

Citeerwijze van dit artikel:

Prof. Dr. Veerle 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?', *ARBAC* 2012, april-juni, DOI: 10.5553/ARBAC/.000008

DOI: 10.5553/ARBAC/.000008

## **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?**

*Prof. Dr. Veerle Van Den Eeckhout*

### **Inleiding: enkele recente ophefmakende uitspraken die noden tot nadere bespreking**

Recent zijn in het internationaal arbeidsrecht zowel door het Hof van Justitie als door meerdere Nederlandse rechters enkele opmerkelijke uitspraken gedaan. Het Hof van Justitie heeft zich in de zaken Koelzsch<sup>1</sup> en Voogsgeerd<sup>2</sup> voor het eerst uitgesproken over artikel 6 EVO-verdrag.<sup>3</sup> Het Hof van Amsterdam<sup>4</sup> en de kantonrechter Eindhoven<sup>5</sup> creëerden ophef met hun uitspraken over de toepasselijkheid van artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (hierna "BBA"). Ook de uitspraak van de kantonrechter Venlo in de zaak FNV/de Mooij<sup>6</sup> heeft de gemoederen al bezig gehouden. Bovendien kan worden gewezen op de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Vicoplus<sup>7</sup>: in deze zaak betrof de discussie weliswaar niet als zodanig aspecten van toepasselijk arbeidsrecht, maar een controverse over de toelaatbaarheid van het vereisen van een tewerkstellingsvergunning door Nederland aan naar Nederland gedetacheerde werknemers – met wel mogelijke consequenties voor het internationaal arbeidsrecht.

Voornoemde uitspraken speelden zich soms wel, soms niet af in een context van internationale detachering c.q. een context waarin een van de Europese fundamentele vrijheden<sup>8</sup> aan de orde was. Soms ook is in de doctrine naderhand reeds discussie opgedoken omtrent de vraag in hoeverre de

Detacheringsrichtlijn<sup>9</sup> c.q. een van de Europese fundamentele vrijheden bij de beoordeling door de rechter daadwerkelijk een rol had moeten spelen.<sup>10</sup> Alleszins, zeker in die zaken waar de thematiek van internationale detachering c.q. van impact van Europese fundamentele vrijheden op het internationaal arbeidsrecht wel degelijk aan de orde was c.q. een rol had te spelen, kan het relevant zijn de rechtspraak te bekijken in het licht van vroegere rechtspraak van het Hof van Justitie, met name de zaken Viking, Laval, Rüffert en C./Luxemburg.<sup>11</sup> Deze eerdere, ophefmakende uitspraken van het Hof betroffen immers alle zaken die zich afspeelden in een context waarin de problematiek van internationale detachering en/of een van de Europese fundamentele vrijheden aan de orde was en hebben destijds tot grote ophef geleid: in de doctrine werd gevreesd dat deze rechtspraak van het Hof zeer *negatieve* consequenties inhield op het vlak van arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers, nu het “economische interne markt denken” het zou hebben gehaald op “het sociale”.<sup>12</sup>

Meerdere van voornoemde, meer recente, uitspraken van het Hof van Justitie en Nederlandse rechters daarentegen werden in inmiddels verschenen commentaren reeds aangemerkt als *positief*, bekeken vanuit het perspectief van de bescherming van werknemers. Zo schreef van Hoek in een annotatie bij Koelzsch dat het arrest “enige beschutting (biedt) tegen de gure interne marktwind die de laatste jaren door sociaal Europa lijkt te waaien”<sup>13</sup>; en in een commentaar bij dezelfde uitspraak koppelde Derks de Koelzsch-uitspraak als volgt aan de “BBA-rechtspraak”<sup>14</sup>: “(...) is hiermee opnieuw bevestigd dat de bescherming van de werknemer anno 2011 nog steeds prevaleert. Wat dat betreft valt een parallel te trekken met de recente Nuon-uitspraak, waarin ook werd onderstreept dat de bescherming van de werknemer voorop moet worden gesteld”<sup>15</sup>; op internet-sites zijn in reactie op de Nuon-uitspraak berichten geplaatst met titels als “Betere arbeidsbescherming voor buitenlandse werknemers”<sup>16</sup> etc. Kortom, kennelijk wordt minstens een deel van deze rechtspraak geplaatst binnen een dynamiek van handhaving of zelfs ophoging van het niveau van bescherming van werknemers in internationale situaties.

Maar hoever precies reikt nu de impact van deze uitspraken op de arbeidsbescherming van werknemers wier rechtsverhouding zich in internationale context situeert en in welke mate precies kunnen de uitspraken als “positief” voor de betrokken werknemers worden aangemerkt? In wat volgt zal ik de uitspraken van zowel het Hof van Justitie als van de Nederlandse rechters belichten vanuit deze optiek: ik zal op verkennende wijze de vraag beantwoorden welke (nieuwe) argumentatiemogelijkheden deze uitspraken bieden aan werknemers tot het opeisen van (meer) arbeidsrechtelijke bescherming. Ik zal de uitspraken zelf daarbij niet exhaustief weergeven en analyseren; voor een dergelijke weergave verwijs ik naar reeds verschenen commentaren. Ik zal me beperken tot een selectieve behandeling van de uitspraken. In die behandeling zal ik meermaals aansluiten bij in de doctrine reeds geformuleerde opmerkingen en deze opmerkingen op hun merites beoordelen, focussend op de beantwoording van de vraag of de uitspraken en de manier waarop ze in de doctrine worden begrepen *sowieso* positief zijn bekeken vanuit het perspectief van werknemers. Waar mogelijk stip ik eventueel te volgen denkpijlen aan en wijs ik, bij het weergeven van deze gedachtegangen, op eventuele verdergaande oprekmogelijkheden tot opeisen van (meer)

arbeidsrechtelijke bescherming van elke interpretatiemogelijkheid; waar mogelijk wijs ik tevens op mogelijke uitvalswegen die in een uitspraak opgenomen overwegingen kunnen bieden ten aanzien van hetgeen uit de uitspraken Viking, Laval, Rüffert en C./Luxemburg werd afgeleid en na deze uitspraken de vermeende stand van zaken in het internationaal arbeidsrecht is.

## II Uitspraken van het Hof van Justitie in de zaken Koelzsch en Voogsgeerd: de eerste twee uitspraken van het Hof inzake artikel 6 EVO-verdrag

### II.A HvJ Koelzsch (15 maart 2011)

Op 15 maart 2011<sup>17</sup> velde het Hof van Justitie de allereerste uitspraak inzake artikel 6 EVO-verdrag.<sup>18</sup> In artikel 6 EVO-verdrag zijn regels opgenomen inzake toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten.

De vraag naar het op basis van artikel 6 EVO-verdrag toepasselijke arbeidsrecht was in casu gerezen in een specifiek geval van tewerkstelling van een werknemer in meerdere landen, in de transportsector. In de arbeidsovereenkomst tussen de Duitse werknemer Koelzsch en de Luxemburgse dochter van een Deense onderneming was een rechtskeuze gemaakt voor Luxemburgs recht. Dergelijke rechtskeuzemogelijkheid is voorzien in artikel 6 lid 1 EVO-verdrag.<sup>19</sup> In artikel 6 lid 1 is echter tevens bepaald dat de werknemer in geval van een rechtskeuze niet de bescherming kan verliezen van de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht – het recht dus dat bij gebreke van rechtskeuze op basis van artikel 6 lid 2 EVO-verdrag toepasselijk ware geweest. Ondanks de rechtskeuze voor Luxemburgs recht zouden dus nog bepalingen uit een ander recht toepasselijk kunnen zijn. In een poging een ontslagbeschermende bepaling van Duits recht in te kunnen roepen, betoogde Koelzsch dat in casu Duits recht het normaal toepasselijke recht uitmaakte op basis van artikel 6 lid 2 a EVO-verdrag.

De beoordeling van het Hof spitste zich toe op het te maken onderscheid tussen de bepaling van artikel 6 lid 2 a EVO-verdrag (hierna “*dea-situatie*”) enerzijds, en de bepaling van artikel 6 lid 2 b EVO-verdrag (hierna “*deb-situatie*”) anderzijds: mocht in een geval als Koelzsch de casus ondergebracht worden in artikel 6 lid 2 a EVO-verdrag, of moest worden teruggevallen op artikel 6 lid 2 b EVO-verdrag – in welk geval Luxemburgs recht allicht niet alleen als het gekozen recht, maar ook als het normaal toepasselijke recht zou moeten worden aangemerkt en in welk geval de werknemer de ontslagbescherming naar Duits recht niet zou kunnen opeisen? Het Hof besluit in de zaak Koelzsch tot *ruime* interpretatie van de a-situatie van artikel 6 lid 2 EVO-verdrag<sup>20</sup>, dit in aansluiting op de rechtspraak van het Hof bij de interpretatie van het EEX<sup>21</sup> en in lijn met de bewoordingen van de Rome I verordening. Belangrijke argumentatie daartoe wordt door het Hof gevonden in het element van *bescherming van de werknemer*.

Ik formuleer hierna een tweetal bedenkingen bij deze uitspraak en bij opmerkingen bij deze uitspraak zoals zij reeds in de doctrine werden gemaakt, vooreerst op het vlak van het door het Hof gehanteerde concept van

“bescherming”, vervolgens op het vlak van positionering van de ruime uitleg van het Hof van de “a-situatie” in artikel 6 lid 2 EVO-verdrag ten aanzien van het zogenaamde “herkomstlandbeginsel.”

Vooreerst een opmerking omtrent de interpretatie van de regel van artikel 6 lid 2 a EVO-verdrag als zou deze “bescherming” bieden aan de werknemer en mede vandaar een ruime interpretatie van de a-situatie geboden zijn: de vraag rijst of de instructie van het Hof tot ruime toepassing van de a-regel enkel navolging moet krijgen indien toepassing van de a-regel daadwerkelijk ook *materieel* gunstig is voor de werknemer, of dat het er louter om gaat via toepassing van de a-regel een recht aan te duiden waarmee de werknemer verondersteld wordt (meest) vertrouwd te zijn, ongeacht of dit recht voor de werknemer ook materieel gunstig is. In de zaak Koelzsch zelf impliceerde een ruime interpretatie van de a-regel – althans indien de a-regel wordt toegepast in de zin dat uiteindelijk bij Duits recht als normaal toepasselijk recht wordt uitgekomen en de bepleite regel als regel van dwingend recht van Duits recht wordt aangemerkt<sup>22</sup> – alleszins een materieel voordelige situatie voor de werknemer: het op basis van artikel 6 lid 2 a toepasselijk recht bleek voor de werknemer materieel gunstiger dan het recht dat op basis van artikel 6 lid 2 b zou zijn aangewezen; maar wat als een ruime interpretatie van de a-regel zou leiden tot een materieel nadelig resultaat voor de werknemer?

