



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Internationaal arbeidsrecht gemengd tussen Europese fundamentele vrijheden

Eeckhout, V. van den

Citation

Eeckhout, V. van den. (2009). Internationaal arbeidsrecht gemengd tussen Europese fundamentele vrijheden. *Tijdschrift Recht En Arbeid*, 4, 5-10. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13815>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13815>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Internationaal arbeidsrecht gemangeld tussen Europese fundamentele vrijheden

32

In commentaren bij enkele recente, ophefmakende uitspraken van het Hof van Justitie (*Viking, Laval, Rüffert* en *C./Luxemburg*) werd tot nog toe weinig aandacht gegeven aan aspecten van internationaal privaatrecht (ipr). In deze bijdrage wordt besproken welke rol het ipr speelt c.q. kan spelen in de spanning die momenteel wordt onderkend tussen zogenaamde 'economische' en 'sociale' Europese doelstellingen.

1 De recente uitspraken *Viking, Laval, Rüffert* en *C./Luxemburg* van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

Met de uitspraken *Viking, Laval, Rüffert* en *C./Luxemburg*² heeft het Hof van Justitie veel ophef veroorzaakt. John Monks, Secretaris-Generaal van het Europees Vakverbond, bestempelde in februari 2008 het oordeel van het Hof in de uitspraken *Viking* en *Laval* als een vrijbrief voor *social dumping*.³

De uitspraken van het Hof zullen inmiddels genoegzaam bekend zijn bij lezers van dit tijdschrift.⁴ Ik zet de feiten en de beoordeling door het Hof dan ook niet opnieuw uiteen. Vooral de uitspraken *Viking* en *Laval* werden door deskundigen van diverse disciplines reeds veelvuldig becommentarieerd.⁵ Maar weinig aandacht kregen de uitspraken tot nog toe vanuit de hoek van het internationaal privaatrecht (ipr). Recent doken in de literatuur wel een aantal kritische vragen op naar de interactie met ipr. Zo zette Deakin⁶ vraagtekens bij de verenigbaarheid van

de uitspraken met het EVO-verdrag;⁷ dit EVO-verdrag wordt in de nabije toekomst omgezet in een verordening, de zogenaamde 'Rome I-verordening',⁸ maar de daarin opgenomen regeling inzake internationaal arbeidsrecht blijft vrijwel gelijklopend als in het EVO-verdrag, zodat de vraag naar verenigbaarheid ook naar de toekomst toe nog kan rijzen. Bovendien werd door Van Hoek en Houwerzijl⁹ aangegeven dat het Hof in de uitspraken een welbepaalde vooronderstelling hanteerde inzake het op de arbeidsverhouding toepasselijke recht. Tevens formuleerden Van Hoek en Houwerzijl¹⁰ de kritiek dat zij (ook) vanuit ipr-optiek vraagtekens zetten bij de omarming van loonconcurrentie als motor van de interne markt. Het voorgaande noot en noopt tot verdergaande ipr-analyse.

Centrale vraagstelling in mijn analyse is de vraag naar de rol van het ipr in de spanning die wordt onderkend tussen zogenaamde 'economische' en 'sociale' Europese doelstellingen. Is het zo dat ipr instaat voor de behartiging van sociale doelstellingen, zo ja dreigt het ipr in de recente uitspraken van het Hof uitgehold te worden door de impact van andere – Europese – regelgeving, en heeft dit een dynamiek van verlaging van het beschermingsniveau van werknemers tot gevolg? Ter beantwoording van deze vraag zal ik mijn bijdrage opzetten rondom een bespreking van het 'oorsprongslandbeginsel' in het internationaal arbeidsrecht. Dergelijk oorsprongslandbeginsel was in het oorspronkelijk voorstel van Dienstenrichtlijn¹¹ opgenomen, en stuitte toen op enorm veel weerstand: er werd betoogd dat als het oorsprongslandbeginsel zou worden toegepast op geschillen inzake internationaal arbeidsrecht, het beschermingsniveau van werknemers

1. Prof. dr. V. van den Eeckhout is verbonden aan de Universiteit Leiden en de Universiteit Antwerpen. Een uitgebreide versie van dit artikel is te raadplegen via <http://www.law.leidenuniv.nl/org/civielrecht/bpr/privaat/eckhoutvanden.jsp>.

2. HvJ EG 11 december 2007, nr. C-438/05, *JAR* 2008/20, *NJ* 2008, 149 (*Viking*), HvJ EG 18 december 2007, nr. C-341/05, *JAR* 2008/21, *NJ* 2008, 150 (*Laval*), HvJ EG 3 april 2008, nr. C-346/06, *JAR* 2008/115, *NJ* 2008, 351 (*Rüffert*), HvJ EG 19 juni 2008, nr. C-319/06, *NJ* 2008/458 (*C./Luxemburg*).

