

REFGOV

Reflexive Governance in the Public Interest

Fundamental Rights

Internationaal arbeidsrecht gemangeld tussen vrij verkeer van
personen, vrij verkeer van diensten, vrijheid van vestigen en
non-discriminatie

Enkele aantekeningen vanuit ipr-perspectief bij de uitspraken Viking,
Laval, Rüffert en C./Luxembourg

by Veerle Van Den Eeckhout

Working paper series : REFGOV-FR-26

Internationaal arbeidsrecht gemangeld tussen vrij verkeer van personen, vrij verkeer van diensten, vrijheid van vestiging en non-discriminatie
Enkele aantekeningen vanuit ipr-perspectief bij de uitspraken Viking, Laval, Rüffert en C./Luxemburg

Een verkorte en aangepaste versie van deze bijdrage verschijnt in TRA (Tijdschrift Recht en Arbeid)

I. Recente uitspraken, bestempeld als zou het Hof een vrijbrief verlenen voor social dumping – de rol van het internationaal privaatrecht

Met de uitspraken Viking, Laval, Rüffert en C./Luxemburg¹ heeft het Hof van Justitie veel ophef veroorzaakt. John Monks, Secretaris-Generaal van het Europees Vakverbond, bestempelde in februari 2008 het oordeel van het Hof in de uitspraken Viking en Laval als een vrijbrief voor social dumping.²

De uitspraken Viking en Laval dateren beide van december 2007. Zij betroffen het geoorloofd karakter van vakbondsacties. In de zaak Viking, waarbij het ging om vakbondsacties gericht tegen het plan tot omvlagging van een schip van Finland naar Estland, werd getoetst aan de EG-bepalingen inzake vrijheid van vestiging. Het Hof schoof de beslissing over het gerechtvaardigd karakter van de “belemmering van de vrijheid van vestiging” door naar de nationale rechter. In de zaak Laval werd bovenop de EG-bepalingen inzake vrij verkeer van diensten getoetst aan de Detacheringsrichtlijn: in Laval betrof het een situatie van detachering van Letse werknemers in Zweden; de onderneming die de Letse werknemers had uitgestuurd, kreeg te maken met vakbondsacties gericht op – onder meer - het afdwingen van een minimumloon naar Zweedse normen voor de Letse werknemers, waarbij de vraag rees in hoeverre die vakbondsacties een ongerechtvaardigde belemmering vormden van het vrij verkeer van diensten van de Letse dienstverlener en een schending van de Detacheringsrichtlijn. In de zaak Laval besloot het Hof zelf tot ongeoorloofdheid van de vakbondsacties. De beide nadien - in april 2008 respectievelijk juni 2008 - gevelde uitspraken Rüffert en C./Luxemburg volgden de lijn die door het Hof leek te zijn ingezet. In de zaak Rüffert waren Poolse werknemers vanuit Polen gedetacheerd in Duitsland; de onderneming die hen uitstuurde keeg in Duitsland te maken met een opgelegde sociale clausule bij publieke aanbestedingen. In de zaak C./Luxemburg betrof het een onderzoek naar de Luxemburgse wetgeving waarin, onder meer, een reeks bepalingen van Luxemburgs recht waren aangeduid als dwingende bepalingen van nationale openbare orde. Telkenmale besloot het Hof tot onverenigbaarheid van de Duitse respectievelijk Luxemburgse wetgeving met de EG-bepalingen inzake vrij verkeer van diensten en de Detacheringsrichtlijn.

¹ Viking (C-438/05, 11 december 2007), Laval (C-341/05, 18 december 2007), Rüffert (C-346/06, 3 april 2008) en C./Luxemburg (C-319/06, 19 juni 2008).

² Zie zijn “Presentation to the Employment and Social Affairs Committee of the EP”, punt 6, te raadplegen op de website van de European Trade Union Confederation: <http://www.etuc.org>.

Voornoemde uitspraken van het Hof zullen inmiddels genoegzaam bekend zijn bij lezers van dit tijdschrift. Ik zet de feiten en de beoordeling door het Hof dan ook niet opnieuw uiteen in deze bijdrage. Zeker de uitspraken Viking en Laval werden door deskundigen van diverse disciplines reeds veelvuldig becommentarieerd. Maar weinig aandacht kregen de uitspraken totnogtoe vanuit de hoek van het internationaal privaatrecht (hierna “*ipr*”). Recent doken in de literatuur wel een aantal vragen op naar de interactie met *ipr*. Zo zette Deakin³ kritische vraagtekens bij de verenigbaarheid van de uitspraken met het EVO-verdrag;⁴ het EVO-verdrag wordt in de nabije toekomst omgezet in een verordening, de zogenaamde “Rome I verordening”⁵, maar de daarin opgenomen regeling inzake internationaal arbeidsrecht blijft vrijwel gelijklopend als in het EVO-verdrag, zodat de vraag naar verenigbaarheid ook naar de toekomst toe nog kan rijzen. Bovendien werd door Van Hoek en Houwerzijl⁶ aangegeven dat het Hof in de uitspraken een welbepaalde vooronderstelling hanteerde inzake het op de arbeidsverhouding toepasselijke recht. Tevens formuleerden Van Hoek en Houwerzijl⁷ de kritiek dat zij (ook) vanuit *ipr*-optiek vraagtekens zetten bij de omarming van loonconcurrentie als motor van de interne markt. Het voorgaande noodt en noopt tot verdergaande *ipr*-analyse. Welnu, in deze bijdrage zal ik ingaan op enkele aandachtspunten die rijzen als men de uitspraken beschouwt vanuit *ipr*-perspectief. Ik zal in mijn bespreking zowel de Detacheringsrichtlijn als het EVO-verdrag c.q. de Rome I verordening betrekken. Nu in commentaren bij de uitspraken totnogtoe wel al ruimschoots werd ingegaan op de Detacheringsrichtlijn, maar niet op de regels van toepasselijk recht van het EVO-verdrag c.q. de Rome I verordening, zal ik zelf vooral veel aandacht geven aan de problematiek van regels van toepasselijk recht.

Centrale vraagstelling hierbij is de vraag naar de rol van het *ipr* in de spanning die wordt onderkend tussen zogenaamde “economische” en “sociale” Europese doelstellingen. Is het zo dat *ipr* instaat voor de behartiging van sociale doelstellingen, zo ja dreigt het *ipr* in de recente uitspraken van het Hof uitgehold te worden door de impact van andere – Europese – regelgeving, en heeft dit een dynamiek van verlaging van het beschermingsniveau van werknemers tot gevolg? Ter beantwoording van deze vraag zal ik vertrekken van een voorstel van regeling dat een paar jaar geleden bijzonder veel ophef opleverde: ik zal mijn bijdrage opzetten rondom een bespreking van het “oorsprongslanbeginsel” in het internationaal arbeidsrecht. Dergelijk oorsprongslanbeginsel was destijds in het oorspronkelijk voorstel van Dienstenrichtlijn⁸ opgenomen, en stuitte toen op enorm veel weerstand: er werd op gewezen dat als het oorsprongslanbeginsel zou worden toegepast op geschillen inzake internationaal

³ S. Deakin, “Regulatory Competition in Europe after Laval”, 2008 (te raadplegen op <http://refgov.cpdr.ucl.ac.be> onder “publications”, “Fundamental rights”, “FR-18”), p. 41-42; zie ook zijn analyse en vraagstellingen op p. 32-33.

⁴ Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, 19 juni 1980.

⁵ Verordening (EG) No 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (“Rome I”), PB L177/6, 4.7.2008. Overeenkomstig artikel 29 treedt Rome I in december 2009 in werking.

⁶ A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, “Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – Deel 1: De arresten Viking, Laval en Rüffert, verdragsaspecten”, NTER 2008, p. 199-200.

⁷ Van Hoek en Houwerzijl, “Loonconcurrentie als motor van de interne markt?”, p. 205.

⁸ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, COM(2004), 2def/2, 25 februari 2004.

arbeidsrecht, het beschermingsniveau van werknemers wier geschil zich in internationale context afspeelt, er op achteruit zou gaan; het risico van social dumping zou zeer groot worden. Uiteindelijk, na veel tumult, bond de Europese wetgever in en werd het oorsprongslandbeginsel uit de definitieve versie van Dienstenrichtlijn gehaald. Opmerkelijk is dat in commentaren bij de recente uitspraken van het Hof er door menigeeen wordt op gewezen dat het oorsprongslandbeginsel nu door het *Hof van Justitie* wordt geïntroduceerd.⁹ Het Hof wordt verweten te hebben doorgevoerd wat de Europese wetgever in de Dienstenrichtlijn had willen invoeren, maar destijds niet vermocht door te zetten. In hoeverre nu heeft het Hof van Justitie in de recente uitspraken daadwerkelijk het oorsprongslandbeginsel gehanteerd c.q. ingevoerd, zo is de vraag die ik hierna zal pogen beantwoorden. In mijn beantwoording van deze vraag zal ik ingaan op de *tweeledige* betekenis van het oorsprongslandbeginsel zoals dat in het voorstel van Dienstenrichtlijn aan de orde was, toegespitst op situaties van internationale detachering: enerzijds, het *gebiedende* aspect van het oorsprongslandbeginsel, in die zin dat door de introductie van het oorsprongslandbeginsel door de Europese wetgever een regel van toepasselijk recht zou zijn geformuleerd, en wel in die zin dat in situaties van internationale detachering het arbeidsrecht van het land van vestiging van de dienstverlener toepasselijk werd verklaard (hoofdstuk III.A.); anderzijds, het *verbiedende* aspect van het oorsprongslandbeginsel, in die zin dat middels hantering van het oorsprongslandbeginsel nauwelijks nog arbeidsrechtelijke regels van het recht van het ontvangstland gerespecteerd zouden hoeven te worden; de Detacheringsrichtlijn zou zijn gereduceerd van een instrument van “minimumbescherming” tot een instrument van “maximumbescherming” (hoofdstuk III.B.). De vraag of het Hof dergelijk oorsprongslandbeginsel heeft ingevoerd, zal ik zelf deels negatief, deels positief beantwoorden. Deels luidt mijn antwoord negatief, nu het Hof de regels van toepasselijk recht in geschillen van arbeidsrecht in wezen ongemoeid heeft gelaten; maar deels ook luidt mijn antwoord positief, nu het Hof de facto de Detacheringsrichtlijn wel tot een niveau van maximumbescherming lijkt te laten verworden, en in die zin de hakbijlfuncie van het oorsprongslandbeginsel – te begrijpen als afknotting van de mogelijkheden arbeidsrechtelijke bepalingen van het ontvangstland toe te passen – hanteert.

In mijn bespreking van voornoemde aspecten zal ik blootleggen waar zich mijns inziens spanningsvelden en onduidelijkheden situeren. Ik zal daarbij aangeven dat ipr in de hoek dreigt gezet te worden, in die zin dat daar waar ipr kan worden aangewend ter bescherming van werknemers, deze functie van het ipr wordt genegeerd c.q. afgeknot. Na blootlegging van dit type van “uitholling” en “hantering” van ipr-regels, zal ik afronden met een korte bespreking van de vraag wat naar de toekomst toe mag worden verwacht van ipr, in hoeverre ipr-regels mogelijk ook anders zou kunnen worden ingezet en gehanteerd, en in hoeverre ipr zelf invloed zou kunnen uitoefenen in de zin van vrijwaring c.q. verhoging van het beschermingsniveau van werknemers.

⁹ Zie Jonas Malmberg in zijn “briefing note” “Collective agreements and collective bargaining: analysis of the impact of the European Court of Justice rulings on Laval and Viking” (IP/A/EMPL/IC/2008-06), daterend van 26 februari 2008 (te raadplegen op www.europarl.europa.eu) betreffende de interpretatie van de Detacheringsrichtlijn evenals Deakin, “Regulatory competition”, p. 11-12, in zijn commentaar bij Laval en Ruffert.

II. IPR en social dumping voor de uitspraken van het Hof: ipr ligt aan de basis van social dumping, maar verhelpt ook aan social dumping

Ik start met een situering van de verhouding tussen ipr en social dumping. Ik vertrek met een situering van het ipr ten aanzien van de fundamentele Europese vrijheid van personenverkeer. Nadien focus ik op situaties van internationale detachering van werknemers, waarin (ook) de fundamentele Europese vrijheid van dienstenverkeer een rol blijkt te spelen. Ipr, zo zal doorheen mijn bespreking naar voren komen, kan zowel *aan de basis liggen* van social dumping als ook weer *verhelpen* aan social dumping.

In mijn bespreking besteed ik ruim aandacht aan het EVO-verdrag, als voorloper van de Rome I verordening die weldra het EVO-verdrag zal vervangen. Dit is niet alleen vanuit historisch oogpunt zinvol. Ook naar de toekomst toe blijft kennis van het EVO-verdrag en de bij toepassing van dit verdrag gerezen discussiepunten relevant, aangezien de Rome I verordening op het punt van regeling van internationale arbeidsverhoudingen vrijwel gelijkkluidend is aan de regeling terzake in het EVO-verdrag en meerdere discussiepunten die naar voren kwamen bij toepassing van het EVO-verdrag ook naar de toekomst toe, eens de Rome I verordening in werking is, (nog) kunnen spelen.

III.A. IPR, vrij verkeer van personen en non-discriminatie: ipr als achilleshiel van de bescherming van de mobiele werknemer in Europa?

Ik vertrek van één van de basisartikelen van het EG-verdrag, met name artikel 39 EG-verdrag. Artikel 39 EG-verdrag huldigt in het eerste lid het principe van vrij verkeer van werknemers, waarbij in het tweede lid een non-discriminatiebeginsel wordt uitgevaardigd. “1. Het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap is vrij. 2. Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der Lid-Staten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden”, aldus artikel 39 EG-verdrag. Artikel 39 EG-verdrag beoogt heel zeker het economische streefdoel van bevordering van vrij verkeer van werknemers binnen Europa te bevorderen, maar geeft tegelijk uitdrukking aan een sociaal belang¹⁰: in artikel 39 EG-verdrag wordt uiteindelijk zowel tegemoet gekomen aan het oogmerk van de bescherming van gelijke behandeling van werknemers op het grondgebied waarin ze zich bevinden, als aan het oogmerk van tegengaan van concurrentie op arbeidsvoorwaarden. Zo wordt middels artikel 39 EG-verdrag uiteindelijk zowel tegemoet gekomen aan belangen van mobiele werknemers, als aan belangen van lokale werknemers en belangen van lidstaten om social dumping oftewel oneerlijke concurrentie tegen te gaan.

Hoe verhoudt zich het voorgaande tot de in de lidstaten vigerende *ipr*-regels van toepasselijk recht? Nu het zo is dat binnen Europa zeer zeker verschillen in materieel arbeidsrecht bestaan tussen de lidstaten, en tegelijk vinden ook interacties plaats tussen de onderscheiden rechtsordes, rijst immers de ipr-vraag welk recht toepasselijk moet

¹⁰ Zie bv. ook HvJ C-167/73, 4 april 1974. Zie o.a. M.S. Houwerzijl, Bevordering van het EU-dienstenverkeer met behulp van gedetacheerde werknemers: tijd voor bezinning?” SMA 2005, p. 406-415. Zie recent bv. ook nog F. Hendrickx, “Arbeidsrecht en vrij dienstenverkeer: een stand van zaken na de Dienstenrichtlijn”, Arbeidsrechtelijke Annotaties 2007, afl. 2, p. 43-83, p. 55.

worden geacht op een grensoverschrijdende rechtsverhouding.¹¹ Indien het zo mocht zijn dat wordt toegelaten dat werknemers op eenzelfde markt onder verschillende voorwaarden werken, dan zouden zich situaties kunnen voordoen van “social dumping”, bijvoorbeeld in die zin dat de ene werknemer op basis van zijn nationale recht onder lagere voorwaarden dan de andere werknemer gaat werken. Zou nu artikel 39 EG-verdrag kunnen worden geïnterpreteerd als een ipr-regel, zo rijst de vraag. Alleszins, *vertaald* naar het ipr zou het hogergenoemde artikel 39 EG-verdrag allicht resulteren in huldiging van het werklandbeginsel in het ipr. Voornoemde situatie van social dumping zou kunnen worden vermeden door onverkort het werklandbeginsel toe te passen: op allen die op eenzelfde territorium werkzaam zijn, wordt dan, ongeacht de nationaliteit, eenzelfde recht toegepast, met name het in dat territorium geldende recht. Huldiging van het werklandbeginsel blijkt ook te zijn wat daadwerkelijk gebeurt in artikel 6 van het EVO-verdrag: in de onderscheiden EU-lidstaten zijn diverse stelsels van arbeidsrecht van toepassing, maar indien een geschil van internationaal arbeidsrecht voor de rechter van een van de lidstaten wordt gebracht, zal deze rechter normalerwijze op basis van artikel 6 EVO-verdrag het recht toepassen van het land van gewoontelijke tewerkstelling van de werknemer. Kortom: het regulerende systeem¹² is dat van het land waar wordt gewerkt. Ipr-regels, geïncorporeerd in het EVO-verdrag - waarvan alle EU-lidstaten lid zijn -, zorgen er dus voor dat het recht van het land waar wordt gewerkt toepasselijk wordt verklaard, ongeacht of de procedure zich afspeelt in het werkland zelf of een ander EU-land. Is artikel 39 EG-verdrag al niet te beschouwen als een ipr-regel, de ipr-regel van artikel 6 EVO-verdrag sluit alleszins àn bij artikel 39 EG-verdrag. *In het ipr zelf* wordt het toepasselijk verklaren van het recht van het werkland verantwoord op basis van het in het ipr gekende beschermingsbeginsel: de werknemer wordt in het ipr beschouwd als de structureel *zwakke partij* die beschermd moet worden; het recht wordt toepasselijk verklaard waarmee de werknemer, als structureel zwakke partij, verondersteld wordt het meest *vertrouwd* te zijn. Het beschermingsbeginsel is een van de moderne ipr-technieken¹³, waarbij geen blinde aanknoping aan een recht plaatsvindt, maar mede rekening wordt gehouden met politieke oogmerken – in casu de wil tot bescherming van de werknemer.