Illustratief voor deze hypothese is een eerder beslechte casus zoals besproken door van Hoek: in die casus was door het Hof Den Bosch<sup>23</sup>, in 2007, beslist dat op de arbeidsovereenkomsten van de Turkse chauffeurs op basis van de b-regel van artikel 6 lid 2 EVO-verdrag Nederlands recht toepasselijk was; toepassing in deze casus van de a-regel in de zin van de Koelzsch-uitspraak had materieel negatief kunnen uitpakken voor de betrokken werknemers, want dit had kunnen leiden tot toepassing van Turks recht, zo geeft van Hoek aan: vasthouden aan toepassing van de b-regel blijkt hen in deze casus materieelrechtelijk meer voordeel te kunnen opleveren. Toch staat van Hoek ook in zo’n situatie nog steeds een ruime toepassing van de a-regel voor: “Deze uitkomst geeft (...) gelijk goed aan dat aanknoping aan het land van waaruit gewerkt wordt niet per se een betere bescherming oplevert voor de werknemer. Wel krijgt hij de bescherming die gebruikelijk is in zijn directe sociale omgeving. Meer beoogt de conflictregel ook niet”, aldus van Hoek.<sup>24</sup>

Rammeloo<sup>25</sup> staat eenzelfde visie voor als van Hoek, daarbij steunend op een analyse van rechtsoverweging 46<sup>26</sup> van het Hof in de zaak Koelzsch. Maar de vraag rijst over deze rechtsoverweging noodzakelijkerwijze moet worden begrepen in de zin dat het Hof louter een conflictenrechtelijke bescherming wil toelaten en te allen tijde wil abstraheren van enige materieelrechtelijke toets. Kan bijvoorbeeld ook niet worden geredeneerd in termen van *minimum*bescherming, als zouden de overwegingen van het Hof moeten worden begrepen in de zin dat aan werknemers *minstens* een bepaald niveau van bescherming moet worden verzekerd? Sowieso is het Hof van Justitie alleszins niet ingegaan op de hypothese dat toepassing van de b-regel leidt tot een voor de werknemer leidt tot een materieelrechtelijk voordeliger resultaat dan ruime toepassing van de a-regel.

De vraag rijst dan ook of het inderdaad zo is als van Hoek en Rammeloo stellen: kunnen andere overwegingen c.q. bekommernissen dan het streefdoel c.q. de bekommernis aan te sluiten bij het voor de werknemer (bij veronderstelling) meest vertrouwde recht van geen belang zijn bij hantering van artikel 6 EVO-verdrag? Kan navolging van het *begunstigingsbeginsel* überhaupt geen kans maken? Eerder heb ik al gewezen op *diverse* bekommernissen, *waaronder* ook het streefdoel de werknemer te begunstigen, die zouden kunnen spelen bij toepassing van de geledingen van artikel 6 lid 2 EVO-verdrag, *waaronder* ook de “tenzij-clausule” van artikel 6 lid 2 EVO-verdrag.<sup>27</sup> Belangwekkend is te onderkennen dat, bij navolging van een welbepaalde visie, zeker in het geval (ruime) toepassing van de a-regel leidt tot een voor de werknemer materieel ongunstig resultaat, denkbaar is dat de *tenzij-clausule* wordt ingeschakeld en toegepast op een voor de werknemer materieel voordelige manier.

Over de tenzij-clausule – de verhouding tot artikel 6 lid 2 a dan wel artikel 6 lid 2 b - wordt door het Hof in de Koelzsch-zaak zelf niets gespecificeerd. Wel zou voor toepassing van de “tenzij-clausule” – in mindere of meerdere mate - aansluiting kunnen worden gezocht bij de eerdere uitspraak *Intercontainer* van het Hof van Justitie.<sup>28</sup> Deze uitspraak *Intercontainer* is de allereerste uitspraak van het Hof van Justitie over het EVO-verdrag en betref, onder meer, de toepassing van artikel 4 lid 5 EVO-verdrag – een bepaling die min of meer analoog is aan de tenzij-clausule van artikel 6 EVO-verdrag.

Opmerkelijk is nu dat zeer recent - op 3 februari 2012 - door de Hoge Raad<sup>29</sup> uitspraak is gedaan in een zaak over internationaal arbeidsrecht waarbij de draagwijdte van de tenzij-clausule cruciaal was voor de uitkomst van de zaak; de Hoge Raad heeft hierbij zelf geen inhoudelijke uitspraak willen doen, maar een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie over de omgang met de tenzij-clausule.<sup>30</sup> In de aan de Hoge Raad voorliggende zaak was het recht dat door artikel 6 lid 2 a EVO-verdrag leek te worden aangewezen (Nederlands recht) het voor de werknemer meest begunstigende recht; een vrij soepele omgang met de tenzij-clausule zou leiden tot een materieel ongunstiger recht: in deze casus lijkt het dus in het belang – bekeken vanuit het perspectief van “bescherming” en materiële begunstiging - van de werknemer de tenzij-clausule vrij *stringent* toe te passen. Maar de feitenconstellatie kan ook anders zijn – te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat het “kennelijk nauwer verbonden recht” het recht is dat de werknemer meest begunstigt: hoe dan om te gaan met de tenzij-clausule – mogelijk in die hypothese in nog ruimere zin dan in het *Intercontainer*-arrest was bepaald inzake omgang met de tenzij-clausule van artikel 4 lid 5 EVO-verdrag? -, zo rijst de vraag. En hoe, zo wierp ik eerder ook al op<sup>31</sup>, bij discussies over hantering van de tenzij-clausule om te gaan met argumenten inzake respect voor vrijheid van personenverkeer, non-discriminatie, vrijheid van dienstenverkeer etc.? Het is vooralsnog wachten op de uitspraak van het Hof van Justitie. Op de eventuele strategische mogelijkheden die de tenzij-clausule terzake kan bieden aan werknemers, kom ik overigens wel nog terug bij de behandeling van de zaak Voogsgeerd, naar aanleiding van de door de advocaat-generaal in de conclusie en door het Hof zelf in die zaak gemaakte opmerkingen.

Vervolgens een tweede bedenking omtrent de Koelzsch-uitspraak, met name

omtrent de Koelzsch-uitspraak en het “herkomstlandbeginsel”. Van Hoek geeft aan hoezeer toepassing van de b-regel na de Koelzsch-uitspraak kennelijk als een “verlegenheidsoplossing” moet worden beschouwd.<sup>32</sup> En inderdaad blijkt na de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Koelzsch dat niet te snel mag worden gegrepen naar toepassing van de b-regel en de b-regel in die zin een verlegenheidsoplossing biedt. Maar wat meer is: van Hoek plaatst de ruime toepassing van de a-regel in de uitspraak Koelzsch tegenover het zogenaamde “herkomstlandbeginsel” – zie ook haar reeds hoger geciteerde opmerking dat de zaak Koelzsch “enige beschutting (biedt) tegen de gure interne marktwind die de laatste jaren door sociaal Europa lijkt te waaïen”, waarbij zij kennelijk alludeert op de rechtspraak van het Hof van Justitie in de hoger genoemde zaken Viking, Laval, Ruffert en C./Luxemburg. Welnu, eerst en vooral moet hierbij worden aangetekend dat de zaak Koelzsch zich zelf *niet* leek af te spelen in een casus waarbij internationale detachering c.q. vrijheid van dienstenverkeer als zodanig aan de orde was – terwijl het toch gangbaar is het “herkomstlandbeginsel” te situeren in een context van uitoefening van de vrijheid van dienstenverkeer door een Europees bedrijf. Maar *mocht* aan de uitspraak betekenis worden gehecht in de problematiek van aanduiding van toepasselijk arbeidsrecht bij internationale detachering c.q. uitoefening van vrijheid van dienstenverkeer, dan zou met de uitspraak Koelzsch wel een stap gezet zijn in de richting van onderkenning dat het arbeidsrecht van het *ontvangstland* waar (of van waaruit) feitelijk gewerkt wordt in een geval waarin sprake is van internationale detachering c.q. internationaal dienstenverkeer, het normaal toepasselijke arbeidsrecht kan zijn. Ook op deze problematiek – de problematiek van aanduiding van het normaal toepasselijke arbeidsrecht in situaties van internationale detachering c.q. uitoefening van vrijheid van dienstenverkeer - kom ik verder nog terug, met name bij de behandeling van de zaak Vicoplus en FNV/De Mooij.

Hierna ga ik eerst nader in op de situatie dat afgewogen is tussen toepassing van de a-regel versus de b-regel, maar bij nader toezicht toch niet de a-regel van toepassing blijkt. De vraag hoe precies in die hypothese de b-regel moet worden geïnterpreteerd, werd aan het Hof van Justitie voorgelegd in de zaak Voogsgeerd.

## II.B HvJ Voogsgeerd (15 december 2011)

In de casus Voogsgeerd<sup>33</sup> was in de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer Voogsgeerd en een in Luxemburg gevestigde vennootschap een rechtskeuze gemaakt voor Luxemburgs recht. Zoals blijkt uit artikel 6 lid 1 EVO-verdrag, en zoals ook al het geval was in de zaak Koelzsch, geldt evenwel dat ondanks een rechtskeuze alsnog dwingende bepalingen van een ander recht toepasselijk kunnen zijn. In casu had het kunnen inroepen van een dwingende bepaling van *Belgisch* recht de werknemer soelaas kunnen bieden. De werknemer poogde via een welbepaalde interpretatie van de *b-regel* de toepassing van die dwingende bepaling van Belgisch recht te bekomen<sup>34</sup>, met name door te steunen op een *feitelijke* invulling van het begrip “vestiging” in artikel 6 lid 2 b EVO-verdrag – een *formele* invulling van het begrip zou er toe leiden dat Luxemburgs recht alsnog als normaal toepasselijk recht zou worden aangeduid. Gevraagd naar de betekenis van het begrip “vestiging” in artikel 6 lid 2 b EVO-verdrag, spreekt het Hof zich uit voor een formele invulling van het begrip “vestiging”.

Vasthouden aan een formele invulling van het begrip “vestiging” lijkt in de zaak Voogsgeerd de werknemer alle kansen te ontnemen de bewuste bepaling van Belgisch recht in te roepen. Opmerkelijk is echter dat er in de uitspraak<sup>35</sup> op wordt gewezen dat de casus van Voogsgeerd zélf wellicht überhaupt *niet* zou moeten worden ondergebracht in artikel 6 lid 2 b, maar wel in a, dit middels een ruime interpretatie van de a-situatie – in aansluiting bij de uitspraak van het Hof in de zaak Koelzsch. Zo wordt de werknemer er eigenlijk door het Hof op gewezen dat het door hem beoogde doel in casu op een andere manier kan worden bereikt. Zo zou Voogsgeerd ook bij navolging van de door het Hof gevelde uitspraak alsnog soelaas kunnen worden geboden. Ook in de conclusie van de advocaat-generaal<sup>36</sup> was de werknemer dergelijke “andere weg” al aangewezen.

In de conclusie bij de zaak Voogsgeerd kunnen overigens nog een tweetal andere opmerkelijke passages worden aangeduid. Alle lijken ze overwegingen te bevatten die in het voordeel van de werknemer aangewend zouden kunnen worden. Het Hof neemt in de uitspraak een aantal van deze overwegingen over.

Eerst en vooral zijn er de overwegingen van de advocaat-generaal in haar conclusie en van het Hof in de uitspraak op het vlak van mogelijk “misbruik” door de werkgever: de advocaat-generaal<sup>37</sup> formuleert opmerkingen over hoe, enerzijds, de werkgever misbruik kan (proberen) maken van artikel 6 lid 2 b EVO-verdrag, met name door de arbeidsovereenkomst met de werknemer te laten tekenen door een partij die gevestigd is in een land met lage arbeidsbescherming maar hoe, anderzijds, middels een welbepaalde hantering van artikel 6 lid 2 EVO-verdrag, daarin begrepen een welbepaalde hantering van de tenzij-clausule van artikel 6 lid 2 EVO-verdrag, dergelijke poging tot misbruik zou kunnen worden vermeden. Het Hof<sup>38</sup> overweegt in rechtsoverweging 51: “Zoals de advocaat-generaal in punt 73 van haar conclusie heeft beklemtoond, kan de verwijzende rechter in elk geval volgens artikel 6, lid 2, laatste alinea, van het Verdrag van Rome rekening houden met andere elementen van de rechtsbetrekking, wanneer blijkt dat de elementen die betrekking hebben op de twee in dit artikel genoemde aanknopingspunten, namelijk de plaats waar de arbeid wordt verricht en de plaats waar zich de vestiging bevindt die de werknemer tewerkstelt, grond opleveren om aan te nemen dat de overeenkomst nauwer verbonden is met een andere dan de door die criteria aangewezen staat.” Deze passages en opmerkingen lenen zich mogelijk tot het vinden van aanknopingspunten tot hantering van de tenzij-clausule in sturende, de werknemer beschermende c.q. (zelfs) *materieelrechtelijk* begunstigende, zin. Op een mogelijke hantering van de tenzij-clausule in deze zin had ik hoger, in mijn eerste opmerking bij de zaak Koelzsch, al gealludeerd.

