

Toepasselijk arbeidsrecht bij langdurige detachering volgens het voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn.

Enkele beschouwingen vanuit ipr-perspectief bij het voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn

1 Inleiding: een intrigerend voorstel tot aanpassing van de Detacheringsrichtlijn inzake langdurige detachering - enkele beschouwingen vanuit ipr-perspectief

Op 8 maart 2016 heeft de Europese Commissie een voorstel¹ tot aanpassing van de Detacheringsrichtlijn² naar buiten gebracht, dat reeds tot veel beroering heeft geleid. In het bijhorende persbericht³ bij dit voorstel wordt gesteld “Met deze herziening (...) doet zij het beginsel ingang vinden dat hetzelfde werk op dezelfde plaats op dezelfde manier moet worden bezoldigd.” Doel van het voorstel is, aldus nog steeds het persbericht, “de detachering van werknemers te vergemakkelijken in een klimaat van eerlijke mededinging waarbij de rechten van gedetacheerde werknemers worden geëerbiedigd.”⁴ Om deze doelstelling te realiseren, worden een aantal hervormingen voorgesteld. Eén ervan betreft de situatie van detachering die langer duurt dan 24 maanden. “Wanneer (...) de detachering langer duurt dan 24 maanden, moeten de arbeidsvoorwaarden van de gastlidstaat worden toegepast als dat in het voordeel van de gedetacheerde werknemer is,” aldus het persbericht voor wat betreft de voorgestelde wijziging – een regeling die wel degelijk als “wijziging” wordt voorgeteld⁵ - inzake langdurige detachering. Kennelijk lijkt het in wezen - volgens het

¹ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, COM(2016)128final 8 maart 2016. Zie ook het bijhorende impact assessment Commission Staff Working Document Impact Assessment SWD(2016)52final, 8 maart 2016) en het Informatieblad “Herziening detacheringsrichtlijn – veelgestelde vragen” dat te raadplegen is op [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-16-467 nl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_nl.htm). Voor meer informatie vanuit Nederland over dit voorstel, zie de site https://www.europa-nu.nl/id/vk2aqy964tui/herziening_detacheringsrichtlijn

² Richtlijn 96/71/EG van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, PbL18/1.

³ Te raadplegen via [http://europa.eu/rapid/press-release IP-16-466 nl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-466_nl.htm)

⁴ “Met het initiatief wil de Commissie meer bepaald eerlijke loonvoorwaarden garanderen en gelijke mededingingsvoorwaarden tussen detacherende ondernemingen en lokale ondernemingen in het gastland”, zo wordt het verder geformuleerd.

⁵ Over de vraag in hoeverre daarmee een wijziging wordt doorgevoerd ten aanzien de momenteel heersende situatie (hetgeen volgens de opstellers van het voorstel wel degelijk het geval zou zijn – in een andere visie betreft het een interpretatieprobleem cq is de situatie (eventueel onder omstandigheden) nu reeds als zodanig te begrijpen – bv. inzake de beantwoording van de vraag of de situatie onder het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn valt en inzake de beantwoording van de vraag wat het toepasselijk arbeidsrecht is) en ook over de vraag in hoeverre daarmee tegelijk wel of niet een wijziging wordt doorgevoerd van de momenteel van gelding zijnde ipr-regels zoals opgenomen in het EVO-verdrag en de Rome I verordening (hetgeen volgens de

persbericht “als dat in het voordeel van de gedetacheerde werknemer is” – de bedoeling in geval van detachering van langer dan 24 maanden het arbeidsrecht van het gastland toepasselijk te maken.

Hierna zal ik bij de in het herzieningsvoorstel naar voren geschoven regeling van langdurige detachering een aantal beschouwingen formuleren vanuit het perspectief van het internationaal privaatrecht (hierna “*ipr*”). In die bespreking zal ik op onderdelen aansluiten bij en verder ingaan op hetgeen ik reeds schreef in twee recente NJBblogs.⁶ In het eerste blog was ik reeds kort ingegaan op dit in het hervormingsvoorstel opgenomen regeling van langdurige detachering – in wezen terug te leiden tot het voorstel tot invoeging van een artikel 2 bis in de Detacheringsrichtlijn⁷ - en had ik me reeds afgevraagd in hoeverre de voorgestelde wijziging van de Detacheringsrichtlijn het kennelijk door de Commissie gewenste resultaat kan doen bereiken; ik had daarbij met name als kernvraag opgeworpen in hoeverre kan worden gesteld dat louter door het aanduiden van een welbepaald land als het land van gewoontelijke tewerkstelling, daarmee ook – zonder enige verdere discussiemogelijkheid – het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht is bepaald. In het tweede blog had ik met name de poging tot modellering van *ipr*-regels die hier lijkt plaats te vinden, proberen kaderen in bredere actuele ontwikkelingen in en discussies over het *ipr*; bij pogingen tot modellering van *ipr* blijken onder meer vragen te rijzen naar inpasbaarheid evenals naar de verhouding tussen *ipr* en beleidsdoeleinden aanwezig in andere vakgebieden – zoals het Europees recht, met de in het Europees recht geïncorporeerde Europese fundamentele vrijheden - , zo stipte ik daar al aan.

De zodoende in beide blogs reeds kort aan de orde gestelde kwesties zal ik hierna iets nader ontwikkelen – her en der mede door het aanstippen van aandachtspunten en het opwerpen van vragen. Enerzijds zal ik hierna dus vooral nader ingaan op het technisch procedé dat door de Commissie wordt gehanteerd om het door haar kennelijk gewenste resultaat te proberen bekomen – een veeleer wetstechnische analyse dus - , anderzijds zal ik hierna nader ingaan op vragen naar mogelijke onderbouwing van wat hier gebeurt – een meer theoretische

opstellers niét het geval zou zijn – zie vooral hetgeen in de preambule in considerans nr. 8 van het voorstel wordt gesteld), zie infra.

⁶ Van respectievelijk 5 april 2016 (“Modellering van internationaal privaatrecht: een enkele *ipr*-technische aantekening bij het voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn”, zie <http://njb.nl/blog/modellering-van-internationaal-privaatrecht-een.19445.lynkx> en 28 april 2016 (“I could be brown, I could be blue, I could be violet sky – over een paradigmaverschuiving in het internationaal privaatrecht”, zie <http://njb.nl/blog/i-could-be-brown-i-could-be-blue-i-could-be.19621.lynkx>). In deze bijdrage bouw ik bovendien verder op diverse eerdere publicaties – zie ook de in die bijdragen reeds eerder gemaakte referenties.

⁷ Het eerste lid van het nieuwe artikel 2 bis Detacheringsrichtlijn zou met name als volgt komen te luiden: “Wanneer de verwachte of daadwerkelijke duur van de terbeschikkingstelling meer dan 24 maanden bedraagt, wordt de lidstaat op het grondgebied waarvan een werknemer ter beschikking is gesteld geacht het land te zijn waarin hij of zij het werk gewoonlijk uitvoert.” Artikel 2 bis lid 1 geeft daarmee een aanduiding van het land dat in een welbepaalde situatie cq onder welbepaalde omstandigheden - voor toepassing van lid 1 van artikel 2 bis moet ook worden gekeken naar hetgeen in lid 2 van artikel 2 bis is bepaald over de berekening van de duur van de terbeschikkingstelling - moet worden beschouwd als “het land waar de werknemer zijn of haar werk gewoonlijk uitvoert”. Cfr. de toelichting die hierbij door de opstellers wordt gegeven in de preambule en de toelichting (en zoals verder nog geciteerd).

analyse dus van het ipr -, mede in interactie met andere vakgebieden en de daarin aanwezige beleidsdoeleinden, in casu toegespitst op het Europees recht en de in het Europees recht geïncorporeerde Europese fundamentele vrijheden.

Sowieso blijf ik bij dit alles gefocust op de specifieke problematiek van de regeling van detachering van meer dan 24 maanden; ik blijf dus toegespitst op langetermijndetachering, zij het dat doorheen deze bijdrage zijdelings wel een aantal opmerkingen zullen worden gemaakt over ook andere varianten van detachering cq het onderkennen als zodanig en überhaupt van een situatie als een fenomeen van detachering – al dan niet in de zin van de Detacheringsrichtlijn⁸ - en een aantal opmerkingen over de verhouding tussen de Detacheringsrichtlijn, het EVO-verdrag⁹ cq de Rome I verordening¹⁰ en de Europese fundamentele vrijheden¹¹ ook in ruimere zin zullen worden geformuleerd – ook los dus van de specifieke hypothese van langetermijndetacheringen. De verhouding tussen de Rome I verordening en de Detacheringsrichtlijn (evenals de bijhorende Handhavingsrichtlijn¹²) – verhouding waarvan een aantal aspecten hierna dus aan bod zullen komen - blijkt nog velerlei vragen op te roepen waarover in recente rechtsleer werd gesteld dat daar sowieso nog meer

⁸ Waarbij bv. evenals bij detachering van langer dan 24 maanden de vraag kan rijzen of zij binnen of buiten het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn (kunnen) vallen en zo ja hoe vervolgens te handelen. Over het fenomeen van werknemers die énkél en alleen voor detachering worden aangeworven, zie nog recent LAAGLAND in haar commentaar bij Rb. Midden-Nederland 18 maart 2015, *JAR* 2015/83 (waarover ook in *Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk* 2015, afl. 4, 187) evenals V. Van Den Eeckhout, “Enkele beschouwingen naar aanleiding van diverse recente Europese en Nederlandse uitspraken in het internationaal arbeidsrecht (Koelzsch, Voogsgeerd, Vicoplus, Nuon-rechtspraak en zaak FNV/De Mooij). Welke (nieuwe) argumentatiemogelijkheden voor werknemers tot opeisen van (meer) arbeidsrechtelijke bescherming in internationale situaties?”, *Tijdschrift Academie voor Arbeidsrecht* 2012, voetnoot 65 – met terugverwijzing daarin ook naar V. Van Den Eeckhout, “Internationaal arbeidsrecht gemengd tussen vrij verkeer van personen, vrij verkeer van diensten, vrijheid van vestiging en non-discriminatie. Enkele aantekeningen vanuit iprperspectief bij de uitspraken Viking, Laval, Ruffert en C./Luxemburg”, *TRA* 2009, 5-10. Uitgebreide versie (36 p., waarnaar hierna verwezen) online te raadplegen via oa http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1534024 en ook <http://sites.uclouvain.be/cpdr-refgov/?go=publications> (refgov paper nr 26 – (WP-FR-26).

⁹ Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, ter ondertekening opgesteld te Rome op 19 juni 1980, *Trb.* 1980, *PB* 1980, L266, blz. 1.

¹⁰ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEG* L 177, blz. 6.

¹¹ Cfr hierover zelf al eerder in o.a. V. Van Den Eeckhout, “Internationaal arbeidsrecht gemengd tussen vrij verkeer van personen, vrij verkeer van diensten, vrijheid van vestiging en non-discriminatie. Enkele aantekeningen vanuit iprperspectief bij de uitspraken Viking, Laval, Ruffert en C./Luxemburg”, *TRA* 2009, 5-10. Uitgebreide versie (36 p., waarnaar hierna verwezen) online te raadplegen via oa http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1534024 en ook <http://sites.uclouvain.be/cpdr-refgov/?go=publications> (refgov paper nr 26 – (WP-FR-26).

¹² Richtlijn 2014/67/EU van 15 mei 2014 inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt, *Pb L* 159/11. Zie ook Voorstel voor een richtlijn betreffende de handhaving van Richtlijn 96/71/EG, *COM*(2012), 131 fin., p. 11.

onderzoek over nodig is.¹³ Een en ander hiervan hangt mijns inziens mede samen met het vinden van een antwoord op de vragen die kunnen worden opgeworpen rond de interactie van zowel de Rome I verordening als de Detacheringsrichtlijn met de vrijheid van personenverkeer enerzijds, de vrijheid van dienstenverkeer anderzijds – problematiek waarop ik hierna eveneens, op niet-exhaustieve wijze, zal ingaan.¹⁴

Opmerking verdient ten slotte nog dat een van de kritieken op het voorstel van de Europese Commissie luidt dat het voorstel niet ver genoeg gaat, mede in die zin dat de termijn die gesteld wordt om te kunnen spreken van een langetermijndetachering die onder de specifieke voorgestelde regeling zou vallen – met name 24 maanden - (veel) te lang zou zijn¹⁵ (al moet hierbij al meteen worden opgemerkt dat, zoals ook moge blijken uit het instellen van de “gele kaart procedure”, een aantal landen dit voorstel sowieso zelf al veel te vergaand vinden)¹⁶. Welnu, stel dat doorheen het wetgevend proces besloten zou worden tot een verkorting (of verlenging) van de termijn¹⁷ – maar overigens nog wel eenzelfde wetstechnische aanpak gehanteerd zou worden – dan zou mutatis mutandis ook nog steeds gelden hetgeen ik hierna zal opmerken.

2 Ipr als boosdoener, (mede-)verantwoordelijk voor de momenteel bestaande situatie?

In het voorstel van de Europese Commissie wordt er duidelijk op ingezet ipr-regels op een zodanige manier te laten fungeren dat ingeval van langetermijndetachering het gewenste resultaat – in de bewoordingen van het persbericht “toepassing van de arbeidsvoorwaarden

¹³ Getuige hiervan ook de recente analyses van Kullmann (M. Kullmann, “Tijdelijke grensoverschrijdende detachering en gewoonlijk werkland: over de verhouding tussen de Rome I-Verordening en de Detacheringsrichtlijn en de rol van de Handhavingsrichtlijn”, NIPR 2015, 33(2), p. 205-2016) en van Hoek (A.A.H. van Hoek, “Private International Law: An appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?”, Erasmus Law Review 2014, Volume 7-Issue 3, p. 157-169). Beide leggen een aantal aandachtspunten cq pijnpunten voor en besluiten dat er nog vele onduidelijkheden bestaan over de relatie tussen de Rome I verordening en de Detacheringsrichtlijn. Cfr. hierover reeds eerder ook mijn eigen uitgebreide analyse Van Den Eeckhout, “Internationaal arbeidsrecht gemangeld” (lange versie). Zie ook over de verwevenheid met de Handhavingsrichtlijn recent M. Ho-Dac, “La directive d’exécution relative au détachement des travailleurs et le droit international privé: une relation á approfondir” in Revue de l’Union Européenne 2016, nr. 595 (février 2016), p. 103-108.

¹⁴ Onzekerheid cq onduidelijkheid over wat denkbaar is en wat betreft het mogelijke eindresultaat, hangt mijns inziens samen met deze vraag van verhouding van het ipr tot de vrijheid van dienstenverkeer evenals de vrijheid van personenverkeer, met vragen ook over situaties die buiten het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn vallen (kwesties van toepasselijk recht en van verhouding tot de beide Europese vrijheden) en met de vraag in hoeverre het aanduiden van het recht van het gastland als toepasselijk arbeidsrecht kan samengaan met toepassing van de Detacheringsrichtlijn.

¹⁵ Zie bv. in de literatuur F. van Overbeeke, “Maakt “gelijke werkplek gelijk loon” voor eens en altijd einde aan sociale dumping?”, De Juristenkrant 2016, p. 11; en zie bv. voor een standpuntbepaling van de ETUC <https://www.etuc.org/press/posted-workers-revision-%E2%80%93-equal-pay-some#.VyUAncf02w>.

¹⁶ Zie hierover bv. het mediabericht d.d. 13 mei in De Volkskrant, waarin wordt aangegeven hoezeer een aantal landen vrezen hun concurrentievoordeel (lagere lonen) te gaan verliezen, zie <http://www.volkskrant.nl/buitenland/asscher-zwicht-niet-voor-gele-kaart-oost-europa~a4299825/>

¹⁷ Tegenover de kritiek dat het voorstel al te minimalistisch is, staat de kritiek dat het voorstel – als er überhaupt al een wijziging van de Detacheringsrichtlijn zou moeten plaatsvinden - alleszins zou moeten worden afgezwakt.

van de gastlidstaat als dat in het voordeel van de gedetacheerde werknemer is¹⁸ - bereikt wordt. Nu het voorgesteld wordt alsof met de ingreep een wijziging wordt bewerkstelligd, rijst de vraag naar de huidige status quo, met daaraan gekoppeld de vraag in hoeverre ipr-regels (mede) ten grondslag liggen aan een situatie die door de Europese Commissie kennelijk als onwenselijk wordt beschouwd: is er nood tot ingreep in ipr-regels, nu ipr-regels (mede) aan de basis liggen van een onwenselijk bevonden situatie?

In het informatieblad d.d. 8 maart 2016¹⁹ wordt het voorgesteld alsof momenteel algemeen bij detachering (zowel detachering korter als langer dan 24 maanden) het “recht van het herkomstland” van toepassing zou zijn: “Momenteel zijn op alle gedetacheerde werknemers reeds een aantal belangrijke bepalingen van het arbeidsrecht van de gastlidstaat van toepassing, zoals gezondheid, veiligheid en hygiëne of gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Op andere gebieden — zoals de voorwaarden van arbeidsovereenkomsten — geldt echter het arbeidsrecht van de *lidstaat van herkomst*.”

