

**INT-AR Paper 6 - Toepasselijk arbeidsrecht bij langdurige detachering volgens het
wijzigingsvoorstel voor de Detacheringsrichtlijn
Enkele beschouwingen vanuit ipr-perspectief - Veerle Van Den Eeckhout (UA)**

Inleiding

Op 8 maart 2016 heeft de Europese Commissie een voorstel tot aanpassing van de Detacheringsrichtlijn naar buiten gebracht.¹ In het bijbehorende persbericht wordt gesteld ‘Met deze herziening (...) doet zij het beginsel ingang vinden dat hetzelfde werk op dezelfde plaats op dezelfde manier moet worden bezoldigd.’ Doel van het voorstel is ‘de detachering van werknemers te vergemakkelijken in een klimaat van eerlijke mededinging waarbij de rechten van gedetacheerde werknemers worden geëerbiedigd.’ Om deze doelstelling te realiseren, worden enkele hervormingen voorgesteld. Een ervan betreft de situatie van detachering die langer duurt dan 24 maanden. De bedoeling is, in geval van detachering van langer dan 24 maanden, het arbeidsrecht van het gastland toepasselijk te maken: ‘Wanneer (...) de detachering langer duurt dan 24 maanden, moeten de arbeidsvoorwaarden van de gastlidstaat worden toegepast als dat in het voordeel van de gedetacheerde werknemer is.’²

In deze bijdrage formuleer ik enige beschouwingen over de voorstellen vanuit het perspectief van het internationaal privaatrecht (hierna ‘*ipr*’). Mijn bespreking is op onderdelen een vervolg op twee NJBlogs (Van Den Eeckhout 2016a en 2016b).³ In het eerste blog behandelde ik de in het voorstel opgenomen regeling van langdurige detachering – in wezen terug te leiden tot de voorgestelde toevoeging van een artikel 2 bis in de Detacheringsrichtlijn.⁴ Ik vroeg me af in hoeverre wijziging van de Detacheringsrichtlijn het kennelijk door de Commissie gewenste resultaat kan doen bereiken. Daarbij wierp ik als kernvraag op in hoeverre kan worden gesteld dat louter door het aanduiden van een land als het land van gewoontelijke tewerkstelling, tevens – zonder enige verdere discussie – het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht is bepaald. In mijn tweede blog trachtte ik de poging tot modellering van *ipr*-regels die lijkt plaats te vinden, in te kaderen in bredere actuele ontwikkelingen in en discussies over het *ipr*. Ik stipte daarbij aan dat bij pogingen tot modellering van *ipr* onder meer vragen blijken te rijzen naar inpasbaarheid evenals naar de verhouding tussen *ipr* en beleidsdoeleinden aanwezig in andere vakgebieden – zoals het Europees recht, en de in het Europees recht geïncorporeerde fundamentele vrijheden.

Ik ga enerzijds in op het technisch procedé dat door de Commissie wordt gehanteerd (een veeleer wetstechnische analyse). Anderzijds ga ik in op vragen naar mogelijke onderbouwing van wat hier gebeurt (een meer theoretische analyse van het *ipr*), mede in interactie met andere vakgebieden en de daarin aanwezige beleidsdoeleinden. Dit alles wordt toegespitst op de specifieke problematiek van lange-termijn detachering, de regeling van detachering van meer dan 24 maanden. Zijdelings worden enkele opmerkingen gemaakt over andere varianten van detachering c.q. het onderkennen als zodanig en überhaupt van een situatie van detachering, al dan niet in de zin van de Detacheringsrichtlijn.⁵ Ook worden enkele opmerkingen geformuleerd over de verhouding tussen de Detacheringsrichtlijn, het EVO-verdrag, de Rome I Verordening en de Europese fundamentele vrijheden (Van Den Eeckhout, 2009).⁶ De verhouding tussen Rome I en de Detacheringsrichtlijn (evenals de bijhorende Handhavingsrichtlijn) blijkt velerlei vragen op te roepen.⁷ Een en ander hangt mijns inziens mede samen met het vinden van een antwoord op de vragen die kunnen worden opgeworpen rond de interactie van zowel Rome I als de Detacheringsrichtlijn met het vrij verkeer van personen enerzijds, de vrije dienstverlening anderzijds.