Vervolgens een tweede opmerking. Boeiend is dat de advocaat-generaal in de bespreking van artikel 6 EVO-verdrag ingaat op de impact van een rechtskeuze zoals mogelijk gemaakt in artikel 6 lid 1 EVO-verdrag en daarbij gewag maakt van het “gunstighedsprincipe”. Met name formuleert de advocaat-generaal<sup>39</sup> enkele overwegingen die betekenisvol kunnen zijn bij behandeling van de vraag hoe te handelen in de hypothese dat het gekozen recht voor de werknemer voordeliger is dan (de dwingende bepalingen van) het normaal toepasselijke recht: moet dan alsnog worden vastgehouden aan toepassing van de dwingende

bepalingen van het normaal toepasselijke recht, of moet de werknemer de kans worden gegeven de meer voordelige bepalingen van het gekozen recht in te roepen, zo luidt dan de vraag? De kwestie is in Nederland enigszins controversieel.<sup>40</sup> Mogelijk kan in de overwegingen van de advocaat-generaal een voorkeur gelezen worden voor het toepassen, in dergelijk geval, van de voor de werknemer gunstigste bepalingen.

Zo kunnen, al bij al, overwegingen die doorheen het procesverloop in de zaak-Voogsgeerd door de advocaat-generaal en/of het Hof zijn gemaakt, mogelijke aanknopingspunten bieden voor een voor de werknemer materieel gunstige interpretatie van artikel 6 EVO-verdrag.

### III Nationale rechtspraak: rechtspraak inzake het BBA en zaak FNV/de Mooij

In zowel de zaak-Voogsgeerd als de zaak-Koelzsch betrof het de uitleg, door het Hof van Justitie, van artikel 6 EVO-verdrag. Het betrof daarbij een uitleg van artikel 6 EVO-verdrag *zonder* dat daarbij de verhouding tot artikel 7 EVO-verdrag door het Hof van Justitie werd aangeraakt, telkenmale in zaken waarbij de Detacheringsrichtlijn c.q. de vrijheid van dienstenverkeer *niet* aan de orde leek.

In de rechtspraak van Nederlandse rechters die ik hierna behandel, met name rechtspraak inzake toepasselijkheid van het BBA evenals rechtspraak inzake een Poolse uitzendconstructie, kwamen de verwickelingen van, respectievelijk, artikel 7 EVO-verdrag en toepasselijk recht in geval van detachering, wel aan de orde.

#### III.A Rechtspraak inzake BBA: Hof Amsterdam 27 april 2010 en Kantonrechter Eindhoven 28 oktober 2010

Artikel 6 BBA<sup>41</sup> wordt in Nederland al jaren beschouwd als een klassieke voorrangsregel in de zin van artikel 7 EVO-verdrag. Omtrent artikel 6 BBA was door de Hoge Raad in de zaak Sorensen/Aramco<sup>42</sup> een belangwekkende uitspraak gedaan, die in de rechtspraak richtinggevend bleek. In deze uitspraak werd, vooreerst, artikel 6 BBA *gecategoriseerd* als een *voorrangsregel*, vervolgens, een *reikwijdtebepaling* geformuleerd voor daadwerkelijke toepassing: met name wordt als criterium tot daadwerkelijke toepassing van artikel 6 BBA bepaald dat moet worden nagegaan of ten tijde van het ontslag naar redelijke en objectieve maatstaven was te verwachten dat de werknemer zou terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt.<sup>43</sup>

Maar in de uitspraken van het Gerechtshof Amsterdam van 27 april 2010<sup>44</sup> en van de Kantonrechter Eindhoven van 28 oktober 2010<sup>45</sup> lijkt een nieuwe koers ten aanzien van omgang met artikel 6 BBA<sup>46</sup> te zijn ingezet: in beide uitspraken werd artikel 6 BBA toepasselijk geacht, ook al leek het telkenmale *niet* voor de hand te liggen dat de betrokken werknemer zou terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt: redenerend op basis van hetgeen in de uitspraak Sorensen/Aramco was bepaald, hadden de werknemers mogelijk geen aanspraak kunnen maken op toepassing van artikel 6 BBA. In casu stonden het



Hof Amsterdam en de Kantonrechter Eindhoven dergelijke aanspraak wel toe aan een Amerikaanse respectievelijk Duitse werknemer.

Waar in de uitspraak Sorensen/Aramco bij de omgang met artikel 6 BBA zeer grote aandacht ging naar het overheidsbelang van bescherming van de Nederlandse arbeidsmarkt – naast het belang van de werknemers zelf -, komt in deze recente rechtspraak veel (meer) nadruk te liggen op de bescherming van de werknemer tegen ongerechtvaardigd ontslag – een bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag waarop ook de betrokken werknemers recht zouden moeten hebben. Daarmee lijkt een kentering gaande. Zoals reeds gemeld<sup>47</sup>, loopt tegen de uitspraak van het Hof Amsterdam momenteel cassatie-beroep.

Opmerkelijk is dat in de doctrine<sup>48</sup> reeds commentaren zijn verschenen waarin deze kentering wordt begrepen als een kentering in de zin dat artikel 6 BBA niet meer zou kunnen worden beschouwd als een voorrangsregel; artikel 6 BBA zou zijn verworpen tot een dwingende bepaling van Nederlands arbeidsrecht. Zo'n benadering van artikel 6 BBA kan in bepaalde gevallen voor werknemers meebrengen dat artikel 6 BBA kan worden toegepast waar dat voorheen – bij een kwalificatie als voorrangsregel - niet het geval leek. In die zin *kan* een kwalificatie van artikel 6 BBA als dwingende bepaling van Nederlands recht voor sommige werknemers gunstig uitwerken, gunstiger dan een kwalificatie als voorrangsregel. Maar aantekening hierbij verdient toch dat artikel 6 BBA dan wel enkel nog zou kunnen worden toegepast als Nederlands recht toepasselijk is, terwijl dat voorheen geen vereiste was.

Het is echter maar de vraag of het Hof Amsterdam en de rechter Eindhoven (bewust) in die zin hebben geredeneerd en het de bedoeling was artikel 6 BBA (alleen) toepasselijk te maken als Nederlands recht toepasselijk is. Immers, in beide gevallen was sprake van een *rechtskeuze* voor Nederlands recht maar werden geen overwegingen gewijd aan het *normaal* toepasselijke recht, dit terwijl mogelijk toch enige discussie hierover had kunnen bestaan: denkbaar is dat nog enige discussie had kunnen bestaan over het antwoord op de vraag of Nederlands recht ook het normaal toepasselijke recht ware geweest. De vraag rijst dan ook waarom door de rechter geen overweging is gewijd aan het normaal toepasselijke recht; want dat Nederlands recht het *normaal* toepasselijke recht had moeten uitmaken als men wil redeneren in termen van dwingende bepalingen, lijkt toch in de logica te moeten liggen – zie de bewoordingen van artikel 6 lid 1 EVO-verdrag waarin gewag wordt gemaakt van dwingende bepalingen “van het recht dat ingevolge lid 2 van het onderhavige artikel bij gebreke van een rechtskeuze op hem van toepassing zou zijn.” Of, zo kan nog worden opgeworpen, werd mogelijk in beide uitspraken als vanzelf aangenomen dat Nederlands recht sowieso (ook) het normaal toepasselijke recht was?

Of, zo zou ook nog kunnen worden opgeworpen, was het mogelijk zo dat de rechters de werknemers sowieso de gunst wilden bieden van toepassing van de (dwingende) bepalingen van het gekozen recht, ongeacht de inhoud van de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht en zonder zelfs maar de proef op de som te nemen welk recht het normaal toepasselijke recht zou zijn? Hoger<sup>49</sup> wees ik al op de problematiek hoe te handelen indien de bepalingen van het gekozen recht gunstiger zijn voor de werknemer dan de

## dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht.

Is denkbaar dat de rechters in deze problematiek stelling hebben genomen zonder de kwestie expliciet te berde te brengen, en zonder de proef op de som te nemen of in casu de bepalingen van het Nederlandse, gekozen recht, voor de werknemer voordeliger zijn dan de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht? Ook hier rijst dan zo wederom de vraag waarom de rechters geen overweging hebben gewijd aan de bepaling van het normaal toepasselijke recht – of gemeend kunnen hebben dat Nederlands recht sowieso het normaal toepasselijke recht was.

Alleszins doet het voorgaande de vraag rijzen wat de uitkomst ware geweest indien in een casus Nederlands recht *niet* het normaal toepasselijke recht is – en ten tijde van het ontslag niet naar redelijke en objectieve maatstaven verwacht mocht worden dat de werknemer zou terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt. Wil men in zo'n geval het BBA kunnen toepassen, dan zou wellicht *hetzij* bepleit moeten worden dat artikel 6 BBA toch kan worden toegepast als deel uitmakend van het gekozen recht – voor zover men zich dan wel daadwerkelijk in de hypothese bevindt dat Nederlands recht het gekozen recht uitmaakt<sup>50</sup> -, *hetzij* dat artikel 6 BBA wel degelijk nog steeds als een voorrangsregel kan worden beschouwd – en dus van aard is om toegepast te kunnen worden ongeacht het overigens op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht - maar dat inmiddels de reikwijdtebepaling is opgerekt. Bij het vasthouden aan artikel 6 BBA als voorrangsregel zou dan kunnen worden geredeneerd dat de nadruk op het belang van bescherming van de werknemer (in plaats van/veel meer dan op bescherming van de Nederlandse arbeidsmarkt) er niet aan in de weg staat te spreken van de bescherming van een overheidsbelang: ook de bescherming van zwakke partijen wordt dan als een publiekrechtelijk belang gezien.<sup>51</sup>

Hierbij aansluitend kan een tweede aandachtspunt aan de orde komen: volgt men de zienswijze dat artikel 6 BBA nog steeds een voorrangsregel is maar de reikwijdtebepaling ervan is opgerekt, dan moet uiteraard nog wel vastgesteld worden *of* daarbij nog enige begrenzing in het oog moet worden gehouden c.q. *waar* precies nog enige begrenzing ligt. Als men vanuit deze invalshoek kijkt naar beide uitspraken, dan blijkt enerzijds dat in beide zaken sprake was van een rechtskeuze voor Nederlands recht; maar, zo zou anderzijds kunnen worden betoogd, sowieso is het eigen aan het systeem van de voorrangsregels dat deze kunnen worden toegepast ongeacht het overigens toepasselijke recht: in hoeverre kan het dan nog, bij de bepaling en invulling van de reikwijdtebepaling, van belang worden geacht dat een rechtskeuze is uitgebracht voor Nederlands recht? Op het punt van het zoeken naar een “band” met Nederland, is het overigens boeiend de tweede uitspraak te vergelijken met de eerste: daar waar het in de eerste uitspraak een buitenlandse – Amerikaanse – werknemer betrof waarbij behoudens de buitenlandse nationaliteit van de werknemer nauwelijks nog “buitenlandse” elementen in de zaak te onderkennen waren, betrof het in de tweede uitspraak een buitenlandse – Duitse – werknemer in een casus waarbij veel meer niet-Nederlandse elementen voorhanden waren. Wel was ook in de tweede casus – evenals in de eerste – nog wel sprake van een Nederlandse werkgever, maar de band met Nederland lijkt dus in de tweede casus (al) veel

minder sterk dan in eerste. Zeker uit de tweede uitspraak zou dan ook het argument kunnen worden gehaald dat de “oprekking” als zeer breed mag worden opgevat.<sup>52</sup>