Opmerkelijk is dat in dit informatieblad niet wordt gespecificeerd of met het recht van het herkomstland wordt bedoeld op het recht van het land van herkomst van de werknemer als zijnde het land van zijn gewoontelijke tewerkstelling of op het recht van het land van herkomst van de onderneming die de werknemer heeft gedetacheerd als zijnde het land van vestiging van deze onderneming. Dit terwijl dit toch verschil zou kunnen maken²⁰, dit ook samenhangt met eventuele classificatie van de situatie onder artikel 6 lid 2 a dan wel b van het EVO-verdrag cq artikel 8 lid 2 dan wel lid 3 van de Rome I verordening – en dit mogelijk weer consequenties heeft voor de beantwoording van de vraag of met het aanduiden van het gástland als het land van gewoontelijke tewerkstelling na een welbepaalde tijd überhaupt een wijziging in toepasselijk recht wordt bewerkstelligd.

In de Nederlandse commentaar bij het voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn²¹ is, bij de korte beschouwing van wat de huidige status quo is, sprake van toepasselijkheid van het recht van “hun woonland” – hetgeen tot een nog ander recht zou kunnen leiden en hetgeen overigens zelf geenszins als begrip gehanteerd wordt in het EVO-verdrag of de Rome I Verordening.²² Wel wordt daar nog aan toegevoegd “waar zij gewoonlijk hun werk verrichten” maar denkbaar is sowieso nog dat het land waar een werknemer woont verschilt van het land waar hij gewoonlijk werkt. Alleszins lijkt door deze toevoeging wel duidelijk te worden dat in de Nederlandse reactie de toepasselijkheid van het land van gewoontelijke tewerkstelling in de zin van land van herkomst van de werknemer voor ogen staat. Wat dus

¹⁸ Cfr. supra.

¹⁹ Zie http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_nl.htm

²⁰ Zie hierover ook Van Den Eeckhout, “Internationaal arbeidsrecht gemangeld”(lange versie), ook over de vraag of een van beide opties kan worden gelezen in de Detacheringsrichtlijn.

²¹ De zogenaamde “Fiche 3: wijziging Detacheringsrichtlijn” d.d. 4 april 2016 is online te raadplegen via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/04/04/aanbiedingsbrief-bij-het-bnc-fiche-wijziging-detacheringsrichtlijn>

²² Cfr. ook al Van Den Eeckhout, “Internationaal arbeidrecht gemangeld”(lange versie).

kennelijk níet voor ogen staat, is toepasselijkheid van het recht van het land van vestiging van de onderneming – of het zou moeten zijn dat de overtuiging is dat dit recht sowieso (ook) samenvalt het recht van “hun woonland, waar zij gewoonlijk hun werk verrichten.”

Wat hier ook van zij, noch in het informatiedocument noch in de Nederlandse reactie wordt er dus van uitgegaan dat het recht van het gástland normaal toepasselijk is - terwijl het, in het voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn, wel wenselijk wordt geacht dat bij langdurige detachering dit recht toepasselijk zou zijn.

Ligt het ipr (mede) ten grondslag aan deze, als zodanig ingeschatte, situatie? In zoverre de overtuiging is dat artikel 6 EVO-verdrag cq artikel 8 Rome I verordening – mogelijk mede geïnterpreteerd in functie van hetgeen in de Detacheringsrichtlijn is bepaald²³ - bepaalt cq toelaat dat bij detachering – inclusief langdurige detachering – het recht van een ander land dan het land van het gastland toepasselijk is – en zo, in de hypothese van toepassing van een recht dat aan de gedetacheerde werknemer minder arbeidsbescherming biedt dan het recht van het gastland, een situatie van social dumping cq gebrekkige arbeidsbescherming van werknemers kan ontstaan²⁴ -, zou het ipr wel degelijk als de boosdoener kunnen worden geïdentificeerd. En in diverse literatuur wordt het kennelijk, inderdaad, zo opgevat dat ipr-regels het voorgaande wel degelijk mogelijk maken cq toelaten,²⁵ waarbij in wezen de bepaling van

²³ Zie bv. A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, Comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union, March 2011. Online te raadplegen via o.a. <http://csdle.lex.unict.it/docs/labourweb/Comparative-study-on-the-legal-aspects-of-the-posting-of-workers-in-the-framework-of-the-provision-o/657.aspx> (zie ook zowel voor deze Comparative study als de nadien gepubliceerde Complementary study <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?pager.offset=0&langId=en&mode=advancedSubmit&advSearchKey=PoWStud>) waar zij stellen (p. 18) “The PWD is built on the presumption that during the posting the worker will be protected by the labour law provisions of the country in which he normally works (see Article 2(1)).” Over hetgeen in de Detacheringsrichtlijn zelf wel/niet is bepaald, mede ten aanzien van de bepalingen van het EVO-verdrag zelf, zie ook Van Den Eeckhout “Internationaal arbeidsrecht gemengd” (lange versie).

²⁴ Dit dus in tegenstelling tot wat in het voorstel wordt betracht op het vlak van het bewerkstelligen van een eerlijk klimaat van concurrentie en bescherming van de gedetacheerde werknemer (cfr. supra, Inleiding). O.a. in de bijdrage “Internationaal arbeidssrecht gemengd” (lange versie) heb ik al uiteengezet hoe ipr zowel aan de basis zou kunnen liggen van situaties van social dumping alsook zou kunnen verhelpen aan social dumping. Ik zette daarbij o.a. al uiteen hoe geschakeerd de ipr-bepalingen van het EVO-verdrag zijn.

²⁵ Zie bv. F. van Overbeeke, “Maakt “gelijke werkplek gelijk loon” voor eens en altijd einde aan sociale dumping?”, De Juristenkrant 2016, p. 11, A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, Comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union, March 2011. Online te raadplegen via o.a. <http://csdle.lex.unict.it/docs/labourweb/Comparative-study-on-the-legal-aspects-of-the-posting-of-workers-in-the-framework-of-the-provision-o/657.aspx> (zie ook de latere complementary study) en M. Ho-Dac, “La directive d’exécution relative au détachement des travailleurs et le droit international privé: une relation á approfondir” in Revue de l’Union Européenne 2016, nr. 595 (février 2016), p. 103-108 (alle over de invulling van de bepaling in het EVO-verdrag cq de Rome I verordening waarbij in een geval van tijdelijke tewerkstelling in een bepaald land nog steeds het recht van een ander land – het land van “oorsprong cq herkomst”, land van gewoontelijke tewerkstelling - toepasselijk kan worden bevonden).

tijdelijkheid in artikel 6 lid 2 EVO cq artikel 8 lid 2 Rome I verordening²⁶ voor ogen lijkt te staan als de grote boosdoener.

Maar, zo zou nog kunnen worden opgeworpen, is het denkbaar dat het zo is dat ipr zelf niet de boosdoener is, maar dat het veeleer zo is dat ipr tot nog toe zelf geweld werd aangedaan, in een bepaald keurslijf werd gedwongen, op enigerlei manier verkeerd gehanteerd, onder druk vooral van de Europese vrijheid van dienstenverkeer zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie²⁷? Immers, de ipr-regels vervat in artikel 6 EVO-verdrag cq artikel 8 Rome I verordening zijn zelf rijk en geschakeerd en omvatten een mate van flexibiliteit en zouden, zo zou kunnen worden betoogd, ook in een situatie van tijdelijke tewerkstelling in een bepaald land tot uiteenlopende resultaten kunnen leiden en zelf al geenszins dwingen tot toepassing van het recht van het land van “herkomst” – in welke zin dan ook opgevat.²⁸ Zo bekeken zou het ipr de voorbije jaren mogelijk zelf in het defensief geraakt zijn, à la limite genegeerd zijn (als zodanig of in zijn gevarieerdheid) op een al dan niet bewuste wijze, mogelijk geïnstrumentaliseerd²⁹ ten dienste van het belang van het bevorderen van de vrijheid van dienstenverkeer - en zou het er nu voor het ipr veeleer op aankomen zijn plaats terug op te eisen, zijn kracht terug te vinden cq terug in ere hersteld te worden cq (terug) correct geïnterpreteerd te (kunnen) worden en te vermijden dat er nog verdergaande cq al te vergaande druk op het ipr plaatsvindt? Opmerkelijk hierbij is dat de European Trade Union Confederation het in een persbericht over het voorstel³⁰ had over het oplossen van een

²⁶ Artikel 8 lid 2 Rome I verordening luidt “Voor zover het op een individuele arbeidsovereenkomst toepasselijke recht niet door de partijen is gekozen, wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht. Het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht wordt niet geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht.” Cfr. het nagenoeg gelijklopende artikel 6 lid 2 sub a EVO-verdrag.

²⁷ Met name in de uitspraken Viking, Laval, Ruffert en C./Luxemburg van het Hof van Justitie. Zie hierover uitgebreid Van Den Eeckhout, “Internationaal arbeidsrecht gemengd” (lange versie) – o.a. over de vraag in hoeverre in deze rechtspraak sprake is geweest van en uitgegaan is van een “ipr-oorsprongslandbeginsel”, evenals over de vraag in hoeverre het EVO-verdrag zelf een “oorsprongslandbeginsel” hanteert en in hoeverre deze rechtspraak van het Hof het ipr negeert cq het ipr hier in het defensief wordt gesteld. Zie hierover bv. ook F. van Overbeeke, “IPR als instrument ter versterking van de positie van de gedetacheerde werknemer in het web van het vrije verkeer”, Tijdschrift voor sociaal recht 2013 (3), p. 699-751 en F. van Overbeeke, “Over de interactie tussen het IPR en de bepalingen van het vrij verkeer, toegespitst op internationale arbeidsovereenkomsten”, 2013/2014 (17), p. 643-652. Zie hierover ook recent A.A.H. van Hoek, “Private International Law: An appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?”, Erasmus Law Review 2014, Volume 7-Issue 3, p. 167-168. Inschakeling van het vrij verkeer van diensten kan nuttig zijn om gedetacheerde werknemers alleszins toé te laten te werken in de zin dat het vereisen van een tewerkstellingsvergunning er mee onderuit zou kunnen worden gehaald, maar kan wel in spanning komen te staan met het toepassen van arbeidsvoorwaarden van het gastland waar wordt gewerkt.

²⁸ Cfr. Kantonrechter Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch 8 januari 2015, JAR 2015/29 (inzake Hongaarse vrachtwagenchauffeurs), met annotatie van E.J.A. FRANSSEN (cfr. de eerdere zaak FNV/De Mooij, inzake Poolse werknemers), waarin argumentaties werden gehouden Nederland als land van gewoontelijke tewerkstelling te beschouwen (met wel kritiek van E.J.A. FRANSSEN op op het tegelijk toepasselijk beschouwen van de Detacheringsrichtlijn).

²⁹ Cfr. Van Den Eeckhout, “Internationaal arbeidsrecht gemengd” (lange versie).

³⁰ <https://www.etuc.org/press/posted-workers-revision---equal-pay-some#.VyUANctf02w>

“interpretatieprobleem” bij toepassing van de huidige Detacheringsrichtlijn: in die zin zou het voorstel van de Europese Commissie mogelijk geen wijziging brengen, maar louter een interpretatieprobleem oplossen – waarbij nu reeds mogelijkheden zouden bestaan tot het gewenste resultaat te komen. En in rechtspraak³¹ van de voorbije jaren pogingen kunnen inderdaad pogingen worden onderkend middels hantering van ipr-regels onderuit te komen aan cq weg te blijven van toepassing van wat wordt gezien als een herkomstlandbeginsel – is in die zin ipr zelf, reeds in de huidige situatie, elastisch genoeg om een en ander van wat kennelijk als problematisch wordt gezien zelf op te vangen, zo kan worden opgeworpen?

Wat hier ook van zij – of het ipr nu zelf voluit de oorzaak is van een als problematisch voorgestelde situatie dan wel of het ipr zelf genegeerd cq reeds gemodelleerd is ten gunste van de vrijheid van dienstenverkeer -, naar de toekomst toe lijkt ipr cq de manier waarop met ipr-regels wordt omgegaan in de ogen van de opstellers van het voorstel alleszins als een soort reddende engel te kunnen gaan fungeren³²: een welbepaalde formulering cq invulling cq toepassing van ipr-regels lijkt in het voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn als oplossing van een probleem te kunnen gaan fungeren. Alleszins heeft men daarbij zodoende óóg voor de rol die het ipr speelt in de thematiek en wil men niet dat ipr ten dienste zou komen te staan van verkeerde doelstellingen cq als spelbreker zou gaan functioneren bij het doorzetten van een bepaalde regeling: ipr zou dan – naar gelang hoe ingeschat wordt hoe het ipr het de voorbije jaren is vergaan – hetzij omgevormd en geïnstrumentaliseerd moeten worden voor doelstellingen die men (nu) wil realiseren en waar men ipr ten dienste van wil stellen, hetzij in zijn kracht hersteld.

Dan komt het er vervolgens dus nog op aan duidelijk te stellen hoé ipr-regels dan wel moeten worden geformuleerd cq ingevuld. De bedoeling van de Europese Commissie lijkt duidelijk: bedoeling is in geval van langetermijndetachering het recht van de gastlidstaat van toepassing te laten zijn, als dat in het voordeel van de werknemer is.³³ De vraag is of de Commissie hier in slaagt op de manier waarop nu is gehandeld.

3 De mogelijkheid tout court om via een aanpassing van de Detacheringsrichtlijn in een welbepaalde situatie het toepasselijk arbeidsrecht vast te leggen.

³¹ Zie bv. de zaak FNV/De Mooij (Kantonrechter Venlo 10 augustus 2011, JAR 2011/234, m.nt. E. Franssen.

³² Zij het dat in het impact assessment het effect van de druk van het vrij verkeer van diensten dat men denkt te moeten honoreren, nog wel in acht genomen wordt waar met name in de context van intraconcern-detachering wordt opgemerkt dat een volledig en absoluut doorvoeren van het principe van gelijk loon voor hetzelfde werk op dezelfde plaats zou botsen met het vrij verkeer van diensten. Kennelijk wordt gevonden dat het vrij verkeer van diensten sowieso wel vereist cq rechtvaardigt dat alleszins een tijdlang de betrokken werknemer enkel aan de harde kern bepalingen van de Detacheringsrichtlijn wordt onderworpen – zonder al meteen onderworpen te worden aan alle bepalingen van het arbeidsrecht van het land waar hij werkt.

³³ Cfr. supra.

Maar kán überhaupt door een ingreep in de Detacheringsrichtlijn een welbepaalde regel van toepasselijk arbeidsrecht worden doorgevoerd, zo kan vooreerst nog als vraag worden opgeworpen?

Op het eerste zicht lijkt er geen probleem te zijn met het door de Commissie gehanteerde procedé indien gekeken wordt naar artikel 20 EVO-verdrag evenals artikel 23 Rome I verordening – met de daarbij horende considerans 40 van de preambule: deze bepalingen maken het immers mogelijk in een richtlijn welbepaalde, van de regels van het EVO-verdrag respectievelijk Rome I verordening afwijkende regels vast te stellen voor specifieke gevallen.

Wat hierbij in casu wel eigenaardig is, zo kan hierbij als kanttekening worden geformuleerd, is dat de “regeling in een richtlijn” hier wel op een heel bijzondere manier lijkt te gebeuren: zoals ik hierna nog zal uiteenzetten, lijkt het er op neer te komen dat de specifieke situatie waarvoor men het toepasselijk recht wil regelen, úitgesloten wordt uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn – waarna vervolgens gepretendeerd wordt voor die situatie het toepasselijk recht geregeld cq vastgesteld te hebben. De Detacheringsrichtlijn zou op die manier dus het toepasselijk recht “regelen” voor een situatie die uit het eigen toepassingsgebied is úitgesloten – daar waar het toch veeleer voor de hand lijkt te liggen dat in een richtlijn een afwijkende regel van toepasselijk recht zou worden vastgesteld voor een situatie die ónder het toepassingsgebied van die richtlijn valt.

Mogelijk kan hierbij nog worden gesteld dat er überhaupt geen sprake is van een van de algemene, in het EVO-verdrag cq de Rome I verordening opgenomen, regels “afwijkende” regeling voor de situatie – de situatie van langdurige detachering - die men op het oog hebt. Hierbij zou kunnen worden gewezen op de passage in de preambule waar gesteld wordt dat het er in casu enkel om gaat dúidelijk te maken hoe ipr-regels dienen te worden toegepast, zonder deze als zodanig te wijzigen of er van af te wijken.³⁴ Het op de situatie van langdurige detachering toepasselijke arbeidsrecht zou dan dus als het ware vanzelf voortvloeien uit hantering van de regels van het EVO-verdrag cq de Rome I verordening, eens deze situatie uitgesloten is uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn op de manier die nu is gebeurd – met name door in het nieuw voorgestelde artikel 2 bis de bepaling op te nemen dat na detachering van 24 maanden de gastlidstaat als land van gewoonlijke tewerkstelling moet worden beschouwd.