Maar bij nader toezien wordt in het ipr deze in artikel 6 gehuldigde basisregel van het werklandbeginsel toch niet onverkort toegepast. Rechtskeuzemogelijkheden en bijzondere regels zoals opgenomen in artikel 6 EVO-verdrag¹⁴ maken dat soms alleen de

¹¹ Het ipr dankt zijn bestaan immers aan, vooreerst, de omstandigheid dat het recht van land tot land verschilt; vervolgens, dat tussen de onderscheiden rechtsordes interacties plaatsvinden.

¹² Cfr. de bewoordingen van C. Barnard, “Employment rights, free movement under the EC Treaty and the Services Directive” op internet te raadplegen via <http://www.etui-rehs.org/en/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg/2-Articles-in-academic-literature-on-the-judgments>.

¹³ Sommige ipr-juristen willen graag nog verder gaan: zij willen zover gaan in internationaal arbeidsrechtelijke geschillen de werknemer te beschermen door een *begunstigings*beginsel te hanteren, in die zin dat niet per se het voor de werknemer meest vertrouwde recht, maar wel het voor hem materieel meest gunstige recht kan worden toegepast - dit bv. in situaties waarbij een rechtskeuze is gemaakt, en blijkt dat het gekozen recht materieelrechtelijk gunstiger is dan de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht.

¹⁴ Zie artikel 6 lid 1 EVO, evenals artikel 6 lid 2 de b-situatie en de “tenzij”-bepaling, evenals de bijzondere regeling in artikel 6 lid 2 onder a voor werknemer die gewoonlijk in een land werken, maar “tijdelijk” in een ander land worden tewerkgesteld. Zie over de visie van ipr-experten inzake noodzakelijke huldiging

dwingende bepalingen van het werkland worden toegepast, en dat soms zelfs helemaal geen bepalingen van het werkland toepassing pretenderen. Zo kan het gebeuren dat, door toepassing van ipr-regels, een EU-werknemer werkzaam is in een ander EU-land, maar toch onder lagere voorwaarden is tewerkgesteld dan de lokale werknemers. Ipr werd in de doctrine vandaar al bestempeld als “de achillespees van het gemeenschapsrechtelijk discriminatieverbod, dat de hoeksteen vormt van het vrije verkeer van werknemers.”¹⁵ Via ipr-regels blijkt onrechtstreeks het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit te kunnen worden omzeild. Zo blijkt ipr soms *aan de basis* te kunnen liggen van social dumping.

Het voorgaande komt zeker ook naar voren in situaties waarbij een werknemer “*tijdelijk*” gaat werken in een ander land dan het land waar hij gewoonlijk werkt, en op basis van artikel 6 lid 2 onder a EVO-verdrag nog steeds het recht van het land van gewoontelijke tewerkstelling toepasselijk is. Er kan over worden getwist of de toepasselijkverklaring van het recht van het land van gewoontelijke tewerkstelling in deze hypothese een toepassing is van het werklandbeginsel, dan wel een uitzondering er op, maar alleszins is het zo dat toepassing van deze zinsnede kan teweegbrengen dat een tijdelijk in een bepaald land werkende werknemer onder andere arbeidsvoorwaarden werkt dan lokale werknemers. Vanuit ipr-perspectief wordt hier geredeneerd vanuit het principe van continuïteit en vanuit de betrachting de werknemer in geval van tijdelijke uitzending naar een land waar lagere arbeidsvoorwaarden gelden hiervan geen negatieve gevolgen te laten ondervinden. In de hypothese echter dat een werknemer wordt uitgezonden van een land waar lage arbeidsvoorwaarden gelden, naar een land waar hogere arbeidsvoorwaarden gelden, en toch nog steeds het recht toepasselijk wordt verklaard van het land vanwaar hij is uitgezonden, ontstaat een “gat” in zijn bescherming, en bestaat een risico op social dumping.

Wil men zo’n situatie van social dumping vermijden, dan kan desgevallend een welbepaalde interpretatie van de regels van *artikel 6 EVO-verdrag* uitkomst bieden – bijvoorbeeld door na een welbepaalde tijd niet meer te spreken van tijdelijkheid in de zin van artikel 6 lid 2 onder a EVO-verdrag, maar te stellen dat het land van tijdelijke tewerkstelling het land is geworden van gewoontelijke tewerkstelling; of nog, door te stellen dat er geen sprake is van gewoontelijke tewerkstelling in een welbepaald land, maar van een situatie in de zin van artikel 6 lid 2 onder b EVO-verdrag; of nog, door hantering van de tenzij-bepaling van artikel 6 lid 2 laatste zinsnede EVO-verdrag.

Soms ook kan *artikel 7 EVO-verdrag* soelaas bieden. In artikel 7 EVO-verdrag is het leerstuk van de voorrangregels geïncorporeerd. Het gaat dan om dwingende bepalingen die, ongeacht het overigens op de rechtsverhouding toepasselijke recht, de casus

van het rechtskeuzebeginsel, het verschil dat in het ipr zou moeten worden gemaakt tussen “intern dwingende” en “internationaal dwingende” regels etc. (hetgeen onder andere naar boven kwam bij de eerste poging, in de jaren zeventig, tot redactie van een regeling waarin ook internationale detachering werd geregeld – maar die, mede door het verzet van ipr-juristen, nooit de eindstreep heeft gehaald), o.a. M.S. Houwerzijl, “Bevordering van het EU-dienstenverkeer met behulp van gedetacheerde werknemers: tijd voor bezinning?” evenals M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn*, Deventer: Kluwer 2005, p. 51.

¹⁵ H. Verschuere, *Internationale arbeidsmigratie. De toegang tot de arbeidsmarkt voor vreemdelingen naar Belgisch, internationaal en Europees gemeenschapsrecht*, Brugge: Die Keure 1990, p. 338.

dwingend beheerssen. Via hantering van artikel 7 EVO-verdrag kunnen alsnog bepaalde regels van het gastland (oftewel ontvangstland) toepasselijk verklaard worden. Bij pogingen tot inschakeling van artikel 7 EVO-verdrag kunnen zich wel een aantal complicaties voordoen, zoals de omstandigheid dat een aantal verdragsstaten voorbehoud hebben gemaakt bij toepassing van artikel 7 lid 1; het facultatief karakter van toepassing van buitenlandse voorrangsregels op grond van artikel 7 lid 1; de moeilijkheid een bepaalde regel als een voorrangsregel in de zin van artikel 7 te kwalificeren.

Maar al bij al is het wel zo dat ipr via artikel 6 en artikel 7 EVO kan *verhelpen* aan situaties van social dumping.

II.B. Ipr en vrij verkeer van diensten: ipr als behoeder van eerlijke concurrentie
II.B.1. Toepassing van artikel 7 EVO-verdrag als storende factor bij de uitoefening van het vrij verkeer van diensten – jurisprudentie van het Hof van Justitie

In situaties van *internationale detachering* – te beschouwen als een specifiek geval van tijdelijke tewerkstelling in een ander land - is echter naar voren gekomen dat hantering van artikel 7 EVO-verdrag - evenals overigens hantering van artikel 6 EVO-verdrag indien op basis van artikel 6 EVO-verdrag regels van het gastland van toepassing worden verklaard - in botsing kan komen met de Europese fundamentele vrijheid van *vrijheid van dienstenverkeer*. De basis hiervoor werd gelegd in het arrest *Rush Portuguesa*¹⁶ van het Hof van Justitie. In deze casus kon voor de betrokkenen – Portugese werknemers van een Portugees bedrijf dat in Frankrijk een dienst wou verlenen - geen aanspraak worden voorgelegd op het vrij verkeer van personen en het daaraan gekoppelde non-discriminatiebeginsel om een Franse bepaling inzake vereiste werkvergunningen ter zijde te laten schuiven: Portugese werknemers hadden in de toenmalige overgangsregeling nog geen recht op uitoefening van het vrij verkeer van personen. Het Hof vond echter soelaas door de vrijheid van dienstenverkeer in te roepen, en te stellen dat het Franse vereiste een ongerechtvaardigde inbreuk uitmaakte op het recht op vrij dienstenverkeer van de Portugese onderneming.

Het Hof¹⁷ voegde daar wel aan toe 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” – de formulering van hetgeen in de doctrine reeds werd benoemd als een vorm van “arbeidsvoorwaarden-werklandformule”.¹⁸ Daarop volgde in de rechtspraak een gevarieerde casuïstiek, waarbij

¹⁶ HvJ *Rush Portuguesa*, C-113/89, 27 maart 1990. Voordien (zie het arrest *Webb* (C-279/80, 17 december 1981, waarover M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn*, p. 43 en p. 350-361) was wel al duidelijk dat (grensoverschrijdende) uitzending en de detachering van werknemers onder de rechtspraak van vrij dienstenverkeer valt, maar was nog niet duidelijk dat ook werknemers daaronder vallen.

¹⁷ *Rush Portuguesa*, r.o. 18.

¹⁸ Zie ook Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn*, p. 75. Houwerzijl (p. 43-45, voetnoot 77) geeft aan dat de “arbeidsvoorwaarden-werkland-formule” voor het eerst werd geformuleerd in het in 1982 uitgesproken arrest *Seco* (C-62-63/81), waarin het Hof in het kader van vrij verkeer van diensten te maken kreeg met een onderneming die wilde gebruik maken van loonvoordelen, zie r.o. 14 van de uitspraak. Houwerzijl geeft tevens aan (in voetnoot 77) hoezeer het Hof daarmee anders oordeelde dan A.-G. Verloren van Themaat die had gesteld dat “het behoort tot de wezenskenmerken van de (...) gemeenschappelijke markt dat iedere werkgever in beginsel van de in zijn land bestaande kostenvoordelen waaronder lagere loonkosten, in de

telkenmale door het Hof de vraag moest worden beantwoord of het opleggen, door het gastland, van lokale (arbeids)voorwaarden al of niet een gerechtvaardigde inbreuk uitmaakte op het recht op uitoefening van vrij dienstenverkeer door een buitenlandse Europese onderneming die werknemers uitzond naar het gastland.¹⁹ Waar het in eerste instantie nog vergunningen betrof, kwamen mettertijd ook arbeidsrechtelijke aspecten naar voren, waaromtrent lidstaten van ontvangst poogden het “werklandbeginsel” waartoe in het arrest *Rush Portuguesa* ruimte was geboden, af te dwingen, maar waarbij dienstverleners betoogden dat oplegging van regels van arbeidsrecht van het gastland “storend” waren bij de uitoefening van het vrij verkeer van diensten.²⁰ De vrijheid van de lidstaten werd eerst toegepast op (en beperkt tot) bepalingen betreffende het minimumloon, maar later wel ruimer begrepen.²¹ In de zaak *Arblade* oordeelde het Hof dat “een van de door het Hof erkende dwingende redenen van openbaar belang is de bescherming van de werknemer (...)”²², maar alleszins moest het Hof balanceren en heerste onzekerheid.

II.B.2. Uitvaardiging van de Detacheringsrichtlijn door de Europese wetgever

Na een periode van onduidelijkheid greep de Europese wetgever zelf in door het uitvaardigen, in 1996, van de Detacheringsrichtlijn.²³ De Detacheringsrichtlijn wordt soms voorgesteld als zou zij min of meer in de plaats zijn gekomen van het discriminatieverbod van werknemers in geval van detachering. Op basis van de Detacheringsrichtlijn zijn werknemers die in het kader van het vrij verkeer van diensten tijdelijk te werk gesteld worden in een andere Lid-Staat dan vanwaaruit ze uitgestuurd werden, immers verzekerd van de toepasselijkheid van een aantal harde-kernbepalingen

door het Verdrag eveneens nagestreefde onvervalste mededinging bij het verrichten van diensten in andere lidstaten gebruik van maken” (zie Conclusie 16.12.1981 in de zaken 62-63/81, Jur. EG 1982 p. 223), een standpunt dat ook in de Commissie naar voren was gekomen. Zie hierover 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, p. 342.

¹⁹ De toetsing aan artikel 49 EG-verdrag wordt in wijde zin doorgevoerd, cfr. ook het *Säger*-arrest, C-76/90, 25 juli 1991, r.o. 12 – zie hierover o.a. Barnard, “Employment rights”, p. 6, waar zij dit wijde type toetsing aanduidt als de “market access approach”. Bij de toetsing wordt ook geredeneerd vanuit het vermijden van dubbele lasten voor de dienstverlener. Over de problematiek van de dubbele lasten, zie o.a. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn*, p. 78 en Van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers*, p. 327 betreffende de rechtspraak van het Hof hieromtrent in de zaken *Seco*, *Guiot* en *Arblade*.

²⁰ Cfr. Hendrickx, “Arbeitsrecht en vrij dienstenverkeer”, voetnoot 9, en de verwijzing daar naar het commissieverslag waar eveneens op die “storende” factor van het nationale arbeidsrecht wordt gewezen.

²¹ Cfr. het “openbare orde” begrip als gehanteerd in de uitspraak *Vander Elst* van het Hof van Justitie (C-43/93, 9 augustus 1994) - zij het dat het begrip niet gedefinieerd werd.

²² HvJ. *Arblade*, 23 november 1999, zaken C-369/96 en 376/96, r.o. 36, nadat eerst in r.o. 34 was gesteld “(...) kan de vrijheid van dienstverrichting als grondbeginsel van het Verdrag slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de betrokken staat werkzaam is, voor zover dit belang niet wordt gewaarborgd door de regels waaraan de dienstverrichter is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd (...)”.

²³ 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 L018, p. 1-6, 21 januari 1997 (“Detacheringsrichtlijn”). Voor een diepgaande bespreking van de Detacheringsrichtlijn, zie vooral Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn*. Zie ook artikel 20 EVO-verdrag over de verhouding van de Detacheringsrichtlijn ten aanzien van het EVO-verdrag.

van het gastland²⁴, ongeacht het overigens toepasselijke recht dat gevonden wordt op basis van artikel 6 EVO-verdrag, of nog, ongeacht de al dan niet toepasselijkheid van voorrangsregels op basis van artikel 7 EVO-verdrag. In de richtlijn zijn als het ware een aantal voorrangsbepalingen gecodificeerd en geunificeerd²⁵, en deze bepalingen zijn door de lidstaten verplicht²⁶ toe te passen, als minimumbepalingen²⁷.

De Detacheringsrichtlijn wordt zelf ook weer – zoals ook artikel 39 EG-Verdrag – gezien als het resultaat van het zoeken naar een balans tussen enerzijds economische motieven – bevordering van het vrij dienstenverkeer – anderzijds sociale motieven – bescherming van mobiele werknemers c.q. bescherming van lokale werknemers tegen social dumping: de Detacheringsrichtlijn werd uitgevaardigd zowel met het oog op het totstandbrengen van een situatie van eerlijke mededinging – bestrijding van social dumping - als met het oog op de bescherming van de rechtspositie van mobiele werknemers evenals het bevorderen van het vrije dienstenverkeer – bevordering met name doordat een stuk rechtszekerheid was geschapen, ook al betrof het een vastlegging van regels die konden worden beschouwd als een belemmering van het vrij dienstenverkeer. In geval van vrij verkeer van diensten wordt dan wel primair het recht van het land van vestiging beschouwd als het regulerend systeem²⁸, voor wat betreft het arbeidsrecht moet via de Detacheringsrichtlijn alleszins ook rekening worden gehouden met bepalingen van het gastland. Na uitvaardiging van de Detacheringsrichtlijn bestond het Europees ipr-acquis inzake internationaal arbeidsrecht niet meer alleen uit het EVO-verdrag, maar eveneens uit de Detacheringsrichtlijn, en kon ook op basis van de Detacheringsrichtlijn gepoogd worden te *verhelpen* aan situaties van social dumping.