3. J. Monks, 'Presentation to the Employment and Social Affairs Committee of the EP', punt 6, te raadplegen op www.etuc.org.

4. Er is bijvoorbeeld aandacht aan besteed in *SMA* 2008, p. 175-185, *SR* 2008, 12 en *SR* 2008, 43.

5. Voor enkele recente commentaren waarbij de rechtspraak van het Hof belicht wordt vanuit andere invalshoeken dan in deze bijdrage: S. Prechal & S.A. de Vries, 'Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht', *SEW* 2008, p. 425-440; F. Dorsemont, 'De collectieve arbeidsvoorwaarden (van het werkland) en de gedetacheerde werknemers', *AA* 2008, afl. 3, p. 67-104.

6. S. Deakin, 'Regulatory competition in Europe after Laval', 2008 (te raadplegen op <http://refgov.cpd.ucl.ac.be> onder 'publications', 'FR-18'), p. 41-42; zie ook zijn analyse en vraagstellingen op p. 32-33.

7. Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, 19 juni 1980, *Trb.* 1980, nr. 156. De Protocollen waarbij aan het Hof uitleggingsbevoegdheid werd toegekend, zijn pas op 1 augustus 2004 in werking getreden. Het Hof heeft zich sindsdien nog niet uitgesproken over het EVO-Verdrag.

8. 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), *Pb* L177/6, 4 juli 2008. Met ingang van 17 december 2009 is Rome I van toepassing op overeenkomsten die na die datum zijn gesloten. Het Hof zal inzake Rome I interpretatiebevoegdheid hebben op basis van art. 68 EG-Verdrag.

9. A.A.H. van Hoek & M.S. Houwerzijl, 'Loonconcurrentie als motor van de interne markt?', *NTER* 2008, p. 199-200.

10. A.A.H. van Hoek & M.S. Houwerzijl, 'Loonconcurrentie als motor van de interne markt?', *NTER* 2008, p. 205.

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

wier geschil zich in internationale context afspeelt, er op achteruit zou gaan; het risico van *social dumping* zou zeer groot worden. Uiteindelijk, na veel tumult, bond de Europese wetgever in en werd het oorsprongslandbeginsel in de definitieve versie van Dienstenrichtlijn¹² niet opgenomen. Opmerkelijk is dat in commentaren bij de recente uitspraken van het Hof er door menig een op wordt gewezen dat het oorsprongslandbeginsel nu door het Hof van Justitie wordt geïntroduceerd.¹³ Het Hof wordt verweten, te hebben doorgevoerd wat de Europese wetgever in de Dienstenrichtlijn had willen invoeren, maar destijds niet vermocht door te zetten. Heeft het Hof van Justitie in de recente uitspraken daadwerkelijk het oorsprongslandbeginsel gehanteerd c.q. ingevoerd? In mijn bespreking hierna zal ik ingaan op de tweeledige betekenis van het oorsprongslandbeginsel zoals dat in het voorstel van Dienstenrichtlijn aan de orde was, toegespitst op situaties van internationale detachering. Enerzijds gaat het dan om het 'gebiedende' aspect van het oorsprongslandbeginsel, in die zin dat door de introductie van het oorsprongslandbeginsel door de Europese wetgever een regel van toepasselijk recht zou zijn geformuleerd, en wel in die zin dat in situaties van internationale detachering het arbeidsrecht van het land van vestiging van de dienstverlener toepasselijk werd verklaard. Anderzijds betreft het ook het 'verbiedende' aspect van het oorsprongslandbeginsel, in die zin dat middels hantering van het oorsprongslandbeginsel nauwelijks nog arbeidsrechtelijke regels van het recht van het ontvangstland gerespecteerd zouden hoeven te worden.

2 Een verkapte doorvoering van het oorsprongslandbeginsel door het Hof van Justitie?

2.1 De problematiek van het toepasselijk arbeidsrecht

2.1.1 Vooronderstellingen inzake toepasselijk recht?

In de literatuur¹⁴ werd reeds gesproken van vooronderstellingen omtrent toepasselijk recht die het Hof zou hebben kenbaar gemaakt in de zaken *Viking*, *Laval* en *Rüffert*. Telkenmale zou het Hof er namelijk van uit zijn gegaan dat de formele vestiging van de rechtspersoon/werkgever doorslaggevend is voor het toepasselijke recht op de arbeidsverhouding van de bij die rechtspersoon in dienst zijnde medewerkers. In de literatuur wordt niet verwezen naar (een) specifieke passage(s) waarin de vooronderstelling expliciet naar voren komt. Mijns inziens

is de vooronderstelling inzake toepasselijk recht het duidelijkst te ontwaren in r.o. 75, 77 en 81 van *Laval* en r.o. 34 van *Rüffert*, evenals r.o. 48 van de conclusie bij *Rüffert*. In *C./Luxemburg* zou hetzelfde kunnen worden onderkend in de r.o. 42 en 43. 'Lidstaat van herkomst' wordt in de passages kennelijk bedoeld als lidstaat van herkomst van de onderneming.