Een van de kritiekpunten op het voorstel van de Europese Commissie luidt dat het voorstel niet ver genoeg gaat, mede in die zin dat de termijn van 24 maanden (veel) te lang zou zijn.⁸ In mijn betoog kom ik tot de conclusie dat ook bij een verkorting (of verlenging) van de termijn – maar met eenzelfde wetstechnische aanpak – de navolgende kanttekeningen blijven gelden.

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

In het voorstel van de Europese Commissie wordt getracht ipr-regels op een zodanige manier in te vullen dat bij lange-termijn detachering het gewenste resultaat ‘toepassing van de arbeidsvoorwaarden van de gastlidstaat als dat in het voordeel van de gedetacheerde werknemer is’ bereikt wordt. Daar het voorgesteld wordt alsof met de ingreep een wijziging wordt bewerkstelligd, rijst de vraag naar de huidige status quo, met daaraan gekoppeld de vraag in hoeverre ipr-regels (mede) ten grondslag liggen aan een situatie die door de Europese Commissie kennelijk als onwenselijk wordt beschouwd. Is ingreep in ipr-regels noodzakelijk, nu ipr-regels (mede) aan de basis liggen van een onwenselijk bevonden situatie?

In het informatieblad van 8 maart 2016 wordt het voorgesteld alsof momenteel algemeen bij detachering (zowel detachering korter als langer dan 24 maanden) het recht van het herkomstland van toepassing zou zijn: ‘Momenteel zijn op alle gedetacheerde werknemers reeds een aantal belangrijke bepalingen van het arbeidsrecht van de gastlidstaat van toepassing, zoals gezondheid, veiligheid en hygiëne of gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Op andere gebieden — zoals de voorwaarden van arbeidsovereenkomsten — geldt echter het arbeidsrecht van de *lidstaat van herkomst*.’⁹ (cursivering auteur) Opmerkelijk is dat niet wordt gespecificeerd of met het recht van het herkomstland wordt bedoeld op het recht van het land van herkomst van de werknemer (als zijnde het land van de gewoonlijke tewerkstelling) of op het recht van het land van herkomst van de onderneming die de werknemer heeft gedetacheerd (als zijnde het land van vestiging van deze onderneming). Dit terwijl dit toch verschil zou kunnen maken en tevens samenhangt met eventuele classificatie van de situatie onder artikel 6 lid 2 a dan wel b van het EVO-verdrag c.q. artikel 8 lid 2, dan wel lid 3 van Rome I. Dit heeft mogelijk consequenties voor de beantwoording van de vraag of met het aanduiden van het gastland als het land van gewoonlijke tewerkstelling na bepaalde tijd überhaupt een wijziging in toepasselijk recht wordt bewerkstelligd.

In het Nederlandse commentaar bij het wijzigingsvoorstel van de Detacheringsrichtlijn is, bij de korte beschouwing van de huidige status quo, sprake van toepasselijkheid van het recht van ‘hun woonland’, aldus mogelijk tot nog een ander recht leidend.¹⁰ Overigens komt dit begrip niet voor in het EVO-verdrag of Rome I (Van Den Eeckhout, 2009). Hoewel wordt toegevoegd ‘waar zij gewoonlijk hun werk verrichten’ is het denkbaar dat het land waar een werknemer woont, verschilt van het land waar deze gewoonlijk werkt. Alleszins lijkt deze toevoeging te willen verduidelijken dat in de Nederlandse reactie de toepasselijkheid van het land van gewoonlijke tewerkstelling in de zin van land van herkomst van de werknemer wordt beoogd. Wat niet wordt beoogd, is toepasselijkheid van het recht van het land van vestiging van de onderneming, of het zou moeten zijn dat de overtuiging is dat dit recht toch al samenvalt met het recht van ‘hun woonland, waar zij gewoonlijk hun werk verrichten.’

Niettemin wordt, noch in het informatiedocument, noch in de Nederlandse reactie, er van uitgegaan dat het recht van het gastland toepasselijk is terwijl het, in het wijzigingsvoorstel van de Detacheringsrichtlijn, wel wenselijk wordt geacht dat bij langdurige detachering dit recht toepasselijk wordt.