Voor zover de opstellers van het voorstel zelf beseften dat het mogelijk niet voor de hand ligt cq niet helemaal logisch kan lijken expliciet een regel van toepasselijk recht te gaan formuleren in een richtlijn waaruit precies de voor ogen staande situatie wordt úitgesloten, zou wel nog kunnen worden gesteld dat de opstellers dit dan wel op een vrij ingenieuze wijze

³⁴ Zie ook considerans nr. 8 van de preambule bij het voorstel (waarin o.a. is opgenomen “Het doel is louter rechtszekerheid te creëren bij de toepassing van de Rome I-verordening in een specifieke situatie zonder die verordening op een of andere manier te wijzigen.” Cfr. ook het hoger reeds aangehaalde persbericht van de ETUC (<https://www.etuc.org/press/posted-workers-revision—equal-pay-some#.Vz9XfTzk2x>) waarin gesteld wordt dat het in casu gaat om de oplossing van een interpretatieprobleem.

hebben proberen doen: door de specifieke manier waarop de situatie wordt uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn, zouden dan meteen ook de elementen zijn aangedragen tot bepaling van het op die situatie toepasselijke recht – zonder als zodanig een expliciete verwijzingsregel in de Detacheringsrichtlijn op te nemen. En mogelijk, zo zou nog kunnen worden betoogd, hebben zij door deze regel op te nemen in een richtlijn die gebaseerd is op de regulering van de vrijheid van dienstenverkeer, daarmee mede de toepasselijkheid van dat recht veilig(er) gesteld voor aanvallen cq ondermijningen vanuit de vrijheid van dienstenverkeer dan indien men de Rome I Verordening had aangepast³⁵, door daar een specifieke verwijzingsregel op te nemen voor de situatie van langdurige detachering – in welk geval mogelijk, à la limite, het resultaat van toepassing van die regel naderhand nog zou kunnen komen onder druk te komen staan van de gelding van de vrijheid van dienstenverkeer.³⁶ In dit procédé zou zo als het ware een drietrapsraket kunnen worden ontwaard: uitsluiting uit toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn; toepasselijk maken van het recht van het gastland; veilig stellen van minimumbescherming van het recht van dat land.

Mogelijk dachten de opstellers van het voorstel door de manier waarop zij zijn te werk gegaan als het ware alle mogelijke voorstellen over hoe ter bescherming van werknemers te handelen indien een situatie buiten het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn zou vallen³⁷, zoals die naar voren kwamen bij parlementaire behandeling van de Hándhavingsrichtlijn

³⁵ Cfr de suggestie van Van Calster de nu voorgestelde regel later (ook) op te nemen in een nieuwe versie van de Rome I verordening (zie G. Van Calster, “Commission effectively supplements Rome I using the posted workers Directive. Defines “temporary employment” as not exceeding 24 months”, Blog posted on <https://gavclaw.com> d.d. 14th april 2016 (<https://gavclaw.com/2016/04/14/commission-effectively-supplements-rome-i-using-the-posted-workers-directive/>) (opmerking hierbij verdient trouwens nog dat Van Calster het voorgestelde formuleert als gaat het om “not exceeding”, zie ook de Nederlandse reactie waar sprake is van een “maximale” termijn – bij een korterdurende detachering dan 24 maanden zou dan mogelijk óók al tot eenzelfde slotsom kunnen worden gekomen als hetgeen nu wordt voorzien in het voorstel voor detachering van langer dan 24 maanden: bij een detachering van langer dan 24 maanden dan sowieso het door de Commissie voorgestelde procédé; bij een kortere detachering mogelijk ook al niet meer sprake van tijdelijkheid?).

³⁶ Door het inbouwen van het procédé in een regeling zelf is gesteund op vrij verkeer van diensten (zoals in het voorstel het geval is) zou dan, zo zou kunnen worden geredeneerd, gegarandeerd zijn dat het inroepen van het vrij verkeer van diensten niet alsnog het resultaat onderuit zou kunnen halen; cfr., mutatis mutandis, het vastleggen van de harde kern bepalingen van de Detacheringsrichtlijn – zij het dat dus nu, in het geval van langdurige detachering, een regeling wordt getroffen voor een situatie die zelf búiten het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn valt.

³⁷ Zij het dat het daarbij toen ging om situaties die niet als “daadwerkelijke” detachering zouden worden bestempeld (op basis van de elementen zoals aangedragen door de Handhavingsrichtlijn) – en op basis daarvan zouden zijn uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn -, hetgeen mogelijk nog te onderscheiden is van situaties die als langdúrige detachering worden aangemerkt en op basis van artikel 2 lid 1 Detacheringsrichtlijn zouden worden uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn. Cfr, hierover nog infra.

destijds, in één klap op een goede, efficiënte en uiterst eenvoudige manier gecombineerd te hebben.³⁸

De vraag is echter of het inderdaad zo dat middels hetgeen in het in de Detacheringsrichtlijn in te voegen artikel 2 bis is bepaald, het toe te passen recht in een situatie van langdurige detachering zonder verdere discussiemogelijkheid is bepaald en aan de werknemer de kennelijk gewenste bescherming zou zijn geboden.³⁹ Is mogelijk al te snel gedacht dat op deze manier het doel zou zijn bereikt?⁴⁰ Is met name, in het bijzonder, met het gehanteerde procedé duidelijk genoeg gemaakt dat het gewenste resultaat niet alsnog onderuit kan worden gehaald via inschakeling van de ontsnappingsclausule? Is in het voorstel nog ruimte gelaten voor inschakeling van de ontsnappingsclausule op een manier die de bescherming van de werknemer toch weer in vraag dreigt te gaan stellen – draagt het gevolgde procedé, waarbij de ontsnappingsclausule niet expliciet juridisch-technisch uitgesloten is mogelijk risico's in zich? Had men in die zin mogelijk beter, in plaats van louter de gastlidstaat als land van gewoonlijke tewerkstelling aan te duiden, meteen expliciet het recht van dat land toepasselijk

³⁸ Zie de weergave hiervan door van Hoek (A.A.H. van Hoek, "Private International Law: An appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?", *Erasmus Law Review* 2014, Volume 7-Issue 3) waar zij stelt, met referenties in voetnoten naar de bronnen: "The enforcement directive inter alia contains an operationalisation of the concepts of posting and posted worker, limiting the application of the PWD to situations of genuine posting. The clarification of the scope of the PWD led to a discussion on the legal position of workers employed in the context of cross-border service provisions who do not fulfil the requirements of a genuine posting. The parliamentary documents show a three-fold opinion on this matter. Some MEPs advocated that host state law should apply in full. This position supports the call for equal treatment between locally hired and posted workers. Others advocated that a comparison should be made between home state and host state law, giving precedence to the law offering better protection. Finally, the third opinion, which turned into law at the adoption of the directive, refers to the Rome I Regulation with regard to the issue of applicable law. The exact implications of this latter position for the interpretation of Articles 8 and 9 Rome I Regulation are yet unclear, though." In casu lijkt dan gekozen te zijn voor de derde weg, met wel daarbij het idee dat men middels het gehanteerde procedé van aanduiden van de gastlidstaat als land van gewoonlijke tewerkstelling en toelaten van de rechtskeuze sowieso wel ook de eerste en tweede optie zou hebben geïncorporeerd.

³⁹ Zo bekeken is het niet alleen eigenaardig om in een richtlijn, waarin de situatie net uit het toepassingsgebied wordt uitgesloten, het toepasselijk recht voor die situatie te bepalen, maar gebeurt deze aanduiding bovendien zelf op een eigenaardige manier.

⁴⁰ Indien het zo zou zijn dat de opstellers van het voorstel mogelijk beseften dat het eigenaardig zou zijn in de Detacheringsrichtlijn zelf expliciet het toepasselijk recht te regelen van een situatie die niet onder de Detacheringsrichtlijn valt, kan het gehanteerde procedé zelf als een geenszins gekke poging worden beschouwd om dit te bekomen, wel integendeel: het is sowieso wel logisch in de Detacheringsrichtlijn zelf een bepaling op te nemen over hetgeen wel of niet binnen het toepassingsgebied valt en hetgeen nu wordt voorgesteld, past hier precies binnen; enkel is dan dus mogelijk nog te snel gedacht dat het vervolg van het gewenste – het vaststellen van het toepasselijk recht op de betrokken situatie – vervolgens als vanzelf zou plaatsvinden en geen verdere discussiemogelijkheid meer zou kunnen ontstaan: mogelijk, zo zou dan kunnen worden opgeworpen, zijn dan nog wel een aantal aandachtspunten over het hoofd gezien cq te gemakkelijk onvermeld gelaten.

verklaard – eventueel met een bepaling er bij dat dat als minimum zou gelden⁴¹ – zoals nu eigenlijk in het persbericht wordt gepretendeerd bewerkstelligd te hebben?

4 De vraag in hoeverre het toepasselijke recht daadwerkelijk is vastgesteld – effecten van het voorstel tot invoeging van een nieuw artikel 2 bis in de Detacheringsrichtlijn

4 a Effect: uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn?

Wat alleszins zeker lijkt – zie immers artikel 1 evenals artikel 2 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn⁴² –, is dat langdurige detachering zoals gedefinieerd in het voorstel⁴³ bij aanvaarding van dit voorstel sowieso uitgesloten zou zijn uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn.

Het is niet goed denkbaar dat een pure uitsluiting, zonder meer, van deze situatie uit de Detacheringsrichtlijn de opzet is geweest van de opstellers van het voorstel: zoniet zou het effect en eindresultaat mogelijk enkel zijn dat in een situatie van langdurige detachering de gedetacheerde werknemer (zelfs) niet meer aanspraak kan maken op de harde kern bepalingen van de Detacheringsrichtlijn; kennelijk zijn de opstellers van het voorstel er van overtuigd – en vertrouwen zij er volledig op – dat aanspraak op de basisbescherming van de Detacheringsrichtlijn⁴⁴ voor deze werknemers overbódig zou zijn – gezien hun overtuiging dat op deze werknemers, door het door hen gehanteerde procedé, voortaan sowieso het arbeidsrecht van het gastland toepasselijk zou zijn. De betrokken werknemers zouden voortaan dus sowieso op méér aanspraak kunnen maken dan op hetgeen is opgenomen in de Detacheringsrichtlijn, zo is kennelijk het idee. De opstellers van het voorstel hadden allicht nooit een bepaling als artikel 2 bis voorgesteld als zij zich punt niet gerust hadden gevoeld over de verdere “opvang” van deze situatie.

Betoogd kan worden dat door uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn de weg als het ware sowieso is “vrij gemaakt” voor toepassing van het arbeidsrecht van het gastland: in bepaalde literatuur werd immers toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn moeilijk verenigbaar geacht met aanduiding van de gastlidstaat als land

⁴¹ Zij het dan dus in een regeling (de Detacheringsrichtlijn) waarbij de bedoelde situatie net zou úitgesloten zijn uit het toepassingsgebied – mede vandaar rijst de vraag of, bekeken vanuit dit oogpunt, een dergelijke regel dan niet beter in de Rome I verordening zou worden opgenomen. Cfr. hierover nog infra.

⁴² Cfr. hetgeen in artikel 2 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn is bepaald en dat op zijn beurt weer terugslaat op hetgeen in artikel 1 van de Detacheringsrichtlijn is bepaald over het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn, namelijk “Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder terbeschikkinggestelde 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.*” (cursivering vvde).

⁴³ Zie artikel 2 bis lid 1 én lid 2.

⁴⁴ Met de daaraan gekoppelde discussie of het daarbij gaat op een minimumbescherming dan wel een maximumbescherming.

van gewoonlyke tewerkstelling cq toepasselijkheid van het recht van het gastland, alleszins⁴⁵ als dit recht op basis van het EVO-verdrag cq de Rome I verordening toepasselijk zou worden geacht als land van gewoonlyke tewerkstelling.⁴⁶ In die zin zou het gehanteerde procedé, waar het in die zin de weg vrij maakt voor toepasselijkheid van het arbeidsrecht van het gastland als land van gewoonlyke tewerkstelling, à la limite als ingenieus kunnen worden bestempeld, zoals ik hierboven al aangaf: als het ware zouden dan meerdere vliegen in één klap zijn gevangen, nu men in het geval van langdurige detachering zou zijn verlost van de vraag of, bij toepassing van de Detacheringsrichtlijn, het gaat om een minimumbescherming dan wel een maximumbescherming⁴⁷, men althans voor wat betreft deze situatie verlost zou zijn van de vraag of toepasselijkheid van het recht van het gastland kan samengaan met toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn, tegelijk áánspraak zou hebben gegeven op toepasselijkheid, als minimum, van het arbeidsrecht van het gastland.

De vraag rijst echter of er inderdaad sowieso geen gevaar is dat de werknemers wél uitgesloten zijn uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn, maar géén aanspraak hebben – als minimum – op de arbeidsbescherming (minimum de dwingende bepalingen ervan) van het gastland. Op deze vraag ga ik hierna in. Daarbij komt tevens de kwestie aan de orde of de uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn al of niet samen gaat met uitsluiting van de situatie uit de reikwijdte van het vrij verkeer van diensten –

⁴⁵ Het recht van de gastlidstaat zou immers ook nog op enigerlei andere manier kunnen toepasselijk zijn, zo is wie weet nog denkbaar – zie met name de aanduiding van dit recht als toepasselijk recht op basis van de ontsnappingsclausule, waarbij het land van herkomst (nog) als land van gewoonlyke tewerkstelling wordt beschouwd: is dergelijke redenering verenigbaar met toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn, zo rijst de vraag? Op een manier zou beantwoording van de vraag als overbodig kunnen worden voorgesteld indien wordt gesteld dat toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn er dan niet meer toe doet: de harde kernbepalingen van de Detacheringsrichtlijn zouden dan immers sowieso toepasselijk zijn, nu zelfs het algehele arbeidsrecht van de gastlidstaat toepasselijk zou zijn; maar bekeken vanuit de optiek van beantwoording van de vraag of de Detacheringsrichtlijn in zodanig geval zelf wie weet nog als maximum geldt/of het vrij verkeer van diensten in zodanig geval nog speelt en mogelijk effect heeft, is beantwoording van de vraag wel relevant.

⁴⁶ Zie de kritische commentaren van E.J.A. FRANSSEN bij Kantonrechter Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch 8 januari 2015, JAR 2015/29 (inzake Hongaarse vrachtwagenchauffeurs), cfr. de eerdere zaak FNV/De Mooij, inzake Poolse werknemers), waarin argumentaties werden gehouden Nederland als land van gewoonlyke tewerkstelling te beschouwen – zie met name de kritiek van Franssen op het tegelijk toepasselijk beschouwen van de Detacheringsrichtlijn. Over de kwestie van de verhouding van, enerzijds, aanduiding van een welbepaald recht als toepasselijk recht en, anderzijds, de toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn (in beide richtingen: sluit de aanduiding van een bepaald toepasselijk arbeidsrecht de mogelijkheid uit van toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn; en sluit toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn uit dat een bepaald recht als toepasselijk kan worden aangeduid?), zie ook Van Den Eeckhout, "Internationaal arbeidsrecht gemengd" (lange versie), ook daar over de verhouding hiervan tot het vrij verkeer van diensten evenals de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaken Viking, Laval, Rüffert en C./Luxemburg. Zie ook V. Van Den Eeckhout, The "Right" way to go in international labour law – and beyond, 2015, 14 p (in originele versie on-line te raadplegen via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2616641)

⁴⁷ Nu de Detacheringsrichtlijn niet meer van toepassing zou zijn, zou men meteen ook verlost zijn van een mogelijke beperking van de Detacheringsrichtlijn als maximum. Zie hierover al Van Den Eeckhout, "Internationaal arbeidsrecht gemengd" (lange versie).

beantwoording van deze vraag kan mogelijk repercussies hebben op het uiteindelijk toe te passen arbeidsrecht cq de toetsing ervan.

4 b Effect: tegelijk ook vastlegging van het toepasselijk arbeidsrecht? Is this a conflict rule which I see before me?

Destijds, bij uitvaardiging van de e-commercerichtlijn, verschenen kritische en bevragende commentaren in de literatuur omtrent de vraag in hoeverre in die richtlijn wel of niet een ipr-bepaling was opgenomen. “Is this a conflict rule which I see before me?”, zo luidde de titel van een van die bijdragen.⁴⁸

Een gelijkaardige vraag kan hier worden gesteld: is een (welbepaalde) regel van toepasselijk recht te ontwaren in cq te deducteren uit hetgeen in het nieuw voorgestelde artikel 2 bis is bepaald, mogelijk in combinatie met hetgeen daaromtrent ook wordt gezegd in de preambule en de toelichting bij het voorstel?

⁴⁸ G. De Baere, “Is This a Conflict Rule which I see Before Me? Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law in the “Directive on Electronic Commerce””, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2004/11, p. 287 en volgende.