Bij nader inzien is het mijns inziens niet geheel nieuw dat het Hof van deze veronderstelling uitgaat. Wie er de vroegere rechtspraak van het Hof op naleest, kan daarin eenzelfde type overwegingen c.q. aanwijzingen vinden als in deze recente zaken.

2.1.2 Toetsing van de vooronderstelling aan het EVO-verdrag

Toetst men de vooronderstelling inzake toepasselijk recht aan de ipr-werkelijkheid, dan blijkt dat bij hantering van ipr-regels zoals opgenomen in het EVO-verdrag de vooronderstelling niet noodzakelijk bewaarheid wordt.

Immers, art. 6 EVO-verdrag huldigt het werklandbeginsel, in die zin dat indien een werknemer gewoonlijk werkt in eenzelfde land, in beginsel het recht van dat land van toepassing wordt verklaard. Hantering van het werklandbeginsel kan in een hele reeks gevallen heel zeker tot eenzelfde resultaat leiden als het resultaat waartoe het aanhouden van de vooronderstelling van het Hof leidt. Maar dat is niet noodzakelijk zo, het kan ook anders liggen, zowel in gevallen dat een werknemer continu in eenzelfde land gewoonlijk is tewerkgesteld, als in gevallen van tijdelijke tewerkstelling in een ander land. Het 'land van herkomst' als bedoeld in art. 6 lid 2 onder a EVO-verdrag, in gevallen van tijdelijke tewerkstelling in een ander land, – en expliciet aangeduid als 'land van herkomst' in considerans 36 bij Verordening Rome I – is niet per se hetzelfde land als het 'land van herkomst' in de zin van land van vestiging van de onderneming die de werknemer heeft uitgezonden. Werkt de werknemer gewoonlijk in een ander land dan het land van vestiging van de onderneming, dan zal het recht van het land van vestiging van de onderneming volgens art. 6 EVO-verdrag enkel toepasselijk zijn indien men via hantering van de tenzij-clausule van art. 6 lid 2 EVO-verdrag het recht toepasselijk maakt van het land van vestiging van de onderneming in plaats van het land van gewoontelijke tewerkstelling van de werknemer.

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

12. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb L 376/36*, 27 december 2006.

13. Zie J. Malmberg in zijn 'briefing note' 26 februari 2008 (www.europarl.europa.eu), evenals S. Deakin, 'Regulatory competition in Europe after Laval', p. 11-12.

14. Zie A.H. van Hoek & M.S. Houwerzijl, 'Loonconcurrentie als motor van de interne markt?', *NTER* 2008, p. 199-200; S. Deakin, 'Regulatory competition in Europe after Laval' (beide geschreven vóór *C./Luxemburg*).

Wel is het zo dat uit commentaren bij de Detacheringsrichtlijn¹⁵ blijkt dat aangenomen wordt dat in zaken van internationale detachering via art. 6 EVO-verdrag het arbeidsrecht van het land van vestiging van de onderneming die de werknemers heeft uitgezonden toepasselijk zal worden geacht. In gevallen van internationale detachering die reeds aan het Hof van Justitie werden voorgelegd, was het inderdaad ook zo dat telkenmale op de arbeidsverhouding het recht van het land van vestiging van de onderneming daadwerkelijk toepasselijk was – zo waren de werknemers in de zaak *Rush Portuguesa*¹⁶ onderworpen aan Portugees recht. Maar, zo rijst de vraag, hadden zich eventueel ook varianten kunnen voordoen? De vraag kan worden gesteld of in het geval de feiten daadwerkelijk anders hadden gelegen, het Hof ook anders had geoordeeld. In hoeverre is het, met andere woorden, noodzakelijk dat werknemers onderworpen zijn aan het arbeidsrecht van het land van vestiging van de onderneming – en de vooronderstelling van het Hof dus bewaardheid blijkt – om de oplegging door het gastland van regels te kunnen beoordelen als een belemmering van het vrije dienstenverkeer op de manier die het Hof tot nog toe deed? Of: valt ook een casus waarbij werknemers niet onderworpen zijn aan het arbeidsrecht van het land van vestiging van de onderneming binnen het beoordelingskader en onder de beoordelingswijze zoals dat door het Hof van Justitie is geschapen? Mocht het antwoord op deze vraag negatief luiden, dan situeert zich hier in extremis een mogelijke uitweg in een aantal casusposities, waarlangs kan worden ontsnapt aan de redenering van het Hof.