Ligt het ipr (mede) ten grondslag aan deze ingeschatte situatie? In zoverre de overtuiging is dat artikel 8 Rome I verordening – mogelijk mede geïnterpreteerd in functie van het bepaalde in de

Detacheringsrichtlijn – regelt dan wel toelaat dat bij detachering, inclusief langdurige detachering, het recht van een ander land dan het gastland toepasselijk is en zo, in de hypothese van toepassing van een recht dat aan de gedetacheerde werknemer minder arbeidsbescherming biedt dan het recht van het gastland, een situatie van sociale dumping c.q. gebrekkige arbeidsbescherming van werknemers kan ontstaan, zou het ipr wel degelijk als de boosdoener kunnen worden geduid.¹¹ In veel literatuur wordt het zo opgevat dat ipr-regels het voorgaande mogelijk maken c.q. toelaten, waarbij in wezen de bepaling van tijdelijkheid in artikel 8 lid 2 Rome I verordening lijkt te worden gezien als de grote boosdoener.¹²

Maar, zo zou nog kunnen worden opgeworpen, is het denkbaar dat ipr niet de boosdoener is, maar dat het veeleer zo is dat het ipr tot nog toe geweld is aangedaan, in een keurslijf is gedwongen, verkeerd gehanteerd, onder druk vooral van het Europese vrij verkeer van diensten, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie?¹³ Immers, de ipr-regels vervat in het EVO-verdrag en de 8 Rome I verordening zijn rijk en geschakeerd en omvatten een mate van flexibiliteit. Ze zouden, zo kan worden betoogd, ook in een situatie van tijdelijke tewerkstelling in een bepaald land tot uiteenlopende resultaten kunnen leiden en dwingen geenszins tot toepassing van het recht van het land van ‘herkomst’ – hoe ook opgevat.¹⁴ Zo bekeken zou het ipr de voorbije jaren in het defensief geraakt zijn, à la limite genegeerd zijn op een al dan niet bewuste wijze, mogelijk instrumenteel gemaakt ten dienste van het bevorderen van het vrij verkeer

van diensten (Van Den Eeckhout 2009). Het zou dan nu zaak zijn voor het ipr de kracht terug te vinden dan wel in ere hersteld te worden en correct geïnterpreteerd te (kunnen) worden om te vermijden dat er verdergaande druk op het ipr plaatsvindt. Opmerkelijk hierbij is dat de European Trade Union Confederation in een persbericht over het voorstel spreekt over het oplossen van een 'interpretatieprobleem' bij toepassing van de huidige Detacheringsrichtlijn: in die zin zou het voorstel van de Europese Commissie mogelijk geen wijziging brengen, maar louter een interpretatieprobleem oplossen, waarbij nu reeds mogelijkheden zouden bestaan tot het gewenste resultaat te komen.¹⁵ In rechtspraak van de voorbije jaren kunnen inderdaad pogingen worden onderkend onderuit te komen aan dan wel weg te blijven van toepassing van wat wordt gezien als een herkomstlandbeginsel door de hantering van ipr-regels.¹⁶ Kan worden opgeworpen dat in die zin ipr, reeds in de huidige situatie, elastisch genoeg is om een en ander van wat kennelijk als problematisch wordt gezien op te vangen? Hoe dan ook, of het ipr de oorzaak is van een als problematisch voorgestelde situatie dan wel of het ipr genegeerd of gemodelleerd is ten gunste van het vrij verkeer van diensten, naar de toekomst toe lijkt ipr en de manier waarop met ipr-regels wordt omgegaan in de ogen van het Commissievoorstel als een soort reddende engel te kunnen gaan fungeren.¹⁷ De formulering c.q. invulling c.q. toepassing van ipr-regels lijkt in het wijzigingsvoorstel als oplossing van een probleem te kunnen gaan fungeren. Men heeft oog voor de rol die het ipr speelt in de thematiek en wil niet dat ipr ten dienste zou komen te staan van verkeerde doelstellingen c.q. als spelbreker zou gaan functioneren bij het doorzetten van een bepaalde regeling. Ipr zou, naar gelang hoe ingeschat wordt hoe het ipr het de voorbije jaren is vergaan, hetzij omgevormd moeten worden voor doelstellingen die men (nu) wil realiseren en waar men ipr ten dienste van wil stellen, hetzij in zijn kracht hersteld.

Het komt er vervolgens op aan duidelijk te stellen hoe ipr-regels wel moeten worden geformuleerd dan wel ingevuld. De bedoeling van de Europese Commissie lijkt duidelijk: in geval van lange-termijn detachering dient het recht van de gastlidstaat van toepassing te zijn, als dat in het voordeel van de werknemer is. De vraag is of de Commissie hierin slaagt.