Overeenkomstig de preambule⁴⁹ en de toelichting bij het voorstel⁵⁰ is dit alleszins de bedoeling geweest van de opstellers:⁵¹ dat het in het voorstel zelf wel degelijk de bedoeling is middels dit nieuwe artikel 2 bis een regel van toepasselijk recht te formuleren cq naar voren te schuiven waarbij in de genoemde omstandigheden het recht van het gastland toepasselijk wordt gemaakt - of nog, dat het de bedoeling is minstens als effect te hebben dat in de bedoelde situatie het recht van het gastland toepasselijk is, of, nog voorzichtiger geformuleerd, het voor te stellen alsof de bepalingen van de Rome I verordening in de genoemde omstandigheden zelf sowieso wel tot deze conclusie moeten leiden - blijkt dus uit de toelichting vooraan in het voorstel. In die toelichting wordt bovendien ook expliciet verwezen naar de Rome I verordening waarin regels van toepasselijk recht zijn opgenomen. Het lijkt of de opstellers dachten door de introductie van artikel 2 bis in de Detacheringsrichtlijn alleszins meteen ook, in de bedoelde gevallen, gekomen te zijn tot een welbepaalde invulling van artikel 8 lid 2 Rome I verordening, waarin ook sprake is van het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht. Dat het de bedoeling is hier voor te

⁴⁹ Zie met name considerans nr. 8. Deze considerans vangt aan met "Met het oog op de lange looptijd van bepaalde terbeschikkingstellingen is het noodzakelijk vast te stellen dat wanneer de terbeschikkingstelling langer duurt dan 24 maanden, de gastlidstaat wordt geacht het land te zijn waar het werk wordt uitgevoerd", stelt vervolgens net zoals in de toelichting "Volgens het beginsel van de Rome I-verordening is daarom het recht van de gastlidstaat van toepassing op de arbeidsovereenkomst van die ter beschikking gestelde werknemers indien de partijen geen andere rechtskeuze hebben gemaakt. Indien een andere keuze is gemaakt, mag dat echter niet tot gevolg hebben dat de werknemer de bescherming wordt ontnomen die hem wordt geboden door bepalingen waarvan volgens de wet van de gastlidstaat niet bij overeenkomst kan worden afgeweken" en voegt daar nog aan toe "Dit moet van toepassing zijn vanaf het begin van de terbeschikkingstelling wanneer die voor meer dan 24 maanden is gepland en vanaf de eerste dag na de 24 maanden wanneer de terbeschikkingstelling daadwerkelijk langer duurt. Dit voorschrift doet geen afbreuk aan het recht van ondernemingen die werknemers op het grondgebied van een andere lidstaat ter beschikking stellen om ook vrijheid van dienstverrichting in te roepen in omstandigheden waarbij de terbeschikkingstelling langer dan 24 maanden duurt. *Het doel is louter rechtszekerheid te creëren bij de toepassing van de Rome I-verordening in een specifieke situatie zonder die verordening op een of andere manier te wijzigen. De werknemer zal met name de bescherming en de voordelen van de Rome I-verordening genieten.*" (cursivering vvde). In de achtste considerans is dus nog wel te lezen "Het doel is louter rechtszekerheid te creëren bij de toepassing van de Rome I-verordening in een specifieke situatie zonder die verordening op een of andere manier te wijzigen." Maar was het dan al niet de bedoeling de regels zelf van het EVO-verdrag cq de Rome I verordening te wijzigen, wel was het kennelijk middels het gehanteerde procedé minstens de bedoeling effect te sorteren op het toepasselijk recht dat naar de toekomst toe langdurige detachering zou gaan beheersen.

⁵⁰ Daar, onder punt "7. Toelichting bij de specifieke bepalingen van het voorstel" wordt gesteld: "In lid 1 wordt een nieuw artikel 2bis aan de richtlijn toegevoegd. Dit artikel handelt over het arbeidsrecht dat moet worden toegepast op ter beschikking gestelde werknemers wanneer de verwachte of de effectieve duur van de terbeschikkingstelling langer is dan 24 maanden. (...) Lid 1 van het nieuwe artikel 2bis is van toepassing wanneer wordt verwacht dat de terbeschikkingstelling langer dan 24 maanden zal duren of wanneer de effectieve duur van de terbeschikkingstelling langer dan 24 maanden bedraagt. In beide gevallen wordt de gastlidstaat geacht het land te zijn waar het werk gewoonlijk wordt uitgevoerd. Volgens de bepalingen van de Rome-I-verordening is daarom het arbeidsrecht van de gastlidstaat van toepassing op de arbeidsovereenkomst van die ter beschikking gestelde werknemer indien de partijen geen andere rechtskeuze hebben gemaakt. Indien een andere keuze is gemaakt, mag dat echter niet tot gevolg hebben dat de werknemer de bescherming wordt ontnomen die hem wordt geboden door bepalingen waarvan volgens de wet van de gastlidstaat niet bij overeenkomst kan worden afgeweken."

⁵¹ Cfr. ook hetgeen is te lezen in het document met veelgestelde vragen en antwoorden dat online te lezen is via [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-16-467_nl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_nl.htm).

schrijven/duidelijk te maken welk arbeidsrecht toepasselijk is in de genoemde omstandigheden blijkt zo mogelijk nog explicieter uit de preambule bij het voorstel.

Het is interessant hetgeen hier, in de toelichting en preambule bij het voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn, wordt gesteld te vergelijken met de preambule van de Hándhavingsrichtlijn waarin in nummer 46 van de considerans is bepaald “Deze richtlijn heeft niet ten doel geharmoniseerde regels betreffende justitiële samenwerking, rechterlijke bevoegdheid of erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken vast te stellen, noch het toepasselijke recht te behandelen.” Mocht hetgeen de opstellers willen doorvoeren inzake langdurige detachering uiteindelijk verworpen worden tot cq begrepen worden als een bepaling van “behandeling van toepasselijk recht” en à la limite zelfs als een wijziging van het EVO-verdrag cq de Rome I Verordening, en mocht dergelijke bepaling uiteindelijk opgenomen worden in de Hándhavingsrichtlijn, dan zou dit dus mogelijk in spanning komen te staan met deze considerans van de preambule bij de Handhavingsrichtlijn.⁵²

Hierbij moge nog worden herinnerd aan hetgeen in de preambule van de *huidige Detacheringsrichtlijn*⁵³ reeds is bepaald inzake ingreep in het ipr in considerans nummer 11 “Overwegende dat, overeenkomstig het in artikel 20 van genoemd Verdrag vervatte beginsel van voorrang van het Gemeenschapsrecht, dit Verdrag de toepassing onverlet laat van bepalingen die voor bijzondere gebieden regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot verbintenissen uit overeenkomst bevatten en die zijn of zullen worden neergelegd in besluiten van de instellingen van de Europese Gemeenschappen of in ter uitvoering van deze besluiten geharmoniseerde nationale wetgevingen” – een bepaling die tot nog toe begrepen leek te worden als gericht op de omstandigheid dat in de Detacheringsrichtlijn als het ware een unificatie van vóorrangsregels – zoals mogelijk gemaakt door artikel 7 EVO-verdrag – is doorgevoerd: het is gangbaar de Detacheringsrichtlijn voor te stellen als een aan het EVO-verdrag/de Rome I verordening bijkomende ipr-bron waarin “voorrangsregels”¹ zijn geünificeerd - de nu voorgestelde wijziging van de

⁵² Zie wel, nu al, over de interactie van de Handhavingsrichtlijn met regels van toepasselijk recht, M. Ho-Dac, “La directive d’exécution relative au détachement des travailleurs et le droit international privé: une relation á approfondir” in Revue de l’Union Européenne 2016, nr. 595 (février 2016), p, 103-108. Zie ook over de op gedetacheerde werknemers toepasselijke regels van arbeidsrecht na de Handhavingsrichtlijn, daarbij ook ingaand op (de effecten van) hetgeen is bepaald in de elfde considerans van de Handhavingsrichtlijn (“Wanneer er geen sprake is van een daadwerkelijke detachering en sprake is van conflicterende wetgevingen, moet terdege rekening worden gehouden met de bepalingen van Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad („Rome I”) (1) of het Verdrag van Rome (2), die beogen te waarborgen dat werknemers de bescherming blijven genieten die hen wordt geboden door bepalingen waarvan niet kan worden afgeweken op grond van een overeenkomst of waarvan alleen kan worden afgeweken in hun voordeel. De lidstaten moeten er zorg voor dragen dat bepalingen worden vastgesteld die een adequate bescherming bieden aan werknemers die niet daadwerkelijk worden gedetacheerd.”), F. van Overbeeke, “Het toepasselijk recht op gedetacheerde werknemers na de Handhavingsrichtlijn inzake de Detacheringsrichtlijn”, Arbeidsrecht 2014, 44, p. 1-8.

⁵³ Overigens moge hierbij worden opgemerkt dat in de preambule van de huidige versie van Detacheringsrichtlijn artikel 6 EVO-verdrag – inclusief de mogelijkheid van rechtskeuze – anders dan hierna zal blijken bij het voorstel tot wijziging van Detacheringsrichtlijn, correct wordt weergegeven

Detacheringsrichtlijn behelst een (poging tot) nog verdergaande ingreep in/invulling van het ipr: duidelijk is dat in het voorstel gepóógd wordt (de uitkomst van toepassing van) ipr-regels te modelleren in een specifieke situatie, minstens er richting en sturing en invulling aan te geven.

Ik herinner in deze context ten slotte nog aan de problematiek van het deducteren van de bedoéling van de Commissie op ipr-vlak met het voorstel van Bolkestein-richtlijn destijds cq mogelijke gevolgen op ipr-vlak van het voorstel – te onderscheiden van de uiteindelijke versie van de Dienstenrichtlijn – evenals, zoals hierboven al aangestipt, van de interpretatiemoeilijkheden op ipr-vlak waartoe de e-commercerichtlijn eerder aanleiding gaf.

Quid nu wat betreft dit voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn?

4 b 1 Vragen inzake de verhouding tussen gelijkkluidende termen in de Detacheringsrichtlijn enerzijds, het EVO-verdrag cq de Rome I verordening anderzijds.

In het nieuw voorgestelde artikel 2 bis wordt de term “land van gewoonlyke tewerkstelling” gehanteerd. Daarmee wordt eenzelfde term gehanteerd als ook gebruikt wordt in artikel 6 lid 2 sub a EVO-verdrag evenals artikel 8 lid 2 Rome I verordening.

In de literatuur⁵⁴ zijn eerder al vragen gesteld rond de gelijkenis dan wel het verschil in betekenis tussen de in de Detacheringsrichtlijn⁵⁵ enerzijds, het EVO-verdrag en de Rome I verordening anderzijds gehanteerde gelijkkluidende termen – waaronder, naast het concept “land van gewoonlyke tewerkstelling”, zeker ook de term “tijdelijkheid”.⁵⁶ In considerans 36 van de preambule bij de Rome I verordening is bepaald “Met betrekking tot individuele arbeidsovereenkomsten dient het verrichten van arbeid in een ander land als tijdelijk

⁵⁴ Zie nog recent M. Kullmann, “Tijdelijke grensoverschrijdende detachering en gewoonlyk werkland: over de verhouding tussen de Rome I-Verordening en de Detacheringsrichtlijn en de rol van de Handhavingsrichtlijn”, NIPR 2015, 33(2), p. 205-2016.

⁵⁵ Zie overigens ook inzake de in artikel 4 lid 3 onder c Handhavingsrichtlijn gebruikte referéentie naar (de terminologie van) het EVO-verdrag cq de Rome I Verordening A. Defossez, “Les rapports entre la directive détachement et le Règlement Rome I: on efface tout et on recommence?”, in *Boundaries of European private international law/Les frontières de droit international privé européen/Las fronteras del derecho internacional privado europea*, Bergé, J.S., Francq, S. en Gardenes Santiago, M. (eds.), Bruxelles, Bruylant 2015, p. 483-504 evenals zijn eerdere publicaties over de Handhavingsrichtlijn, M. Ho-Dac, “La directive d’exécution relative au détachement des travailleurs et le droit international privé: une relation á approfondir” in *Revue de l’Union Européenne* 2016, nr. 595 (février 2016), p. 103-108 (kritisch op het punt van de manier van aanpak van de Handhavingsrichtlijn) en M. Kullmann, “Tijdelijke grensoverschrijdende detachering en gewoonlyk werkland: over de verhouding tussen de Rome I-Verordening en de Detacheringsrichtlijn en de rol van de Handhavingsrichtlijn”, NIPR 2015, 33(2), p. 205-2016. Indién de in artikel 2 bis gebruikte terminologie geheel zou doorwerken in de in het EVO-verdrag cq de Rome I verordening gebruikte terminologie en indién deze op zijn beurt ook weer doorwerkt naar artikel 4 lid 3 onder c Handhavingsrichtlijn, zou zo een doorzetting kunnen in gang gezet zijn naar een element van de Handhavingsrichtlijn toe.

⁵⁶ In de Nederlandse reactie bij het voorstel van de Europese Commissie wordt de vraag opgeworpen hoe het voorstel zich verhoudt tot de bepaling inzake tijdelijkheid in artikel 8 lid 2 van de Rome I verordening.

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 (...).⁵⁷ Is het dan zo dat in het voorstel bij langdurige detachering als het ware impliciet gesteld wordt dat bij dergelijke langdurige detachering geen wil tot terugkeer meer aanwezig kan zijn in de zin van de Rome I verordening – nu toch de gastlidstaat als land van gewoontelijke tewerkstelling wordt aangeduid, en niet (meer) het land van waaruit de werknemer “tijdelijk” uitgezonden wordt?

Duidelijk is alleszins dat het de bedoeling is van de opstellers van het voorstel bij langdurige detachering het begrip “land van gewoontelijke tewerkstelling” in artikel 6 EVO-verdrag evenals artikel 8 Rome I Verordening op zodanige manier in te vullen dat bij toepassing van deze regelgeving de gastlidstaat wordt aangemerkt als het land van gewoontelijke tewerkstelling – en daarmee geen ruimte meer te laten voor het aanduiden van de zéndstaat als het land van gewoontelijke tewerkstelling van waaruit de werknemer tijdelijk zou zijn uitgezonden – of nog, te beslissen dat er géén land van gewoontelijke tewerkstelling (meer) zou zijn.⁵⁸

Maar zelfs als op zodanige manier een automatische invulling van termen zou gebeuren in het EVO-verdrag dan wel de Rome I verordening en de in het voorstel gehanteerde terminologie meteen zou doorwerken in de terminologie van het EVO-verdrag en de Rome I Verordening, op de door de opstellers kennelijk gewenste wijze, resteren nog vragen over de omgang met artikel 6 EVO-verdrag cq artikel 8 Rome I verordening.

4 b 2 De problematiek van de subsidiaire aanknopingsregel evenals de ontsnappingsclausule, mede in het licht van de Europese fundamentele vrijheden, in een situatie waarbij een werknemer uitgestuurd wordt van een land met lage arbeidsbescherming naar een land met hoge arbeidsbescherming.

De aanduiding van de gastlidstaat als land van gewoontelijke tewerkstelling

De sleutel ter bepaling van het toepasselijk arbeidsrecht lijkt volgens de opstellers van het voorstel te liggen in de aanduiding van het land van gewoontelijke tewerkstelling van een gedetacheerde werknemer. Dit sluit aan bij hoe in sommige literatuur wordt aangekeken tegen de problematiek van (regulering van de situatie van) gedetacheerde werknemers – en hoezeer het wordt beschouwd als zouden artikel 6 EVO-verdrag evenals artikel 8 Rome I

⁵⁷ Over het element van de wil tot terugkeer als criterium ook om te bepalen of er sprake is van tijdelijkheid – en diensengevolge vaststelling van het land van gewoontelijke tewerkstelling, zie A. Defossez, “Les rapports entre la directive détachement et le Règlement Rome I: on efface tout et on recommence?”, in *Boundaries of European private international law/Les frontières de droit international privé européen/Las fronteras del derecho internacional privado europea*, Bergé, J.S., Francq, S. en Gardenes Santiago, M. (eds.), Bruxelles, Bruylant 2015, p. 483-504.

⁵⁸ Zie echter infra, de visie van Kullmann.

Verordening doordrongen zouden zijn van het werklandbeginsel.⁵⁹ Zo schreef Defossez⁶⁰ in een bespreking van de Hándhavingsrichtlijn, over de situatie van langdurige detachering – en de vraag vanaf wanneer dergelijke tewerkstelling niet meer als tijdelijk zou kunnen worden beschouwd maar als permanent zou moeten worden aangemerkt - : “ Un autre abus est celui du « faux détachement », stratégie qui vise à faire accéder des travailleurs au marché de l’emploi au moyen d’un détachement de très longue durée (ou d’une succession de détachements de courtes durées). (...) Cette pratique pose la question du caractère réellement « temporaire » de tels détachements. Le législateur a perçu, à juste titre, que c’est l’identification du lieu de travail habituel du travailleur détaché qui pourrait devenir une étape importante afin de vérifier si un détachement en apparence légitime ne masque pas, de facto, une tentative de faire accéder de manière permanente le travailleur détaché au marché du travail de son État d’accueil. L’application d’un noyau dur de lois de police n’est pas la seule manière d’assurer une lutte efficace contre les abus : au contraire, la technique classique d’identification du lieu habituel de travail peut retrouver ici toute sa place.”

De nu door de Europese commissie in het voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn gevolgde aanpak, lijkt hier zeer wel bij aan te sluiten.⁶¹ Zo bekeken ook, zou in de

⁵⁹ Zie bv. ook de reactie op het voorstel te vinden op <http://www.slideshare.net/HansHemmes/2016-0408-brief-fnv-cnv-vcp-wijziging-detacheringsrichtlijn> waarin ook de visie naar voren komt dat de huidige ipr-regels zijn gebaseerd op het werklandbeginsel. De regels van het EVO-verdrag en de Rome I Verordening zitten echter vrij genuanceerd in elkaar – het werklandbeginsel lijkt wel degelijk het basisprincipe uit te maken van de regel van toepasselijk recht van het EVO-verdrag cq de Rome I Verordening, maar de conflictregel is nog geschakeerder, gevarieerder en gecompliceerder dan louter huldiging van dit principe.

⁶⁰ Zie bv. A. Defossez, “Les rapports entre la directive détachement et le Règlement Rome I: on efface tout et on recommence?”, in *Boundaries of European private international law/Les frontières de droit international privé européen/Las fronteras del derecho internacional privado europea*, Bergé, J.S., Francq, S. en Gardenes Santiago, M. (eds.), Bruxelles, Bruylant 2015, p. 483-504 evenals eerdere van zijn publicaties.