II.B.3. Het voorstel van Dienstenrichtlijn en de definitieve versie van Dienstenrichtlijn

Discussies over mogelijkheden tot belemmering van de vrijheid van dienstenverkeer waarover in de Detacheringsrichtlijn zelf géén duidelijkheid was gegeven, gingen ook na uitvaardiging van de Detacheringsrichtlijn wel nog gestaag verder en werden nog meermaals voor het Hof van Justitie gebracht. Maar begin jaren 2000 deed zich een novum voor. Bijzonder veel ophef werd veroorzaakt door het voorstel van Dienstenrichtlijn²⁹ waarin een oorsprongslandbeginsel³⁰ werd opgenomen. Daar waar de Europese wetgever middels het uitvaardigen van de Detacheringsrichtlijn en de manier waarop deze moest gaan functioneren – als minimum – ter hulp was gekomen aan de bescherming van sociale belangen, dreigde diezelfde Europese wetgever nu te tornen aan het Europees ipr-acquis dat eerder was tot stand gebracht, in die zin dat het niveau van arbeidsrechtelijke bescherming zou worden verlaagd. Want, nu ipr niet als zodanig was uitgesloten uit het toepassingsgebied van het oorsprongslandbeginsel van het voorstel van

²⁴ Bv. op het vlak van minimum aantal vakantiedagen. De invulling ervan hangt dus af van het gastland waarnaar werknemers gedetacheerd worden.

²⁵ Cfr. ook de conclusie bij HvJ Ruffert, nr. 11-12.

²⁶ Daar waar toepassing van regels op basis van artikel 7 lid 1 EVO-verdrag facultatief is.

²⁷ Zie ook artikel 3 lid 7 en 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn.

²⁸ Cfr. bv. Barnard, “Employment rights.”

²⁹ Voorstel voor een Richtlijn van het Europese Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt, COM(2004), 2def/2, 25 februari 2004.

³⁰ Artikel 16 van het voorstel, betiteld als het “Oorsprongslandbeginsel”.

richtlijn, werd geredeneerd dat het oorsprongslanbeginsel ook in internationale arbeidsverhoudingen grote impact zou kunnen gaan hebben. Weliswaar was in het voorstel van Dienstenrichtlijn een uitzondering voorzien voor de Detacheringsrichtlijn en voor rechtskeuzes³¹, maar ingeschat werd dat de Detacheringsrichtlijn nu als maximum in plaats van minimum zou gaan gelden. Hantering van artikel 7 EVO-verdrag zou onmiskenbaar sterk bemoeilijkt worde. En overigens waren situaties denkbaar dat de Detacheringsrichtlijn niet van toepassing zou zijn en vandaar, onder gelding van het oorsprongslanbeginsel, enkel en alleen het arbeidsrecht zou gelden van het land van vestiging van de onderneming. Francq en De Schutter wezen in die zin op de hypothese dat *lokale* werknemers worden aangenomen door een in het buitenland gevestigde onderneming; op hen zou zelfs niet de minimumbescherming van de Detacheringsrichtlijn van toepassing zijn.³² Al bij al werd gevreesd dat het beschermingsniveau van werknemers er met de Dienstenrichtlijn sterk op achteruit zou kunnen gaan. Weliswaar, zo zou kunnen worden gesteld, leidde in geval van internationale detachering van werknemers toepassing van artikel 6 lid 2 onder a EVO-verdrag, middels de daarin opgenomen bepaling inzake tijdelijke tewerkstelling, zelf ook al vaak tot toepassing van het recht van het land van waaruit de werknemer wordt uitgezonden. Maar als men hier al zou willen spreken van een oorsprongslanbeginsel, gaat het hier alleszins principieel niet om het land van vestiging van de *onderneming*, maar om het land van gewoontelijke tewerkstelling van de *werknemer*, en deze beide vallen niet noodzakelijk samen. Overigens bieden artikel 6 zelf evenals, onder omstandigheden, artikel 7, mogelijkheid om niet het recht van zogenaamde gewoontelijke tewerkstelling, maar (een deel van) een ander recht toepasselijk te maken, in het bijzonder arbeidsrechtelijke bepalingen van het ontvangstland, zo heb ik al uiteengezet. Welnu, het oorsprongslanbeginsel zou dergelijke opvangmogelijkheden nagenoeg onderuit gehaald hebben.

De onderkende wijziging van de regeling van toepasselijk recht – met name in de zin van toepasselijkverklaring van het recht van het land van vestiging van de dienstverlener – werd in bepaalde doctrine ook al meteen in verband gebracht met de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake vrijheid van vestiging van ondernemingen³³: de combinatie van hantering van het oorsprongslanbeginsel met ipr-regels inzake vrijheid van vestiging van vennootschappen zou, zo werd gevreesd, grote risico's creëren op het vlak van social dumping.

³¹ Zie de in artikel 17 van het voorstel opgenomen “Algemene afwijkingen van het oorsprongslanbeginsel”: onder (5) werd de Detacheringsrichtlijn genoemd en onder (20) “de vrijheid van de partijen om het op hun contract toepasselijke recht te kiezen.”

³² Zie S. Francq en O. De Schutter, « La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur : reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie », Cahiers de Droit Européen 2005, afl. 5-6, p. 603-660. Over de problematiek van invoering van een oorsprongslanbeginsel *zonder* voorafgaande unificatie van het materieel recht, zie o.a. V. Van Den Eeckhout, “Promoting Human Rights within Europe. The role of European Private International Law” eerste bijdrage aan het Refgov-project, te raadplegen op de website van het project (<http://refgov.cpdr.ucl.ac.be/?go=publications> als publicatie FR4) evenals (in nadien bijgewerkte versie) op <http://papers.ssrn.com>, onder II.A.2.a en II.B. 2.

³³ Zie bv. Francq en De Schutter, “La proposition de directive.”

Na veel discussie en verzet werd in de definitieve versie van Dienstenrichtlijn³⁴ het oorsprongslandbeginsel geschrapt. Bovendien werd in de Dienstenrichtlijn expliciet bepaald dat het ipr ongemoeid werd gelaten. Daarmee was men na uitvaardiging van de Dienstenrichtlijn terug naar af – de situatie zoals gecreëerd door de uitvaardiging van het EVO-verdrag en de Detacheringsrichtlijn, en de (nog steeds verdergaande) rechtspraak van het Hof van Justitie inzake beoordeling van het vrij dienstenverkeer, met of zonder toepassing van de Detacheringsrichtlijn.

II.C. De omzetting van het EVO-verdrag in een verordening (Rome 1)

In het proces van communautarisering van het ipr dat momenteel plaatsvindt, wordt het EVO-verdrag binnenkort een Europese ipr-bron in de “ware zin” van het woord: het EVO-verdrag wordt omgezet in een verordening, de zogenaamde Rome I-verordening.³⁵ Wezenlijke veranderingen op het vlak van de ipr-regeling van arbeidsverhoudingen zijn daarbij niet voorzien. Zo wordt ook in Rome I vastgehouden aan het basisprincipe dat de werknemer in het ipr moet worden beschouwd als de structureel zwakke partij die bij de vaststelling van regels van toepasselijk recht een steuntje in de rug moet krijgen – zie ook Considerans 23 van de Preamble van de Rome I-verordening -, hetgeen voor wat betreft arbeidsovereenkomsten tot uitdrukking komt in de regeling voorzien in artikel 8 van de Rome I verordening. Wel wordt in het nieuwe artikel 8 expliciet bepaald dat bij afwezigheid van een vast werkland moet worden gezocht naar het land *van waaruit* de werkzaamheden worden verricht. En in considerans 36 wordt enige nadere toelichting gegeven omtrent de term “tijdelijk” die in artikel 8 (nog steeds) wordt gehanteerd.³⁶

Het leerstuk van de voorrangsregels is uitgewerkt in artikel 9 van de verordening.³⁷ In artikel 9 is een regeling opgenomen zowel voor wat betreft voorrangsregels van het forum zelf, als wat betreft buitenlandse voorrangsregels. Tijdens de voorbereiding van Rome I kwam wel een bijzonder pijnpunt naar voren: er ontstond grote ophef rond considerans 13 van de preambule bij het voorstel van Rome I-verordening³⁸, luidend: “De eerbiediging van de openbare orde van de lidstaten vereist specifieke regels inzake bepalingen van bijzonder dwingend recht en het mechanisme van de openbare orde-exceptie. Bij de toepassing van deze regels moeten de Verdragsbepalingen in acht worden genomen.” Gevreesd werd dat als het Hof van Justitie de compatibiliteit van voorrangsregels met Europese vrijheden zou moeten beoordelen, het leerstuk van voorrangsregels nagenoeg zou sneuvelen en daarmee ook de dam die middels hantering van voorrangsregels door lidstaten kan worden opgeworpen tegen social dumping.

³⁴ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PB L 376/36, 27 december 2006, Zie artikel 1, 6 en artikel 3, lid 1 a en lid 2.

³⁵ Verordening (EG) No 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (“Rome I”), PB L177/6, 4.7.2008.

³⁶ “Met betrekking tot individuele arbeidsovereenkomsten dient het verrichten van arbeid in een ander land 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 (...).” Zie ook het Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, COM(2005) 650, p. 8.

³⁷ Bij de formulering van artikel 9 werd teruggesproken naar de omschrijving van “bepaling van bijzonder dwingend recht” in het arrest Ablade, zie supra, voetnoot 22.

³⁸ Voorstel voor een verordening, COM(2005) 650 definitief.

Getuige van de ophef was de open brief die in Frankrijk in januari 2007 werd geschreven door een aantal ipr-experten, én de tegenbrief die volgde op openbaarmaking van de brief.³⁹ In de tegenbrief wordt de ophef veeleer als een storm in een glas water afgedaan. Er wordt op gewezen dat het Hof de toetsingsbevoegdheid waarvan sprake ook al voordien zou hebben gehad⁴⁰, en dat overigens sowieso niet moest worden gevreesd: verwezen wordt naar rechtspraak waarin het Hof bekommernis toonde om het vermijden van social dumping⁴¹.

III. De uitspraken van het Hof en het ipr: een verkapte doorvoering van het oorsprongslanbeginsel?

Na uitvaardiging van de definitieve versie van Dienstenrichtlijn leek het idee van invoering van een oorsprongslanbeginsel definitief van de baan. Maar toen kwam het Hof van Justitie aan zet in de zaken Laval, Viking, Ruffert en C./Luxemburg. De rol van het Hof van Justitie was altijd al delicaat op het vlak van werknemersbescherming;⁴² nu kreeg het Hof te maken met situaties van internationaal dienstenverkeer tussen “nieuwe” en “oude” Europese lidstaten, waarbij, in de bewoordingen van Barnard, “as the EU began to expand (...), the tensions between the free market and the preservation of national social models began to resurface”.⁴³ Hoe moeten deze uitspraken van het Hof vanuit ipr-perspectief worden begrepen en beoordeeld?

III.A. De problematiek van het toepasselijk arbeidsrecht

Wat betreft de problematiek van het toepasselijke arbeidsrecht, zal ik hierna achtereenvolgens ingaan op: a) de *aanname* van het Hof dat het recht van het land van vestiging van een onderneming het toepasselijk recht op de arbeidsverhouding uitmaakt; b) de *toetsing* van deze vooronderstelling *aan ipr-regels*; c) de vraag of het voor een beoordeling van het Hof van nationale bepalingen van het gastland als belemmerend voor het vrij verkeer van diensten c.q. voor toepassing van de Detacheringsrichtlijn een *vereiste* is dat het arbeidsrecht van het land van vestiging van de onderneming toepasselijk is; d) de vraag welke spanningen en complicaties zich voordoen *als* aangenomen mocht worden dat het *geen vereiste* is dat het arbeidsrecht van het land van vestiging van de onderneming het toepasselijke arbeidsrecht uitmaakt, en zich de *concrete situatie voordoet dat daadwerkelijk een ànder recht toepasselijk is*; e) de vraag of de uitspraken van het Hof van Justitie als *effect* kunnen hebben dat het recht van het land van vestiging van de onderneming toepasselijk is.

³⁹ De “lettre ouverte” en de “contre-lettre” zijn te raadplegen op http://bruxelles.blogs.liberation.fr/coulisses/2007/01/ne_dites_pas_ma.html

⁴⁰ Zie overigens bv. ook al HvJ Arblade, r.o. 31: “Het is niet omdat nationale bepalingen als wetten van politie en veiligheid worden aangemerkt, dat zij niet in overeenstemming met de verdragsbepalingen dienen te zijn (...)”.

⁴¹ “Le respect des règles imperatives national est encore confirmé par la Court de Justice dans un arrêt du 12 octobre 2004 (aff. C-60/03) d’où il résulte que l’objectif d’éviter une concurrence déloyale est reconnu par la Cour en tant que raison impérieuse permettant de justifier une restriction à la libre prestation de service (point 41). (v. aussi CJE 19 janvier 2006, aff. C-244/04 condamnant le dumping social)”, aldus de ondertekenaars van de tegenbrief.

⁴² Zie bv. Hendrickx, “Arbeidsrecht en vrij dienstenverkeer”, p. 14, bij voetnoot 40.

⁴³ Cfr. o.a. Barnard, “Employment rights”, p. 28.

a) Vooronderstellingen van het Hof inzake toepasselijk recht?

In de doctrine⁴⁴ werd reeds gesproken van vooronderstellingen omtrent toepasselijk recht die het Hof zou hebben kenbaar gemaakt in de zaken Viking, Laval en Rüffert. Telkenmale zou het Hof er namelijk zijn van uitgegaan dat de formele vestiging van de rechtspersoon/werkgever doorslaggevend is voor het toepasselijke recht op de arbeidsverhouding van de bij die rechtspersoon in dienst zijnde medewerkers. In die doctrine wordt niet verwezen naar (een) specifieke passage(s) waarin de vooronderstelling expliciet naar voren komt. Mijns inziens is de vooronderstelling inzake toepasselijk recht het duidelijkst te ontwaren in de rechtsoverwegingen 75, 77 en 81 van Laval en rechtsoverweging 34 van Rüffert, evenals rechtsoverweging 48 van de conclusie bij Rüffert. In C./Luxemburg zou hetzelfde kunnen worden onderkend in de rechtsoverwegingen 42 en 43. “Lidstaat van herkomst” wordt in de passages kennelijk bedoeld als lidstaat van herkomst van de onderneming.

Bij nader toezien is het mijns inziens wel niet geheel nieuw dat het Hof van deze veronderstelling uitgaat. Wie er de vroegere rechtspraak van het Hof op naleest, kan daarin eenzelfde type overwegingen c.q. aanwijzingen vinden als in deze recente zaken. Overigens wordt in de zaak C./Luxemburg zelf in rechtsoverweging 42, in de passage waar het gaat om de problematiek van de dubbele lasten – in meerdere van de passages waarnaar ik hoger verwees, betrof het de problematiek van de dubbele lasten⁴⁵ -, terugverwezen naar de vroegere uitspraken C./Luxemburg en Guiot, waar eenzelfde type formulering werd gehanteerd als in de meest recente C./Luxemburg, en waarbij het, als het Hof het heeft over “het land van herkomst”, telkenmale om het land van vestiging van de onderneming blijkt te gaan.

b) Toetsing van de vooronderstelling aan regels van toepasselijk recht zoals opgenomen in het EVO-verdrag

Toétst men de vooronderstelling inzake toepasselijk recht aan de ipr-werkelijkheid, dan blijkt dat bij hantering van ipr-regels zoals opgenomen in het EVO-verdrag de vooronderstelling niet noodzakelijk altijd bewaarheid hoeft te worden. Immers, artikel 6 EVO-verdrag huldigt het werklandbeginsel, in die zin dat indien een werknemer gewoonlijk werkt in eenzelfde land, in beginsel het recht van dat land van toepassing wordt verklaard. Hantering van het werklandbeginsel kan in een hele reeks gevallen heel zeker tot eenzelfde resultaat leiden als het resultaat waartoe het aanhouden van de vooronderstelling van het Hof leidt. Maar dat is niet noodzakelijk zo, het kan ook anders liggen, zowel in gevallen dat een werknemer continu in eenzelfde land gewoonlijk is tewerkgesteld, als in gevallen van tijdelijke tewerkstelling in een ander land. Het “land van herkomst” als bedoeld in artikel 6 lid 2 onder a, in gevallen van tijdelijke tewerkstelling in een ander land, – en expliciet aangeduid als “land van herkomst” in considerans 36 bij Rome I – is niet per se hetzelfde land als het “land van herkomst” in de zin van land van vestiging van de onderneming die de werknemer heeft uitgezonden. Werkt de werknemer gewoonlijk in een ander land dan het land van vestiging van de onderneming, dan zal het recht van het land van vestiging van de onderneming volgens

⁴⁴ Zie Van Hoek en Houwerzijl, “Loonconcurrentie als motor van de interne markt?”. Cfr. ook Deakin, “Regulatory competition.” Beide commentaren werden geschreven voor de uitspraak C./Luxemburg.