Met het aanstippen van de nationaliteit van de betrokken werknemers, kan ook een nog ander punt aan de orde komen: opmerkelijk is immers dat in beide uitspraken – ook in de Nuon-zaak waar het toch een Amerikaanse en dus niet-Europese werknemer betrof<sup>53</sup> - gewag wordt gemaakt van het vrij verkeer van personen in Europa. Het argument van vrij verkeer van personen lijkt zo – al zeker expliciet in de zaak van de Duitse werknemer<sup>54</sup> – (mede) te worden gebruikt om de werknemers toepassing van artikel 6 BBA te laten opeisen. Aandacht hierbij verdient een in de doctrine hieromtrent gemaakte opmerking: door Timmers en de Jager<sup>55</sup> werd hieromtrent al opgemerkt dat het laten opeisen van artikel 6 BBA door buitenlandse werknemers veeleer *negatief* uitwerkt op het vlak van vrij verkeer van personen, nu het voor Nederlandse werkgevers als een belemmering zou werken om buitenlandse werknemers aan te nemen; maar, zo teken ik hierbij aan, dergelijke voorstelling gaat geheel en al in tegen het principe en de ratio van de Europese vrijheid van personenverkeer en het daaraan gekoppelde non-discriminatiebeginsel:<sup>56</sup> aanhalen van het element van vrij verkeer van personen lijkt juridisch *niet* te kunnen werken op de manier die in deze doctrine wordt aangegeven; aanhalen van het element van vrij verkeer van personen lijkt integendeel juridisch louter in het voordeel te kunnen spelen van werknemers die aanspraak willen maken op toepassing van arbeidsregels in voornoemde zin.

Tenslotte nog een laatste opmerking naar aanleiding van hetgeen hiervoor werd gesteld omtrent de toepassingsmogelijkheden van artikel 6 BBA, met name de vraag op wie/in welke omstandigheden artikel 6 BBA van toepassing kan worden geacht: als men mocht aannemen dat voor toepassing van artikel 6 BBA niet langer vereist is dat de werknemer geacht wordt terug te vallen op de Nederlandse arbeidsmarkt, dan opent dit mogelijk nieuwe horizonten voor toepassing van artikel 6 BBA in situaties van *detaching*, zo moet worden onderkend. Tot nu toe werd het in de doctrine *niet* waarschijnlijk geacht artikel 6 BBA toepasselijk te achten op in Nederland gedetacheerde werknemers, precies omwille van de in Sorensen/Aramco door de Hoge Raad geformuleerde reikwijdtebepaling;<sup>57</sup> maar dergelijke belemmering voor toepassing van artikel 6 BBA zou nu, bij navolging van de recente rechtspraak, zijn komen te vervallen. Overigens, mocht men nog belemmeringen zien in het punt van toepasselijkheid van Nederlands recht als voorwaarde – voor zover men met name toepasselijkheid van Nederlands arbeidsrecht als voorwaarde zou stellen voor toepassing van artikel 6 BBA<sup>58</sup> en men het name in situaties van *detaching* naar Nederland uitgesloten mocht achten dat Nederlands recht toepasselijk zou zijn - dan moge de hieronder besproken uitspraak van de kantonrechter Venlo mede in dat licht gelezen worden: door de kantonrechter werd Nederlands recht als toepasselijk recht aangewezen in een situatie van naar Nederland uitgezonden werknemers.<sup>59</sup>

### III.B Kantonrechter Venlo: zaak FNV/De Mooij (10 augustus 2011)

In de zaak FNV/De Mooij waren Poolse werknemers door een Poolse uitzendbureau uitgezonden naar Nederland; op de arbeidsovereenkomst tussen het Poolse uitzendbureau en de werknemers was Pools recht toepasselijk verklaard. De werknemers werkten in de transportsector. Opmerkelijk was dat het Nederlandse bedrijf voor wie zij werkten en het Poolse bureau dat hen had uitgezonden geleid werden door eenzelfde (Nederlandse) persoon De Mooij – mede vandaar werd in de media over deze zaak wel gesproken als de zaak over “de Poolse uitzendconstructie.”

Een van de cruciale discussies in de procedure voor de kantonrechter<sup>60</sup>, ingesteld door FNV<sup>61</sup>, draaide rond de vraag of de CAO Beroepsgoederenvervoer 2008 in casu toepasselijk was: kon in casu door de werknemers aanspraak worden gemaakt op de door deze CAO geboden arbeidsbescherming? De kantonrechter formuleert vooreerst enkele overwegingen inzake het niet-automatisch-toepasselijk zijn van deze CAO<sup>62</sup>, maar geeft vervolgens aan: “Toepassing van de CAO op de arbeidsverhoudingen kan in de bedoelde individuele arbeidsovereenkomsten besloten liggen, hetzij doordat in het contract de CAO van toepassing wordt verklaard, hetzij omdat krachtens het EVO Nederlands recht van toepassing is. Wanneer aldus op de rechtsverhouding tussen Nico Mooij (NL) en haar Poolse chauffeurs Nederlands recht van toepassing is, dan ligt daarin weer besloten dat ook de algemeen verbindend verklaarde CAO, als behorende tot de Nederlandse rechtsregels, in beginsel op deze arbeidsverhoudingen van toepassing is.” Kortom, voor zover Nederlands recht *het op de arbeidsovereenkomst toepasselijk recht* zou uitmaken, zou de CAO Beroepsgoederenvervoer 2008 in deze redenering alsnog toepasselijk zijn.<sup>63</sup>

In casu was, zoals reeds aangegeven, een rechtskeuze gemaakt voor Pools recht. Maar indien verdedigd kon worden dat Nederlands recht het *normaaltoepasselijke* recht was, lag zodoende, bij navolging van de visie van de rechter, alsnog de weg open voor het toepassen van de CAO als dwingende bepaling van Nederlands recht. Zo werd hier uiteindelijk het EVO-verdrag als wapen in de strijd geworpen, met name de interpretatie en invulling van artikel 6 EVO-verdrag.

En wel, op basis van de argumentatie dat Nederland in casu het centrum van werkzaamheden van de werknemers uitmaakte, verklaart de rechter daadwerkelijk Nederlands recht toepasselijk. Zo besluit de rechter Venlo, zoals ook het Hof van Justitie in de zaak Koelzsch had gedaan en zoals ook als richtsnoer aangegeven was door het Hof van Justitie in de zaak Voogsgeerd, tot ruime toepassing van de a-situatie. De invulling van de a-regel vindt in deze casus bovendien plaats op een manier dat *Nederlands* recht als normaal toepasselijk recht wordt aangewezen – en daarmee, in de redenering van de rechter, de CAO als deel uitmakend van de (dwingende) bepalingen van het normaal toepasselijke recht kon worden opgeëist. De rechter klasseert de casus daarmee *niet* als een situatie die onder de b-regel zou moeten vallen. Aantekening verdient daarbij bovendien dat de rechter *niet* Polen als land van gewoontelijke tewerkstelling aanmerkt - en Nederland eventueel als een louter *tijdelijk* land van tewerkstelling -, waarbij op basis van artikel 6 lid 2 a EVO-verdrag alsnog Pools recht toepasselijk zou zijn geweest.<sup>64</sup>

Eerder kon al op Nederlandse rechtspraak worden gewezen waarbij op de arbeidsovereenkomst van werknemers van een buitenlandse onderneming die meteen in Nederland waren komen werken, Nederlands recht toepasselijk was verklaard.<sup>65</sup> Opmerkelijk is dat de rechter Venlo in casu tot deze uitspraak komt in een casus van *uitzending* van werknemers van Polen naar Nederland. Zo bekeken, zou deze uitspraak kunnen worden aangemerkt als een casus waarin, *in* een geval van uitzending c.q. detachering c.q. internationale dienstenverkeer, de rechter het arbeidsrecht van het land waar de werknemers heen worden gestuurd als normaal toepasselijk recht aanduidt – en dus *niet* terugvalt op het herkomstlandbeginsel.

Dàt er in casu sprake was van internationale uitzending van werknemers en dat de Detacheringsrichtlijn toepasselijk was, wordt door de kantonrechter expliciet overwogen. Zo stelt de kantonrechter<sup>66</sup> dat het in deze zaak door Nico Mooij (Polen) bij Nico Mooij (NL) uitgezonden oftewel gedetacheerde werknemers betreft en daarom de Detacheringsrichtlijn van toepassing is, evenals dat “minstgenomen in deze zaak sprake is van een Pools uitzendbureau dat een werknemer uitzendt naar de in Nederland gevestigde onderneming. Dat leidt tot formele en materiële toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn en de op grond daarvan gewijzigde wetten.”

Overigens lijkt de kantonrechter de toepassing van de CAO op te leggen *bovenop* de bescherming die reeds geboden wordt door de Detacheringsrichtlijn en de WAGA.

Over de vraag in hoeverre de *Detacheringsrichtlijn* in casu een rol had te spelen, is in de doctrine inmiddels wel al discussie ontstaan.<sup>67</sup> In de uitspraak zelf wordt, zoals aangegeven, de Detacheringsrichtlijn als toepasselijk aangeduid. Maar door Boonstra werd reeds geopperd dat de Detacheringsrichtlijn in casu (op het eerste zicht) *niet* toepasselijk zou kunnen worden geacht omdat de werknemers niet in Nederland werkten maar *vanuit* Nederland – hetgeen niet zou passen bij de bewoordingen als gebruikt in de Detacheringsrichtlijn; wel zou, nog steeds volgens Boonstra, op grond van het transportrecht een pleidooi voor een zekere mate van gelijkstelling van deze casus aan de situatie waarin de arbeid wel op het grondgebied van de lidstaat plaatsvindt gerechtvaardigd zijn; ook werd door Boonstra reeds opgeworpen dat, nu de rechter Nederland als centrum van werkzaamheden aanduidde en op die manier Nederlands recht toepasselijk verklaarde, de gevolgtrekking van die redenering zou moeten zijn dat er helemaal geen sprake was van detachering, maar van een puur Nederlandse arbeidsverhouding. Van Peijpe geeft aan dat het feit dat de chauffeurs in Polen woonden en dat het in Polen gevestigde uitzendbureau hen grensoverschrijdend uitleende op zich niet voldoende is voor toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn: “Er is immers geen sprake van terbeschikkingstelling in een andere lidstaat dan waar de werknemer gewoonlijk werkt (art. 2 lid 1 Detacheringsrichtlijn). De werknemers werden niet in Polen te werk gesteld, maar uitsluitend bij Mooij NL, wat in dit geval meebracht dat Nederland moest worden aangemerkt als het land waar zij “gewoonlijk” werkten.”