⁶¹ Cfr. ook Defossez in de passage, over duur en vermoeden wil terugkeer (waarover ook hoger al) waar hij het een paar jaar geleden”, in een bespreking van de Handhavingsrichtlijn, had over een mogelijke aanpassing van de Detacheringsrichtlijn zelf – een aanpassing die hij op dat moment inschatte als een “hypothèse peu probable á l’heure actuelle”: Afin de renforcer la sécurité juridique, le recours à un critère temporel aurait pu permettre de donner plus de substance à cette idée. M. Polak, par exemple, considère qu’un détachement durant plus d’une année (deux années désormais, en vertu des modifications apportées à la réglementation sur la sécurité sociale des travailleurs migrants) (60) deviendrait le lieu de travail habituel du travailleur sauf à démontrer le maintien de liens plus étroits avec le pays d’origine (61). La volonté de retour serait donc présumée s’agissant d’un détachement de moins de deux ans, à charge pour les autorités de démontrer le contraire. Par contre, pour un détachement de plus de deux années, il n’y aurait plus de présomption et il appartiendrait alors, au cas par cas, de démontrer que la volonté de retour existe toujours. À cet égard, le fait qu’un chantier ait pris du retard, expliquant la prolongation du détachement, pourrait constituer une telle preuve. Toutefois, cette référence à une durée de deux années nécessiterait sans doute une nouvelle modification de la directive détachement, hypothèse peu probable à l’heure actuelle.” Zie ook van Hoek en Houwerzijl in de Comparative Study, p. 17 van de executive summary, de ene van de twee mogelijke suggesties cfr. p. 188 waar zij stellen beidewaar in zij als één van twee mogelijke suggesties stellen “For enforcement purposes however, the introduction of a time limit for posting under the PWD merits further study. The idea behind this is that postings of a shorter duration are supposed to fall within the scope of application of the PWD, whereas postings of a longer duration are supposed to constitute regular employment in the host state unless the employer demonstrates that the contract has retained a closer connection to the home state. Such a rebuttable presumption may help to reduce formalities for short term posting, while guaranteeing effective enforcement of the temporary character of the posting.

Handhavingsrichtlijn als het ware een voorzet gegeven zijn voor het reguleren van langdurige detachering met het door de Europese Commissie gewenste resultaat *via* het gebruik maken van de sleutel cq schroef van aanduiding van het land van gewoontelijke tewerkstelling.⁶²

En inderdaad kan de aanduiding van het land van gewoontelijke tewerkstelling als zeer relevant worden beschouwd bij poging tot invulling van de regels van het EVO-verdrag en de Rome I verordening. Een ander punt is echter of, met de aanduiding van het land van gewoontelijke tewerkstelling, ook zonder verdere discussiemogelijkheid het toepasselijk arbeidsrecht is vastgesteld: sowieso moet de aanduiding van het land van gewoontelijke tewerkstelling immers onderscheiden worden van de aanduiding van het recht van een land – vraag is dan of, in de situatie van langdurige detachering, beide noodzakelijkerwijze samenvallen.

In artikel 6 EVO-verdrag evenals artikel 8 Rome I Verordening is immers ook een subsidiaire⁶³ aanknopingsregeling opgenomen – de b-regel van artikel 6 lid 2 EVO-verdrag evenals de bepaling in lid 3 van artikel 8 van de Rome I verordening; en voor zowel de primaire aanknopingsregeling als de subsidiaire aanknopingsregeling geldt dat het op basis van die aanknopingsregeling gevonden recht alsnog ter zijde kan worden geschoven op basis van de ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 in fine EVO-verdrag en artikel 8 lid 4 Rome I verordening. In het voorstel van de Europese commissie wordt van geen van beide gewag gemaakt.

Wel wordt gewag gemaakt van de mogelijkheid tot rechtskeuze op basis van artikel 6 lid 1 EVO-verdrag en artikel 8 lid 1 Rome I verordening: er wordt door de opstellers van het voorstel onderkend dat in geval van rechtskeuze enkel de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht gelden.⁶⁴ De mogelijkheid tot het maken van een rechtskeuze op basis van artikel 6 lid 1 EVO-verdrag cq artikel 8 lid 1 Rome I Verordening wordt dus door de opstellers van het voorstel wél in ogenschouw genomen: zoals ik in het NJBlog al aangaf, is opmerkelijk

Nevertheless, care should be taken to comply with the Treaty requirements under the free movement of services.” Cfr. de aanbeveling op p, 189 “To enhance possibilities to combat abusive situations, the definition of temporary posting in Art. 2 PWD should be amended or clarified. - Whether a rebuttable legal presumption of ‘structural’ employment in the host state should be introduced in case the length of employment in the host state exceeds a certain period of time (which may be partly left to the sectoral social partners to fill in, as for example in Article 5(3) Directive 2008/104 on TAW), merits further study. In any event, care should be taken to comply with the Treaty requirements under the free movement of services.”

⁶² Zie wel voor een aantal kritische opmerkingen over de juridisch-technische manier waarop een en ander in de Handhavingsrichtlijn is ingebouwd M. Ho-Dac, “La directive d’exécution relative au détachement des travailleurs et le droit international privé: une relation á approfondir” in Revue de l’Union Européenne 2016, nr. 595 (février 2016), p, 103-108.

⁶³ Subsidiair in rangorde ten aanzien van de primaire aanknopingsregeling, cfr. de rechtspraak over artikel 6 EVO-verdrag van het Hof van Justitie in de zaken Koelzsch, Voogsgeerd en Schlecker (HvJ EU 15 maart 2011, C-29/10 (Koelzsch/Luxemburg); HvJ EU 15 december 2011, C-384/10 (Voogsgeerd/Navimer) en HvJ EU 12 september 2013, C-64/12 (Schlecker).

⁶⁴ Zij het dat ze – zoals ik verder aangeef – dat normaal toepasselijke recht zelf zonder meer invullen als het recht van het werkland (terwijl dat onder omstandigheden volgens het EVO-verdrag en de Rome I verordening zelf ook een ander recht zou kunnen zijn).

dat in de toelichting bij het voorstel door het maken van de nuancering “indien de partijen geen andere rechtskeuze hebben gemaakt” - wél aandacht wordt gegeven aan een lid van artikel 8 Rome I verordening dat ook van impact kan zijn op de bepaling van het toepasselijk recht, namelijk artikel 8 lid 1. Ook in considerans 6 van de preambule bij het voorstel komt deze onderkenning van de hypothese van rechtskeuze naar voren.

Het negeren van de ontsnappingsclausule

In mijn eerste van beide NJBlogs wees ik er al op hoe opmerkelijk het is dat in het voorstel op generlei wijze gewag wordt gemaakt van de ontsnappingsclausule.⁶⁵ Dit negeren van de ontsnappingsclausule, zo gaf ik daar ook al aan, gebeurt óók daar waar in de toelichting bij het voorstel en in de preambule gewag wordt gemaakt van de rechtskeuzemogelijkheid die sowieso ook openstaat.⁶⁶

In zoverre zou worden besloten dat door het (louter) negeren van de ontsnappingsclausule de weg tot toepassing er van niét is afgesloten – en dat hetgeen in het voorstel, daarin begrepen

⁶⁵ In de Nederlandse reactie op het voorstel wordt in voetnoot 7 overigens een zelfde denkfout over de Rome I verordening gemaakt cq wordt de ontsnappingsclausule op eenzelfde manier genegeerd.

⁶⁶ Artikel 8 lid 1 Rome I Verordening wordt in de toelichting meteen ingevuld als zou op basis van artikel 8 lid 1 de werknemer niet de bescherming kunnen worden ontnomen van de bepalingen waarvan volgens “*de wet van de gastlidstaat*” niet kan worden afgeweken. (cursivering vvde) Zie meer bepaald de passage “(...) Volgens de bepalingen van de Rome-I-verordening is daarom het arbeidsrecht van de gastlidstaat van toepassing op de arbeidsovereenkomst van die ter beschikking gestelde werknemer indien de partijen geen andere rechtskeuze hebben gemaakt. Indien een andere keuze is gemaakt, mag dat echter niet tot gevolg hebben dat de werknemer de bescherming wordt ontnomen die hem wordt geboden door bepalingen waarvan volgens de wet van de gastlidstaat niet bij overeenkomst kan worden afgeweken.” Zie eveneens considerans 6, waar wordt gesteld “Volgens de Rome I-verordening mogen werkgevers en werknemers in het algemeen kiezen welk recht van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. De bescherming die de werknemer echter geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht van het land waar of, bij ontstentenis, vanwaaruit hij gewoonlijk zijn arbeid verricht, mag hierdoor niet worden aangetast. Bij gebreke van een rechtskeuze geldt voor de overeenkomst het recht van het land waar of, bij ontstentenis, vanwaaruit de werknemer gewoonlijk de arbeid ter uitvoering van de overeenkomst verricht.” Een gelijkaardige zienswijze blijkt uit de preambule. Minstens de dwingende bepalingen van het recht van het gastland zouden dus, in de bedoelde situaties, op de betrokkene toepasselijk zijn, zo lijken de toelichting en de preambule te willen duidelijk maken. Dit terwijl toch artikel 8 lid 1 het zelf heeft over het de werknemer niet middels een rechtskeuze kunnen beroven van de bepalingen van “het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van dit artikel toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze” (Artikel 8 lid 1, voluit geciteerd, luidt als volgt “Een individuele arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat de partijen overeenkomstig artikel 3 hebben gekozen. Deze keuze mag er evenwel niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken op grond van het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van dit artikel toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze”) waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken (cursivering vvde) – zodat het volgens artikel 8 lid 1 zelf ook om de dwingende bepalingen van een ander recht dan het recht dat op basis van artikel 8 lid 2 toepasselijk zou zijn, zou kunnen gaan. Ook hier, bij het aanhalen van artikel 8 lid 1 Rome I verordening, lijkt dus in het voorstel het bestaan van artikel 8 lid 4 als het ware genegeerd te worden – over het hoofd gezien of welbewust ter zijde geschoven en buiten spel gezet? Waarom wordt (ook) hier geen gewag gemaakt van de ontsnappingsclausule, zo wierp ik reeds op in het NJBlog?

de preambule en de toelichting, te vinden is niet voldoende kan worden geacht om de ontsnappingsclausule als zodanig uit te sluiten – , duikt het risico op dat via inschakeling van deze ontsnappingsclausule alsnog het arbeidsrecht⁶⁷ van de gastlidstaat ter zijde zou worden geschoven – en daarmee de bescherming die de opstellers van het voorstel dachten te verlenen aan de werknemer via toepasselijkheid van het recht van de gastlidstaat, níét wordt verleend.⁶⁸ Het risico hierop lijkt des te reëler nu het Hof van Justitie in de zaak Schlecker⁶⁹

⁶⁷ Zelfs de dwingende bepalingen van het arbeidsrecht van de gastlidstaat zouden op deze manier niet normaal toepasselijk zijn – want een ander recht zou als het normaal toepasselijke recht kunnen worden aangeduid.

⁶⁸ Zo voorgesteld, zou hier à la limite kunnen worden gesproken van een gat in de rechtsbescherming van deze werknemers. Waar eerder werd gesproken van een gat in de rechtsbescherming van gedetacheerde werknemers die gestuurd worden van een land met lage arbeidsbescherming naar een land met hoge arbeidsbescherming, maar dit gat tot op bepaalde hoogte is opgevuld door de uitvaardiging van de Detacheringsrichtlijn, zou hier dan kunnen worden gesproken van een gat in de rechtsbescherming van werknemers die noch bescherming genieten van het arbeidsrecht van het gastland, noch van de harde kern bepalingen van de Detacheringsrichtlijn. Dergelijke werknemers dreigen dan geheel en al buiten wal en schip te vallen. Over de situatie van werknemers die op basis van de ontsnappingsclausule onderworpen worden aan het recht van het land van herkomst (als in een soort toepassing van het country of origin principe) en ook geen bescherming genieten van de Detacheringsrichtlijn omdat zij uit het toepassingsgebied daarvan blijken te vallen, zie wel reeds eerder A.A.H. van Hoek, “Private International Law: An appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?”, *Erasmus Law Review* 2014, Volume 7-Issue 3, waar zij stelt “For one, the debate in parliament and Council seems to centre around the interaction between the PWD and Article 8 Rome I. None of the amendments presented in the debate in parliament specifically address the interaction between the PWD and Article 9 Rome I. When workers employed in a cross-border situation do not fulfil the definition of posting under the PWD, the host state is not obliged to offer the protection specified therein. However, the limitation to core issues and public policy does not apply either. Suppose a worker can no longer be deemed to be a posted worker, because she is not posted for a short period and is not expected to return to the country of origin upon termination of the cross-border service (the *Schlecker* scenario). What protection does this worker enjoy when, based on the wide interpretation of the exception clause in Article 8 Rome I, the law of the country of origin is applicable to the employment contract as such? Similarly, the question could be raised on the protection of workers in the Flamanville scenario described above. The current interpretation of Article 8 Rome I by the CJEU makes it difficult to predict which law would apply to their contracts. This puts pressure on the use of Article 9 Rome I as a regulatory mechanism. In my opinion host state law should at least provide the Flamanville workers with the minimum protection offered by the PWD, in order to avoid an unwanted lacuna in the protection of this group of workers. Compare *Hof Den Bosch* 28 May 2013, [ECLI:NL:GHSHE:2013:CA1457](#), *JAR* 2013/159, *RAR* 2013/160 (Mooy). However, as the maximum imposed by the PWD does not apply either, the host state is free to apply mandatory laws going beyond the core protection of the PWD, provided the requirements of both Article 9 Rome I and – where necessary – the case law on the treaty provisions regarding free movement are met.” Soelaas zou dan dus moeten worden gevonden in inschakeling van de voorrangsregels – waarbij zich mogelijk nog wel het effect zou kunnen laten gelden van de Europese fundamentele vrijheden – inclusief de vrijheid van dienstenverkeer? Sowieso zou dan mogelijk wel niet de beperking van de Detacheringsrichtlijn tot een maximum gelden, cfr. hierover al Van Den Eeckhout, “Internationaal arbeidsrecht gemangeld” (lange versie). Zie ook de paper die te vinden is op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2616641 , betreffende ook de mogelijke (neven)effecten van het aanduiden van een land als land van gewoontelijke tewerkstelling zonder dat het recht van dat land toepasselijk wordt verklaard (daarin begrepen mogelijke effecten op het zich wel of niet nog kunnen beroepen op de harde kern bepalingen van de Detacheringsrichtlijn – voor een later bijgewerkte maar tegelijk ook sterk verkorte versie van deze paper, zie http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643542). Zie ook over het mogelijk effect van de ontsnappingsclausule F. van Overbeeke, “Het toepasselijk recht op gedetacheerde werknemers na de Handhavingsrichtlijn inzake de Detacheringsrichtlijn”, *ArbeidsRecht* 2014, afl. 10, p. 1-8.

⁶⁹ HvJ EU Schlecker 12 september 2013, C-64/12 (Schlecker), waarover ik reeds schreef in “De ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 EVO: hoe bijzonder is de zaak Schlecker?”, *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2014, afl. 4, p. 3-8). In die bijdrage wees ik reeds op mogelijke risico’s van de Schlecker-uitspraak, ik wierp daar reeds de vraag op of het zo is dat als er al zou worden in geslaagd op basis van de a-regel het recht van het land met hoge arbeidsbescherming toepasselijk te maken, de tenzij-clausule de werknemer integendeel alsnog zou

heeft geoordeeld dat het bestaan van de ontsnappingsclausule sowieso niet miskend mag worden – de ontsnappingsclausule lijkt in geen geval als een dode letter te mogen worden beschouwd en lijkt, afgaande op deze uitspraak, zelfs te kunnen worden toegepast in een situatie waarin een werknemer wel degelijk – en mogelijk zelfs al lange tijd - een land van gewoonlijke tewerkstelling heeft en bovendien inschakeling van de ontsnappingsclausule zou kunnen leiden tot een materieel minder gunstig resultaat voor de werknemer. In een bespreking van deze uitspraak⁷⁰ vroeg ik me zelf reeds af hoe deze uitspraak – die werd gedaan over een situatie waarbij géen detachering aan de orde was – zou moeten worden begrepen in een situatie van detachering - en wees ik op de mogelijke risico's en kansen van de Schlecker-uitspraak in die context. Het “gevaar” van de uitspraak op het vlak van veiligstellen van arbeidsbescherming van werknemers is allicht vooral groot in situaties waarbij de werknemer (zelfs) niet verzekerd is van toepassing van de harde kern bepalingen van de Detacheringsrichtlijn – situatie die zich precies hier voordoet.

Opmerkelijk is dat de opstellers van het voorstel überhaupt zelfs geen mélding maken van deze ontsnappingsclausule. Mogelijk is een en ander te verklaren doordat de zaak Schlecker pas van vrij recente datum is – en het toch vooral met de uitspraak Schlecker is dat duidelijk is geworden dat de ontsnappingsclausule van het EVO-verdrag cq de Rome I verordening van grote tel is cq kan zijn. Mogelijk hebben de opstellers de ontsnappingsclausule mede daardoor over het hoofd gezien, of gedacht ze te mogen negeren. Bij de opstelling van de Handhavingsrichtlijn lijken de opstellers van de Hándhavingsrichtlijn (nog) geen oog te hebben gehad voor de mogelijke werking van de ontsnappingsclausule⁷¹ en mogelijk hebben de

kunnen terugwerpen op toepassing van het recht van het land met lage arbeidsbescherming? Ik wees daar echter ook al op eventuele mógelijkheden die de uitspraak zou kunnen bieden, waarover meer infra.