2.1.3 Heeft het Hof de regels inzake toepasselijk arbeidsrecht gewijzigd?

Of, zo kan worden geopperd, waren vroeger mogelijk nog wel varianten denkbaar, maar zijn inmiddels de regels van toepasselijk recht zoals opgenomen in art. 6 EVO-verdrag gewijzigd door de recente uitspraken van het Hof: is naar de toekomst toe in zaken van internationale detachering sowieso altijd het arbeidsrecht van het land van vestiging van de onderneming als het toepasselijke arbeidsrecht te beschouwen? Wie de rechtspraak van het Hof zou interpreteren in die zin dat het Hof in de bepalingen van Gemeenschapsrecht, en met name inzake vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstenverkeer, zelf een ipr-regeling heeft gelezen – een oorsprongslandbegin-

sel?-,¹⁷ zou het wellicht zo moeten voorstellen dat het Hof de huidige ipr-regeling c.q. het resultaat van toepassing van de huidige ipr-regeling heeft getoetst aan Gemeenschapsrecht en in bepaalde gevallen onverenigbaar met Gemeenschapsrecht heeft bevonden. Mijzelf lijkt het niet zo dat het Hof in deze uitspraken de verwijzingsregels inzake arbeidsverhoudingen in algemene zin en als zodanig heeft gewijzigd. Wel passen hierbij al direct twee nuancerende opmerkingen. Vooreerst bestaat wel de kans dat het Hof ingeval van onduidelijkheid over het toepasselijk recht lijkt toe te sturen in de richting van toepasselijkverklaring van het arbeidsrecht van het land van herkomst van de onderneming. De manoeuvreerruimte die art. 6 EVO-verdrag biedt, zou dus in die zin aangewend kunnen (gaan) worden. Dergelijke sturing van de regel van toepasselijk recht in het internationale arbeidsrecht in combinatie met regels van toepasselijk recht in het internationale vennootschapsrecht vormt een gevaarlijke mix. Hier duikt een parallel op met de risico's waarop ook werd gewezen ten tijde van de ophef rond het oorsprongslandbeginsel, waar ook werd gevreesd dat ipr-regels inzake vennootschapsrecht – zoals uitgezet door het Hof van Justitie – een extra gevaarlijke dimensie toevoegden aan het gevaar van *social dumping*. Opmerkelijk in deze dynamieken inzake Europese unificatie, sturing en controle van ipr is alleszins het volgende: het momenteel aan de gang zijnde proces van Europese unificatie van regels van toepasselijk recht wordt mede verantwoord vanuit het streefdoel van bevordering van de rechtszekerheid en voorspelbaarheid – dit mede met het oog op het stimuleren van de interne markt – en het streefdoel van het vermijden van 'forumshopping'. Bij forumshopping staat dan vooral de hypothese voor ogen dat een partij door het aanspreken van de ene Europese rechter een ander toepasselijk recht zou kunnen verkrijgen dan bij het aanspreken van een andere Europese rechter. Welnu, dergelijke mogelijkheid tot forumshopping was in procedures omtrent arbeidsverhoudingen reeds aan banden gelegd door de opstelling van het EVO-verdrag, dat immers al uniforme regels inzake toepasselijk recht omvat; naar de toekomst toe zal de Rome I-verordening fungeren als een 'communautair' instrument dat uniforme regels van toepasselijk recht omvat. Maar in de recente zaken lijkt in de manier waarop met deze regels wordt omgegaan, een specifieke vorm van *shopping* gestalte te (kunnen) krijgen en gehonoreerd te (kunnen) worden door het Hof. Ondernemingen zouden door het zich vestigen in een land met lage arbeidsvoorwaarden de toepasselijkheid van het materieel arbeidsrecht van dat land kunnen afdwingen indien ze werknemers uitsturen naar een land met een hoge bescherming.

15. Zie A.A.H. Van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: SDU Uitgevers 2000; M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2005.

16. HvJ EG 27 maart 1990, nr. C-113/89, *Jur.* 1990, p. I-1417 (*Rush Portuguesa*).

17. Over de vraag of uit het EG-recht een ipr-oorsprongslandbeginsel moet of kan worden afgeleid, zie bijvoorbeeld de (niet op het arbeidsrecht toegespitste) analyse van J. Meeusen & M. Fallon, 'Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition', in: *Yearbook of private international law*, 2002, p. 37-66.