Wat er ook zij van de al dan niet toepasselijkheid in casu van de

Detacheringsrichtlijn<sup>68</sup>, ik teken hierbij zelf alleszins het volgende aan: mijns inziens is het belangwekkend te onderkennen dat het antwoord op de vraag of de Detacheringsrichtlijn in casu toepasselijk is *en* de vraag of in casu vrijheid van dienstenverkeer (van de Poolse onderneming) aan de orde is, een rol kan spelen bij een mogelijke discussie of toepassing van (aspecten van) Nederlands arbeidsrecht in spanning komt te staan met vrij verkeer van diensten.<sup>69</sup> De rechtspraak van het Hof van Justitie is immers gevestigd in die zin dat toepassing van het arbeidsrecht van het land waar een dienst wordt verstrekt een ongerechtvaardigde belemmering kan uitmaken van de aanspraak op vrij verkeer van diensten van de onderneming die de werknemer heeft gedetacheerd.<sup>70</sup> En uit de recente rechtspraak Viking etc. wordt bovendien in bepaalde doctrine afgeleid dat de Detacheringsrichtlijn lijkt te moeten worden toegepast als een maximum in plaats van een minimum.<sup>71</sup> Zo bekeken kan het voor werknemers belangrijk zijn te pogen vermijden terecht te komen in dergelijke discussie – want het risico rijst dan dat wat bovenop de Detacheringsrichtlijn wordt toegepast strijdig wordt bevonden met de vrijheid van dienstenverkeer. Het voorgaande kan voor werknemers een reden zijn om te betogen dat de Detacheringsrichtlijn *niét* toepasselijk is c.q. de vrijheid van dienstenverkeer *niét* aan de orde is.<sup>72</sup> Behoudens de hoger genoemde door Boonstra en van Peijpe genoemde punten, is daarbij mogelijk nog denkbaar dat werknemers in een situatie als de zaak De Mooij pogen te argumenteren rond de “vereenzelviging” van het Nederlandse en het Poolse bedrijf c.q. de vrijheid van vestiging.<sup>73</sup> Ik herinner<sup>74</sup> hier tevens aan de overwegingen in de zaak Voogsgeerd – in de zaak Voogsgeerd in een context van invulling van artikel 6 lid 2 b EVO-verdrag, met name in discussies over de aanduiding van de “werkelijke” werkgever – in verband met misbruik.

Lukt het *niét* “onderuit” te komen aan toepassing van de Detacheringsrichtlijn c.q. de vrijheid van dienstenverkeer om te vermijden dat de afdwinging van een arbeidsregel van het ontvangstland als een belemmering van het dienstenverkeer zou worden gezien, dan zal wellicht moeten worden geargumenteed in de zin dat toepassing van (aspecten van) Nederlands arbeidsrecht toch de toets van het vrij verkeer van diensten kan doorstaan. Voor wat betreft argumenten in de discussie die zo zou kunnen ontstaan, is het boeiend de zaak-Vicoplus nog even nader te bekijken: zou naar aanleiding van de zaak Vicoplus kunnen worden gesteld dat er indicaties zijn dat het Hof de Detacheringsrichtlijn (weer) als minimum en niet (meer) als maximum wil hanteren, zo rijst dan de vraag?

#### **IV Recente Europese rechtspraak in een zaak van internationale uitzendarbeit: HvJ Vicoplus (10 februari 2011)**

Zoals in de zaak FNV/De Mooij, betrof het ook in de zaak Vicoplus<sup>75</sup> een situatie van internationale *uitzending* van Poolse werknemers. In de zaak Vicoplus, ingesteld tegen de Nederlandse Minister van SZW, draaide de kwestie echter niet rond de al dan niet toepasselijkheid van een regel van arbeidsrecht, maar rond de toelaatbaarheid van een vereiste van *tewerkstellingsvergunning*. De context was bijzonder: door Nederlandse autoriteiten was een tewerkstellingsvergunning vereist in een situatie die was ontstaan ten gevolge van *overgangsmatregelen ten aanzien van de toetreding van Polen tot de*

*Europese Unie*; daarbij hadden Poolse werknemers zelf (nog) geen recht op vrij werknemersverkeer binnen Europa, maar hadden Poolse bedrijven wel al aanspraak op vrij dienstenverkeer.<sup>76</sup>

Het Hof van Justitie gaf in casu toch toelating aan Nederland tot het vereisen van een tewerkstellingsvergunning. Een argumentatie op basis van vrijheid van dienstenverkeer – als zou het vereisen van de tewerkstellingsvergunning een ongerechtvaardigde belemmering van het dienstenverkeer uitmaken – vermocht niet het vereisen van de vergunning terzijde te schuiven. De artikelen 56 VWEU en 57 VWEU verzetten er zich *niet* tegen dat een lidstaat, gedurende de overgangperiode die is voorzien, vereist dat voor de terbeschikkingstelling in de zin van artikel 1, lid 3, sub c, van de Detacheringsrichtlijn, op zijn grondgebied, van werknemers die Pools onderdaan zijn, een tewerkstellingsvergunning wordt verkregen, aldus het dictum van het Hof in de zaak Vicoplus.

Bekeken vanuit het perspectief van Poolse uitzendbureaus en Poolse werknemers kan de uitspraak Vicoplus als *negatief* worden bestempeld: zonder tewerkstellingsvergunning konden de werknemers niet aan het werk en worden zij sowieso de facto buitengesloten – de manier om “social dumping” te vermijden is hier het simpelweg buiten de markt houden van buitenlandse werknemers; maar mogelijk biedt de uitspraak Vicoplus toch ook *mogelijkheden* aan buitenlandse werknemers die pogen een betere *arbeidsbescherming* te bepleiten<sup>77</sup>, zo zou kunnen worden betoogd. Immers, er moege aan worden herinnerd dat in de zaak Rush Portuguesa<sup>78</sup> waarmee de hele thematiek op gang werd gebracht van spanning tussen afdwingen van arbeidsvoorwaarden van het gastland enerzijds, vrijheid van dienstenverkeer van de onderneming van herkomst anderzijds, het eveneens draaide om de aanvaardbaarheid van het vereisen van een tewerkstellingsvergunning. Het *verbieden* daarvan door het Hof van Justitie – op basis van de redenering dat het vereisen van een tewerkstellingsvergunning als een ongerechtvaardigde belemmering van het dienstenverkeer moest worden beschouwd – had als gevolg dat naderhand ook het afdwingen van arbeidsvoorwaarden van het ontvangstland in spanning kwam te staan met de vrijheid van dienstenverkeer; zou nu – zo rijst de vraag – die redenering als het ware bij analogie kunnen worden gevolgd c.q. als het ware kunnen worden “*teruggedraaid*” in die zin dat als nu blijkt dat een tewerkstellingsvergunning wél toegelaten wordt en kennelijk op geen c.q. minder “weerstand” stuit vanuit het vrije dienstenverkeer, dan ook gemakkelijker kan worden aanvaard dat het afdwingen van arbeidsvoorwaarden van het ontvangstland toelaatbaar wordt?<sup>79</sup> Daarbij kan dan overigens wel nog de complicatie rijzen in hoeverre belang zou moeten worden gehecht aan de omstandigheid dat in de zaak Vicoplus sprake was van een overgangsmaatregel en de zaak zich bovendien specifiek in de context van uitzendarbeid<sup>80</sup> afspeelde. Maar alleszins, zo bekeken zou de zaak-Vicoplus à la limite *positieve* consequenties kunnen inhouden voor werknemers op het vlak van honoreerbaarheid van pleidooien tot betere arbeidsbescherming.

## V Afsluitend

In de zaak Koelzsch, in de rechtspraak betreffende toepasselijkheid van het BBA en in de zaak FNV/De Mooij werd het pleidooi van betrokkenen tot honorering

van aanspraken op het vlak van arbeidsbescherming telkenmale daadwerkelijk gevolgd door de rechter. De beoogde arbeidsbescherming werd verkregen.

Wat meer is: wie op meer algemene wijze aanknopingspunten zoekt tot honorering van aanspraken van werknemers, ook op punten die tot nu toe soms als controversieel werden beschouwd, zou bij navolging van deze of gene redenering in voornoemde uitspraken (meer) argumentatiemogelijkheden kunnen vinden.

In de zaak Voogsgeerd verkreeg de werknemer niet de interpretatie van artikel 6 EVO die hij had bepleit, maar werd de werknemer in de uitspraak als het ware wel op een alternatieve weg gewezen om tot de beoogde arbeidsbescherming te komen. En het blijkt denkbaar dat de uitspraak in de zaak Vicoplus wordt gebruikt op een manier die *voordelig* is voor werknemers die meer arbeidsbescherming wensen.

Het is nog wachten op de uitspraak van de Hoge Raad in de cassatieprocedure tegen de uitspraak van het Hof Amsterdam van 27 april 2010, inzake het BBA. Het is bovendien eveneens nog wachten op het antwoord van het Hof van Justitie op de zeer recent gestelde prejudiciële over de omgang met de tenzij-clausule van artikel 6 EVO-verdrag. En mocht in een zaak als beslecht door de Kantonrechter Venlo in de uitspraak van 10 augustus 2011 – een zaak waaraan velerlei aspecten verbonden zitten - een procedure worden ingespannen bij het Hof van Justitie, dan moet ook het oordeel van het Hof in zo'n casus nog worden afgewacht.

Maar mogelijk hebben zowel het Hof van Justitie als de Nederlandse rechter in hun recente rechtspraak inmiddels wel al een voorzet gegeven tot (verdere) interpretatie van artikel 6 EVO-verdrag, artikel 7 EVO-verdrag<sup>81</sup>, de Detacheringsrichtlijn en de verwevenheid van deze ipr-bronnen met de Europese fundamentele vrijheden op een manier die *gunstig* is voor de werknemer die op zoek is naar (meer) arbeidsbescherming.

De recente uitspraken bleken zich in deze bijdrage alleszins zeer wel te lenen tot het vinden van argumenten en het aangeven van gedachtegangen die een werknemer in zijn/haar voordeel kan gebruiken. In diverse discussies kunnen die uit de rechtspraak geputte argumenten dienstbaar zijn. En anno 2012 zijn die discussiepunten talrijk. Zo kwamen doorheen deze bijdrage onder meer volgende discussiepunten aan de orde: de verhouding van artikel 6 lid 2 a EVO-verdrag tot artikel 6 lid 2 b EVO-verdrag (in het bijzonder indien de uitkomst van toepassing van artikel 6 lid 2 b EVO-verdrag voor de werknemer materieel voordelig kan zijn); de verhouding van de tenzij-bepaling van artikel 6 lid 2 EVO-verdrag tot artikel 6 lid 2 a evenals artikel 6 lid 2 b EVO-verdrag (in het bijzonder indien door toepassing van deze/gene bepaling van artikel 6 lid 2 EVO-verdrag een voor de werknemer materieel voordelige uitkomst kan worden bereikt of nog, “misbruik” door een werkgever kan worden vermeden); de verhouding van artikel 6 lid 2 EVO-verdrag tot artikel 6 lid 1 EVO-verdrag (in het bijzonder indien de bepalingen van het gekozen recht voor de werknemer voordeliger zijn dan de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht); de toepasselijkheid van artikel 6 BBA (zowel in situaties waar een



Europese fundamentele vrijheid aan de orde kan zijn als in situaties waar dit niet het geval is); de mogelijkheden tot toepassing van (aspecten) van het arbeidsrecht van het ontvangstland in geval van detachering c.q. vrij verkeer van diensten (in het bijzonder in verhouding tot de Europese fundamentele vrijheid van dienstenverkeer).

Meerdere van deze discussies blijken overigens over en weer in elkaar in te grijpen. Uitkomsten van de ene discussie c.q. argumenten gebruikt ter beslechting van het ene discussiepunt vertonen bovendien “uitlopers” bij de beslechting van een ander discussiepunt. Zo is in deze bijdrage dan ook gepoogd de uitspraken en de discussiepunten die naar aanleiding daarvan kwamen bloot te liggen, in hun onderlinge samenhang te beschouwen.

Zowel elk op zich beschouwd als bekeken in hun onderlinge samenhang, blijken uiteindelijk alle behandelde uitspraken (nieuwe) argumentatiemogelijkheden te bieden aan werknemers die pogen (meer) arbeidsbescherming op te eisen.