⁴⁵ Over de problematiek van de dubbele lasten, zie supra, voetnoot 19.

artikel 6 EVO-verdrag enkel toepasselijk zijn indien men via hantering van de tenzij-clausule van artikel 6 lid 2 EVO-verdrag het recht toepasselijk maakt van het land van vestiging van de onderneming in plaats van het land van gewoontelijke tewerkstelling van de werknemer. Dit ligt niet voor de hand, nu het land van gewoontelijke tewerkstelling allicht wel een reële band heeft met de arbeidsverhouding.⁴⁶

Doet zich de hypothese voor dat een werknemer géén land van gewoontelijke tewerkstelling heeft, dan wordt via artikel 6 lid 2 onder b EVO-verdrag het recht toepasselijk verklaard van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, behoudens de hypothese dat de “tenzij-bepaling” wordt ingeschakeld. Hantering van hetzij artikel 6 lid 2 onder b, hetzij de tenzij-clausule⁴⁷ zou er dan toe kunnen leiden dat een recht wordt toepasselijk verklaard dat samenvalt met het recht van het land van de vestiging die de werknemer heeft uitgezonden, maar dat is niet per se zo.

Weliswaar was het in de gevallen die aan het Hof van Justitie totnogtoe werden voorgelegd ogenschijnlijk wel telkens zo dat op de arbeidsverhouding het recht van het land van vestiging van de onderneming daadwerkelijk toepasselijk was, dit in situaties waarin de werknemers telkens gewoonlijk tewerkgesteld waren in dat land en tijdelijk waren uitgezonden naar een ander land – zo waren de werknemers in *Rush Portuguesa* onderworpen aan Portugees recht, en in *Vander Elst* aan Belgisch recht⁴⁸; maar denkbaar is dat zich varianten hadden voorgedaan.

c) Wordt toepasselijkheid van het arbeidsrecht van het land van herkomst van de onderneming gehanteerd als een “vereiste”, en zo ja een vereiste waarvoor? – drie kanttekeningen

De vraag kan worden gesteld of in het geval de feiten daadwerkelijk anders hadden gelegen, het Hof ook anders had geoordeeld: in hoeverre is het, met andere woorden, een *vereiste* dat werknemers onderworpen zijn aan het recht van het land van vestiging van de onderneming en de vooronderstelling van het Hof in casu bewaarheid blijkt, opdat de oplegging door het gastland van bepaalde regels had kunnen worden beoordeeld als een mogelijke belemmering van het vrij dienstenverkeer van de onderneming in de zin die het Hof totnogtoe deed? Of nog: valt ook een casus waarbij werknemers níet onderworpen zijn aan het arbeidsrecht van het land van vestiging van de onderneming binnen het beoordelingskader en onder de beoordelingswijze zoals dat door het Hof van Justitie is geschapen? Ik plaats hierna een drietal aantekeningen bij deze vraagstelling.

⁴⁶ Cfr. ook *mutatis mutandis*, het Balenpersarrest van de Nederlandse Hoge Raad over toepassing van de “tenzij-bepaling” in artikel 4 lid 5 EVO-verdrag, waaruit blijkt dat het vermoeden van artikel 4 lid 2 EVO-verdrag als zeer sterk wordt beschouwd – omtrent de manier waarop dit artikel moet worden geïnterpreteerd, is recent een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie, zie C-133/08.

⁴⁷ Bij hantering van de tenzij-clausule is vereist dat met het op basis van die clausule toepasselijk verklaarde recht een sterke band bestaat. Houdt men vast aan artikel 6 lid 2 onder b, dan is sowieso ook een sterke band vereist. Kortom, in beide gevallen zou een sterke band van de rechtsverhouding met het recht van het land van vestiging van de onderneming moeten bestaan.

⁴⁸ Zie ook Van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers*, p. 343.

Een eerste kanttekening betreft de *reacties destijds op het voorstel van Dienstenrichtlijn*. Destijds werd aangeklaagd dat met de invoering van het oorsprongslanbeginsel de regels van toepasselijk arbeidsrecht gewijzigd zouden worden. Zo bekeken, kan worden gesteld dat diegenen die betoogden dat in situaties van vrij verkeer van diensten door invoering van het oorsprongslanbeginsel een nieuwe ipr-regel zou gaan gelden, er kennelijk van uitgingen dat tot het ogenblik van invoering van het oorsprongslanbeginsel de regel van toepasselijk recht niet (noodzakelijk) zou samenvallen met het oorsprongslanbeginsel, terwijl de situatie toch onder het vrij verkeer van diensten zou vallen.

Een tweede kanttekening – die veeleer in andere zin wijst dan voorgaande – betreft de *visie in bepaalde doctrine op de verhouding vrij verkeer van diensten – vrij verkeer van personen evenals de rechtvaardiging die wordt gegeven voor de benadering van bepaalde casusposities vanuit het beoordelingskader van het vrij verkeer van diensten*. Vertrekpunt hierbij is dat het volgens bepaalde auteurs⁴⁹ in casusposities kennelijk enkel *hetzij* het vrij verkeer van personen, *hetzij* het vrij verkeer van diensten kan betreffen. Omtrent de mogelijkheid in de zaak Laval het vrij verkeer van personen in te roepen, betoogde Reich⁵⁰: “Workers employed by Laval are not seeking access to the Swedish labour market but will be removed once the construction work as contract is finished. In principle, they remain under Latvian jurisdiction. Therefore, the provisions concerning the movement of workers (article 39) and non-discrimination (article 12 EC) can be disregarded in this context.” Reich geeft aan waarom in casu – in een geval waarbij werknemers aan Lets arbeidsrecht waren onderworpen als recht van het land van vestiging van de onderneming die hen had uitgezonden – wel de bepalingen inzake vrij verkeer van diensten, maar – zijns inziens – niet de bepalingen inzake vrij verkeer van personen toepassing vereisten; zou dan, zo rijst de vraag, als men de redenering van Reich volgt, mogelijk ook andersom kunnen worden geredeneerd in die zin dat als het werknemers had betroffen die onder het arbeidsrecht van het gastland of een nog ander recht hadden gewerkt – of, bijvoorbeeld, lokale werknemers -, wel de bepalingen inzake vrij verkeer van werknemers toepasselijk waren geweest, en het Hof niet het(zelfde) beoordelingskader van vrij verkeer van diensten had kunnen hanteren?

Het is boeiend de redenering van Reich te plaatsen naast die van Van Hoek⁵¹, waar zij met betrekking tot de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaak Rush Portuguesa stelt: “In het arrest Rush Portuguesa heeft het Hof van Justitie bepaald dat werknemers die een land binnenkomen in het kader van het vrij verkeer van diensten in het algemeen niet de arbeidsmarkt van de lidstaat van ontvangst betreden. Ze blijven dus blijkbaar deel uitmaken van de arbeidsmarkt van het land van herkomst. Op grond hiervan kan verdedigd worden dat de arbeidsovereenkomsten van de bij de dienstverrichting betrokken werknemers ook onderworpen blijven aan het recht van het land van herkomst.” Daar waar Reich vanuit de twee overwegingen dat de werknemers niet toetreden tot de lokale arbeidsmarkt en onderworpen zijn aan het recht van het land van

⁴⁹ Zie hierover meer infra hoofdstuk V.

⁵⁰ N. Reich, “Free movement versus social rights in an enlarged Union: the Laval and Viking cases before the European Court of Justice” (2008) 9 German Law Journal 125.

⁵¹ Van Hoek, Internationale mobiliteit van werknemers, p. 448.

herkomst van de onderneming de gevolgtrekking maakt dat het dus niet kan gaan om het vrij verkeer van personen, maar enkel om het vrij verkeer van diensten, trekt Van Hoek uit de (enkele) overweging dat de werknemers niet toetreden tot de arbeidsmarkt de conclusie dat zij dus onderworpen zijn aan het arbeidsrecht van het land van herkomst van de onderneming. Dit is als het ware een constructie achteraf, waarmee de casus ook helemaal ingepast wordt in het beoordelingskader van het vrije verkeer van diensten. In een redenering als die van Van Hoek rijst uiteraard de vraag wat de conclusie zou moeten zijn als zou blijken dat de werknemers toch niét onderworpen zijn aan het arbeidsrecht van het land van herkomst van de onderneming – bijvoorbeeld indien de werknemers onderworpen zijn aan het recht van een nog ander land dan het land van herkomst van de onderneming en het ontvangstland, in welk geval toch ook nog zou kunnen worden betoogd dat de werknemers niet toetreden tot de lokale arbeidsmarkt; of nog, indien de werknemers onderworpen zijn aan het arbeidsrecht van het ontvangstland: zou de casus dan alsnog buiten het vrije dienstenverkeer blijken te vallen, zou retroactief een “rechtzetting” van het toepasselijke recht gebeuren, waarbij artikel 6 EVO-verdrag anders wordt ingevuld... ? Alleszins stelt Van Hoek⁵² dat uit artikel 6 lid 2 onder a EVO volgt dat in gevallen van detachering de voorkeur moet worden gegeven aan het recht van het land van herkomst, en dat deze conclusie wordt ondersteund door (het bestaan van) de Detacheringsrichtlijn.

Dit brengt ons tot de derde kanttekening, met name betreffende de *Detacheringsrichtlijn*. Ik betrek hierbij commentaren bij en analyses van de Detacheringsrichtlijn van de hand Van Hoek en Houwerzijl, de twee belangrijkste Nederlandse commentatoren bij de Detacheringsrichtlijn. Opmerkelijk hierbij is dat Van Hoek en Houwerzijl⁵³ zich in hun analyse van de recente rechtspraak van het Hof op het vlak van vooronderstellingen van het Hof, expliciet kritisch tonen voor wat betreft de zaak Viking, in een zaak van internationaal transport. Zij stellen daarbij de vooronderstelling van het Hof aan de kaak dat het toepasselijk recht van werknemers die door een buitenlandse dienstverlener zijn tewerkgesteld, het arbeidsrecht van het land van vestiging van de onderneming zou zijn. Zij plaatsen deze vooronderstelling tegenover het in artikel 6 EVO-verdrag gehuldigde werklandbeginsel, en verwijzen naar artikel 8 van de Rome I verordening waarin expliciet de regel is opgenomen dat bij afwezigheid van een vast werkland moet worden gezocht naar het land *van waaruit* de werkzaamheden worden verricht. Van Hoek en Houwerzijl geven aan dat ze eenzelfde vooronderstelling inzake toepasselijk arbeidsrecht terug vinden in de arresten Laval en Rüffert, *in zaken van internationale detachering*. Voor wat betreft de in deze zaken gehanteerde vooronderstelling, tonen ze zich niet expliciet kritisch. Zoals hierna zal blijken, gaven zij in het verleden allebei zelf al onderbouwing aan deze door het Hof gehanteerde vooronderstelling in zaken van internationale detachering. In mijn bespreking van de visie van Van Hoek en Houwerzijl, stel ik tegelijk een aantal vragen en hypothesen aan de orde die vrij gedetailleerd kunnen lijken, maar waarop het antwoord wel richtinggevend kan zijn bij de oplossing van een casus.

⁵² Van Hoek, Internationale mobiliteit van werknemers, p. 448.

⁵³ Van Hoek en Houwerzijl, “Loonconcurrentie als motor van de interne markt?”, p. 199.

Zo schrijft Van Hoek⁵⁴ in een analyse van het herkomstlandbeginsel in het vrij verkeer van diensten: “(...)De gewoonlijke werkplek als aanknopingscriterium komt in de jurisprudentie betreffende het dienstenverkeer niet voor. Wel *moet* er sprake zijn van werknemers die behoren tot het vaste personeel van de dienstverrichter *en die werkzaam zijn onder recht van de lidstaat van herkomst* (...)” (cursivering *vvde*). Welnu, is het inderdaad zo werknemers *moeten* werkzaam zijn onder het recht van de lidstaat van herkomst; of ging het in de rechtspraak van het Hof louter om een vaststelling van een omstandigheid die zich in casu voordeed – en wat dan als dat niet zo is? Het lijkt er op dat Van Hoek de hypothese niet denkbaar acht dat in de keuze tussen de betrokken rechtsstelsels nog een ander recht dan het recht van de staat van herkomst en het recht van de staat van ontvangst wordt betrokken, en dat bovendien ook in de te maken keuze niet de situatie denkbaar is dat bij toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn een ander arbeidsrecht dan dat van het land van herkomst van de onderneming toepasselijk is – waarbij de Detacheringsrichtlijn zelf er volgens haar bovendien van uitgaat dat het recht van het ontvangsland niet toepasselijk is: zij stelt⁵⁵ dan ook dat “de arbeidsovereenkomst van de gedetacheerde werknemers wordt beheerst door het recht van het land van herkomst.”

De analyse van Houwerzijl lijkt hierbij aan te sluiten. Zo schrijft Houwerzijl⁵⁶, refererend aan artikelen van de Detacheringsrichtlijn: “Artikel 2 lid 1 geeft een zeer algemeen gestelde definitie van de gedetacheerde werknemer als begunstigde van de richtlijn. Een belangrijk criterium dat in de definitie ontbreekt is de band die bij detachering tussen werknemer en werkgever *uit het gewoonlijk werkland* moet blijven bestaan. Dit vereiste kan echter in samenhang met art. 1 lid 3 van de richtlijn impliciet in de definitie worden gelezen” (cursivering *vvde*). In artikel 1 lid 3 van de richtlijn waarnaar Houwerzijl verwijst, wordt echter wel gesproken over de arbeidsverhouding, maar wordt niet gerept over het land waar het werk (gewoonlijk) wordt uitgevoerd of het op de arbeidsverhouding toepasselijke recht. Overigens lijkt in de visie van Houwerzijl het land van gewoonlijke tewerkstelling van de werknemers niet alleen samen te vallen met het land van vestiging van de onderneming, maar ook met het woonland van de werknemers. Zo stelt zij⁵⁷: “Uit de zinsnede over de lidstaat waar de werknemer gewoonlijk werkt (woonland) kan a contrario worden afgeleid dat werknemers die in geen enkele lidstaat gewoonlijk werken niet als gedetacheerde werknemers aan te merken zijn in het kader van de Detacheringsrichtlijn”- maar wat dan als bijvoorbeeld *grensarbeiders* gedetacheerd worden naar een ander land? Wat betreft de door Houwerzijl gehanteerde a contrario redenering, rijst overigens de vraag of de zinsnede⁵⁸ daadwerkelijk noopt tot deze interpretatie, nu de formulering in de Detacheringsrichtlijn toch vooral gericht is op de omstandigheid dat de werknemer niet een gewoonlijke tewerkstelling in het

⁵⁴ Van Hoek, Internationale mobiliteit van werknemers, p. 352.

⁵⁵ Van Hoek, Internationale mobiliteit van werknemers, p. 449.

⁵⁶ Houwerzijl, De detacheringsrichtlijn, p. 126. Zie ook Houwerzijl p. 123 waar ze aangeeft dat de dienstverlener een dienst uitvoert: “met behulp van zijn eigen werknemers, *eveneens afkomstig uit lidstaat A*” (cursivering *vvde*) – hetgeen níét als zodanig terug te vinden is in de tekst van de Richtlijn zelf.

⁵⁷ Houwerzijl, De Detacheringsrichtlijn, p. 126.