De mogelijkheid via een aangepaste Detacheringsrichtlijn het toepasselijk arbeidsrecht vast te leggen.

Ik ga hier allereerst in op de vraag of door een ingreep in de Detacheringsrichtlijn een bepaalde regel van toepasselijk arbeidsrecht kan worden doorgevoerd.

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

Wel eigenaardig is dat de 'regeling in een richtlijn' hier op een heel bijzondere manier lijkt te geschieden. Het komt er op neer dat de specifieke situatie waarvoor men het toepasselijk recht wil regelen, zoals hierna aangegeven, uitgesloten wordt van de werkingssfeer van de Detacheringsrichtlijn, waarna vervolgens gepretendeerd wordt voor die situatie het toepasselijk recht geregeld en vastgesteld te hebben. De Detacheringsrichtlijn zou op die manier dus het toepasselijk recht 'regelen' voor een situatie die niet behoort tot het eigen toepassingsgebied, daar waar het toch eerder voor de hand lijkt te liggen dat in een richtlijn een afwijkende regel van toepasselijk recht wordt vastgesteld voor een situatie die onder het toepassingsgebied van die richtlijn valt.

Mogelijk kan hierbij worden gesteld dat geen sprake is van een 'afwijkende' regeling van de in het EVO-verdrag en Rome I opgenomen algemene regels voor de situatie van langdurige detachering die men op het oog heeft. Hierbij zou kunnen worden gewezen op de passage in de preambule waar gesteld wordt dat het er alleen om gaat duidelijk te maken hoe ipr-regels dienen te worden toegepast, zonder deze als zodanig te wijzigen of er van af te wijken.¹⁸ Het op de situatie van langdurige detachering toepasselijke arbeidsrecht zou als het ware vanzelf voortvloeien uit hantering van de regels van o.a. Rome I, eens deze situatie uitgesloten is uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn op de manier die nu is gebeurd, door in het nieuw voorgestelde artikel 2 bis de bepaling op te nemen dat bij detachering van meer dan 24 maanden de gastlidstaat als land van gewoonlijke tewerkstelling moet worden beschouwd. Voor zover de Commissie beseft dat het mogelijk niet voor de hand ligt of niet helemaal logisch kan lijken expliciet een regel van toepasselijk recht te formuleren in een richtlijn waaruit de voor ogen staande situatie juist wordt uitgesloten, zou kunnen worden gesteld dat dit dan wel op een vrij ingenieuze wijze is

geprobeerd. Door de specifieke manier waarop de situatie wordt uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn, zouden meteen de elementen zijn aangedragen tot bepaling van het op die situatie toepasselijke recht, zonder als zodanig een expliciete verwijzingsregel in de Detacheringsrichtlijn op te nemen. En mogelijk, zo kan worden betoogd, is door deze regel op te nemen in een richtlijn die gebaseerd is op de regulering van het vrij verkeer van diensten, daarmee mede de toepasselijkheid van dat recht veilig(er) gesteld voor aanvallen dan wel ondermijningen vanuit het vrij verkeer van diensten dan indien men Rome I had aangepast, door daar een specifieke verwijzingsregel op te nemen voor de situatie van langdurige detachering.¹⁹ In dat geval zou mogelijk het resultaat van toepassing van die regel naderhand nog onder druk kunnen te komen staan.²⁰ In dit procedé zou zo een drietrapsraket kunnen worden ontwaard: uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn; toepasselijk maken van het recht van het gastland; veilig stellen van minimumbescherming van het recht van dat land. Mogelijk dacht de Commissie door de manier waarop zij te werk is gegaan als het ware alle mogelijke voorstellen over hoe ter bescherming van werknemers te handelen indien een situatie buiten het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn zou vallen, zoals naar voren gekomen bij de parlementaire behandeling van de Handhavingsrichtlijn, in een klap op een goede, efficiënte en uiterst eenvoudige manier gecombineerd te hebben.²¹

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

Effecten van invoeging van een nieuw artikel 2 bis in de Detacheringsrichtlijn - In hoeverre is het toepasselijke recht daadwerkelijk vastgesteld?

Eerste effect: uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn?