⁷⁰ V. Van Den Eeckhout, “De ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 EVO: hoe bijzonder is de zaak Schlecker?”, Tijdschrift Recht en Arbeid 2014, afl. 4, p. 3-8

⁷¹ Maar zie over de mogelijke impact ervan in de situatie na uitvaardiging van de Handhavingsrichtlijn F. van Overbeeke, “Het toepasselijk recht op gedetacheerde werknemers na de Handhavingsrichtlijn inzake de Detacheringsrichtlijn”, Arbeidsrecht 2014, 44, p. 1-8. Mutatis mutandis kunnen hier een aantal gelijkaardige opmerkingen inzake mogelijke impact van de ontsnappingsclausule worden geformuleerd – zij het dat hier vragen kunnen rijzen aangaande het mogelijk maken van een onderscheid (en onderkennen van mogelijke overlappingen en interacties) tussen situaties die worden aangemerkt als zijnde geen “daadwerkelijke” detachering (cfr. de bepalingen hierover in de Handhavingsrichtlijn) enerzijds, situaties die als langdurige detachering worden aangemerkt en vandaar op basis van de Detacheringsrichtlijn (via de daarin voorgestelde bepaling dat in geval van langdurige detachering de gastlidstaat als land van gewoonlijke tewerkstelling moet worden beschouwd) zouden worden uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn – met mogelijke repercussies à la limite op het vlak van inschakelingsmogelijkheid van vrij verkeer van personen en/of vrij verkeer van diensten evenals op het vlak van invulling van de regels van toepasselijk recht van het EVO-verdrag en de Rome I Verordening (zie hetgeen hierover is bepaald in de elfde considerans van de preambule van de Handhavingsrichtlijnpreambule respectievelijk de achtste considerans van het voorstel) én vervolgens alsnog, à la limite, toetsen van verenigbaarheid daarvan met de Europese fundamentele vrijheden. (de elfde considerans van de Handhavingsrichtlijn luidt als volgt: “Wanneer er geen sprake is van een daadwerkelijke detachering en sprake is van conflicterende wetgevingen, moet terdege rekening worden gehouden met de bepalingen van Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad („Rome I”) (1) of het Verdrag van Rome (2), die beogen te waarborgen dat werknemers de bescherming blijven genieten die hen wordt geboden door bepalingen waarvan niet kan worden afgeweken op grond van een overeenkomst of waarvan alleen kan worden afgeweken in hun voordeel. De lidstaten moeten er zorg voor dragen dat bepalingen worden vastgesteld die een adequate bescherming bieden aan werknemers die niet daadwerkelijk worden gedetacheerd.”) Is bv. bij de situatie dat een detachering niet als “daadwerkelijke” detachering wordt aangemerkt, mogelijk überhaupt geen sprake meer van een detacheringssituatie, terwijl bij langdurige

opstellers van dit voorstel in de tussentijd geen oog gekrégen voor de inmiddels gedane uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Schlecker, die na de eerdere uitspraken Koelzsch⁷² en Voogsgeerd⁷³ sommigen mogelijk heeft verrast. Maar sowieso, de ontsnappingsclausule is wel degelijk opgenomen in het EVO-verdrag evenals de Rome I Verordening en was dat sowieso ook al ten tijde van het opmaken van dit voorstel – én ten tijde van de Handhavingsrichtlijn; mede in het licht van de reeds veel eerder gedane uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Intercontainer leek er toch wel degelijk een mógelijkheid te bestaan dat het Hof van Justitie de ontsnappingsclausule van artikel 6 EVO-verdrag niet als een dode letter zou willen beschouwen.⁷⁴ Schlecker-uitspraak of niet, het is en blijft dus enigszins bevreemdend dat geen woord is besteed aan de ontsnappingsclausule. Overigens had men bij de opstelling van de Handhavingsrichtlijn kennelijk wel al aandacht voor de rechtskeuzemogelijkheid van het EVO-verdrag cq de Rome I verordening – getuige daarvan onder meer de preambule bij de Handhavingsrichtlijn -⁷⁵ en is aandacht voor de mogelijke werking van een rechtskeuzeclausule ook gebleven in dit voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn.

Is mogelijk nog op enigerlei wijze te betogen dat de ontsnappingsclausule in deze problematiek hoegenaamd niet aan de orde kan zijn cq niet tot een resultaat mag leiden dat de werknemer in een materieel ongunstiger situatie brengt dan indien het arbeidsrecht van de gastlidstaat op hem toepasselijk zou zijn – en mogelijk vandaar ook genegeerd màg worden? Mogelijk, zo werp ik op, kan nog worden gepoogd een dergelijk betoog mede te onderbouwen met beroep op de vrijheid van personenverkeer, dit voor zover zou worden geoordeeld dat in een situatie van langdurige detachering, waarbij de gastlidstaat aangewezen wordt als land van gewoonlijke tewerkstelling, de vrijheid van personenverkeer

detacheringen enkel geen sprake meer zou zijn van een detachering in de zin van de Detacheringsrichtlijn? Ik merk hier ten slotte nog op inzake verhouding tot cq verwevenheid/interactie met de Handhavingsrichtlijn dat, had de situatie van langdurige detachering, met aanduiding van een tijdsbepaling van 24 maanden, in de Handhavingsrichtlijn als zodanig opgenomen geweest als één van de mogelijke elementen tot identificatie van een situatie als een mogelijke niet-daadwerkelijke detachering, de situatie van langdurige detachering dan mogelijk eerder een vermoéden gecreëerd dat er geen sprake (meer) is van een daadwerkelijke detachering – wel mogelijk toch nog als daadwerkelijke detachering aan te merken op basis van andere elementen (bijvoorbeeld: wil tot terugkeer naar het land van herkomst van de werknemer?). Mogelijk, zo kan worden opgemerkt, zou dergelijk “vermoeden” gelegenheid hebben geboden aan degenen die langdurig worden uitgestuurd van een land met hoge arbeidsbescherming naar een land met lage(re) arbeidsbescherming om alsnog aanspraak te maken op de gelding van regels zoals voorzien indien men wél valt onder de Detacheringsrichtlijn – over deze “spiegelbeeldsituatie” en de daarbij bestaande mogelijkheden ook bij langdurige detachering nog steeds onder het arbeidsrecht van het land van “herkomst” te kunnen vallen, zie nog meer infra.

⁷² HvJ EU 15 maart 2011, C-29/10 (Koelzsch/Luxemburg).

⁷³ HvJ EU 15 december 2011, C-384/10 (Voogsgeerd/Navimer).

⁷⁴ Zie hierover V. Van Den Eeckhout, “Navigeren doorheen artikel 6 EVO-verdrag c.q. artikel 8 Rome I: mogelijkheden tot sturing van toepasselijk arbeidsrecht. Een analyse vanuit de vraag naar de betekenis voor het internationaal arbeidsrecht van de zaak Intercontainer Interfrigo (C-133/08)”, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010, afl. 1, p. 49-64.

⁷⁵ Ook in het voorstel van Bolkestein-richtlijn was alleszins al aandacht voor de mogelijkheid van rechtskeuze bij het bepalen van toepasselijk arbeidsrecht.

aan de orde is⁷⁶ – en dwingt tot toepasselijkheid, als minimum, van het recht van het land waar wordt gewerkt.⁷⁷ In het impact assessment bij het voorstel zit mogelijk een aanduiding in die zin, met name daar waar de bewoordingen worden gebruikt dat werknemers na 24 maanden detachering toetreden tot de arbeidsmarkt.⁷⁸

Of is in een situatie van langdurige detachering, die valt buiten het toepassingsgebied van de detacheringsrichtlijn en waarbij de gastlidstaat als land van gewoonlijke tewerkstelling is aangewezen, mogelijk toch (nog steeds) (ook) de vrijheid van dienstenverkeer aan de orde? Uit de impact assessment⁷⁹ komt naar voren dat men met het voorstel een regeling nastreeft voor het vrij verkeer van diensten: doet men dat in casu dan, eigenaardig genoeg, voor een situatie die buiten de reikwijdte van dat vrij verkeer van diensten valt, zo rijst hier de vraag? In zoverre in casu de vrijheid van dienstenverkeer nog steeds geldt: beroep op de vrijheid van dienstenverkeer zou mogelijk precies de inschakeling van de ontsnappingsclausule kunnen onderbouwen in de zin van wégleiden van het arbeidsrecht van de gastlidstaat, zo zou à la limite kunnen worden gesteld.⁸⁰

Of kan de ontsnappingsclausule sowieso niet meer opduiken door de door de opstellers van het voorstel gehanteerde procedé, is (voldoende) duidelijk dat de ontsnappingsclausule hier geen kans mag krijgen en is dit door de opstellers op impliciete maar afdoende wijze duidelijk

⁷⁶ Met mogelijke verdere aandachtspunten bv. inzake de beperking of niet hiervan tot EU-onderdanen.

⁷⁷ Over de mogelijke impact van de vrijheid van personenverkeer, zie o.a. V. Van Den Eeckhout, "Internationaal arbeidsrecht gemengd"(lange versie), V. Van Den Eeckhout, "Enkele beschouwingen naar aanleiding van diverse recente Europese en Nederlandse uitspraken in het internationaal arbeidsrecht (Koelzsch, Voogsgeerd, Vicoplus, Nuon-rechtspraak en zaak FNV/De Mooij). Welke (nieuwe) argumentatiemogelijkheden voor werknemers tot opeisen van (meer) arbeidsrechtelijke bescherming in internationale situaties?", Tijdschrift Academie voor Arbeidsrecht 2012, V. Van Den Eeckhout, "De ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 EVO: hoe bijzonder is de zaak Schlecker?", Tijdschrift Recht en Arbeid 2014, afl. 4, p. 3-8 en V. Van Den Eeckhout, "The "Right" way to go in international labour law – and beyond", 2015, 14 p (in originele versie on-line te raadplegen via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2616641). Zie ook F.G. Laagland, "Grenzeloze problemen bij grensoverschrijdende arbeid. De IPR-systematiek van het EVO-Verdrag en de Rome I Verordening nader beschouwd, HR 3 februari 2012, LJN BS8791, JAR 2012/69 (Schlecker/Boedeker)" Arbeidsrechtelijke Annotaties 2012, p. 63-78.

⁷⁸ Zie impact assessment. Zie ook de Nederlandse reactie op het voorstel, p. 2. Zie in deze context de uitspraak Vicoplus (11 februari 2011, C-307/09) van het Hof van Justitie (met daarin o.a. de verwijzing in nr. 10 naar de vroegere uitspraak Webb), waarover o.a. M.S. Houwerzijl, "Het arrest-Vicoplus: bij grensoverschrijdende uitzendarbeid is zowel het vrij verkeer van werknemers als het vrij verkeer van diensten van toepassing," NTER 2011, nr. 8 en V. Van Den Eeckhout, "Enkele beschouwingen naar aanleiding van diverse recente Europese en Nederlandse uitspraken in het internationaal arbeidsrecht (Koelzsch, Voogsgeerd, Vicoplus, Nuon-rechtspraak en zaak FNV/De Mooij). Welke (nieuwe) argumentatiemogelijkheden voor werknemers tot opeisen van (meer) arbeidsrechtelijke bescherming in internationale situaties?", Tijdschrift Academie voor Arbeidsrecht 2012, 31 p.

⁷⁹ Zie het impact assesement.

⁸⁰ Zie ook over het hanteren van de ontsnappingsclausule als een soort country of origin principle, leidend naar de "law of origin", A.A.H. van Hoek, "Private International Law: An appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?", Erasmus Law Review 2014, Volume 7-Issue 3, p. 157-169 (cfr. al supra).

gemaakt en uitgesloten? En is mogelijk de vrijheid van dienstenverkeer hier sowieso niet (meer) aan de orde?

Een en ander brengt naar voren hoe belangrijk het zou kunnen zijn in een situatie als deze te weten in hoeverre de vrijheid van dienstenverkeer cq de vrijheid van personenverkeer daadwerkelijk aan de orde is cq zijn en welke impact deze kunnen hebben op de hantering, invulling en toetsing van ipr-regels: zo bekeken is het nodig een soort matrix op te maken met daarin elementen als vrijheid van personenverkeer, vrijheid van dienstenverkeer, toepasselijkheid/geen toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn, etc.

Aantekening verdient nog – zoals hoger wel al even aangestipt⁸¹ - dat de langdurig gedetacheerde werknemer die op basis van de ontsnappingsclausule wordt weggeleid van onderworpenheid aan het arbeidsrecht, in de optiek van dit voorstel overigens ook geen aanspraak (meer) zal kunnen maken op de harde kern bepalingen van de Detacheringsrichtlijn: hij is immers middels de voorgestelde bepaling van artikel 2 bis uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn. Allicht is dit een scenario dat de opstellers van het voorstel niet voor ogen heeft gestaan. Het had in die zin aanbeveling verdiend indien men op enigerlei melding had gemaakt van hoe men de impact van de ontsnappingsclausule in deze thematiek voor ogen ziet, zeker als die bij inschakeling tot voornoemde, zeer vergaande, resultaten zou kunnen leiden.

Het negeren van de subsidiaire aanknopng van toepassing van het recht van het land van de vestiging van de werkgever

Evenmin als van de ontsnappingsclausule wordt in het voorstel gewag gemaakt van de subsidiaire aanknopng van artikel 6 lid 2 sub b EVO-verdrag cq artikel 8 lid 3 Rome I verordening. Voor wat betreft de subsidiaire aanknopng kan dit negeren logisch worden gevonden in zoverre zou worden geoordeeld dat met het aanduiden van een land (de gastlidstaat) als land van gewoonlijke tewerkstelling sowieso invulling kan worden gegeven aan artikel 6 lid 2 sub a respectievelijk artikel 8 lid 2 Rome I verordening, waarmee de subsidiaire regel hoegenaamd niet meer aan de orde zou kunnen komen. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie kan de subsidiaire aanknopngsregeling immers pas aan de orde komen indien geen toepassing kan worden gemaakt van de primaire aanknopngsregeling.⁸² De voorstellers hebben hier dus mogelijk aandacht getoond voor (cq hun handelwijze en voorstelling is te onderbouwen met) de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake toepassing van de regels van het EVO-verdrag – zoals mutatis mutandis ook toe te passen bij hantering van de Rome I verordening. Zij hebben bovendien mogelijk proberen verzekeren en veilig stellen dat er sowieso invulling kón worden gegeven aan de a-regel, zo zou nog kunnen worden gelezen in hun voorstel: zij hebben er bijvoorbeeld niet voor gekozen

⁸¹ Cfr. al supra, ook over de plausibiliteit in dat geval bescherming te bieden via de voorrangregels én de vraag in hoeverre in dat geval de vrijheid van dienstenverkeer nog als belemmering zou kunnen werken cq in hoeverre in dat geval de vrijheid van personenverkeer een en ander integendeel zou kunnen ondersteunen.

⁸² Nakijken formumering

te stellen dat het land waar de werknemer eerder werkte niet meer zou kunnen worden beschouwd als het land van gewoonlijke tewerkstelling, maar hebben een nieuw land aangeduid als land van gewoonlijke tewerkstelling – de gastlidstaat – hetgeen lijkt toe te laten de a-regel daadwerkelijk in te vullen.⁸³

Zij lijken daarmee alleszins níét de uitspraken van het Hof in de zaken Viking, Laval etc.⁸⁴ te interpreteren in die zin dat (voor zover althans de situatie van langdurige detachering nog steeds als een detachering wordt beschouwd, zij het nu niet meer vallend onder het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn – en al dan niet nog vallend onder de vrijheid van dienstenverkeer) in situaties van detachering sowieso het recht van het land van vestiging van de werkgever zou moeten worden toegepast:⁸⁵ mochten de opstellers die rechtspraak van het Hof in die zin interpreteren, daaraan armslag willen geven én die interpretatie ook nog toepassen op de hypothese van langdurige detachering – een situatie die mogelijk wel nog steeds als een situatie van detachering wordt beschouwd, zij het nu niet meer vallend onder het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn – en al dan niet nog vallend onder de vrijheid van dienstenverkeer – dan zou het hierbij uiteindelijk geen verschil maken of het land van gewoonlijke tewerkstelling van de werknemer gesitueerd moet worden in de zendstaat dan wel de gastlidstaat en zou de primaire aanknopingsregel überhaupt nooit aan de orde geweest zijn of kunnen gaan zijn – nu sowieso toch het recht van het land van de werkgever zou moeten worden toegepast.⁸⁶ In zoverre déze laatste zienswijze zou worden gehanteerd, zou mogelijk inschakeling van de ontsnappingsclausule precies soélaas kunnen bieden: de ontsnappingsclausule zou dan precies kunnen worden ingezet als middel om alsnog, in deze redenering, te kunnen komen tot toepassing van het arbeidsrecht van het gastland – maar nu niet als land van gewoonlijke tewerkstelling maar als nauwst verbonden recht.⁸⁷ De ontsnappingsclausule zou ook als rédmiddel kunnen worden ingezet indien men de redenering van Kullmann⁸⁸ zou volgen dat in geval van detachering bij aanduiding van de gastlidstaat als land van gewoonlijke tewerkstelling de regel van artikel 6 lid 2 a EVO-verdrag respectievelijk artikel 8 lid 2 Rome I verordening niet kan worden toegepast omdat er dan geen land van gewoonlijke tewerkstelling meer zou zijn om naar terug te keren, waarna zou moeten worden overgeschakeld naar de subsidiaire aanknopingsregel – waarvan dus weer, met de

⁸³ Zie echter verder de visie van Kullmann.