⁵⁸ Artikel 2 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn luidt “Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder “ter beschikking gestelde werknemer” verstaan, iedere werknemer die gedurende een bepaalde periode werkt op het grondgebied van een Lid-Staat die niet de Staat is waar die werknemer gewoonlijk werkt.”

ontvangstland mag hebben. Houwerzijl gaat er bovendien kennelijk ook van uit dat de werknemers in een *EU-lidstaat* een gewoonlijke tewerkstelling hebben, maar bij nalezing van de zinsnede kan mijns inziens de vraag rijzen of, bijvoorbeeld – vasthoudend aan de formulering van de *Detacheringsrichtlijn* – mogelijk ook wel nog denkbaar is dat een werknemer in een niet-EU-lidstaat zijn gewoonlijke tewerkstelling heeft. Houwerzijl heeft het in haar analyse ten slotte ook meermaals over ondernemingen met “hun” werknemers. Maar, zo kan worden geopperd, is “hun” te begrijpen in die zin dat de werknemers wel door de onderneming moeten zijn aangenomen, maar niet per se dat de werknemers in datzelfde land moeten werkzaam c.q. woonachtig zijn of nog, dat niet per se het recht van het land van vestiging op hen toepasselijk moet zijn? Al in de zaak *Rush Portuguesa* – de uitspraak waarmee detachering van werknemers in het beoordelingskader van vrij verkeer van diensten werd gebracht - werd door het Hof gesproken van “hun personeel”, maar werd daar niet als vereiste aan toegevoegd dat dat personeel per definitie in het land van vestiging van de onderneming gewoonlijk tewerkgesteld moest zijn. Het Hof had het in deze zaak overigens wel over werknemers die naderhand “terug keren naar het land van herkomst” zij het dat er niet bij werd geëxpliciteerd of de werknemers terug dienden te gaan naar het land van vestiging van de onderneming c.q. het land van gewoonlijke tewerkstelling, of een nog ander “land van herkomst”.

Zo kan hier tevens de vraag worden gesteld naar de waarde van dit element – wederom in de zin van loutere constatering van de omstandigheid, dan wel als vereiste om te passen binnen het beoordelingskader en beoordelingswijze- van “terugkeer naar het land van herkomst”. Door van Hoek wordt, zoals aangegeven, uit uitspraken als *Rush Portuguesa* wel afgeleid dat artikel 6 lid 2 EVO-verdrag kan worden geïnterpreteerd in die zin dat het recht toepasselijk is van het land van vestiging van de onderneming die de werknemers heeft uitgezonden. Maar in de rechtspraak van het Hof van Justitie heb ik zelf nergens expliciet het vereiste teruggevonden dat de werknemers die door de onderneming zijn gedetacheerd onderworpen *moeten* zijn aan het recht van het land van vestiging van de onderneming die hen uitstuurt. In de *Detacheringsrichtlijn* kan wel het element van het tijdelijk karakter van tewerkstelling als vereiste worden teruggevonden, maar niet het element van “terugkeer naar het land van herkomst”. En noch in de rechtspraak van het Hof van Justitie, noch in de bewoordingen die in de artikelen van de *Detacheringsrichtlijn* zelf worden gebruikt, kan als zodanig het vereiste worden teruggevonden dat het arbeidsrecht van het land van vestiging van de onderneming toepasselijk zou moeten zijn. Zo wordt in de *Detacheringsrichtlijn* in artikel 3 lid 1 wel de zinsnede geformuleerd “ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband”, en dus niet “ongeacht het (overigens) toepasselijke recht van land van vestiging van de onderneming”⁵⁹. Naar de letter genomen zou het normaal toepasselijke recht dus dat kunnen zijn van het gastland, of van een nog ander land. Weliswaar ligt het niet voor de hand dat het recht van het gastland op basis van artikel 6 lid 2 onder a EVO-verdrag toepasselijk zal zijn, nu in die EVO-bepaling het recht van het land van gewoonlijke tewerkstelling toepasselijk wordt verklaard en een vereiste voor toepasselijkheid van de *Detacheringsrichtlijn* is dat de

⁵⁹ Ook in artikel 3 lid 7 wordt niet naar een welbepaald rechtsstelsel, of een welbepaald type rechtsregel verwezen.

werknemer niet in het gastland zijn gewoontelijke tewerkstelling heeft⁶⁰: in het geval de gewoontelijke tewerkstelling van de werknemer zich bevindt in het gastland, zal de Detacheringsrichtlijn normaliter niet toepasselijk zijn; maar het recht van het gastland zou nog wel op basis van een andere bepaling van artikel 6 EVO-verdrag toepasselijk kunnen zijn; ook zou nog denkbaar zijn dat een nog ander recht dan het recht van het gastland of het recht van vestiging van de onderneming zou toepasselijk zijn, mogelijk zelfs het recht van een niet-EU-land⁶¹ – dit omdat de werknemer in dat land zijn gewoontelijke tewerkstelling heeft –, omdat de tenzij-bepaling tot toepasselijkverklaring van dat recht leidt, of nog, omdat zich in dat land de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen.⁶²

Wat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie alleszins al duidelijk naar voren is gekomen, is dat het, als de onderneming zich wil beroepen op zijn vrij verkeer van diensten, *geen* vereiste is dat hij eigen onderdanen heeft gedetacheerd – het mogen zelfs derdelanders betreffen, zo bleek ook al uit de uitspraak Vander Elst⁶³ – en het evenmin een vereiste is dat de betrokken werknemers al vele maanden voorafgaand aan de detachering in dienst waren bij de onderneming.⁶⁴ De rechtspraak betreffende dit laatste punt betrof weliswaar de kwestie van *vergunningen* waarbij niet getoetst werd of de casusposities binnen het werkingsgebied van de Detacheringsrichtlijn vielen – de casusposities werden beoordeeld in het kader van het vrij verkeer van diensten, inzake voorwaarden die door de ontvangende lidstaat worden gesteld aan een onderneming die op zijn grondgebied werknemers uit een derde land ter beschikking stelt – maar in een later uitgebrachte Mededeling⁶⁵ wordt het wel voorgesteld dat het niet-mogen-stellen van deze vereisten een manier is om de Detacheringsrichtlijn te hanteren.

⁶⁰ Zie de supra, voetnoot 58, geciteerde zinsnede. Dit althans in zoverre de termen “gewoonlijk werkt” in de Detacheringsrichtlijn in diezelfde zin wordt gehanteerd als “gewoonlijk werken” in artikel 6 lid 2 onder a EVO-verdrag. Zie in deze context ook een uitspraak van Ktg. Zwolle, 23 september 1997, NIPR 2000, afl. 3, nr. 199, betreffende de vraag naar invulling van de begrippen “gewoontelijke tewerkstelling” in het EEX-verdrag – in een kwestie betreffende *rechtsmacht* (cfr. in deze context de problematiek – waar ik hier niet verder op inga – van de al dan niet eensluidende interpretatie van het begrip “land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht” in het EEX-verdrag c.q. de EEX-verordening enerzijds, het EVO-verdrag c.q. de Rome I verordening anderzijds). Het betrof in casu de vraag of de Nederlandse rechter bevoegd was op grond van artikel 5 sub 1 EEX als rechter van het land van gewoontelijke tewerkstelling, in een situatie dat Italiaanse werknemers nooit op een andere plaats dan in Nederland voor een Italiaanse onderneming hadden gewerkt, en na afloop van het werk ook weer naar Italië terugkeerden; de Nederlandse rechter werd bevoegd geacht.

⁶¹ Cfr. artikel 2 EVO-verdrag: het universele toepassingsgebied van het EVO-verdrag kan er toe leiden dat het recht toepasselijk wordt verklaard van een niet-verdragsstaat.

⁶² Dit laatste wel in de veronderstelling dat de Detacheringsrichtlijn ook nog toepasselijk kan zijn als de werknemer geen gewoontelijke tewerkstelling heeft in eenzelfde land – volgens Houwerzijl zou dit kennelijk niet mogelijk zijn.

⁶³ HvJ Vander Elst, C-43/93, 9 augustus 1994. Zie ook, kort, betreffende het punt van niet-mogen stellen van nationaliteitsvereisten door de onderneming vanuit het oogpunt van het non-discriminatiebeginsel, Deakin, “Regulatory competition”, p. 17.

⁶⁴ Cfr. HvJ Commissie/Luxemburg C-445/03, 21 oktober 2004 en HvJ 19 januari 2006 (C-244/04).

⁶⁵ Zie COM(2006)159, waar – in het kader van het mogen vragen van vergunningen – betreffende derdelanders wel wordt melding gemaakt van de kwestie *voor wie* ze werken, maar niet *waar* ze werken. Zie ook de Mededeling van de Commissie van 13.6.2007 COM (2007)304 def, en SEC(2006)439.

Ik rond dit onderdeel, betreffende “vereisten” die mogelijk worden gesteld om binnen het beoordelingskader c.q. de beoordelingswijze van het Hof van Justitie te vallen, af met twee opmerkingen betreffende het werkingsgebied van het vrij verkeer van diensten in verhouding tot het werkingsgebied van de Detacheringsrichtlijn, met name als men beschouwt welke elementen in de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake vrij dienstenverkeer enerzijds, in de Detacheringsrichtlijn anderzijds, zijn te signaleren en mogelijk consequenties hebben als ze als “vereisten om onder de werkingssfeer te vallen” worden geïnterpreteerd. Wat immers als niet alle elementen, die in de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake vrij dienstenverkeer herkenbaar waren, voorhanden zijn in een casus die onder de Detacheringsrichtlijn lijkt te vallen, of omgekeerd?

Een eerste vraag die zodoende kan rijzen is dan de volgende: is dan denkbaar dat een casus binnen het werkingsgebied van de Detacheringsrichtlijn valt, maar toch niet beoordeeld mag worden binnen het vrij verkeer van diensten – bijvoorbeeld indien men zover zou gaan het element “terugkeer naar het land van herkomst” in de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake vrij verkeer van diensten te interpreteren als een vereïste om binnen de werkingssfeer van het vrije verkeer van diensten te vallen? Opmerkelijk is hier de analyse van de zaak Laval door Deakin⁶⁶, met name daar waar hij oppert dat een casus mogelijk door het Hof *via* classificatie binnen de Detacheringsrichtlijn binnen het vrij verkeer van diensten kan worden gebracht. Welnu, zo bekeken, zou het pogen onderbrengen van een casus in de Detacheringsrichtlijn – om te pogen verzekeren dat de minimumbescherming van de Detacheringsrichtlijn wordt gehandhaafd – als mogelijk risico en neveneffect meebrengen dat de casus daarmee automatisch ook binnen de werkingssfeer van het vrije verkeer van diensten valt, en toepassing van regels van het gastland daarmee als belemmering van het vrije dienstenverkeer zou kunnen worden beschouwd.

Een tweede opmerking betreft de omgekeerde hypothese: stel dat wordt betoogd dat een casus *niet* binnen de werkingssfeer van de Detacheringsrichtlijn valt, dan kan, bekeken vanuit het perspectief van werknemersbescherming, als nadeel worden aangeduid dat de werknemers dan dus niet aanspraak kunnen maken op de minimumbescherming die de Detacheringsrichtlijn biedt, maar het voordeel mogelijk wel is dat de casus buiten de werkingssfeer van het vrije verkeer van diensten zou kunnen worden gehouden – en dus geen dreiging boven het hoofd hangt van toetsing aan de EG-beginselen inzake vrij verkeer van diensten.

Interessant in deze context is uiteraard hoe om te gaan met de omstandigheid dat het arbeidsrecht van een welbepaald land toepasselijk is, indien men een redenering hanteert die gestoeld is op “eisen” om binnen de werkingssfeer te vallen c.q. de door het Hof uitgezette benaderingswijze te kunnen aanhouden, en dit ook toepast op de materie van het toepasselijk arbeidsrecht. Wat betreft de problematiek van het op de arbeidsverhouding toepasselijke recht, is het zo dat in het voorstel van Dienstenrichtlijn door hantering van het oorsprongslandbeginsel zelf het arbeidsrecht van het land van

⁶⁶ Deakin, “Regulatory competition”, p. 6 en 15, betreffende paragraaf 99 van de uitspraak-Laval en paragraaf 107, 145 en 149 van de conclusie bij Laval.

vestiging van de onderneming werd toepasselijk verklaard.⁶⁷ Maar quid in de huidige situatie? Valt de casus dan eventueel, à la limite, buiten de werkingssfeer van het vrij dienstenverkeer c.q. de Detacheringsrichtlijn? Zo ja, dan situeert zich hier in extremis een mogelijke uitweg in een aantal casusposities, waarlangs kan worden ontsnapt aan de redenering van het Hof. Hierna ga ik echter verder met de hypothese dat de casus ook binnen de werkingssfeer van het vrij dienstenverkeer c.q. de Detacheringsrichtlijn kan vallen als het toepasselijk arbeidsrecht niet het recht van het land van herkomst van de onderneming is.

d) Complicaties en spanningsvelden als aanvaard wordt dat het toepasselijk arbeidsrecht soms een ander recht is dan het recht van het land van herkomst van de onderneming

Welnu, *stel* dat in een welbepaalde casus *niet* het recht van het land van vestiging van de onderneming toepasselijk is, maar de casus toch wel nog steeds wordt beoordeeld *binnen* het beoordelingskader inzake toetsing van belemmeringen aan het vrij verkeer van diensten zoals uitgezet door het Hof – al of niet met toepassing van de Detacheringsrichtlijn. Zijn dan spanningsvelden en complicaties te onderkennen, en zo ja welke? Ik signaleer er hierna alleszins twee.

Een eerste complicatie die kan rijzen, is deze van de beoordeling van de dubbele lasten.⁶⁸ Het arbeidsrecht ontspringt dan immers aan de toepasselijkheid van regels van het land van oorsprong, nu het internationaal privaatrecht niet per se de arbeidsrechtelijke regels van het land van herkomst toepasselijk verklaart, maar het recht van een ander land toepasselijk kan blijken, terwijl er toch lijkt te worden van uitgegaan dat het land van vestiging van de onderneming de eerste regulator is – hoe dan om te gaan met de vergelijkingstest zoals in geval van dubbele lasten wordt doorgevoerd, indien men in die test ook arbeidsrechtelijke bepalingen wil betrekken?⁶⁹ Moet de vergelijking dan à la limite gebeuren tussen de regels van het gastland en de regels van een ander land⁷⁰ dan het land van oorsprong dat normaliter wordt aanzien als primaire regulator in geval van vrij verkeer van diensten? Hier situeert zich een complicatie. Denkbaar is overigens nog wel dat een uitweg voor deze complicatie wordt gezocht op een manier die poogt vast te houden aan de formulering van het Hof inzake dubbele lasten maar tegelijk ruimte laat voor de mogelijkheid dat een ander arbeidsrecht dan dat van het land van vestiging van de onderneming toepasselijk is, dit door de zinsnede “door de regels waaraan de dienstverlener is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd”⁷¹ te begrijpen als

⁶⁷ Zie ook de casus van de lokale werknemer, aangenomen door een in het buitenland gevestigd bedrijf, waarover Francq en De Schutter schreven (cfr. supra, voetnoot 32).

⁶⁸ Over de problematiek van de dubbele lasten, zie al supra, voetnoot 19. Cfr. ook meer algemeen betreffende de kwestie van het “vergelijkingsprobleem” Deakin, “Regulatory competition”, p. 8.

⁶⁹ En dus niet alleen bepalingen op het vlak van vergunningen etc. In de zaak Guiot bv. betrof het de verplichting van een werkgever een bijdrage te betalen, wanneer hij reeds een bijdrage heeft betaald op de plaats van vestiging.

⁷⁰ Mogelijk zelfs een niet-EU-land? Zou (zeker ook) in dat geval mogelijk moeten worden gedacht aan het creëren van een vorm van “Europees minimum” (zo mogelijk als materieelrechtelijke bescherming, bovenop de Detacheringsrichtlijn)? Cfr. in deze context de in de Rome 1 nieuw opgenomen bepaling artikel 3 lid 4, inzake dwingende bepalingen van Gemeenschapsrecht.

⁷¹ Cfr. de zinsnede in r.o. 34 van Arblade “Zelfs bij gebreke van harmonisatie ter zake, kan de vrijheid van dienstverrichting als grondbeginsel van het Verdrag slechts worden beperkt door regelingen die hun

regels “inclusief de *ipr*-regels.” Nu alle EU-lidstaten waarvan sprake, ook partij zijn bij het EVO-verdrag, zou dan in alle gevallen het toepasselijk recht via artikel 6 EVO-verdrag worden bepaald. Wat betreft de Rome I verordening, is Denemarken géén lidstaat, maar Denemarken blijft wel partij bij het EVO-verdrag en zou vandaar een vrijwel gelijkaardige regel toepassen. Dan gebeurt de interpretatie van de termen op een manier die kan worden ingepast in de formulering van het Hof, maar zou het desgevallend wel mogelijk zijn een hogere maatstaf te hanteren.

