹⁵⁵⁾.

§ 6. CONCLUSIE

In dit artikel zijn de argumentatiemogelijkheden binnen artikel 8 Rome I verkend. Ik heb getracht aan te tonen dat de beperking van de rechtskeuzemogelijkheid gelegen is het in begunstigingsbeginsel. De werknemer kan derhalve een beroep doen op het in zijn ogen materieel gunstige recht. Voorts zijn de mogelijkheden verkend bij artikel 8, lid 2 Rome I. Uit *Koelzsch* en *Voogsgeerd* is nadrukkelijk gebleken dat het Hof zich vooral laat leiden door het beschermingsbeginsel: de werknemer dient beschermd te worden naar maatstaven van woon-, werk- of leefmilieu, ongeacht het concrete materieelrechtelijke resultaat. Op een dergelijke manier zou het begrip 'tijdelijkheid' dan ook ingevuld kunnen worden. Voorts werd gezien welke mogelijkheden er bestonden bij de invulling van de ontsnappingsclausule uit artikel 8, lid 4 Rome I. Na de zaak *Schlecker* blijkt dat voornamelijk neutrale feitelijk-geografische omstandigheden een rol mogen spelen bij de invulling. Enerzijds is dit ongunstig voor de gedetacheerde werknemer omdat het een belemmering vormt voor een functionele aanwending van de ontsnappingsclausule, hetgeen een handig instrument had kunnen zijn om de door Rome I mogelijk gemaakte situaties van sociale dumping en ongelijke behandeling systematisch te corrigeren. Maar anderzijds krijgt de ontsnappingsclausule, ook al is dit in neutrale zin, een ruimere rol dan voorheen werd aangenomen. Hiervan zou de gedetacheerde werknemer kunnen gebruikmaken wanneer hij, in de veel voorkomende situatie, niet tot het recht van het ontvangstland via artikel 8, lid 2 Rome I kan komen.

Het geheel overziend kan worden geconcludeerd dat er zeker nog argumentatiemogelijkheden bestaan binnen artikel 8 Rome I. In die zin is er enigszins ruimte voor de gedetacheerde werknemer om het door hem gewenste recht van het ontvangstland toepassing te laten krijgen. Hierbij dient evenwel immer rekening gehouden te worden met de bepalingen van het vrije verkeer. Het is te hopen dat de rechtspraak ons in de toekomst meer helderheid kan verschaffen over de precieze verhouding tussen deze bepalingen van het vrije verkeer en het IPR. Tot die tijd zullen wij echter met enige onzekerheid moeten blijven balanceren over het machtsblok van het vrije verkeer, op naar een socialer klimaat.

(155) In de rechtsleer is overigens wel kritiek uitgeoefend op de toepassing van de Detacheringsrichtlijn in deze casus, zie vooral: K. BOONSTRA, "AVV-CAO ook van toepassing op Poolse als uitzendkracht gedetacheerde vrachtwagenchauffeurs wiens werkzaamheden voor een flink deel buiten Nederland liggen", *TRA* 2011, 95; T. VAN PEIJPE, "Reactie op Actueel Europees recht (reactie op Boonstra 2011)", *TRA* 2012, 113. Beiden kwamen tot de conclusie, overigens op andere gronden, dat de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing had mogen zijn.