⁸⁴ Zaken waarbij het níét als zodanig ging om interpretatie van de regels van het EVO-verdrag.

⁸⁵ Cfr. hierover o.a. V. Van Den Eeckhout, “Internationaal arbeidsrecht gemangeld” (lange versie) en A.A.H. van Hoek, “Private International Law: An appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?”, *Erasmus Law Review* 2014, Volume 7-Issue 3, p. 157-169.

⁸⁶ Dit al dan niet met miskenning van de regels van het EVO-verdrag, al dan niet gesteund op een herkomstlandbeginsel, al dan niet vertaald cq ingevuld in het EVO-verdrag als toepassing van de b-regel van artikel 6 lid 2.

⁸⁷ Over het mogelijk voor de werknemer op déze manier inschakelen van de ontsnappingsclausule in situaties van detachering zie reeds V. Van Den Eeckhout, “De ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 EVO: hoe bijzonder is de zaak Schlecker?”, *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2014, afl. 4, p. 3-8.

⁸⁸ M. Kullmann, “Tijdelijke grensoverschrijdende detachering en gewoonlijk werkland: over de verhouding tussen de Rome I-Verordening en de Detacheringsrichtlijn en de rol van de Handhavingsrichtlijn”, *NIPR* 2015, 33(2), p. 205-2016.

ontsnappingsclausule, zou kunnen worden afgestapt zodat op die manier kan worden “teruggeleid” naar toepassing van het recht van de gastlidstaat. Ook in die situatie kan de ontsnappingsclausule mogelijk soélaas bieden.

Mogelijk ook kan de ontsnappingsclausule nog soelaas bieden in de situatie dat een werknemer langdurig gedetacheerd wordt van een land met hoge arbeidsbescherming naar een land met lage(re) arbeidsbescherming – de spiegelbeeldsituatie als het ware van de situatie die tot nog toe behandeld werd en die hierna aan de orde komt.

4 b 3 De problematiek van de rechtskeuze en de ontsnappingsclausule, mede in het licht van de Europese fundamentele vrijheden, in een situatie waarbij een werknemer uitgestuurd wordt van een land met hoge arbeidsbescherming naar een land met lagere arbeidsbescherming.

De nieuw voorgestelde regel van artikel 2 bis lijkt ook te moeten slaan op de situatie dat een werknemer langdurig uitgestuurd wordt van een lidstaat met hoge arbeidsbescherming naar een land met lage arbeidsbescherming. In de situatie dat een werknemer wordt uitgestuurd van een lidstaat met hoge arbeidsbescherming naar een lidstaat met een lagere arbeidsbescherming, zou toepassing van het recht van de gastlidstaat bij langdurige detachering echter leiden tot een versl chtering op het punt van arbeidsbescherming van de werknemer op het moment dat het recht van de gastlidstaat toepasselijk wordt en niet langer het recht van de zendstaat toepasselijk wordt geacht.⁸⁹ Dit terwijl toch de regel van “tijdelijkheid” in het EVO-verdrag destijds precies opgenomen lijkt geweest te zijn om werknemers die van een land met hoge arbeidsbescherming tijdelijk werden uitgestuurd naar een land met lage arbeidsbescherming, nog steeds de arbeidsbescherming van de zendstaat te (blijven) garanderen.⁹⁰

Men heeft er ni t voor gekozen langetermijndetachering te reguleren door een wijziging van de Hándhavingsrichtlijn voor te stellen in de zin van aanduiding van detachering van 24 maanden als een element dat zou kunnen doen twijfelen aan – maar op zich genomen nog niet per se overtuigen van – het zuivere/onzuivere karakter van de detachering. Ik maak melding van dergelijk mogelijk procedé dat de Europese Commissie wie weet ook had kunnen proberen volgen, omdat indien dergelijke handelwijze was doorgevoerd, een dergelijke bepaling dan mogelijk aangegrepen had kunnen worden om te betogen dat in het geval van detachering van een land met hoge arbeidsbescherming naar een land met lage(re) arbeidsbescherming, nog steeds het momenteel geldende régime zou moeten kunnen gelden, waarbij dan allicht zou geprobeerd worden te betogen dat het recht van de gastlidstaat ni t

⁸⁹ Zie reeds voor het opmerken van het effect van het voorstel op deze “omgekeerde situatie”, de thesis van C. Pieters, “De verhouding tussen het internationaal privaatrecht en de Europese vrijheden in het arbeidsrecht”, thesis Universiteit Antwerpen, 2016.

⁹⁰ Zie de masterscriptie van F. van Overbeeke bij de Universiteit Leiden, 2012, p. 67, met verwijzing daar naar verdere literatuur.

toepasselijk is.⁹¹ Maar voor dergelijke optie heeft de Europese Commissie dus niét gekozen. Mogelijk pleit ook tegen dergelijke optie dat bij navolging van dergelijk procedé nog een vrij grote mate van rechtsonzekerheid zou bestaan: dan zou per detachering van 24 maanden nog moeten worden bekeken of deze nu wel of niet als een “daadwerkelijke” detachering zou moeten worden bekeken – en zou ook niet, zoals nu alleszins geprobeerd, de zogenaamde drietrapsraket waarvan ik hoger al gewag maakte, in werking zijn gesteld.

Wel lijkt het voorstel van de Europese Commissie tot aanpassing van de Detacheringsrichtlijn ruimte te (willen?⁹²) laten om de mogelijke consequentie te vermijden dat een werknemer er door hantering van 2 bis sléchter van af zou zij zijn: ik verwijs hier naar hetgeen in de preambule en de toelichting wordt gesteld op het punt van mogelijkheid tot gebruik maken van de rechtskeuzemogelijkheid; de detacherende werkgever zou er immers kunnen voor kiezen middels rechtskeuze ook bij langdurige detachering het recht van de zendstaat – dat dan in casu materieel gunstiger is voor de werknemer – toepasselijk te maken op de arbeidsovereenkomst. Dergelijke rechtskeuze zou dan zeer diverse elementen van het arbeidsrecht van de zendstaat toepasselijk kunnen houden – want, in de Nederlandse reactie bij het voorstel⁹³ wordt dan wel gesteld over de consequenties van het voorstel “Detacheringen tussen landen met gelijkwaardige arbeidskosten zullen in de praktijk nauwelijks geraakt worden, omdat meestal ruim boven het wettelijk minimum of de harde kern van de arbeidsvoorwaarden wordt betaald,” het gaat bij dit alles niet per se louter om hoogte van salaris etc., het kan bijvoorbeeld ook gaan om ontslagregelingen of welbepaalde soorten van arbeidsbescherming die in het ene rechtssysteem wel zijn voorzien, in het andere niet – of op een andere manier, getuige daarvan de kwestie die voorlag in de zaak Schlecker.

Dergelijk gebruik van de rechtskeuzemogelijkheid zou passen in een redenering waarbij uitgegaan mocht worden van toepasselijkheid van het vrij personenverkeer in een situatie van langdurige detachering: de vrijheid van personenverkeer staat er immers geenszins aan in de weg dat de migrerende werknemer béter behandeld wordt dan de lokale werknemer.⁹⁴ En voor zover mocht worden uitgegaan van toepasselijkheid van de vrijheid van dienstenverkeer, zou nog kunnen worden herinnerd aan hetgeen het Hof van Justitie stelde in de uitspraak Laval aangaande de mogelijkheid dat de werkgever op vrijwillige basis verdergaande

⁹¹ Cfr. al supra.

⁹² Ik herinner hier aan het persbericht (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-466_nl.htm) waarin werd gesteld: “Wanneer ten slotte de detachering langer duurt dan 24 maanden, moeten de arbeidsvoorwaarden van de gastlidstaat worden toegepast *als dat in het voordeel van de gedetacheerde werknemer is.*” (cursivering vvde). Stond hier de situatie voor ogen van rechtskeuze in geval van langdurige detachering van een werknemer van een land met lage arbeidsbescherming naar een land met hoge arbeidsbeschermings, of stond hier de situatie voor ogen van langdurige detachering van werknemers van een land met hoge arbeidsbescherming naar een land met lage(re) arbeidsbescherming – of stond mogelijk een nog andere situatie hier voor ogen (à la limite dat inschakeling van een ontsnapingsclausule alleen materieel gúnstig zou mogen uitwerken voor langdurig gedetacheerde werknemers?) - , zo rijst de vraag.

⁹³ P. 4.

⁹⁴ Zie hierover V. Van Den Eeckhout, “Internationaal arbeidsrecht gemangeld” (lange versie).

bescherming biedt dan strikt gezien geboden is⁹⁵ cq de hypothese dat het recht van de zendstaat meer bescherming biedt dan de gastlidstaat.

Opmerking hierbij verdient echter dat in Nederland nog enige controversie lijkt te bestaan over manier en de mate waarop uitwerking moet worden gegeven aan een rechtskeuze, onder andere over de vraag hoe te handelen als de dwingende bepalingen van het gekozen recht materieel gunstiger zijn voor de werknemer dan de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht. Zo betoogde Strikwerda eerder dat het in dergelijk geval vanuit het belang van de rechtszekerheid aangewezen is toch de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht toe te passen. De advocaten-generaal bij het Hof van Justitie lieten zich in hun opinies bij de zaken Voogsgeerd en Schlecker echter reeds uit in de zin dat in geval van rechtskeuze sowieso een begunstigingsbeginsel geldt en het voor de werknemer meest gunstige recht moet worden toegepast.⁹⁶

Waar alsnog bij hantering van de rechtskeuze complicaties mochten ontstaan, zou de ontsnappingsclausule mogelijk nog een uitweg kunnen, zo zou nog kunnen worden geredeneerd. In deze “spiegelbeeldsituatie” lijkt de ontsnappingsclausule dus – in de hypothese dat het voorstel van de Commissie doorgang zou vinden en bij langdurige detachering daadwerkelijk – in eerste instantie - het recht van de gastlidstaat (normaal) toepasselijk zou worden geacht - vooral een manier om de rechtspositie van de werknemer te verbeteren cq goed te houden – daar waar in de situatie dat een werknemer wordt gedetacheerd van een land met lage arbeidsbescherming naar een land met hoge arbeidsbescherming inschakeling van de ontsnappingsclausule vooral een risico lijkt te kunnen inhouden op het punt van arbeidsbescherming van de werknemer. Inschakeling van de ontsnappingsclausule zou, zo bekeken, dus nuttig kunnen zijn in die zin dat het de werknemer zou kunnen garanderen dat er niet op enig moment een terugslag komt in rechtsbescherming in geval van langdurige detachering.⁹⁷

Inschakeling van de ontsnappingsclausule op deze manier sluit goed aan bij zowel het vrij verkeer van personen als diensten, mocht een van deze vrijheden ingeroepen worden: zoals

⁹⁵ Zie nr. 34 van de uitspraak Laval (zij het daar in verhouding tot de harde kern bepalingen van de Detacheringsrichtlijn).

⁹⁶ Zie hierover reeds o.a. V. Van Den Eeckhout, “Enkele beschouwingen naar aanleiding van diverse recente Europese en Nederlandse uitspraken in het internationaal arbeidsrecht (Koelzsch, Voogsgeerd, Vicoplus, Nuon-rechtspraak en zaak FNV/De Mooij). Welke (nieuwe) argumentatiemogelijkheden voor werknemers tot opeisen van (meer) arbeidsrechtelijke bescherming in internationale situaties?”, Tijdschrift Academie voor Arbeidsrecht 2012.

⁹⁷ Daarbij moge overigens ook nog worden gewezen op hetgeen vermeld is in de zesde voetnoot van de Nederlandse reactie op het voorstel van de Commissie inzake sociale zekerheid van langdurig gedetacheerde werknemers, met name inzake de mogelijkheid onder omstandigheden langer dan twee jaar aan het systeem van sociale zekerheid van het land van herkomst onderworpen te blijven: zeker bij toepassing van dergelijke regeling zou dan dus níét kunnen worden opgeworpen dat het nauwst betrokken recht na 24 maand sowieso het recht van het gastland is omdat de betrokkene dan onderworpen is aan de sociale zekerheid van het gastland en de ontsnappingsclausule vandaar mogelijk níét meer zou kunnen worden ingeschakeld – ik herinner hier immers aan de overweging in de Schlecker-uitspraak dat onder de belangrijke factoren voor aanknopng rekening dient te worden gehouden met, onder andere, het land waar de werknemer is aangesloten bij de sociale zekerheid.

hoger al opgemerkt, staat vrijheid van personenverkeer er niet aan in de weg dat een migrerende werknemer beter behandeld wordt dan de lokale werknemers; en vrijheid van dienstenverkeer zou toepasselijkheid van het recht van de zendstaat, in casu middels inschakeling van de ontsnappingsclausule, mogelijk precies kunnen ondersteunen in plaats van blokkeren.⁹⁸

Mogelijk punt van aandacht hierbij is nog wel dat veelal wordt geredeneerd dat de vrijheid van dienstenverkeer wordt bevorderd door het stellen en hanteren van zekere, voorzienbare, transparante regels. De ontsnappingsclausule die in de ipr-systematiek van het EVO-verdrag cq de Rome I verordening is voorzien, maakt echter een element van flexibiliteit uit, an sich minder voorzienbaar (uiteindelijk weten werkgever en werknemer dan mogelijk pas wat het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht is op het moment dat een réchter daar uitspraak heeft over gedaan) – en als techniek daarmee mogelijk minder passend in een systeem dat de vrijheid van dienstenverkeer zou willen bevorderen.⁹⁹ In zoverre bij langdurige detachering, vallend buiten het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn, nog wel sprake is van de gelding van de vrijheid van dienstenverkeer is dit dus mogelijk een punt van aandacht cq complicatie, want een element van onvoorzienbaarheid en onzekerheid.

Opmerkelijk hierbij, bekeken vanuit ipr-oogpunt, is nog dat advocaat-generaal Wahl in de zaak Schlecker, redenerend vanuit een oogpunt van ipr-“bescherming” van de werknemer, benadrukte dat flexibiliteit precies bij hantering van ipr-regels inzake arbeidsrecht als bijzonder pertinent moet worden beschouwd - de advocaat-generaal legt hierbij zijn visie bloot over de verhouding van ipr-beschermingsregels ten aanzien van de klassieke, aloude Savigniaanse verwijzingsregels.¹⁰⁰ De betrachting tot rechtszekerheid vanuit het vrij dienstenverkeer lijkt hier enigszins in botsing te kunnen komen met de visie van deze advocaat-generaal over hoe het ipr zich zelf zou dienen op te stellen, met name inzake de in de ipr-systematiek opgenomen flexibiliteit. Het uitbrengen van een rechtskeuze – ook toegelaten binnen de ipr-systematiek – in de situatie dat een werknemer wordt gedetacheerd vanuit een lidstaat met hoge arbeidsbescherming naar een land met lagere arbeidsbescherming, lijkt in die zin mogelijk beter aan te sluiten bij de nood tot transparantie en rechtszekerheid. Wel moet daar dan weer bij worden aangetekend dat, zoals hoger reeds aangegeven, aan de precieze uitwerking die aan een rechtskeuze moet worden gegeven, mogelijk nog weer andere complicaties kleven. En in de beslissing hoe een rechtskeuze te laten uitwerken zelf steunen op rechtszekerheid in de zin die Strikwerda eerder deed in zijn visie op de uitwerking van rechtskeuzes, zou bovendien mogelijk leiden tot minder vergaande arbeidsbescherming dan inschakeling van een ontsnappingsclausule – een

⁹⁸ Cfr. ook al supra, opmerking inzake laval

⁹⁹ Waarbij moge opgemerkt dat in het proces van Europeanisatie van het ipr de kwestie van flexibiliteit versus rechtszekerheid sowieso een punt van aandacht cq discussie is.

¹⁰⁰ Cfr. hierover al V. Van Den Eeckhout, “De ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 EVO: hoe bijzonder is de zaak Schlecker?”, Tijdschrift Recht en Arbeid 2014, afl. 4, p. 3-8.

ontsnappingsclausule waarmee sowieso het gehele arbeidsrecht van de zendlidstaat toepasselijk zou kunnen worden gemaakt. “Rechtszekerheid” in de zin van het toelaten van een rechtskeuze die kan leiden tot de algehele en onbetwistbare toepasselijkheid van het recht van de zendstaat – een vorm van rechtszekerheid waarvan zou kunnen worden gesteld dat deze ten gunste komt van de rechtszekerheid die het nastreven van het bevorderen van de vrijheid van dienstenverkeer lijkt te verlangen – komt, zo gesteld, in spanning te staan met “rechtszekerheid” in het ipr-arbeidsrecht zoals Strikwerda die voor ogen stond bij zijn visie op de werking van rechtskeuzes in het arbeidsrecht; maar past mogelijk dan weer zeer wel bij het ipr-begunstigingsconcept dat advocaat-generaal Wahl¹⁰¹ huldigt in zijn visie op de werking van rechtskeuzes in het arbeidsrecht.