Een tweede complicatie betreft de dreiging, als een zwaard van Damocles, die zo kan komen hangen boven de toepasselijkheid van regels van arbeidsrecht van het ontvangstland *op basis van artikel 6 EVO-verdrag*. Wordt het arbeidsrecht van het ontvangstland toepasselijk verklaard op basis van artikel 6 EVO-verdrag, dan is het enerzijds wel zo dat dan het verdrékpunt is dat het arbeidsrecht van het ontvangstland toepasselijk is; maar anderzijds is dit gegeven mogelijk ook de zwakte van de situatie: gevreesd kan worden dat deze regels nogal eens het onderspit zullen delven indien de concrete toepassing van deze regels wordt beschouwd als een belemmering van het vrije dienstenverkeer. Weliswaar kan het, zoals bij voorrangsregels, ook in deze hypothese heel zeker gaan om regels van het ontvangstland die van *dwingende* aard zijn, maar het gaat dan niet om dwingende regels in de zin van artikel 7 EVO-verdrag (semi-publiekrechtelijke regels die als voorrangsregels worden gehanteerd), maar om dwingende regels in de zin van artikel 6 EVO-verdrag; mogelijk is het dan nog moeilijker dan ingeval van beroep op artikel 7 EVO-verdrag om deze regels te laten hanteren als ze aan de kaak worden gesteld als belemmering voor het vrij dienstenverkeer. Een bijkomend gevaar van toepasselijkverklaring van het recht van het gastland op basis van artikel 6 lid 2 onder a EVO-verdrag schuilt bovendien, paradoxalerwijze, in een nog verdergaande reductie van het beschermingsniveau van de werknemer, zo bleek al hoger. Immers, zoals ik al aangaf, zou een interpretatie van de term “gewoonlijke tewerkstelling” in artikel 6 lid 2 onder a EVO-verdrag in die zin dat het ontvangstland als land van gewoonlijke tewerkstelling wordt beschouwd, kunnen resulteren in de uitsluiting van de toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn – in de Detacheringsrichtlijn wordt immers de hypothese van detachering van werknemers die hun gewoonlijke tewerkstelling in het ontvangstland hebben, uitgesloten. Dan zouden deze werknemers, in een ultieme poging hen meer bescherming te bieden via een welbepaalde invulling van artikel 6 EVO-verdrag, uiteindelijk in een situatie dreigen terecht te komen dat zij (zelfs) niet meer beroep kunnen doen op de bescherming van de Detacheringsrichtlijn! Zeker als de Detacheringsrichtlijn als een niveau van maximum-bescherming zou functioneren, dreigen werknemers in zo’n situatie uiteindelijk helemaal in de kou te komen staan. Zo blijkt hoezeer, paradoxalerwijze, ook het hanteren van de manoeuvreerruimte die artikel 6 EVO-verdrag biedt in de richting van toepasselijkverklaring van een voor de werknemer gunstig materieel arbeidsrecht, uiteindelijk toch gevaren kan opleveren op het vlak van bescherming van de werknemer. Het voorgaande noopt tot waakzaamheid indien men vanuit bekommernis om de

rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van de betrokken staat werkzaam is, voor zover dit belang niet wordt gewaarborgd door *de regels waaraan de dienstverlener is onderworpen in de lidstaat waar hij is gevestigd*” (cursivering *vvde*).

rechtsbescherming van de werknemer pogingen onderneemt tot sturing van de invulling van artikel 6 EVO-verdrag.

e) Of heeft het Hof de regels inzake toepasselijk arbeidsrecht gewijzigd?

Of, zo kan nog worden geopperd, zijn de regels van toepasselijk recht zoals opgenomen in artikel 6 EVO-verdrag uiteindelijk *gewijzigd* door de uitspraken van het Hof?

Wie de rechtspraak van het Hof zou interpreteren in die zin dat het Hof in de bepalingen van Gemeenschapsrecht, en met name inzake vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstenverkeer, zelf een ipr-regeling heeft gelezen – een oorsprongslandbeginsel?⁷² -, zou het wellicht zo moeten voorstellen dat het Hof de huidige ipr-regeling c.q. het resultaat van toepassing van de huidige ipr-regeling heeft getoetst aan Gemeenschapsrecht en in bepaalde gevallen onverenigbaar met Gemeenschapsrecht heeft bevonden, en/of – bij inwerkingtreding van Rome I -, soelaas moeten zoeken in artikel 23 Rome I, dat bepaalt “Met uitzondering van artikel 7 laat deze verordening onverlet de toepassing van de in de bepalingen van het Gemeenschapsrecht vervatte en op bepaalde gebieden geldende regels inzake het toepasselijk recht op verbintenissen uit overeenkomst”.⁷³

Stel dat men er van uitgaat dat het tot op heden mogelijk was dat zich casusposities, die beoordeeld moeten worden binnen het kader van het vrije verkeer van diensten, kunnen voordoen waarbij het toepasselijk recht op de arbeidsverhouding niet per se het recht van het land van vestiging van de onderneming is. Dan lijkt het mijzelf niét zo dat het Hof in deze uitspraken de verwijzingsregels inzake arbeidsverhoudingen in algemene zin en als zodanig heeft gewijzigd. Zo bijvoorbeeld zou voor lokale werknemers die door een in het buitenland gevestigd bedrijf worden aangenomen in het kader van dienstenverkeer⁷⁴ niet zomaar mogen worden aangenomen dat zij zijn onderworpen aan het arbeidsrecht van het land van vestiging van de onderneming. Wel passen bij het voorgaande al direct twee nuancerende opmerkingen.

Ten eerste bestaat wél de kans dat het Hof *ingeval van onduidelijkheid over het toepasselijk recht* lijkt *toe te sturen* in de richting van toepasselijkverklaring van het arbeidsrecht van het land van herkomst van de onderneming. De manoeuvreerruimte die

⁷² Over de vraag of uit het EG-recht een ipr-“oorsprongslandbeginsel” moet c.q. kan worden afgeleid, zie reeds de analyse van J. Meeusen en M. Fallon, “Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition”, *Yearbook of private international law*, 2002, p. 37-66. Zie ook, naar aanleiding van de recente rechtspraak van het Hof, S. Deakin, “Regulatory competition after Laval”, p. 11-12, waar hij stelt “The Services directive was amended in the final draft stages in order to remove reference to the country of origin principle and to ensure that none of the provisions of the Directive would undermine the territorial application of labour law rules and provisions in collective agreements. The effect of Laval and Rüffert is, in effect, to circumvent this derogation and to revive the country of origin principle in relation to labour law, but now with the added force of a Treaty provision (Article 49) (...)”

⁷³ Artikel 20 van het momenteel nog in werking zijnde EVO-verdrag lijkt in zijn formulering veel meer dan artikel 23 Rome I toegespitst op ipr-regels opgenomen in *specifieke Europese regelgeving* – à la limite Europese regelgeving waarin incidentele ipr-bepalingen zijn opgenomen. In considerans 40 van de preambule bij Rome I wordt ook wel enkel expliciet verwezen naar Europese ipr-regelgeving vervat in een richtlijn. In considerans 34 wordt verwezen naar de Detacheringsrichtlijn.

⁷⁴ Supra, voetnoot 32.

artikel 6 EVO-verdrag biedt, zou dus in die zin aangewend kunnen (gaan) worden. Dergelijke sturing van de regel van toepasselijk recht in het internationaal arbeidsrecht in combinatie met regels van toepasselijk recht in het internationaal vennootschapsrecht vormt een gevaarlijke mix. Hier duikt een parallel op met de risico's waarop ook werd gewezen ten tijde van de ophef rond het oorsprongslandbeginsel, waar ook werd gevreesd dat ipr-regels inzake vennootschapsrecht een extra gevaarlijke dimensie toevoegden aan het gevaar van social dumping. Overigens was het toen, in het voorstel van Dienstenrichtlijn, nog wel de bedoeling een brievenbusclausule in te voeren.⁷⁵ In de huidige stand lijkt, indien toepasselijkheid van het recht van het herkomstland van de onderneming gekoppeld wordt aan de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake internationaal vennootschapsrecht⁷⁶, nog minder weerwerk mogelijk tegen het opzetten van een kunstmatige U-bocht-constructie.⁷⁷ Opmerkelijk in deze dynamieken inzake Europese unificatie, sturing en controle van ipr is alleszins het volgende: het momenteel aan de gang zijnde proces van Europese unificatie van regels van toepasselijk recht wordt mede verantwoord vanuit het streefdoel van bevordering van de rechtszekerheid en voorspelbaarheid – dit mede met het oog op het stimuleren van de interne markt – en het streefdoel van het vermijden van “forumshopping”. Bij “forumshopping” staat dan vooral de hypothese voor ogen dat een partij door het aanspreken van de ene Europese rechter een ander toepasselijk recht zou kunnen verkrijgen dan bij het aanspreken van een andere Europese rechter. Welnu, dergelijke mogelijkheid tot forumshopping was in procedures omtrent arbeidsverhoudingen reeds aan banden gelegd door de opstelling van het EVO-verdrag, dat immers al uniforme regels inzake toepasselijk recht omvat; naar de toekomst toe zal de Rome I verordening fungeren als een “communautair” instrument dat uniforme regels van toepasselijk recht omvat. Maar in de recente zaken lijkt in de manier waarop met deze regels wordt omgegaan, een specifieke vorm van “shopping” gestalte te (kunnen) krijgen en gehonoreerd te (kunnen) worden door het Hof. Ondernemingen zouden door het zich vestigen in een land met lage arbeidsvoorwaarden de

⁷⁵ Cfr. betreffende het voorstel van Dienstenrichtlijn, kort, Francq en De Schutter, “La proposition de directive”, p. 652 en, zeer kort, Van Hoek en Houwerzijl, “Loonconcurrentie als motor van de interne markt?”, p. 199 voetnoot 72. Zie ook, voor de definitieve versie van Dienstenrichtlijn, considerans 37 en artikel 4, 5.

⁷⁶ Cfr. het liberalisme in het internationaal vennootschapsrecht, zoals afgedwongen door het Hof van Justitie in uitspraken als Inspire Art (zie, voor het zetten van een rem, louter een enkele uitspraak als HvJ Cadbury, C-196/04, 12 september 2006; zie hierover ook V. Van Den Eeckhout, “Competing norms and European Private International Law” tweede bijdrage aan het “Refgov-project”, te raadplegen op de website van het project (<http://refgov.cpdr.ucl.ac.be/?go=publications> als publicatie “FR20”) evenals op <http://papers.ssrn.com>, waarbij ik in deze context ook heb verwezen naar de conclusie in de zaak Grunkin-Paul (C-353/06)).

⁷⁷ Zie ook over de problematiek van de U-bochtconstructie in het dienstenverkeer, Van Hoek, Internationale mobiliteit van werknemers, p. 319. Cfr. ook, omtrent het aspect van “kunstmatigheid” in Laval, in een bespreking van de “factual situations” die door het Hof worden ingeroepen, Deakin, “Regulatory competition”, p. 6 en 15. Zie in deze context ook r.o. 44 van de zaak Laval en nr. 19 van de conclusie bij de zaak Viking. Omtrent de situatie van “omgekeerde discriminatie” die zo kan ontstaan, zie, terecht, F. Dorsemont, “Hof censureert sociale clausule bij openbare aanbestedingen”, De Juristenkrant 14/05/08 in een commentaar bij de zaak Rüffert (overigens geeft Dorsemont in zijn betoog wel een verkeerde weergave van artikel 1 lid 4 Detacheringsrichtlijn, dat met name niet ziet op de vergelijking tussen buitenlandse en binnenlandse dienstverleners, maar op een eventueel verschil dat in lidstaten zou worden gemaakt in de omgang met Europese dienstverleners enerzijds, niet-Europese dienstverleners anderzijds).

toepasselijkheid van het materieel arbeidsrecht van dat land kunnen afdwingen indien ze werknemers uitsluiten naar een land met een hoge bescherming. Inzoverre Europese, eengemaakte ipr-regels toelaten en zelfs afdwingen dat uitsluitend de regels van het land van vestiging van de onderneming in zodanige situatie toepasselijk zijn (à la limite doordat op radicale wijze wordt vastgehouden aan het “werklandbeginsel” van artikel 6 lid 2 onder a EVO-verdrag waar dit samenvalt met het land van vestiging van de onderneming, zonder daarbij bereidheid te tonen gebruik te maken van de nuancerings- en interpretatiemogelijkheden die artikel 6 van het EVO-verdrag biedt), zorgen precies Europese, geuniformeerde ipr-regels er voor dat dit type “shopping” loont, zijn die ipr-regels mede verantwoordelijk voor dit type “social dumping”, “collaboreren” ipr-regels als het ware, en liggen à la limite die ipr-regels mede aan de basis van een verlaging van het beschermingsniveau van werknemers.

Ten tweede is er heel zeker ook het gevaar dat de daadwerkelijke *toepassing* van regels van arbeidsrecht van het ontvangstland na de uitspraken van het Hof almaar meer dreigt afgeknot te worden. Het Hof geeft al bij al in de uitspraken niet zozeer een aanduiding van welk recht toepasselijk moet zijn, als, veeleer, een signaal van welk recht hoogstwaarschijnlijk géén kansen maakt op het doorstaan van de toets van het vrij verkeer van diensten c.q. de Detacheringsrichtlijn, althans in gevallen van internationale detachering c.q. tijdelijke tewerkstelling van een werknemer in een ander land.⁷⁸ Zo wordt de toepasselijkheid van arbeidsrecht van het ontvangstland afgekald. In *voornoemde* zin en in dié mate geeft het Hof in de omgang met regels van toepasselijk recht armslag aan het oorsprongslanbeginsel. Evenals bij hantering van het oorsprongslanbeginsel is het effect alleszins dat de kansen dalen dat regels van het land van ontvangst worden toegepast. Of men dit fenomeen nu al of niet aanduidt als een afkalving van het werklandbeginsel⁷⁹, feit is alleszins dat de toepasselijkheid van regels van het ontvangstland onder grote druk blijkt te staan. En eenzelfde conclusie komt naar voren als wordt gekeken naar de mogelijkheid na deze uitspraken de toepasselijkheid van voorrangregels van het gastland af te dwingen, op basis van artikel 7 EVO-verdrag c.q. artikel 9 Rome I.

III.B. Voorrangregels en de Detacheringsrichtlijn

De bespreking van de betekenis van de uitspraken van het Hof inzake voorrangregels en de Detacheringsrichtlijn houd ik kort; de problematiek van de Detacheringsrichtlijn is in commentaren bij de uitspraken immers al uitvoerig aan de orde gekomen. Welnu, na de uitspraken van het Hof lijkt het wel bijzonder moeilijk te worden om bovenop de bescherming die de Detacheringsrichtlijn biedt, via de techniek van de voorrangregels bepalingen van het ontvangstland toe te passen. In die zin kan in deze context heel zeker van de gelding van een oorsprongslanbeginsel gesproken worden.

⁷⁸ Voor wat betreft zaken *buiten* internationale detachering, zie de interessante opmerkingen van Deakin, “Regulatory Competition”, p. 32 en de door hem aangehaalde hypothetische voorbeelden p. 19.

⁷⁹ Zo men wil zou immers toepassing van regels van het gastland zowel kunnen worden aangeduid als een toepassing van het werklandbeginsel als als een uitzondering daarop. Cfr. de definitie van het “territorialiteitsbeginsel.” Zie over het “territorialiteitsbeginsel” in verhouding tot het werklandbeginsel van artikel 6 EVO-verdrag en de bijzondere bepalingen van de Detacheringsrichtlijn ook, kort, Deakin, “Regulatory competition”, p. 22.

De *manier* waarop dergelijk oorsprongslandbeginsel wordt doorgevoerd, is wel anders dan indien de regeling als voorgesteld in het voorstel van Dienstenrichtlijn het had gehaald: de moeilijkheid van handhaving van artikel 7 EVO-verdrag – als handvat om bovenop de Detacheringsrichtlijn nog andere dwingende bepalingen van het ontvangsland toe te passen – ligt nu immers niet in de toetsing aan het oorsprongslandbeginsel van de Dienstenrichtlijn, maar in de toetsing aan EG-bepalingen inzake vrij verkeer van diensten en de Detacheringsrichtlijn zelf. Het *resultaat* van deze benaderingswijze en redeneertrant is wel in sterke mate gelijklopend aan het resultaat van toepassing van het oorsprongslandbeginsel. Handhaving van voorrangsregels van het gastland lijkt naar de toekomst toe nog nauwelijks kans te gaan maken; de Detacheringsrichtlijn lijkt veeleer als een instrument van maximumbescherming dan als een instrument van minimumbescherming te gaan functioneren. De Detacheringsrichtlijn wordt daarbij aan dezelfde “zijde” geschaard als de EG-bepalingen inzake vrij verkeer van diensten. Bij het weergeven van de door de Detacheringsrichtlijn nagestreefde doelstellingen, wordt er zo ook de nadruk op gelegd dat de Detacheringsrichtlijn prioritair de bescherming van het dienstenverkeer tot doel had.⁸⁰

Zo bekeken, zou kunnen worden gesteld dat de vrees die destijds door ipr-juristen in de Franse open brief⁸¹ tot uitdrukking werd gebracht, nu mogelijk toch bewaarheid gaat worden. Was de opname van considerans 13 in de preambule bij het voorstel van Rome I dan toch als een teken aan de wand te beschouwen? Was mogelijk zelfs de Europese ipr-wetgever op dat ogenblik al bewust welke hogere krachten later nog aan zet zouden (kunnen) zijn? In de tegenbrief werd toen wel verwezen naar rechtspraak van het Hof waarin bestrijding van social dumping als een legitiem doel werd voorgesteld, in de huidige situatie lijkt het Hof veel minder geneigd social dumping te willen bestrijden en vermijden, zo zou kunnen worden gesteld. Zo bekeken zou een heroriëntatie en perspectiefwissel hebben plaatsgevonden, waarbij redeneringen die resulteren in meer liberalisme meer kans lijken te maken, ook al is als zodanig niet aan het kader van regelgeving geraakt.⁸²

IV. Betekenis van de uitspraken voor het ipr: consequentie dat regels van Europees internationaal arbeidsrecht verworden tot een vorm van window-dressing als het gaat om vrij verkeer van diensten?