In zoverre Europese, eengemaakte ipr-regels toelaten en zelfs afdwingen dat uitsluitend de regels van het land van vestiging van de onderneming in zodanige situatie toepasselijk zijn,¹⁸ zorgen precies Europese, geuniformeerde ipr-regels ervoor dat dit type *shopping* loont, zijn die ipr-regels mede verantwoordelijk voor dit type *social dumping*, collaboreren ipr-regels als het ware, en liggen uiteindelijk zelfs die ipr-regels mede aan de basis van een verlaging van het beschermingsniveau van werknemers.

Ten tweede is er ook het gevaar dat de daadwerkelijke toepassing van regels van arbeidsrecht van het ontvangstland na de uitspraken van het Hof almaar meer dreigt afgeknot te worden. Zo wordt de toepasselijkheid van arbeidsrecht van het ontvangstland afgekald. In voornoemde zin en in die mate geeft het Hof in de omgang met regels van toepasselijk recht armslag aan het oorsprongslanbeginsel. Evenals bij hantering van het oorsprongslanbeginsel is het effect alleszins dat de kansen dalen dat regels van het land van ontvangst worden toegepast.

2.2 Voorrangsregels en de Detacheringsrichtlijn

Eenzelfde conclusie komt naar voren als wordt gekeken naar de mogelijkheid na deze uitspraken de toepasselijkheid van voorrangsregels van het gastland af te dwingen, op basis van art. 7 EVO-verdrag c.q. art. 9 Rome I. Na de uitspraken van het Hof lijkt het immers bijzonder moeilijk te worden om boven op de bescherming die de Detacheringsrichtlijn biedt, via de techniek van de voorrangsregels bepalingen van het ontvangstland toe te passen. De Detacheringsrichtlijn lijkt – zoals dat ook bij invoering van het oorsprongslanbeginsel in het voorstel van de Dienstenrichtlijn het geval ware geweest – veeleer als een instrument van maximumbescherming dan als een instrument van minimumbescherming te gaan functioneren.

Zo bekeken, zou kunnen worden gesteld dat de vrees die in januari 2007 door Franse ipr-juristen in een ‘open brief’¹⁹ tot uitdrukking werd gebracht, nu mogelijk bewaarheid gaat worden. In die open brief betrof het met name kritiek op de opname van considerans 13 in de

preambule bij het voorstel van Rome I,²⁰ luidend ‘De eerbiediging van de openbare orde van de lidstaten vereist specifieke regels inzake bepalingen van bijzonder dwingend recht en het mechanisme van de openbare orde-exceptie. Bij de toepassing van deze regels moeten de Verdragsbepalingen in acht worden genomen.’ Gevreesd werd dat als het Hof van Justitie de compatibiliteit van voorrangsregels met Europese vrijheden zou moeten beoordelen, het leerstuk van voorrangsregels nagenoeg zou sneuvelen, en daarmee ook de dam die middels hantering van voorrangsregels door lidstaten kan worden opgeworpen tegen *social dumping*. Was de redactie van considerans 13 als een teken aan de wand te beschouwen? Was mogelijk zelfs de Europese ipr-wetgever op dat ogenblik al bewust welke hogere krachten later nog aan zet zouden (kunnen) zijn? In een ‘tegenbrief’ werd toen wel verwezen naar rechtspraak van het Hof waarin bestrijding van *social dumping* als een legitiem doel werd voorgesteld, in de huidige situatie lijkt het Hof veel minder geneigd *social dumping* te willen bestrijden en vermijden, zo zou kunnen worden gesteld. Zo bekeken zou een heroriëntatie en perspectiefwisseling hebben plaatsgevonden, waarbij redeneringen die resulteren in meer ‘liberalisme’ meer kans lijken te maken, ook al is als zodanig niet aan het kader van regelgeving geraakt.

3 Verworden regels van Europees internationaal arbeidsrecht tot een vorm van window-dressing als het gaat om vrij verkeer van diensten?

Als zodanig heeft het Hof van Justitie geen wijziging aangebracht in de regels van toepasselijk recht zoals opgenomen in het EVO-verdrag of aan de regels zoals opgenomen in de Detacheringsrichtlijn. Die regels inzake toepasselijk recht in arbeidsverhoudingen zoals opgenomen in het EVO-verdrag – en naar de toekomst toe in de Rome I-verordening –, en het in deze regelgeving opgenomen leerstuk van voorrangsregels, getuigen, nog steeds, van een ‘moderne’ visie op het ipr.²¹ Maar de in het EVO-verdrag en de Detacheringsrichtlijn opgenomen regels van Europees ipr dreigen wel te verworden tot window-dressing.