Deze bijdrage werd afgesloten op 23 februari 2012. Op 24 februari 2012 heeft de Hoge Raad zich uitgesproken in de Nuon-zaak (HR 24 februari 2012, LJN BU8512); naar verluidt loopt nog een cassatieprocedure tegen het arrest van het Hof Arnhem (Hof Arnhem, 12 juli 2011, LJN BR3312), eveneens inzake toepasselijkheid van het BBA.

## Noten

**1** HvJ Koelzsch 15 maart 2011, C-29/10, *JAR* 2011, 114; *NJ* 2011/246, noot M.V. Polak.

**2** HvJ Voogsgeerd, 15 december 2011, C-384/10.

**3** Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, ter ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980 (PB L 266, blz. 1). Zowel de zaak Koelzsch als de zaak Voogsgeerd betroffen vragen omtrent arbeidsovereenkomsten die nog voor 17 december 2009 waren gesloten; vandaar kon in deze zaken (nog) geen sprake zijn van toepassing van de Rome I verordening (Verordening (EG) No. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), Pb. EU 2008, L177/6).

**4** Hof Amsterdam 27 april 2010, *LJN* BM9544, *JAR* 2010, 160 en *RAR* 2010, 139 (de zogenaamde “Nuon-zaak”). Tegen deze uitspraak loopt momenteel cassatie-beroep.

**5** Kantonrechter Eindhoven (Rb. ’s Hertogenbosch) 28 oktober 2010, 28 oktober 2010, *LJN* BO5346, *JAR* 2011, 1 en *RAR* 2011, 36.

**6** Kantonrechter Venlo (Rb. Roermond) 10 augustus 2011, *JAR* 2011/234, noot E.J.A. Franssen.

**7** HvJ Vicoplus, 10 februari 2011, gevoegde zaken C-307/09-309/09.

**8** In deze thematiek lijkt het dan te kunnen gaan om: vrijheid van dienstenverkeer, vrijheid van personenverkeer en vrijheid van vestiging. Ook moge gewezen worden op het non-discriminatiebeginsel.

**9** Richtlijn 91/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, PB L018, p. 1-6, 21 januari 1997 (“Detacheringsrichtlijn”), voor Nederland uitgewerkt in de Wet Arbeidsvoorwaarden Grensoverschrijdende Arbeid (“WAGA”).

**10** Zie bv. omtrent discussies rond de zaak De Mooij, infra voetnoot 67.

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

**12** Zie hierover o.a. H. Verschueren en M.S. Houwerzijl (red.), *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen*, Deventer: Kluwer 2009 evenals V. Van Den Eeckhout, ‘Internationaal arbeidsrecht gemengd tussen Europese fundamentele vrijheden’, *TRA* afl. 4 2009, p. 5-10, in uitgebreide versie: 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 ipr-perspectief bij de uitspraken Viking, Laval, Rüffert en C./Luxemburg’ (34 p.) rapport WP FR 26, on-line te raadplegen via <http://refgov.cpd.r.ucl.ac.be/?go=publications&dc=7f4781d1d22e6a4af60e13b7b0edb2d153d6fcbf>

**13** A.A. van Hoek, ‘Heiko Koelzsch tegen Groothertogdom Luxemburg’, *ArsAequi* 2011, september, p. 650-658, 658.

**14** Meer bepaald de “Nuon-zaak”, zie supra voetnoot 4.

**15** C.B.G. Derks, ‘Toepasselijk recht: hoe gewoon is de gewone werkplek in de internationale arbeidsverhouding’, *Arbeidsrecht* 2011/45, p. 8-11.

**16** Bericht op site waarnaar gekoppeld op [www.recht.nl](http://www.recht.nl) (bericht geplaatst d.d. 8 augustus 2010, zelf onder de titel “Betere ontslagbescherming voor expats?”).

**17** HvJ Koelzsch 15 maart 2011, C-29/10, *JAR* 2011, 114; *NJ* 2011/246, noot M.V. Polak. Over deze uitspraak, zie A.A. van Hoek, ‘Heiko Koelzsch tegen Groothertogdom Luxemburg’, *ArsAequi* 2011, p. 656-657 en S.F.G. Rammeloo, ‘Grensoverschrijdende arbeid. Favor laboratoris, Statutenwiel en eenvormige interpretatie van Europees IPR’, in *Strikwerda’s conclusies. Opstellen aangeboden aan Mr. L. Strikwerda*, Deventer: Kluwer 2011, p. 395-410.

**18** De zaak Koelzsch is de tweede uitspraak van het Hof over het EVO-verdrag maar de eerste inzake artikel 6 EVO-verdrag; over de eerste uitspraak van het Hof over het EVO-verdrag (de zaak Intercontainer) en de eventuele betekenis daarvan voor het internationaal arbeidsrecht, zie nog infra, bij voetnoot 27.

**19** Cfr. artikel 3 EVO-verdrag.

**20** Het dictum luidde als volgt: “Artikel 6, lid 2, sub a, van het Verdrag (...) moet aldus worden uitgelegd dat in het geval waarin de werknemer zijn werkzaamheden in meer dan één verdragsluitende staat verricht, het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht in de zin van deze bepaling, dat is waar of van waaruit de werknemer, rekening houdende met alle elementen die deze werkzaamheid kenmerken, het belangrijkste deel van zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervult.”

**21** Ten aanzien van de EEX-verordening (de opvolger van het EEX-verdrag) loopt momenteel een proces van herschikking, waarbij mogelijk ook wijzigingen op het vlak van procesrechtelijke regels inzake arbeidsovereenkomsten zullen worden doorgevoerd. Zie hierover o.a. J.H. Even, ‘Rechtsmacht en toepasselijk recht bij internationale arbeidsverhoudingen’, *Arbeidsrecht* 2010/49, p. 9-16.

**22** Over de vraag of hier in plaats van over dwingende bepalingen kon worden gesproken *overvoorrangsregels*, zie van A.A. van Hoek, ‘Heiko Koelzsch tegen Groothertogdom Luxemburg’, *ArsAequi* 2011.

**23** Hof Den Bosch 10 april 2007, *NIPR* 2007, 292, *LJN* BB2826.

**24** A.A. van Hoek, ‘Heiko Koelzsch tegen Groothertogdom Luxemburg’, *ArsAequi* 2011, p. 656-657.

**25** S.F.G. Rammeloo, ‘Grensoverschrijdende arbeid. Favor laboratoris, Statutenwiel en eenvormige interpretatie van Europees IPR’, in ‘*Strikwerda’s conclusies. Opstellen aangeboden aan Mr. L. Strikwerda*’, Deventer: Kluwer 2011, p. 395-410 (met name p. 405-406 waar hij verwijst naar r.o. 46)

**26** “(...) Zoals voorts punt 23 van de considerans van deze verordening vermeldt, moet de uitlegging van deze bepaling worden ingegeven door de beginselen van favor laboratoris, want de zwakkere partijen moeten worden beschermd “door collisieregels die gunstiger zijn”. Zie overigens ook r.o. 42: “Aangezien de doelstelling van artikel 6 van het verdrag van Rome van 1980 een passende bescherming van de werknemer is, volgt daaruit dat deze bepaling moet worden opgevat als een waarborg dat eerder het recht van de staat waarin hij zijn beroepsactiviteiten verricht, van toepassing is dan dat van de staat van de zetel van de werkgever. De werknemer oefent zijn economische en sociale functie immers in eerstgenoemde staat uit en, zoals de advocaat-generaal in punt 50 van haar conclusie heeft beklemtoond, zijn arbeid ondergaat ook in die staat de invloed van het politieke en het bedrijfsklimaat. Bijgevolg moet de eerbiediging van de in het recht van dat land geldende voorschriften ter bescherming van de arbeid zo veel mogelijk worden gewaarborgd.” Punt 50 van de conclusie – waarnaar hier wordt verwezen – luidt: “Artikel 6 van het Verdrag van Rome heeft tot doel de werknemer te beschermen, aangezien hij de sociaal en economisch zwakste contractpartij is. Deze bescherming wordt nagestreefd door op de overeenkomst het recht toe te passen van het land waarmee de overeenkomst de nauwste band heeft. In de rechtsliteratuur wordt gesteld dat als de werknemer zijn arbeid in een bepaald land verricht hij wordt beïnvloed door het politieke en het bedrijfsklimaat die dit land kenmerkt, zodat hem de

bescherming moet worden gewaarborgd die de wetgever van dat land met het oog op deze omstandigheden heeft gecreëerd. Het verdrag van Rome neemt in dit opzicht dus duidelijk het beginsel favor laboratoris over. Daarom is het redelijk artikel 6, lid 2, sub a, van het verdrag ruim uit te leggen, opdat het doel de werknemer als zwakste contractpartij te beschermen eenvoudiger zou kunnen worden verwezenlijkt.”

**27** V. Van Den Eeckhout, ‘Navigeren door artikel 6 EVO-verdrag c.q. artikel 8 Rome I-Verordening: 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)’, *ArbeidsrechtelijkeAnnotaties* 2010-9, p. 49-64 (waarin ik nader inga op overwegingen inzake begunstiging van de werknemer bij toepassing van de tenzij-clausule, evenals op mogelijke overwegingen aangaande stimuleren van vrij verkeer van diensten/stimuleren van vrij verkeer van personen/respect voor het non-discriminatiebeginsel). Er moge op worden gewezen dat wel in artikel 6 EVO-verdrag, maar *niet* in artikel 5 EVO-verdrag (waar het gaat om de consument – als zwakke partij – beschermende regels) dergelijke “tenzij-clausule” is opgenomen (vergelijk overigens de verwijzingsregels van de Rome I verordening inzake verzekeringsovereenkomsten, consumentenovereenkomsten en arbeidsovereenkomsten).

**28** Zie hierover V. Van Den Eeckhout, ‘Navigeren door artikel 6 EVO-verdrag c.q. artikel 8 Rome I-Verordening: 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)’, *ArbeidsrechtelijkeAnnotaties* 2010-9, p. 49-64 en naderhand ook M.V. Polak in zijn noot bij Koelzsch (*NJ* 2011/246).

**29** HR 3 februari 2012, *LJN* BS8791.

**30** “Dient het bepaalde in artikel 6 lid 2 EVO aldus te worden uitgelegd, dat indien een werknemer de arbeid ter uitvoering van de overeenkomst niet alleen gewoonlijk maar ook langdurig en zonder onderbreking verricht in hetzelfde land, in alle gevallen het recht dient te worden toegepast van dat land, ook al wijzen alle overige omstandigheden op een nauwe verbondenheid van de arbeidsovereenkomst met een ander land?” aldus de Hoge Raad.

**31** V. Van Den Eeckhout, ‘Navigeren door artikel 6 EVO-verdrag c.q. artikel 8 Rome I-Verordening: 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)’, *ArbeidsrechtelijkeAnnotaties* 2010-9, p. 49-64. Zie ook al supra voetnoot 27 mijn verwijzing naar deze bijdrage, waarin ik een analyse maakte van bekommernissen die kunnen spelen bij toepassing van de tenzij-clausule, inclusief bekommernissen inzake stimuleren van vrij verkeer van diensten/stimuleren van vrij verkeer van personen/respect voor het non-discriminatiebeginsel. Zo zou hier een mogelijke manier van betrekken van overwegingen inzake vrij verkeer en non-discriminatie in het internationaal arbeidsrecht kunnen worden geduid, met name langsheen de *invulling van de*

*verwijzingsregel* waar die verwijzingsregel enige marge biedt; een *andere* – tweede – manier van zich laten kennen van impact van overwegingen inzake vrij verkeer en non-discriminatie zou kunnen worden geduid in de fase van *toetsing van het resultaat van toepassing van de verwijzingsregel* – zie nog verder (o.a. bij voetnoot 69) over de kwestie van conformiteit van het resultaat van toepassing van artikel 6 c.q. artikel 7 EVO-verdrag met Europese regels inzake vrij verkeer en non-discriminatie.