Als zodanig heeft het Hof van Justitie geen wijziging aangebracht aan de regels van toepasselijk recht zoals opgenomen in het EVO-verdrag of aan de regels zoals opgenomen in de Detacheringsrichtlijn. Die regels inzake toepasselijk recht in arbeidsverhoudingen zoals opgenomen in het EVO-verdrag – en naar de toekomst toe in

⁸⁰ In de conclusie bij Rüffert, nr. 13, wordt wel gewag gemaakt van *verschillende* door de Detacheringsrichtlijn nagestreefde doelstellingen. Maar zie bv. r.o. 36 van de uitspraak Rüffert.

⁸¹ Zie supra, voetnoot 39.

⁸² Zie ook het verschil dat tot uiting komt bij nalezing van de visie van de advocaat-generaal in zijn conclusie bij Rüffert in vergelijking met de visie van het Hof zelf in deze zaak. Het lijkt wel alsof de tijdsgeest nu is veranderd in die zin dat het Hof nu veeleer lijkt aan te sluiten bij de visie die in de conclusie bij de zaak *Seco* destijds werd aangehouden – maar toen door het Hof niet werd overgenomen (cfr. hierover al supra, voetnoot 18). Cfr. ook infra (voetnoot 100) over het betoog dat destijds door een werkgever werd gehouden in de zaak *Finalarte*, een betoog dat toen terzijde werd geschoven, maar nu mogelijk wel (al dan niet in het kader van beoordeling van het vrij werknemersverkeer) op enige sympathie zou kunnen rekenen?

de Rome I verordening -, en het in deze regelgeving opgenomen leerstuk van voorrangregels, getuigen, nog steeds, van een moderne visie op het ipr, waarbij de werknemer gezien wordt als zwakke partij die bescherming behoeft.⁸³ Het leerstuk van de voorrangregels is in de Rome I verordening zelfs versterkt, zo zou kunnen worden betoogd, nu in de Rome I verordening niet meer de mogelijkheid is voorzien dat door lidstaten voorbehoud wordt gemaakt bij toepassing van buitenlandse voorrangregels.⁸⁴ Maar de in het EVO-verdrag en de Detacheringsrichtlijn opgenomen regels van Europees ipr dreigen wel te verworden tot window-dressing.

Het oorsprongslandbeginsel zoals destijds opgenomen in het voorstel van dienstenrichtlijn is niet als zodanig ingevoerd; er heeft geen wijziging van regels van toepasselijk recht – daarin begrepen de door artikel 6 geboden interpretatie- en manoeuvringsmogelijkheden - plaatsgevonden, de Detacheringsrichtlijn is als zodanig niet gewijzigd, en theoretisch zou het nog steeds denkbaar zijn naast/bovenop de Detacheringsrichtlijn voorrangregels van het ontvangstland toe te passen; maar het risico bestaat dat casus per casus toepassing van regels van het ontvangstland wordt onderuitgehaald. Want wat met de ene (Europese ipr-) hand wordt gegeven, dreigt met de andere (Europese fundamentele rechten) hand te worden teruggenomen. In de concrete hantering van ipr-regels en de concrete toetsing ervan⁸⁵, blijkt toch vooral aandacht te zullen gaan naar elementen van stimuleren van de interne markt door het stimuleren van loonconcurrentie; bestrijding van social dumping lijkt daarbij op minder animo van het Hof te kunnen gaan rekenen. Aan het territorialiteitsbeginsel⁸⁶ wordt dan slechts lippendienst bewezen. Het formuleren van een welbepaald type van Europese ipr-regels in het EVO-verdrag en in de Detacheringsrichtlijn, (mede) geïnspireerd door sociale motieven, blijkt geen garantie te kunnen bieden.

⁸³ Cfr. over dit “moderne” ipr, in botsing met Europese impulsen, V. Van Den Eeckhout, “Promoting Human Rights within Europe. The role of European Private International Law” eerste bijdrage aan het Refgov-project, te raadplegen op de website van het project (<http://refgov.cpd.ucl.ac.be/?go=publications> als publicatie FR4) evenals (in nadien bijgewerkte versie) op <http://papers.ssrn.com>.

⁸⁴ En het idee van de mogelijkheid van toepassing van buitenlandse voorrangregels is in Rome I behouden - dit bv. in tegenstelling tot de Rome II verordening (Verordening(EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (“Rome II”), PB L 199/40, 31 juli 2007), waarin enkel de mogelijkheid wordt geboden dat een rechter de voorrangregels van het forum zelf toepast. Zie wel C.G. van der Plas, “Verbintenissen uit overeenkomst: van EVO-Verdrag naar Rome I-verordening”, NTER 2008, p. 327-330 over het in artikel 9 Rome I gemaakte onderscheid tussen, enerzijds, de voorrangregels van het forum (artikel 9 lid 2), anderzijds de voorrangregels “van het land waar de verbintenissen krachtens overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen, voor zover die bepalingen van bijzonder dwingend recht de tenuitvoerlegging van de overeenkomst onwettig maken” (artikel 9 lid 3), het verschil van artikel 9 lid 3 met artikel 7 lid 1 EVO-verdrag, en mogelijke verschillen in interpretatie van artikel 9 lid 3. Bij navolging van één van de door van der Plas aangegeven interpretaties inzake artikel 9 lid 3 Rome I, zou het in deze context voor de bepaling of voorrangregels van het gastland toepasselijk kunnen zijn, bijzonder relevant kunnen zijn – indien de procedure niet in het gastland zelf wordt gevoerd (in welk geval het zou kunnen gaan om “forale” voorrangregels) – welk arbeidsrecht toepasselijk wordt verklaard c.q. van welk land wordt aangenomen dat de verbintenissen krachtens overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen.

⁸⁵ Het gaat daarbij dan niet om een toetsing van nationale ipr-regels, maar om de hantering door de nationale instanties van Europese ipr-regels, en de controle daarvan door het Hof van Justitie.

⁸⁶ Of, alleszins, het principe dat de mogelijkheid bestaat dat (een deel van) het recht van het ontvangstland toepasselijk is. Cfr. over het “werklandbeginsel” en het “territorialiteitsbeginsel” supra, voetnoot 79.

Ditzelfde type opmerking werd overigens ook al geformuleerd met betrekking tot de verhouding van de uitspraken tot ipr-regels inzake *onrechtmatige daad* zoals opgenomen in de Rome II-verordening.⁸⁷ In deze verordening werd gepoogd het grondrecht van collectieve actie te beschermen. Maar Van Hoek en Dorssemont⁸⁸ gaven reeds aan dat Laval en Viking duidelijk maken dat conflictenrechtelijke bescherming van het recht op collectieve actie geen zekerheid biedt.

Zo bekeken dreigen de in het ipr geformuleerde regels soms neer te komen op “gezichtsbedrog”. Op zich is dit geen novum. Het is niet geheel nieuw dat de manier waarop ipr-regels zijn opgesteld bij nader toezien uiteindelijk blijkt neer te komen op gezichtsbedrog, of nog, dat ipr-regels als het ware genegeerd worden als hogere machten aan het spel zijn. In de Nederlandse omgang met regels van internationaal familierecht zijn gelijkaardige patronen en dynamieken te ontdekken, waar het gaat om omgang met en hantering van regels van internationaal familierecht waarin onderdanen van derde landen zijn betrokken die op basis van gezinsverhoudingen verblijfsrechtelijke, sociaalrechtelijke of nationaliteitsrechtelijke aanspraken wensen voor te leggen.⁸⁹ Nieuw is het fenomeen dat ipr verwordt c.q. dreigt te verworden tot speelbal van beleidsdoeleinden die zich in wezen buiten het ipr bevinden dus niet, maar een en ander geeft wel te denken als men zich bevraagt over de positie en de toekomst van het ipr.

Overigens, zo moet al direct worden opgemerkt, is het zeker niet altijd zo dat het negeren van ipr-regels in het nadeel speelt van rechtsonderhorigen; zo blijkt bijvoorbeeld in rechtspraak waar ipr-regels inzake multipatridie wel of niet gehanteerd mogen worden indien betrokkenen op basis van deze of gene nationaliteit verblijfsrechtelijke of sociaalrechtelijke aanspraken voorleggen, dat het negeren van ipr-regels inzake multipatridie in het voordeel kan spelen van rechtsonderhorigen, terwijl inschakeling van die regels nadelig kan zijn.⁹⁰ Maar *in casu* dreigt de manier waarop in deze materie ipr-

⁸⁷ Verordening(EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (“Rome II”), PB L 199/40, 31 juli 2007.

Deze Rome II verordening bevat regels inzake toepasselijk recht van onrechtmatige daad.

⁸⁸ A.A.H. Van Hoek en F. Dorssemont, “De collectieve actie bij arbeidsconflicten in Rome II”, Tijdschrift Belgisch Handelsrecht 2008/6, p. 534.

⁸⁹ Zie bv. het “optisch effect” van artikel 1 lid 1 a WCE, als zou in Nederland zeer vaak buitenlands echtscheidingsrecht zou worden toegepast. En zie over het gezichtsbedrog dat ontstaat als men uitsluitend kijkt naar liberale regels van internationaal familierecht, maar geen aandacht heeft voor ontwikkelingen in het vreemdelingenrecht én de interactie daarvan met ipr-regels, meerdere van mijn publicaties. Een enkele keer ook, zo gaf ik in die publicaties aan, wordt op bijzonder vergaande wijze *vastgehouden* aan (liberale) ipr-regels zonder gebruik te maken van de nuanceringsmogelijkheden die het ipr biedt, ten *nadele* van de betrokkenen; *mutatis mutandis* is in de materie van het internationaal arbeidsrecht denkbaar dat op radicale wijze wordt vastgehouden aan het werklandbeginsel van artikel 6 lid 2 onder a EVO-verdrag, zonder gebruik te willen maken van de nuanceringsmogelijkheden die het EVO-verdrag biedt, dit ten nadele van de bescherming van de mobiele werknemer.

⁹⁰ Zie bv. de problematiek van omgang met multipatridie in Europese en Nederlands-nationale rechtspraak, zie hierover Van Den Eeckhout, “Competing norms”, onder III.C.1. en V. Van Den Eeckhout, “Europeanisatie van het ipr: aanleiding tot herleving van discussies over facultatief ipr, of finale doodsteek voor facultatief ipr?”, NIPR 2008, afl. 8, p. 261, voetnoot 20. Soms ook weer zou inschakeling van ipr-regels voordelig kunnen zijn, zie bv. de zaak Devred (HvJ 14 december 1979, C-257/78) waar de vrouw poogde beroep te doen op een “effectiviteitstoets” om aanspraak te kunnen maken op een

regels worden genegeerd c.q. de hantering ervan wordt gestuurd of afgeknot, alleszins in het nadeel te werken van het handhaven van een beschermingsniveau van werknemers die in het kader van dienstenverkeer worden tewerkgesteld.

In een algemene overschouwing van de bemoeienis van Europese instanties met het ipr⁹¹ merkte ik op dat de Europese wetgever wel voortvarend is op het vlak van het uitvaardigen van zuivere ipr-regelgeving en daarbij ipr instrumentaliseert voor Europese beleidsdoeleinden, maar vaak veel terughoudender is ipr-aspecten te reguleren die zich voordoen in situaties c.q. materies waarin ipr slechts incidenteel opduikt. Waar raakvlakken bestaan met ipr, wil Europa kennelijk (nog) niet altijd de dynamiek doorzetten die wel al is doorgezet in de manier waarop ipr-regels zelf zijn opgezet. Zo zijn de Europese wetgever en het Europees Hof zuivere kwesties van internationaal familierecht op zeer liberale manier aan het reguleren, maar is de opstelling van Europese instanties ten aanzien van bemoeienis in zaken waarin meer zijdelings vragen van (internationaal) familierecht opduiken, veel terughoudender; gevreesd wordt bijvoorbeeld, inzake regulering van familierechtelijke kwesties die opduiken bij invulling van Europese regelgeving op het vlak van vrij verkeer, dat indien de Europese instanties terzake liberale principes van (internationaal) familierecht zouden hanteren, op een *onrechtstreekse* manier liberaliserende tendenzen zouden in gang gezet worden, terwijl lidstaten daar (nog) niet aan toe zijn. Welnu, in *deze* materie slaagt het Hof er in een “liberaliserende” beweging door te zetten, niet door het formuleren van ipr-regels of het doorzetten van ipr-regels die in zuivere Europese ipr-regelgeving werd geformuleerd, maar integendeel door het als het ware negeren en afknotten van zuivere ipr-regels. De zuivere Europese ipr-regels zelf zijn niet gericht op liberalisering, welhaast integendeel zelfs. Maar de omgang met die ipr-regels in het kader van vrij verkeer van diensten is er wel een waarbij die ipr-regels nauwelijks nog effect kunnen sorteren – en tendenzen tot (economisch) liberalisme de overhand kunnen krijgen.⁹² We stuiten hier op de mogelijke excessen van liberalisme *binnen* Europa. Waar in het internationaal familierecht de Europese stuwung van het recht van lidstaten in de richting van liberalisme positief wordt beoordeeld door diegenen die voorstander zijn van een “modern” familierecht⁹³, rijst de vraag hoe de waardering van dynamieken in het internationaal arbeidsrecht - waarin de werknemer in het ipr traditioneel als zwakke partij wordt aangemerkt - moet geschieden.

ontheemdingstoelage. In de zaak Mesbah (HvJ C-179/98, 11 november 1999) mocht België wel vasthouden aan de traditionele Belgische ipr-regels inzake omgang met multipatridie – resulterend in een afwijzing van de aanspraak op een gehandicaptenuitkering van de betrokkene. In de recente, nationale Nederlandse, jurisprudentie inzake omgang met multipatridie bij toepassing van de Gezinshereningsrichtlijn wordt vaak aan Nederlandse onderdanen die tegelijk de nationaliteit van een derde land bezit geweigerd zich te beroepen op de nationaliteit van het derde land (dit terwijl de Nederlandse ipr-traditie er niet een is waarbij de Nederlandse nationaliteit automatisch voorrang krijgt).

⁹¹ Van Den Eeckhout, “Competing norms.”

⁹² Uiteindelijk krijgen in *déze* materie dus mede door het niet-“er bij betrekken” van ipr-regels tendenzen tot verdergaande liberalisering kansen. De houding van Europese instanties ten aanzien van ipr in *deze* materie is dan ook niet zozeer “terughoudend”, als, veeleer, “negerend” en “onderuit halend”, op een manier die veeleer *inconsistent* lijkt met hetgeen geproclameerd wordt bij uitvaardiging van de ipr-regels zelf. Zie overigens ook de opmerkingen geformuleerd in voetnoot 89.

⁹³ Cfr. hierover Van Den Eeckhout, “Promoting human rights” en “Competing norms”.