Het risico bestaat dat casus per casus toepassing van regels van het ontvangstland wordt onderuitgehaald. Want wat met de ene (Europese ipr-) hand wordt gegeven, dreigt met de andere (Europese fundamentele rechten) hand te worden teruggenomen. In de concrete hantering van ipr-regels en de concrete toetsing ervan, lijkt immers toch vooral aandacht te zullen gaan naar elementen van stimuleren van de interne markt door het stimuleren van loonconcurrentie; bestrijding van *social dumping* lijkt

18. Mogelijk doordat op radicale wijze wordt vastgehouden aan het werklandbeginsel van art. 6 lid 2 onder a EVO-verdrag waar dit samenvalt met het land van vestiging van de onderneming, zonder bereidheid te tonen gebruik te maken van de nuancerings- en interpretatiemogelijkheden die het EVO-verdrag biedt. Hier blijkt hoe art. 6 EVO-verdrag, in het bijzonder de bepaling in art. 6 lid 2 onder a dat de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs als hij ‘tijdelijk’ in een ander land te werk is gesteld, zelf aan de basis kan liggen van *social dumping*.

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

20. Voorstel voor een verordening, COM(2005) 650def.

21. Zie ook over dit ‘moderne’ ipr in verhouding tot Europese impulsen: V. van den Eeckhout, ‘Promoting Human Rights within Europe’, te raadplegen op <http://papers.ssrn.com>.

daarbij op minder animo van het Hof te kunnen gaan rekenen.

4 Ipr van achilleshiel tot behoeder en mogelijk zelfs katalysator c.q. voorvechter van de bescherming van werknemers?

Daar waar in de literatuur door experts in het sociaal recht²² al werd opgemerkt dat in de recente uitspraken van het Hof 'het sociale' in het defensief is geraakt, kunnen ipr-juristen stellen dat ook het ipr in het defensief dreigt te raken, in het bijzonder het ipr in zijn sociale functie als mogelijke verhelpster aan *social dumping*, waar met name ipr kan worden aangewend ter bescherming van werknemers wier rechtsverhouding zich in internationale context situeert. Internationaal arbeidsrecht wordt als het ware gemangeld tussen vrij verkeer van diensten en vrijheid van vestiging.

Is dit het lot dat beschoren is aan het ipr? Of is er, zo kan worden geopperd, vanuit het ipr mogelijk ook enig weerwerk te bieden? Kan ipr als behoeder fungeren van de bescherming van werknemers, leent ipr zich mogelijk zelfs tot het vervullen van een voorvechtersfunctie van de bescherming van werknemers en ter bestrijding van *social dumping*? Welnu, (Europese) ipr-regels zijn dan wel niet expliciet opgezet vanuit het streefdoel van het bestrijden van *social dumping*, bij het hanteren en interpreteren van ipr-regels kan zeker wel het streefdoel van bestrijding van *social dumping* mee in rekening worden gebracht – bijvoorbeeld bij het aanwenden van manoeuvringsmogelijkheden die art. 6 EVO-verdrag c.q. art. 8 Rome I biedt, bij het invoeren van voorrangregels van het ontvangstland op basis van art. 7 EVO-verdrag c.q. art. 9 Rome I. De manier waarop het Hof van Justitie naar de toekomst toe in prejudiciële procedures uitleg zal geven aan deze artikelen, kan dan ook richtinggevend zijn.

Mogelijk is het weerwerk dat door het ipr tegen (al te) vergaande vormen van liberalisering van de markt kan worden geboden, des te steviger indien een soort van combinatie en bundeling van krachten plaatsvindt met het EG-beginsel van vrij verkeer van werknemers en non-discriminatie. Mogelijk is het denkbaar op die manier (meer) toe te werken naar toepasselijkheid van regels van het ontvangstland.²³ Over de mogelijkheid tout court het EG-beginsel van vrij verkeer van werknemers in te roepen in zaken waarin ook de vrijheid van dienstenverkeer aan de orde is, of de mogelijkheid het EG-beginsel