**32** A.A.H. Van Hoek, ‘Heiko Koelzsch tegen Groothertogdom Luxemburg’, *ArsAequi* 2011, p. 654: “In de discussie over het vrije verkeer binnen de EU wordt er vaak – expliciet of impliciet – vanuit gegaan dat op de arbeidsovereenkomst van werknemers van internationaal actieve bedrijven in beginsel het recht van het land van vestiging van de werkgever van toepassing is (het zogenaamde herkomstlandbeginsel). Deze uitspraak geeft hierop een belangrijke correctie: het Hof bepaalt hier immers dat ook bij een bij uitstek mobiele bedrijfstak als het internationaal wegtransport allereerst moet worden gekeken of er niet een land is aan te wijzen waar of van waaruit de werkzaamheden feitelijk worden verricht”, aldus van Hoek.

**33** HvJ Voogtsgeerd, 15 december 2011, C-384/10.

**34** In *Luxemburgs* recht was een *vervaltermijn* voor schadevergoeding wegens onrechtmatig ontslag opgenomen.

**35** Zie de overweging in de uitspraak (nr. 31) “Ofschoon de vragen in het onderhavige geval betrekking hebben op artikel 6, lid 2, sub b, van het Verdrag van Rome, dient met de advocaat-generaal in punt 60 van haar conclusie en met de Belgische regering en de Europese Commissie in hun opmerkingen te worden vastgesteld dat de elementen die de in het hoofdgeding aan de orde zijnde arbeidsbetrekking kenmerken en door de verwijzende rechter worden genoemd als grond voor zijn verzoek om een prejudiciële beslissing, meer overeenstemming lijken te vertonen met de sub a dan met de sub b van lid 2 van artikel 6 van het Verdrag van Rome geformuleerde criteria.”

**36** Conclusie van advocaat-generaal V. Trstenjak d.d. 8 september 2011. Zie met name nr. 60 van deze conclusie (zoals ook aangehaald in het arrest, zie al supra voetnoot 35).

**37** Conclusie nr. 70 e.v. evenals nr. 73 e.v.

**38** Zie ook Hof r.o. 49 “Slechts ingeval op grond van elementen betreffende de procedure van indienstneming kan worden vastgesteld dat de onderneming die de arbeidsovereenkomst heeft gesloten in werkelijkheid in naam en voor rekening van een andere onderneming heeft gehandeld, kan de verwijzende rechter oordelen dat het aanknopingscriterium van artikel 6, lid 2, sub b, van het Verdrag van Rome verwijst naar het recht van het land waar zich de vestiging van laatstgenoemde vestiging bevindt” en r.o. nr. 65: “Mitsdien moet op de vierde vraag worden geantwoord dat artikel 6, lid 2, sub b, van het Verdrag van Rome aldus moet worden uitgelegd dat de vestiging van een andere onderneming dan die welke formeel als werkgever wordt genoemd, waarmee de

laatstgenoemde onderneming banden heeft, als “vestiging” kan worden aangemerkt indien er aan de hand van objectieve elementen kan worden aangetoond dat de werkelijke situatie verschilt van die welke blijkt uit de bewoordingen van de overeenkomst, zelfs indien het werkgeversgezag niet formeel aan die andere onderneming is overgedragen.”

**39** Conclusie nr. 48 e.v. Zie bv. de overweging in nr. 48: “Wanneer het overeengekomen dwingend recht geen beschermende bepalingen van dwingend recht bevat of minder bescherming biedt dan het volgens artikel 6, lid 2, van het Verdrag van Rome beslissende recht, zijn op de werknemer de gunstigere bepalingen van dwingend recht van laatstgenoemde rechtsorde van toepassing”. En “Indien het door de partijen gekozen recht de werknemer (echter) evenveel of veel meer bescherming biedt dan het volgens artikel 6, lid 2, van het Verdrag van Rome beslissende recht, blijft het overeengekomen recht van toepassing.”

**40** Omtrent deze discussie c.q. controverse, zie o.a. L. Strikwerda, *‘Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht’*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 175. Zie hierover ook A.A.H. Van Hoek, *‘Tekst & Commentaar Arbeidsrecht’*, aantekening bij art. 6 EVO-verdrag en art. 8 Rome I-verordening evenals X.E. Kramer en L.M. van Bochove, *‘Opgelegde bescherming in het Europees internationaal privaatrecht’*, in F.G.M. Smeele en M.A. Verbrugh (reds.), *“Opgelegde bescherming” in het bedrijfsrecht’*, Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 20-32.

**41** Artikel 6 BBA houdt een regeling in betreffende het vereisen van een ontslagvergunning (van het UWV Werkbedrijf) zonder welk het ontslag nietig is.

**42** HR 23 oktober 1987 (Sorensen/Aramco), *NJ* 1988, 842. Zie ook, in eenzelfde lijn, uitspraken als HR 5 juni 1953, *NJ* 1953, 613 (Melchers) en HR 8 januari 1971, 129 (Mackay I).

**43** Zie A.A.H. van Hoek, *‘Tekst&CommentaarArbeidsrecht’*.

**44** Hof Amsterdam 27 april 2010, *LJN* BM9544, *JAR* 2010, 160 en *RAR* 2010, 139 (de zogenaamde “Nuon-zaak”). Over de toepasselijkheid van artikel 6 BBA, zie ook nog recent Hof Arnhem 12 juli 2011, *LJN* BR3312 evenals Hof ’s Hertogenbosch 27 september 2011, *LJN* BT2869.

**45** Kantonrechter Eindhoven (Rb. ’s Hertogenbosch) 28 oktober 2010, 28 oktober 2010, *LJN* BO5346, *JAR* 2011, 1 en *RAR* 2011, 36.

**46** Voor een bespreking van de mogelijke impact van deze rechtspraak op “voorrangsregels” *buiten* het contractenrecht, zie V. Van Den Eeckhout, “The liability of European parent companies. Some recent developments in European and Dutch International Law”, Paper d.d. 1 October 2010, on-line te raadplegen via [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1685476](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1685476)

**47** Supra voetnoot 4.

**48** Zie C.B.G. Derks, ‘Het BBA na de Nuon-uitspraak: van “schoolvoorbeeld”

voorrangsregel naar “gewoon” dwingend recht?’, *Arbeidsrecht* 2011/8; N. Jansen, ‘BBA geen voorrangsregel meer’, *Juridischupodate* 2011, afl. 5, 12-15 en, kort, J.H. Even, ‘Rechtsmacht en toepasselijk recht bij internationale arbeidsverhoudingen’, *Arbeidsrecht* 2010/49, p. 9-16 (onder punt 2.2.4). Zie ook, zich bevragend of artikel 6 BBA nog steeds als een voorrangsregel kan worden beschouwd, K.W.G. Timmers en M.A. de Jager, ‘De toepasselijkheid van het BBA op internationale arbeidsverhoudingen’, *TijdschriftArbeidspraktijk* 2010, p. 318-323 (met name p. 322).

**49** Supra, voetnoot 40.

**50** Daarbij mogelijk tegelijk ook steunend op de visie dat sowieso de meer voordelige bepalingen van het gekozen recht mogen worden toegepast (cfr. hierover al supra, voetnoot 49 en 40).

**51** Cfr. de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Arblade (23 november 1999, C-369/96 en C-376/96), waarop artikel 9 Rome I verordening is geïnspireerd.

**52** Zie overigens kritisch over de toepassing van het BBA in de tweede uitspraak, N. Jansen, ‘BBA geen voorrangsregel meer’, *Juridisch up todate* 2011, afl. 5, 12-15

**53** Door het Hof Amsterdam wordt gewag gemaakt van “het mede door Nederland onderschreven sterk toegenomen belang van de Europese Unie en het vrij verkeer van werknemers” – dit dus in een casus waarbij een *Amerikaanse* werknemer is betrokken. Door het Hof Amsterdam lijkt het punt van Europees vrij verkeer van personen vooral als *steunargument* te worden gebruikt ter onderbouwing van een algemene relativering van het streefdoel van bescherming van (alleen) de Nederlandse arbeidsmarkt. Cfr. ook de bewoordingen van het Hof (in overweging 5.11. van de uitspraak) dat “voor zover het BBA mede de bescherming van de Nederlandse arbeidsmarkt ten doel had, dat doel inmiddels *verregaanderrelativering* verdient. Zoals in de literatuur eerder is opgemerkt (vgl. Even en Van Kampen, *ArA* 2004/1, p. 57) is het, *ook* bezien tegen de achtergrond van het mede door Nederland onderschreven sterk toegenomen belang van de Europese Unie en het vrij verkeer van werknemers daarbinnen, achterhaald om nog te spreken over de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt. Veeleer moet worden aangenomen dat thans het BBA een aan de werknemer toekomende vorm van bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag biedt, en dat dat doel de nadruk verdient” (cursivering *vvde*).

**54** Door de Kantonrechter wordt overwogen “Daar komt bij dat (eiser) als burger van de Europese Unie recht heeft op een gelijke behandeling met Nederlandse burgers die wel onder de bescherming van het BBA vallen. Het zou in strijd zijn met het non-discriminatiebeginsel indien hij die bescherming niet zou krijgen.”

**55** K.W.G. Timmers en M.A. de Jager, ‘De toepasselijkheid van het BBA op internationale arbeidsverhoudingen’, *TijdschriftArbeidspraktijk* 2010, p. 318-

323 (zie met name p. 322-323).

**56** Zie in deze context bv. de zaak Finalarte (HvJ 25 oktober 2001, gevoegde zaken C-49/98 e.a.) waarin een werkgever had betoogd dat hij op grond van het vrij verkeer van werknemers zou moeten beroep kunnen doen op toepassing van arbeidsregels van het land van herkomst – het mogen vasthouden aan de “lagere” voorwaarden van het land van herkomst zou de concurrentiepositie van zijn werknemers in het ontvangstland bevorderen – en de repliek daarop door het Hof van Justitie. Zie hierover ook V. Van Den Eeckhout, ‘Internationaal arbeidsrecht gemangeld’ (lange versie), p. 31-32. Over discussies wie onder welke omstandigheden de vrijheid van personenverkeer c.q. non-discriminatie mag invoeren, zie (ook) H. Verschueren, ‘Toepasselijk arbeidsrecht in grensoverschrijdende situaties: overzicht en knelpunten van Europese rechtsregels en rechtspraak’ in M.S. Houwerzijl en H. Verschueren, *‘Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen’*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1-53.

**57** Zie M.S. Houwerzijl, *‘Dedetacheringsrichtlijn’*, Deventer: Kluwer 2005, p. 162, noot 15 (met verwijzing naar de uitspraak Sorensen/Aramco).

**58** Cfr. wat hierboven is weergegeven op het punt van visies als zou artikel 6 BBA een dwingende bepaling van Nederlands recht uitmaken of nog, op het punt van “nauwe band” met Nederland.

**59** En zie ook al supra (bij voetnoot 32), de opmerkingen van Van Hoek over de uitspraak Koelzsch bekeken vanuit het oogpunt van vrijheid van dienstenverkeer.

**60** Kantonrechter Venlo 10 augustus 2011, *JAR* 2011/234, noot E.J.A. Franssen.

**61** Over de kwestie *tegen* wie de vordering in casu was ingesteld, zie reeds (kritisch) E.J.A. Franssen in haar noot bij de uitspraak in *JAR* evenals E.J.A. Franssen, ‘De zaak Mooy: een mooie gelegenheid voor een beschouwing over grensoverschrijdend arbeidsrecht’, *Arbeidsrecht* 2012/2.