Opmerkelijk in deze dynamieken inzake internationaal arbeidsrecht is alleszins het volgende: het momenteel aan de gang zijnde proces van Europese unificatie van regels van toepasselijk recht wordt verantwoord vanuit, onder andere, het streefdoel van bevordering van de rechtszekerheid en voorspelbaarheid – dit mede met het oog op het stimuleren van de interne markt – en het streefdoel van het vermijden van “forumshopping”. Bij “forumshopping” staat dan vooral de hypothese voor ogen dat een partij door het aanspreken van de ene Europese rechter een ander toepasselijk recht zou kunnen verkrijgen dan bij het aanspreken van een andere Europese rechter. Welnu, dergelijke mogelijkheid tot forumshopping was in procedures omtrent arbeidsverhoudingen reeds aan banden gelegd door de opstelling van het EVO-verdrag, dat immers al uniforme regels inzake toepasselijk recht omvat; naar de toekomst toe zal de Rome I verordening fungeren als een waarachtig communautair instrument dat uniforme regels van toepasselijk recht omvat. Maar in de recente zaken lijkt in de manier waarop met deze regels wordt omgegaan, een specifieke vorm van “shopping” gestalte te (kunnen) krijgen en gehonoreerd te (kunnen) worden door het Hof, en wel in die zin dat ondernemingen door het zich vestigen in een land met lage arbeidsvoorwaarden de toepasselijkheid van het materieel arbeidsrecht van dat land kunnen afdwingen indien ze werknemers uitsluiten naar een land met een hoge bescherming. Inzoverre Europese, geuniformeerde ipr-regels toelaten en zelfs afdwingen dat uitsluitend de regels van het land van vestiging van de onderneming in zodanige situatie toepasselijk zijn, zorgen precies Europese, geuniformeerde ipr-regels er voor dat dit type “shopping” loont, zijn die ipr-regels er mede verantwoordelijk voor dit type “social dumping”, en liggen à la limite die ipr-regels mede aan de basis van een verlaging van het beschermingsniveau van werknemers.

V. Internationaal arbeidsrecht: quo vadis? Ipr van achilleshiel tot behoeder en à la limite katalysator c.q. voorvechter van de bescherming van werknemers?

Daar waar in de doctrine door experts in het sociaal recht⁹⁴ al werd opgemerkt dat in de recente uitspraken van het Hof “het sociale” in het defensief is geraakt, kunnen ipr-juristen stellen dat ook het ipr in het defensief dreigt te raken, in het bijzonder het ipr *in zijn sociale functie* als mogelijke verhelpster aan social dumping, waar met name ipr kan worden aangewend ter bescherming van werknemers wier rechtsverhouding zich in internationale context situeert. Internationaal arbeidsrecht wordt als het ware gemengd tussen vrij verkeer van diensten en vrijheid van vestiging.

Is dit het lot dat beschoren is aan het ipr? Of is er, zo kan worden geopperd, vanuit het ipr mogelijk ook enig weerwerk te bieden? Kan ipr mogelijk als behoeder fungeren van de bescherming van werknemers, leent ipr zich à la limite zelfs tot het vervullen van een voorvechtersfunctie van de bescherming van werknemers en ter bestrijding van social dumping? Welnu, (Europese) ipr-regels zijn dan wel niet expliciet *opgezet* vanuit het streefdoel van het bestrijden van social dumping, bij het hanteren en interpreteren van ipr-regels kan zeker wel het streefdoel van bestrijding van social dumping mee in rekening worden gebracht – bijvoorbeeld bij het aanwenden van

⁹⁴ Cfr. Barnard, “Employment rights”, waar zij vooreerst stelt dat De Dienstenrichtlijn de visie lijkt te ondersteunen dat sociale rechten voorrang hebben op vrij verkeer, maar daartegenover vervolgens de recente uitspraken van het Hof plaatst.

manoeuvringsmogelijkheden die artikel 6 EVO-verdrag c.q. artikel 8 Rome I biedt, bij het kiezen voor hantering van het begunstigingsbeginsel⁹⁵, bij het invoeren van voorrangregels van het ontvangstland op basis van artikel 7 EVO-verdrag c.q. artikel 9 Rome I. Stelt men, bijvoorbeeld, dat artikel 6 EVO-verdrag niet per se leidt tot de toepasselijkverklaring van het arbeidsrecht van het land van de vestiging van de onderneming die gebruik maakt van het vrij dienstenverkeer is, dan kan dit resulteren in toepassing van regels die gunstiger zijn voor de bescherming van werknemers.⁹⁶ Zo kan een welbepaalde interpretatie van artikel 6 EVO-verdrag inzet vormen van een streven naar meer rechtsbescherming van werknemers. Wel moet hierbij, zoals aangegeven, alertheid worden getoond voor de omstandigheid dat het hanteren van de marges van artikel 6 EVO-verdrag in deze of gene zin mogelijk ook, uiteindelijk, nadelig kan uitwerken voor het beschermingsniveau van werknemers.⁹⁷ Kortom, voorzichtigheid is geboden, maar vanuit het moderne Europese ipr – ipr-regels zoals nog recent herbevestigd in de regulering van het ipr door de Europese wetgever zelf - zou dan dus wel enig tegengas mogelijk zijn.

Mogelijk is het weerwerk dat door het ipr tegen (al te) vergaande vormen van liberalisering van de markt kan worden geboden, des te steviger indien een soort van combinatie en bundeling van krachten plaatsvindt met het EG-beginsel van vrij verkeer van werknemers en non-discriminatie. Mogelijk is het denkbaar op die manier (meer) toe te werken naar toepasselijkheid van regels van het ontvangstland.⁹⁸ Over de mogelijkheid tout court het EG-beginsel van vrij verkeer van werknemers in te roepen in zaken waarin ook de vrijheid van dienstenverkeer aan de orde is, of de mogelijkheid het EG-beginsel van vrij verkeer van werknemers in te roepen *in plaats van* het vrij verkeer van diensten, blijkt in de doctrine wel controversie te bestaan.⁹⁹ Sommige auteurs wijzen de mogelijkheid tot invoering van het vrij verkeer van personen af met verwijzing naar de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Finalarte¹⁰⁰, anderen met verwijzing naar de

⁹⁵ Cfr. supra, voetnoot 13.

⁹⁶ Hetzij, zoals hoger aangegeven, omdat dan de conclusie zou worden getrokken dat het door het Hof gehanteerde toetsingskader van beoordeling van een regel van het ontvangstland als een belemmering van het vrij verkeer van diensten überhaupt niet meer kan worden gehanteerd, hetzij omdat dan mogelijk voor de werknemer gunstigere arbeidsrechtelijke regels toepasselijk worden. Zie ook supra, voetnoot 84 over de mogelijke impact van het toepasselijk verklaren van het arbeidsrecht van een land op de aanduiding van de voorrangregels die bij hantering van artikel 9 lid 3 Rome I in aanmerking zouden kunnen komen.

⁹⁷ Zie de opmerkingen die ik hoger formuleerde omtrent de mogelijke interactie van het resultaat van toepassing van artikel 6 EVO-verdrag met het al of niet vallen binnen het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn, evenals, vervolgens, de mogelijke verdere consequenties daarvan voor de onderbrenging van een casus in de werkingssfeer van het vrij verkeer van diensten, en de consequenties van dit alles voor de mogelijkheid tot hantering van een (minimum)beschermingsniveau voor werknemers. Een al te onbesuisd inzetten van artikel 6 EVO-verdrag kan dus ook risico's opleveren.

⁹⁸ Cfr. John Monks (supra, voetnoot 2), punt 12, waar hij stelt: "(...) workers's rights to equal treatment in the host country should be the guiding principle."

⁹⁹ Zie hierover o.a. M. De Vos, Free Movement of Workers, Free Movement of Services and the Posted Workers Directive: a Bermuda Triangle for National Labour Standards, ERA-Forum no 3/2006, p. 358; M.S. Houwerzijl, De Detacheringsrichtlijn, p. 197; D. Martin, Comments on Gottardo, Finalarte and Portugaia Construcoes, European Journal of Migration and Law, 2002, p. 373; Reich, "Free movement versus social rights in an enlarged Union" (cfr. al supra, voetnoot 50); Barnard, "Employment rights."

¹⁰⁰ HvJ 25 oktober 2001, gevoegde zaken C-49/98 e.a.

uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Rush Portuguesa*.¹⁰¹ De vraag of in die uitspraken daadwerkelijk een afwijzing mag worden gelezen van de mogelijkheid het vrij verkeer van werknemers in te roepen, wordt echter niet eenduidig beantwoord. In de zaak *Finalarte* schoof het Hof het betoog dat gegrond was op het vrij verkeer van werknemers ter zijde, maar betrof het wel een heel specifiek type betoog: het was de werkgever die betoogde dat hij op grond van het vrij verkeer van werknemers kon beroep doen op regels van het land van herkomst; het mogen vasthouden aan lagerevoorwaarden van het land van herkomst zou de concurrentiepositie van zijn werknemers in het ontvangstland bevorderen.¹⁰² Mede vandaar wordt in bepaalde doctrine deze uitspraak als niet ter zake doend beschouwd op het punt van mogelijkheid tot inroeping van de werknemer in de zin dat hij of zij aanspraak zou kunnen maken op gelijke behandeling als de werknemers van het ontvangstland.¹⁰³ En in de zaak *Rush Portuguesa* had het Hof het weliswaar over de omstandigheid dat de werknemers de arbeidsmarkt van het ontvangstland “niet zouden betreden”, maar betrof het een casus waarbij de betrokken werknemers sowieso nog geen aanspraak hadden op vrij verkeer van werknemers.¹⁰⁴ Bovendien werd recent door Verschueren¹⁰⁵ rechtspraak van het Hof van Justitie aangehaald die zou wijzen in de richting van mogelijkheid van inroeping van vrij werknemersverkeer, ook in situaties waarin een werknemer slechts tijdelijk werkzaam is in een ander land in het kader van een dienstverrichting.

Gesteld nu dat het mogelijk zou zijn in deze materie ook het vrij werknemersverkeer in te roepen, op een manier dat geredeneerd wordt dat regels van het ontvangstland toepasselijk moeten zijn, dan wordt het resultaat van beoordeling door het Hof van Justitie – mogelijk in eenzelfde type zaak geconfronteerd zowel met het vrij verkeer van werknemers als met het vrij verkeer van diensten, elk met eigen ipr-implicaties – wel heel spannend.¹⁰⁶ Want het beginsel van vrij verkeer van werknemers (*voorzover* geïnterpreteerd in die zin dat de mobiele werknemer gemeten wordt aan de lokale in het ontvangstland werkende werknemer, en dus níét in de zin als gebeurde in de zaak

¹⁰¹ *Supra*, voetnoot 16.

¹⁰² Zie hierover ook al Van Den Eeckhout, “Competing norms.” Overigens, zo merk ik terzijde op, is het in de zaak *Finalarte* gehouden betoog een gevaarlijk betoog bekeken vanuit het principe van gelijke behandeling en bejegening van werknemers die uit een ander land afkomstig zijn: maken buitenlandse werknemers uiteindelijk alleen maar een kans tot tewerkstelling en tot “competitie” met lokale werknemers indien zij bereid zijn onder slechtere voorwaarden te werken dan de lokale werknemers?

¹⁰³ In bepaalde doctrine – ook nog daterend van na de uitspraak *Finalarte* – wordt allicht mede vandaar wel nog gewag gemaakt van de mogelijkheid artikel 39 EG-verdrag in te roepen indien het gaat om EU-werknemers, *zonder* daarbij melding te maken van de zaak *Finalarte*. Zie bv. Houwerzijl, “Bevordering van het EU-dienstenverkeer met behulp van gedetacheerde werknemers”, voetnoot 27.

¹⁰⁴ Cfr. de conclusie in de zaak *Laval*, nr. 113, waar er mee werd volstaan de poging tot inkadering van de zaak binnen het vrij verkeer van werknemers af te wijzen onder het motto dat de Letse werknemers op basis van de eerste fase van de overgangsmaatregelen in bijlage VII bij de toetredingsakte van 2003 geen rechtstreeks beroep konden doen op de bepaling van artikel 39 EG. Over de vraag of het vrij verkeer van werknemers beperkt is tot EU-onderdanen: zie o.a. ook Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn*, p. 46.

¹⁰⁵ H. Verschueren, “Cross-border Workers in the European Internal Market: Trojan Horses for Member States’ Labour and Social Security Law?”, *International Journal of Comparative labour law and Industrial Relations*, Volume 24 2008, issue 2.

¹⁰⁶ Cfr. hierover al Van Den Eeckhout, “Competing norms”, met verdere verwijzingen. Cfr. Verschueren, “Cross-border workers in the European internal market” waar hij het heeft over de “simultaneous applicaton of two fundamental freedoms of the international market, leading to conflicting issues”.

Finalarte¹⁰⁷) en non-discriminatie van werknemers (voorzover geïnterpreteerd als een ipr-regel in die zin dat mobiele werknemers minimaal dezelfde aanspraken zouden moeten hebben als lokale werknemers) zou dan allicht toesturen naar toepasselijkheid van regels van het ontvangstland, terwijl het beginsel van vrij verkeer van diensten veeleer in tegenovergestelde zin wijst. Hier blijkt hoe het aanhalen van een Europese fundamentele vrijheid niet alleen zou kunnen resulteren in het afkalven van bescherming van werknemers, maar ook in het (terug) opkrikken ervan: een doorgedreven toepassing van het principe van vrij verkeer van werknemers en non-discriminatie ten aanzien van lokale werknemers, zou er immers toe kunnen leiden dat aan mobiele werknemers aanspraak wordt gegeven op de arbeidsrechtelijke bescherming van het gastland, terwijl zij dergelijke aanspraak door toepassing van de klassieke ipr-regels mogelijk niet kunnen voorleggen.¹⁰⁸ Wellicht is het voor pleitbezorgers van bescherming van werknemers onrealistisch te verwachten dat het (kunnen) inroepen van vrijheid van werknemersverkeer en/of het hameren op ipr-beginselen ooit zal resulteren in een *absolute* toepasselijkverklaring van regels van het ontvangstland. Uiteindelijk zullen allicht altijd bijvoorbeeld ook “ipr-eigenheden” in acht genomen (moeten) worden, bijvoorbeeld op het vlak van rechtskeuzemogelijkheden¹⁰⁹. Maar enige mogelijkheid tot het bieden van weerwerk tegen impulsen vanuit het vrij dienstenverkeer is hier mogelijk wel te ontwaren.

Zo bekeken ondergaat de positionering van internationaal arbeidsrecht in Europese context een enigszins wonderlijke evolutie. Er waren tijden waarin ipr, beschouwd vanuit het beginsel van vrij verkeer van werknemers en non-discriminatie, nog werd benoemd tot achilleshiel van de bescherming van werknemers; toen leek nog vooral de nadruk te kunnen liggen op de spelbrekersfunctie van ipr, beschouwd vanuit het perspectief van bestrijding van social dumping. Anno 2009 gaat het er, als men oog heeft voor de bestrijding van social dumping, mogelijk veeleer om vast te houden aan het (Europese) ipr-acquis wanneer dit acquis in een gespannen verhouding komt te staan tot de vrijheid van dienstenverkeer. Het gaat er dan om vast te houden aan het acquis in de mate waarin ipr dan toch een steentje kan bijdragen aan het verhelpen aan social dumping, of nog, ipr zelfs een pro-actieve rol te laten vervullen bij de bestrijding van social dumping. Ik betoogde eerder¹¹⁰ dat dezer jaren een strijd woedt *om* het ipr, evenals een strijd *in* het ipr, *en* dat mogelijk ook een strijd kan worden gevoerd *met* het ipr. In casu zou het ipr zich dan, voor pleitbezorgers van een “eerlijk handelsverkeer”, kunnen lenen tot een strijd voor eerlijke concurrentie en tegen social dumping.

De formulering én handhaving van regels van internationaal arbeidsrecht en internationaal vennootschapsrecht – evenals de koppeling die tussen regels van internationaal arbeidsrecht, internationaal vennootschapsrecht en het vrij dienstenverkeer wordt gemaakt – is van tel als men het heeft over liberalisering van het dienstenverkeer in

¹⁰⁷ - en ook niet zoals vroeger in de conclusie bij de zaak Seco werd aangehouden (hierover supra, voetnoot 18 en 82). De “meetlat” zou dan de werknemer van het ontvangstland zijn.

¹⁰⁸ Van Den Eeckhout, “Competing norms.”

¹⁰⁹ Cfr. supra, voetnoot 14. En zie bv. ook het EG-perspectief dat het, vanuit Europees perspectief bekeken, geen probleem vormt dat een persoon die zich in een internationale rechtsverhouding bevindt béter zou worden behandeld dan lokale werknemers – de problematiek van de omgekeerde discriminatie.

¹¹⁰ Van Den Eeckhout, “Competing norms.”

Europa. Of men het ipr vooral een dienende rol laat vervullen voor het ene of het andere beleidsdoeleinde – hetzij een stimulering van dynamieken tot almaar verdergaande liberalisering, hetzij een onder controle houden van tendenzen tot liberalisering -, is uiteindelijk een politieke beslissing. Maar alleszins, zo besluit ik, kan instrumentalisering van het ipr in deze of gene zin wel mee bijdragen aan het realiseren van deze of gene Europese beleidskeuze. Want ipr doet er toe, ipr kan verschil maken.

Prof. Dr. Veerle Van Den Eeckhout
Universiteit Leiden en Universiteit Antwerpen