van vrij verkeer van werknemers in te roepen in plaats van het vrij verkeer van diensten, blijkt in de doctrine echter controverser te bestaan.²⁴ Sommige auteurs wijzen de mogelijkheid tot invoering van het vrij verkeer van personen af met verwijzing naar de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Finalarte*, anderen met verwijzing naar de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Rush Portuguesa*.²⁵ De vraag of in die uitspraken daadwerkelijk een afwijzing mag worden gelezen van de mogelijkheid het vrij verkeer van werknemers in te roepen, wordt echter niet eenduidig beantwoord. In de zaak *Finalarte* schoof het Hof het betoog dat gegrond was op het vrij verkeer van werknemers ter zijde, maar betrof het wel een heel specifiek type betoog: het was de werkgever die betoogde dat hij op grond van het vrij verkeer van werknemers beroep kon doen op regels van het land van herkomst; het mogen vasthouden aan lagere voorwaarden van het land van herkomst zou de concurrentiepositie van zijn werknemers in het ontvangstland bevorderen. Mede vandaar wordt in bepaalde doctrine deze uitspraak als niet ter zake doend beschouwd op het punt van mogelijkheid tot invoering van de werknemer in de zin dat hij of zij aanspraak zou kunnen maken op gelijke behandeling als de werknemers van het ontvangstland.²⁶ En in de zaak *Rush Portuguesa* had het Hof het weliswaar over de omstandigheid dat de werknemers de arbeidsmarkt van het ontvangstland 'niet zouden betreden', maar betrof het een casus waarbij de betrokken werknemers sowieso nog geen aanspraak hadden op vrij verkeer van

22. Zie C. Barnard, 'Employment rights, free movement under the EC Treaty and the Services Directive', te raadplegen via <http://www.etui-rehs.org/en/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg/2-Articles-in-academic-literature-on-the-judgements>.

23. J. Monks, 'Presentation to the Employment and Social Affairs Committee of the EP', (te raadplegen op www.etuc.org.) punt 12, waar hij stelt: '(...) workers's rights to equal treatment in the host country should be the guiding principle.'

24. Hierover o.a. C. Barnard, 'Employment rights, free movement under the EC Treaty and the Services Directive', te raadplegen via <http://www.etui-rehs.org/en/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg/2-Articles-in-academic-literature-on-the-judgements>; M. De Vos, 'Free Movement of Workers, Free Movement of Services and the Posted Workers Directive', *ERA-Forum* nr. 3/2006, p. 358; M.S. Houwerzijl, 'Dubbele lasten bij detachering van werknemers in de Europese Unie', *SMA* 1998, p. 434-435; M.S. Houwerzijl, 'Bevordering van het EU-dienstenverkeer met behulp van gedetacheerde werknemers', *SMA* 2005, p. 406-417; M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2005, p. 51 e.v. en p. 197; D. Martin, 'Comments on Gottardo, Finalarte and Portugaia Construcoes', *European Journal of Migration and Law* 2002, p. 373; F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, Deventer: Kluwer 2007, p. 247 e.v.; N. Reich, 'Free movement versus social rights in an enlarged Union', *German Law Journal* 2008, p. 125.

25. HvJ EG 27 maart 1990, nr. C-113/89, *Jur.* 1990, p. I-1417 (*Rush Portuguesa*).

26. In bepaalde literatuur wordt allicht ook mede vandaar gewag gemaakt van art. 39 EG-Verdrag, zonder melding te maken van *Finalarte*. Zie bijvoorbeeld M.S. Houwerzijl, 'Bevordering van het EU-dienstenverkeer met behulp van gedetacheerde werknemers', *SMA* 1995, p. 406-417. (Wel over de zaak *Finalarte*: M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2005, p. 197).

werknemers.²⁷ Bovendien haalde Verschuieren²⁸ in een recente bijdrage rechtspraak van het Hof van Justitie aan die zou wijzen in de richting van de mogelijkheid van inroeping van vrij werknemersverkeer, ook in situaties waarin een werknemer slechts tijdelijk werkzaam is in een ander land in het kader van een dienstverrichting. Gesteld nu dat het mogelijk zou zijn in deze materie ook het vrij werknemersverkeer in te roepen, op een manier dat geredeneerd wordt dat regels van het ontvangstland toepasselijk moeten zijn, dan wordt het resultaat van beoordeling door het Hof van Justitie wel heel spannend.²⁹ Het Hof zou dan zelfs mogelijk in eenzelfde type zaak geconfronteerd worden zowel met het vrij verkeer van werknemers als met het vrij verkeer van diensten, elk met eigen ipr-implicaties. Want het beginsel van vrij verkeer van werknemers (voorzover geïnterpreteerd in die zin dat de mobiele werknemer gemeten wordt aan de lokale in het ontvangstland werkende werknemer, en dus niet in de zin als gebeurde in de zaak *Finalarte*) en non-discriminatie van werknemers (voorzover geïnterpreteerd als een ipr-regel in die zin dat mobiele werknemers minimaal dezelfde aanspraken zouden moeten hebben als lokale werknemers) zou dan allicht toesturen naar toepasselijkheid van regels van het ontvangstland, terwijl het beginsel van vrij verkeer van diensten veeleer in tegenovergestelde zin wijst. Hier blijkt hoe het aanhalen van een Europese fundamentele vrijheid niet alleen zou kunnen resulteren in het afkalven van bescherming van werknemers, maar ook in het opkrikken ervan. Wellicht is het voor pleitbezorgers van bescherming van werknemers onrealistisch te verwachten dat het (kunnen) inroepen van vrijheid van werknemersverkeer en/of het hameren op ipr-beginselen ooit zal resulteren in een