**62** Zie de overwegingen inzake het werkingsgebied van de CAO zoals bepaald in artikel 2 van de CAO. Over dit artikel 2, zie kort M.S. Houwerzijl en A.A.H. van Hoek, *‘Comparative study on the Legal Aspects of the Posting of Workers in the Framework of the Provision of Services in the European Union’*, 21 March 2011, Nijmegen, Raboud University Nijmegen 2011 (on-line 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>), p. 163 (noot 31 e.v.) en de overwegingen dat de algemeen verbindendverklaring van de CAO, als daad van materiële wetgeving, “in beginsel geen werking (heeft) in het buitenland.”

**63** De kantonrechter volgt hier eenzelfde redenering als het Hof ’s-Hertogenbosch in de uitspraak van 20 september 2004 (*JAR* 2006/48), zie met name overwegingen nrs. 4.3.6. en 4.3.7. van die uitspraak. In die zaak was géén sprake van uitzendarbeid/enige andere vorm van internationale detachering. Zie overigens bv. ook kantonrechter ’s Hertogenbosch 11 december 2003, *JAR* 2004,



105, inzake de toepasselijkheid van een Nederlandse CAO, voortbouwend op de toepasselijkheid van Nederlands arbeidsrecht op basis van de *b-situatie* van artikel 6 lid 2 b EVO-verdrag. Zo blijkt hoe onder omstandigheden de toepasselijkheid van Nederlandse cao's wordt gekoppeld aan de toepasselijk verklaring van Nederlands arbeidsrecht op basis van artikel 6 EVO-verdrag – hoezeer dus de uitkomst van artikel 6 EVO-verdrag onder omstandigheden richtinggevend kan zijn voor de al dan niet toepasselijkverklaring van een Nederlandse CAO. Over cao's en toepasselijk arbeidsrecht, zie recent meer in N. Jansen, 'Cao en de internationale arbeidsovereenkomst', *Juridischvptodate* 2012, afl. 3, p. 17-19.

**64** In de hoger vermelde (zie voetnoot 63) zaak van 20 september 2004 was het Hof niét overgegaan tot aanduiding van *Nederland* als centrum der werkzaamheden - ook al werd ook in die uitspraak gewezen op een ruime interpretatie van dit begrip, dit in navolging van rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het EEX; inmiddels heeft deze rechtspraak dus navolging gekregen inzake het EVO-verdrag zelf, zie de zaak Koelzsch.

**65** Zie de uitspraak van de rechter Zwolle in Kortgeding, 23 september 1997, *NIPR* 2000, afl. 3, nr. 199. In casu hadden de Italiaanse werknemers nooit anders dan in Nederland voor hun Italiaanse onderneming gewerkt; na afloop zouden ze naar Italië terugkeren. Er was een rechtskeuze gemaakt voor Italiaans recht. De Nederlandse rechter achtte zich bevoegd en verklaarde Nederlands recht normaal toepasselijk als "lex loci labori" en verklaarde de dwingende bepalingen ervan toepasselijk. Zie over deze uitspraak al V. Van Den Eeckhout, 'Internationaal arbeidsrecht gemangeld' (lange versie), p. 19, voetnoot 60.

**66** Zie nr. 5.15 en 5.16.4.

**67** Zie K. Boonstra, 'AVV-cao ook van toepassing op Poolse als uitzendkracht gedetacheerde vrachtwagenchauffeurs wiens werkzaamheden voor een flink deel buiten Nederland liggen, Annotatie bij Rb. Roermond, sector Kanton Venlo 10 augustus 2011, nr. 282246/CVE. Afl. nr. 11, 2011, nr. 95', *TRA* 2011/95, afl. 11, onder "Actueel Europees" en de reactie daarop door T. van Peijpe in *TRA* 2012/16, afl.2.

**68** Over meerdere van bovengenoemde punten (met name de kwestie van aanduiding van een welbepaald land als land van gewoonlijke tewerkstelling, de kwestie van toepasselijkverklaring van het recht van een welbepaald land etc. en de verhouding daarvan tot de al dan niet toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn én de vrijheid van dienstenverkeer), zie V. Van Den Eeckhout, 'Internationaal arbeidsrecht gemangeld' (lange versie), o.a. de passages betreffende het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn en de passages betreffende de vraag of het vallen binnen het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn automatisch ook impliceert dat men valt binnen het vrij dienstenverkeer en wat de implicaties daarvan zijn voor het ipr. Een zaak als de zaak FNV/de Mooij zou voor de ontleding van dergelijke kwesties een interessant juridisch kluitje voor het Hof kunnen vormen.

**69** Zo duikt hier de tweede manier (cfr. supra, voetnoot 31, over de eerste

manier) op waarop een Europese fundamentele vrijheid impact zou kunnen hebben op de toepassing van een ipr-regel – met name door controle op het resultaat van toepassing van de ipr-regel. In de zaak zelf wordt deze kwestie niét opgeworpen.

**70** Cfr. ook M.S. Houwerzijl en M. Kullmann: ‘Werknemersmobiliteit binnen de EU’, *Arbeidsrecht* 2010, 52 waar het als volgt wordt verwoord: “In de rechtspraak over het vrij verrichten van diensten wordt de toepassing van het arbeidsrecht van het ontvangstland als een mogelijke belemmering gezien.”

**71** Zie hierover al supra, bij voetnoot 12, en de gemaakte verwijzingen en besprekingen in de in voetnoot 12 genoemde literatuur.

**72** Zie hierover al V. Van Den Eeckhout, ‘Internationaal arbeidsrecht gemengeld’ (lange versie).

**73** Over de vrijheid van vestiging in deze problematiek, zie nog recent de door van Hoek gemaakte opmerkingen in A.A. van Hoek, ‘Heiko Koelzsch tegen Groothertogdom Luxemburg’, *ArsAequi* 2011, september, p. 650-558, p. 653-654 (met name over het “uitvlaggen” van ondernemingen). Door de kantonrechter Venlo wordt het punt van vereenzelviging geraakt – op een volgens Franssen (noot E.J.A. Franssen bij Kantonrechter Venlo 10 augustus 2011, JAR 2011/234) inconsistente manier. Het principe van vrijheid van vestiging wordt onbesproken gelaten. Hoger (supra, voetnoot 69) was al gemeld dat het principe van de vrijheid van dienstenverkeer door de kantonrechter eveneens onbesproken wordt gelaten. Opmerkelijk is wel nog volgende opmerking van de kantonrechter, geformuleerd naar aanleiding van de kwestie van vereenzelviging, (met name onder nr. 5.14), waar met name de vrijheid van werknemersverkeer even wordt aangestipt, maar vervolgens kennelijk wordt uitgesloten onder het motto dat het Nederlandse bedrijf niet kan worden gezien als materiële én formele werkgever: “In de tewerkstelling van buitenlandse werknemers voorziet Verordening (EEG) 1612/68 van 25 oktober 1968 betreffende het vrij verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap. Deze Verordening ziet niet op de Poolse werknemers omdat deze niet in dienst zijn bij Nico Mooij (NL). Weliswaar is er vereenzelviging tussen Nico Mooij (NL) en Nico Mooij (Polen), maar deze strekt bij gebreke van voldoende daartoe gestelde redengevende feiten niet zo ver dat Nico Mooij (NL) moet worden gezien als materiële én formele werkgever.” Over het punt van het eisen stellen aan de vestigingsplaats van de werkgever opdat de vrijheid van werknemersverkeer kan worden ingeroepen en mogelijke discussies hieromtrent, zie H. Verschueren, ‘Toepasselijk arbeidsrecht in grensoverschrijdende situaties: overzicht en knelpunten van Europese rechtsregels en rechtspraak’ in M.S. Houwerzijl en H. Verschueren, *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1-53. Had de kantonrechter de vrijheid van personenverkeer wél als toepasselijk aangemerkt, dan had de vrijheid van personenverkeer en het daaraan gekoppelde non-discriminatiebeginsel mogelijk nog tot interessante overwegingen kunnen leiden op het vlak van opeisbaarheid van (aspecten van) Nederlands arbeidsrecht vanuit dit oogpunt beschouwd. Ook op dit punt (cfr. ook al supra voetnoot 68) kan een zaak als FNV/de Mooij voor het Hof van Justitie een sappig juridisch kluijfe vormen. Over de verhouding van het

personenverkeer tot het dienstenverkeer, zie overigens nog V. Van Den Eeckhout, ‘Internationaal arbeidsrecht gemengd’ (lange versie). Zie overigens ook de door van Peijpe (T. van Peijpe in *TRA* 2012/16, afl. 2) in zijn reactie gemaakte opmerking inzake het “toetreden tot de arbeidsmarkt” van de werknemers in situaties van uitzendarbeid – met ook verwijzing naar de uitspraak Vicoplus, waarover meteen meer.

**74** Supra, hoofdstuk II.B.

**75** HvJ Vicoplus. 10 februari 2011, gevoegde zaken C-307/09-309/09. Over Vicoplus, zie Zie 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* oktober 2011, nr. 8, p. 259-265.

**76** Bij de toetreding van Polen in 2004 was in de Toetredingsakte bepaald dat er een tijdelijke uitzondering werd gemaakt voor het vrij verkeer van werknemers. Hierdoor bleef het mogelijk voor de toenmalige lidstaten om hun nationale regels, waaronder de vergunningsplicht, toe te passen op Poolse onderdanen (tot vijf jaar na de toetreding in geval van ernstige verstoring van de arbeidsmarkt).

**77** En het à la limite op dié manier helpen bewerkstelligen dat geen situatie van social dumping ontstaat c.q. dat lokale *en* mobiele werknemers beschermd worden, zo zou kunnen worden geredeneerd.

**78** HvJ Rush Portuguesa, 27 maart 1990, C-113/89. In deze zaak konden de - Portugese - werknemers zich, evenmin als de Poolse werknemers in de zaak Vicoplus, beroepen op vrij werknemersverkeer, dit eveneens ten gevolge van overgangsmaatregelen.

**79** De redenering zou dan mogelijk ook die kant uit kunnen worden gevolgd. Dergelijke redenering zou dan (mede) de achterliggende, onderbouwende, redenering kunnen vormen van de opwerping door Houwerzijl (Zie 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* oktober 2011, nr. 8, p. 259-265), p. 265 “dat de uitspraak Vicoplus consequenties heeft voor de ook qua voordien al lastig te legitimeren ongelijke behandeling qua arbeidsvoorwaarden van via een buitenlands uitzendbureau en via een binnenlands uitzendbureau ter beschikking gestelde uitzendkrachten,” mogelijk zelfs verdergaand dan in de optiek van Houwerzijl want ook buiten de problematiek van uitzendarbeid om. Denkbaar is nog dat ook het argument van vrij werknemersverkeer hier – in bepaalde gevallen - een rol bij komt spelen; in deze context moge ook herinnerd worden (cfr. al supra, voetnoot 73) aan de opmerking van van Peijpe bij de zaak FNV/De Mooij inzake “toetreding tot de arbeidsmarkt”, onder verwijzing naar de zaak Vicoplus.

**80** Overigens wijst Houwerzijl (Zie 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* oktober 2011, nr. 8, p. 259-265) specifiek voor wat betreft uitzendarbeid nog wel op de mogelijkheid die door de Detacheringsrichtlijn zelf geboden wordt, met name in artikel 3 lid 9 van

de Detacheringsrichtlijn.

**81** En de overeenkomstige artikelen 8 en 9 van de Rome I verordening.

---

© Boom Juridische uitgevers