5. Flexibel omgaan met cq instrumenteel inzetten van de ipr-flexibiliteit?

Ik teken hierbij nog aan dat in de situatie dat een werknemer wordt gedetacheerd vanuit een land met lage arbeidsbescherming naar een land met hoge arbeidsbescherming, navolging van de ipr-visie van advocaat-generaal Wahl in zijn opinie bij de zaak Schlecker à la limite – voor zover de advocaat-generaal dergelijke visie zelf ook zou willen huldigen in situaties van (langdurige) detachering en hetgeen door hem is gesteld in de zaak Schlecker ook in die situaties zou worden toegepast - kan leiden tot een resultaat dat de opstellers van het voorstel wellicht geenszins voor ogen zal hebben gestaan: de manier waarop Wahl in de zaak Schlecker pleitte voor flexibiliteit in het ipr en toepassing wilde geven aan de ontsnappingsclausule – op een manier dat de ontsnappingsclausule ook zou kunnen worden ingeschakeld indien dit zou leiden tot een voor de werknemer materieel ongunstig(er) resultaat dan toepassing van het recht van het land van gewoonlijke tewerkstelling -, houdt het risico in dat zodoende het door de opstellers van het voorstel nagestreefde resultaat niet bereikt zou worden. De visie die de Nederlandse advocaat-generaal Strikwerda¹⁰² bij de Hoge Raad in deze zaak verdedigde – dat de ontsnappingsclausule in een geval als voorliggend in de zaak Schlecker geen toepassing zou moeten kunnen krijgen, dit vanuit een idee van bescherming van de werknemer¹⁰³ - past in die zin beter in de logica van het voorstel – maar staat dan mogelijk weer in spanning met de wil tot inschakelingsmogelijkheid van de ontsnappingsclausule in situaties van langdurige detachering waarbij een werknemer vanuit een land met hoge arbeidsbescherming naar een land met lagere arbeidsbescherming wordt gedetacheerd. De visie van Strikwerda inzake de hantering van de ontsnappingsclausule past, kortom, zeer wel bij het voorstel voor wat betreft

¹⁰¹ Cfr. al eerder advocaat-generaal Trstenjak in de conclusie bij Voogsgeerd (zoals supra al aangegeven).

¹⁰² HR 3 februari 2012, LNJ BS8791, conclusie Strikwerda, JAR 2012/69. Voor een bespreking, zie al V. Van Den Eeckhout, “De ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 EVO: hoe bijzonder is de zaak Schlecker?”, Tijdschrift Recht en Arbeid 2014, afl. 4, p. 3-8.

¹⁰³ Strikwerda verdedigde overigens – evenals AG Wahl – dat het daarbij niet uitmaakte welk recht materieel gunstig(er) zou zijn, zie hierover al V. Van Den Eeckhout, “De ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 EVO: hoe bijzonder is de zaak Schlecker?”, Tijdschrift Recht en Arbeid 2014, afl. 4, p. 3-8.

het type detachering van “laag” naar “hoog”, maar niet bij de spiegelbeeldsituatie. De visie van Strikwerda inzake hantering van de rechtskeuzemogelijkheid past niet goed in de spiegelbeeldsituatie. De visie van Strikwerda is dus, al bij al, vooral problematisch indien men in de spiegelbeeldsituatie nog steeds wil kunnen bereiken dat de werknemer bij langdurige detachering geheel en al onderworpen blijft aan het recht van de zendstaat: daarvoor lijkt in de ipr-visie van Strikwerda geen ruimte te bestaan.

De visie van Wahl op de werking van de rechtskeuze past goed indien men in de spiegelbeeldsituatie de werknemer onderworpen wil kunnen houden aan het recht van de zendstaat. De visie van Wahl op de werking van de ontsnappingsclausule houdt echter mogelijk risico's in voor de situatie waarbij een werknemer langdurig van “laag” naar “hoog” wordt gedetacheerd: het idee van Wahl over de manier waarop werknemers best “beschermd” worden in het ipr, strookt niet goed met de betrachtingen van de opstellers van het voorstel.

Al bij al zou dus de ipr-visie van Wahl inzake de rechtskeuze¹⁰⁴, gecombineerd met de ipr-visie van Strikwerda inzake de ontsnappingsclausule¹⁰⁵, mogelijk wel toelaten het door de opstellers van het voorstel nagestreefde doel ipr-theoretisch te onderbouwen, zo zou kunnen worden gesteld. Overigens zijn nog andere onderbouwingen mogelijk, bijvoorbeeld over de manier waarop de ontsnappingsclausule dient te worde ingeschakeld – bijvoorbeeld ipr-visies waarbij verdedigd zou worden dat de ontsnappingsclausule enkel mag worden ingeschakeld – maar in dergelijke situatie sowieso ook kán worden ingeschakeld - indien toepassing ervan leidt tot een voor de werknemer materieel gunstig(er) resultaat.¹⁰⁶ In dergelijke optiek wordt het ipr meer cq explicieter doordrongen van de moderne ipr-techniek van begunstiging van een welbepaald resultaat cq een zwakke partij. Dergelijke richtlijnen over hoe ipr-regels dienen toegepast te worden¹⁰⁷, zouden eventueel in de preambule van een aangepaste Rome I verordening¹⁰⁸ kunnen worden opgenomen, zo is nog denkbaar.

¹⁰⁴ Die in de spiegelbeeldsituatie zou toelaten het recht van de zendstaat nog, in zijn totaliteit en in de meest werknemer meest begunstigende zin, toepasselijk te houden.,

¹⁰⁵ Op het punt dat de ontsnappingsclausule geen effect zou moeten krijgen in de situatie die Strikwerda voor ogen stond. De ontsnappingsclausule zou dan als het ware een dode letter kunnen blijven in de situatie van langdurige detachering van “laag” naar “hoog”.

¹⁰⁶ Een visie die zowel door Strikwerda als door Wahl leek te worden afgewezen.

¹⁰⁷ Cfr. het voorstel destijds bij bespreking van de Handhavingsrichtlijn, te bepalen “When determining which law is applicable under Rome I account shall be taken of the provisions which are most favourable to the worker” (zie stuk nr. 45 waarnaar verwezen door A.A.H. van Hoek, “Private International Law: An appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?”, *Erasmus Law Review* 2014, Volume 7-Issue 3).

¹⁰⁸ Wel of niet in combinatie van opname van een specifieke bepaling over de situatie van langdurige detachering in de Rome I verordening? Voor op- en aanmerkingen die kunnen worden gemaakt bij het onderbrengen van een bepaling over langdurige detachering in deze of gene zin in de Rome I Verordening dan wel de Handhavingsrichtlijn dan wel de Detacheringsrichtlijn – of nog, een specifieke richtlijn – zie reeds diverse aantekeningen, aandachtspunten, overwegingen etc. die doorheen deze bijdrage zijn gemaakt en aangestipt. Cfr. de diverse doorheen deze bijdrage gemaakte opmerkingen bij het pogen beantwoorden van de vraag of het

Voor zover beroep op de vrijheid van personenverkeer daadwerkelijk mogelijk zou zijn, zou het inroepen van deze vrijheid een en ander van het bovenstaande mogelijk mee kunnen helpen onderbouwen en ondersteunen, zo bleek al doorheen het bovenstaande. Meer algemeen gesteld zou het geven van uitwerking aan de vrijheid van personenverkeer - voor zover die hier aan de orde kan worden geacht – à la limite her en der mede onderbouwing kunnen geven aan hetgeen de opstellers van het voorstel aan te hanteren ipr-regels inzake toepasselijk recht¹⁰⁹ voor ogen staat.

6. De zoektocht naar de toekomstige rol van het ipr in deze en andere “hot issues” - een missie voor belangenbehartigers van zwakkeren en van rechtsbehoevenden met belangstelling voor het ipr?

Doorheen het bovenstaande formuleerde ik reeds een aantal opmerkingen over hoe de vrijheid van personenverkeer en de vrijheid van dienstenverkeer zich in deze thematiek zouden kunnen verhouden tot de diverse ipr-regels en ipr-technieken, zoals de techniek van de ontsnappingsclausule en de techniek van de rechtskeuze. Naar de toekomst toe lijkt het mij belangrijk uit te klaren in welke situaties precies de vrijheid van personenverkeer en/of de vrijheid van dienstenverkeer geldt¹¹⁰ en, indien daadwerkelijk van toepassing, of en op welke manier elk van deze vrijheden impact zou kunnen hebben op de te hanteren ipr-regels. Dergelijke analyse past overigens in een bréder te voeren analyse over de verhouding van de Europese fundamentele vrijheden tot het ipr – een analyse die ook in andere deelgebieden van het ipr dan het internationaal arbeidsrecht kan worden doorgevoerd.

Alleszins lijkt het in deze thematiek zo dat beroep op de vrijheid van personenverkeer, indién deze (mede) van toepassing zou worden geacht, hetgeen de opstellers van het voorstel voor ogen zou staan (mede) zou kunnen helpen onderbouwen.

Beantwoording van de vraag in hoeverre hetgeen de opstellers van het voorstel betrachten in het ipr zélf en de daarin aan de gang zijnde ontwikkelingen ingepast kan worden, lijkt mede af te hangen van de visie die in het ipr wordt aangehangen inzake “bescherming” van werknemers. Dergelijke visie lijkt echter nog in ontwikkeling te zijn en nog niet tot volle wasdom gekomen – alleszins is er nog controversie te bespeuren over bijvoorbeeld de manier

beter ware geweest indien de opstellers van het voorstel eenvoudigweg hadden bepaald dat bij langdurige detachering sowieso en op absolute wijze het recht van de gastlidstaat toepasselijk is.

¹⁰⁹ Bovenstaande analyse heb ik toegespitst op de regels van toepasselijk recht, waarbij ik slechts zijdelings ben ingegaan op de problematiek van de voorrangsregels. Op de kwestie van voorrangsregels wordt door de opstellers van het voorstel niet ingegaan – mogelijk wordt de kwestie van toepasselijkheid van voorrangsregels van de gástlidstaat in de visie van de opstellers van het voorstel als een enigszins niet ter zake dworoeende kwestie gezien, in het licht van wat zij willen bewerkstelligen op het vlak van toepasselijk recht. Maar zie reeds diverse aantekeningen hierboven over de kwestie van de voorrangsregels.

¹¹⁰ Mogelijk aan de hand van een uitgebreide matrix waarin divérse elementen zijn opgenomen.

waarop het beschermingsidee in het internationaal arbeidsrecht zich verhoudt tot het idee van begunstiging en het aloude Savigniaanse model. De mate waarin het voorstel van de Europese Commissie wel of niet kan worden ingepast in en aansluiting kan vinden bij ipr-visies, hangt mede af van hoe het “beschermingsidee” van zwakke partijen als de werknemer in het ipr verder gestalte zal krijgen,¹¹¹ de mate ook waarin het “begunstigingsidee”(verder) kans krijgt in het internationaal arbeidsrecht – zo zou volledige huldiging van het begunstigingsbeginsel het onmogelijk maken dat de ontsnappingsclausule nog zou kunnen worden ingeroepen tot toepasselijkverklaring van het recht van het land van herkomst bij langdurige detachering van een land met lage arbeidsbescherming naar een land met hoge arbeidsbescherming – en zou huldiging van het begunstigingsbeginsel inschakeling van de ontsnappingsclausule als het ware overbódig kunnen maken – als de betrachting zou zijn de werknemer bij langdurige detachering nog steeds aan het, in deze hypothese, materieel gunstiger recht van de zendstaat te onderwerpen - voor situaties waarbij een werknemer langdurig wordt uitgestuurd van een land met hoge arbeidsbescherming naar een land met lage(re) arbeidsbescherming waarbij een rechtskeuze is uitgebracht voor het (materieel gunstiger) recht van de zendstaat.

Behoudens de hierboven al genoemde behoefte aan nadere uitklaring van de kwestie van de verhouding van de ipr-regels met de Europese fundamentele vrijheden, lijkt ook deze verdere uitklaring - van hoe het idee van bescherming van de werknemer in het ipr precies moet worden begrepen (en in hoeverre begunstigingsbeginsel kan laten spelen bij toepassing diverse geledingen) - mij naar de toekomst toe belangrijk – dit overigens niet alleen in situaties van langdurige detachering, maar ook meer algemeen bij de ipr-regulering van de rechtspositie van werknemers wiens arbeidsverhouding zich in internationale context afspeelt.

En ook dergelijke analyse past in een bréder te voeren analyse van bescherming van zwakke partijen (al dan niet (reeds) als zodanig als zwakke partijen in het ipr onderkend) in het ipr – de discussie speelt bijvoorbeeld ook in de thematiek van internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen, waar slachtoffers van de handelwijze van multinationals als “zwakke partijen” hun recht proberen te doen gelden en middels ipr-regels in hun pogingen gefaciliteerd dan wel geblokkeerd kunnen worden; waar in de thematiek van het internationaal arbeidsrecht momenteel het adagium wordt gehoord “gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde werkplaats”, is in de thematiek van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen reeds gesteld inzake de aansprakelijkheid ten aanzien van slachtoffers van multinationals die wereldwijd opereren – en het zou ook, abstracter geformuleerd, als adagium naar voren kunnen worden geschoven - “Although the events took place thousands of miles away, it is right that this British company is made to account for its

¹¹¹ Zie hierover o.a. V. Van Den Eeckhout, “De ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 EVO: hoe bijzonder is de zaak Schlecker?”, Tijdschrift Recht en Arbeid 2014, afl. 4, p. 3-8 en V. Van Den Eeckhout, The “Right” way to go in international labour law – and beyond, 2015, 14 p (in originele versie on-line te raadplegen via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2616641)

actions by the British courts and made to pay British levels of damages for what happened. A British company should act in Abidjan in exactly the same way as they would act in Abergavenny.”¹¹² Vraag is dan hoe het ipr zich verhoudt tot dergelijke adagia en al dan niet meegaat cq kan meegaan cq hoort mee te gaan in dergelijke streefdoelen.

Een eerste stap in de analyse is de onderkenning van de rol die het ipr speelt.

De opstellers van het voorstel dat op 8 maart 2016 is uitgebracht, hebben de rol van het ipr onderkend. In de in deze bijdrage aan de orde staande thematiek komt deze rol als zeer pregnant naar voren. Ipr komt daarmee in de branding te staan van een actueel, verhit debat.

Eerder, in een artikel¹¹³ betiteld als “Internationaal privaatrecht: een discipline in de luwte of in de branding van heftige juridisch-maatschappelijke debatten?” zette ik reeds, op kritische wijze, diverse manieren op een rijtje van pogingen beleidsdoelstellingen afkomstig uit een restrictieve migratiepolitiek te bewerkstelligen via een welbepaalde omgang met ipr-regels. Dergelijke manieren omvatten mede het negeren van ipr-regels - ik herinner hier mede aan de reeds lang geleden door Jessurun d’Oliveira¹¹⁴ aan de kaak gestelde praktijk van negeren van ipr-regels van (vroegere) omgang met buitenlandse uitspraken waarin een wijziging van geboortedatum wordt vastgesteld, met weerslag op de aanspraken van de betrokkenen -, maar ook het, eens ipr-regels niet (meer) blijken te kunnen worden genegeerd, instrumenteel ingrijpen in ipr-regels zélf.¹¹⁵ Dergelijke analyse betrof de thematiek van vreemdelingenrecht (in de brede zin van het woord) in verhouding tot ipr-regels. In die thematiek vroeg ik me eerder reeds af¹¹⁶ in hoeverre daar, in de verdere bestudering van de rol van het ipr in de verhouding migratierecht – ipr, een missie lag voor belangenbehartigers van vreemdelingen met belangstelling voor het ipr.

Voor wat betreft verdere bestudering van en discussie over de rol van het ipr in de in deze bijdrage aan de orde staande thematiek, waarbij het element van arbeidsbescherming van werknemers speelt: ligt hier verder nog een missie voor belangenbehartigers van werknemers met belangstelling voor het ipr?

¹¹² Aldus een advocaat in de Trafigura-zaak zoals geciteerd in L.F.H. Enneking, ‘Crossing the Atlantic? The political and legal feasibility of European foreign direct liability cases’, *The George Washington International Law Review* 2009, p. 28.

¹¹³ V. Van Den Eeckhout, “Internationaal privaatrecht: een discipline in de luwte of in de branding van heftige juridisch-maatschappelijke debatten?” *FJR* 2005, p. 236-244.

¹¹⁴ H.U. Jessurun D’Oliveira, “Kromme rectificaties”, *Ars Aequi* 1983, p. 663-673.

¹¹⁵ Zie ook, voor verwijzing naar rechtspraak waarbij naderhand de controle van de gegevens waarop de buitenlandse autoriteit zich heeft gesteund wordt ingebouwd in het IPR in de thematiek waar Jessurun D’Oliveira eerder het negeren van ipr-regels aan de kaak had gesteld, V. Van Den Eeckhout, “Internationaal privaatrecht: een discipline in de luwte of in de branding van heftige juridisch-maatschappelijke debatten?” *FJR* 2005, voetnoot 16.

¹¹⁶ V. Van Den Eeckhout, “De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht. Ontwikkelingen aan het begin van een nieuw decennium”, *Migrantenrecht* 2002, p. 144-158.

Of, bréder gesteld: ligt er in de bestudering van en discussie over toekomstige ontwikkelingen in het ipr een missie voor belangenbehartigers van zwakkeren en rechtsbehoevenden met belangstelling voor het ipr? Daar waar ik in bovenstaande analyse een aantal vragen heb opgeworpen zonder die per se zelf te beantwoorden, zou ik déze vraag zelf, zonder enige aarzeling, met een volmondig “ja” beantwoorden.

Prof. Dr. Veerle Van Den Eeckhout

(Veerle Van Den Eeckhout is professor Vergelijkend en Europees internationaal privaatrecht aan de Universiteit Antwerpen)