absolute toepasselijkverklaring van regels van het ontvangstland. Uiteindelijk zullen allicht altijd bijvoorbeeld ook 'ipr-eigenheden' in acht genomen (moeten) worden, onder andere op het vlak van rechtskeuzemogelijkheden. Maar enige mogelijkheid tot het bieden van weerwerk tegen impulsen vanuit het vrij dienstenverkeer is hier mogelijk wel te ontwaren.

Zo bekeken heeft de positionering van internationaal arbeidsrecht in Europese context de voorbije jaren een enigszins wonderlijke evolutie ondergaan. Er waren tijden waarin ipr, beschouwd vanuit het beginsel van vrij verkeer van werknemers en non-discriminatie, nog werd benoemd tot achilleshiel van de bescherming van werknemers;³⁰ toen leek nog vooral de nadruk te kunnen liggen op de spelbrekersfunctie van ipr, beschouwd vanuit het perspectief van bestrijding van *social dumping*. Anno 2009 gaat het er, als men oog heeft voor de bestrijding van *social dumping*, mogelijk veeleer om vast te houden aan het (Europese) ipr-acquis wanneer dit acquis in een gespannen verhouding komt te staan tot de vrijheid van dienstenverkeer. Het gaat er dan om vast te houden aan het acquis in de mate waarin ipr dan toch een steentje kan bijdragen aan het verhelpen aan *social dumping*, of ipr zelfs een pro-actieve rol te laten vervullen bij de bestrijding van *social dumping*.

5 Internationaal arbeidsrecht: quo vadis?

Concluderend kan worden gesteld dat de formulering en handhaving van regels van internationaal arbeidsrecht en internationaal vennootschapsrecht – evenals de koppeling die tussen regels van internationaal arbeidsrecht, internationaal vennootschapsrecht en het vrij dienstenverkeer wordt gemaakt – van belang is als men het heeft over liberalisering van het dienstenverkeer in Europa. Of men het ipr vooral een dienende rol laat vervullen voor het ene of het andere beleidsdoeleinde – hetzij een stimulering van dynamieken tot almaar verdergaande liberalisering, hetzij een onder controle houden van tendenzen tot liberalisering –, is uiteindelijk een politieke beslissing. Maar alleszins, zo besluit ik, kan instrumentalisering van het ipr in deze of gene zin wel mee bijdragen aan het realiseren van deze of gene Europese beleidskeuze. Want ipr doet er toe, ipr kan verschil maken. In debatten over liberalisering van het dienstenverkeer mogen ontwikkelingen inzake ipr en eventueel toekomstige uitspraken van het Hof van Justitie inzake interpretatie van het EVO-verdrag c.q. de Rome I-verordening dan ook niet uit het oog worden verloren.

27. Zie ook de conclusie in de zaak *Laval*, punt 113, waar er mee werd volstaan de poging tot inkadering van de zaak binnen het vrij verkeer van werknemers af te wijzen onder het motto dat de Letse werknemers op basis van overgangsmaatregelen geen rechtstreeks beroep konden doen op de bepaling van art. 39 EG-Verdrag. Over de vraag of het vrij verkeer van werknemers beperkt is tot EU-onderdanen o.a. M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2005, p. 46.

28. H. Verschuieren, 'Cross-border Workers in the European Internal Market', *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2008, afl. 2.

29. Hierover al V. van den Eeckhout, 'Competing norms and European Private International Law', te raadplegen op <http://papers.ssrn.com>. Zie ook omtrent de problematiek van botsing van Europese fundamentele vrijheden M.S. Houwerzijl, 'Dubbele lasten bij detachering van werknemers in de Europese Unie', *SMA* 1998, p. 435; H. Verschuieren, 'Cross-border workers in the European Internal Market', *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2008, afl. 2.

30. H. Verschuieren, *Internationale arbeidsmigratie*, Brugge: Die Keure 1990, p. 338.