Het lijkt er op dat bij aanvaarding van het voorstel langdurige detachering (zoals gedefinieerd in artikel 2 bis lid 1 en 2) uitgesloten wordt van het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn (met name het bepaalde in Artikel 2.1 van de Detacheringsrichtlijn).²²

Het is niet goed denkbaar dat een pure uitsluiting van deze situatie uit de Detacheringsrichtlijn de opzet is geweest van de opstellers. Anders zou het effect en eindresultaat mogelijk alleen zijn dat in een situatie van langdurige detachering de gedetacheerde werknemer (zelfs) geen aanspraak kan maken op de harde kernbepalingen van de Detacheringsrichtlijn. Kennelijk is de Commissie er van overtuigd en vertrouwt zij er volledig op dat aanspraak op de basisbescherming van de Detacheringsrichtlijn voor deze werknemers overbodig wordt, gezien de overtuiging dat op deze werknemers, door het gehanteerde procedé, voortaan sowieso het arbeidsrecht van het gastland toepasselijk wordt. De betrokken werknemers zouden voortaan op meer aanspraak kunnen maken dan op de bepalingen van de Detacheringsrichtlijn, zo is kennelijk het idee. De Commissie had allicht nooit een bepaling als artikel 2 bis voorgesteld als zij niet gerust was over de verdere 'opvang' van deze situatie.

Betoogd kan worden dat door uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn de weg als het ware is 'vrij gemaakt' voor toepassing van het arbeidsrecht van het gastland. Sommige literatuur noemt toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn moeilijk verenigbaar met aanduiding van het gastland als land van gewoontelijke tewerkstelling dan wel toepasselijkheid van het recht van het gastland.²³ In die zin zou het gehanteerde procedé, waar het de weg vrij maakt voor toepasselijkheid van het arbeidsrecht van het gastland als land van gewoontelijke tewerkstelling, à la limite als ingenieus kunnen worden bestempeld. Dan zouden meerdere vliegen in een klap zijn geslagen, daar men in het geval van langdurige detachering zou zijn verlost van de vraag of, bij toepassing van de Detacheringsrichtlijn, het gaat om een

minimumbescherming dan wel een maximumbescherming.²⁴ Althans, voor wat betreft deze situatie zou men verlost zijn van de vraag of toepasselijkheid van het recht van het gastland kan samengaan met toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn.

De vraag rijst of er inderdaad geen gevaar bestaat dat de werknemers uitgesloten zijn uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn, terwijl ze geen aanspraak hebben – als minimum – op de arbeidsbescherming (de dwingende bepalingen) van het gastland. Op deze vraag ga ik hierna in. Daarbij komt tevens de kwestie aan de orde of uitsluiting uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn al of niet samen gaat met uitsluiting van de situatie uit de reikwijdte van het vrij verkeer van diensten. Beantwoording van deze vraag kan mogelijk repercussies hebben op het uiteindelijk toe te passen arbeidsrecht en de toetsing ervan.

Tweede effect: tegelijk vastlegging van het toepasselijk arbeidsrecht? Is this a conflict rule which I see before me?

Bij de vaststelling van de e-commercerichtlijn verschenen kritische commentaren in de literatuur omtrent de vraag in hoeverre in die richtlijn wel of niet een ipr-bepaling was opgenomen. ‘Is this a conflict rule which I see before me?’ luidde de titel van een van die bijdragen (De Baere, 2004).

Een gelijkaardige vraag kan hier worden gesteld: is een (bepaalde) regel van toepasselijk recht te ontwaren in of te deduceren uit het nieuw voorgestelde artikel 2 bis, mogelijk in combinatie met de formuleringen in de preambule en de toelichting bij het voorstel?

Dat het in het voorstel zelf wel degelijk de bedoeling is met het nieuwe artikel 2 bis een regel van toepasselijk recht te formuleren dan wel naar voren te schuiven waarbij in de genoemde omstandigheden het recht van het gastland toepasselijk wordt gemaakt (of dat het de bedoeling is minstens als effect te hebben dat in de bedoelde situatie het recht van het gastland toepasselijk is, of, voorzichtiger geformuleerd, het voor te stellen alsof de bepalingen van Rome I in de genoemde omstandigheden tot deze conclusie moeten leiden) blijkt uit de toelichting. In die toelichting wordt expliciet verwezen naar Rome I waarin regels van toepasselijk recht zijn opgenomen. Het lijkt of de opstellers dachten door de introductie van artikel 2 bis in de Detacheringsrichtlijn tevens, in bedoelde gevallen, gekomen te zijn tot een bepaalde invulling van artikel 8 lid 2 Rome I, waarin sprake is van het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht. Dat het de bedoeling is hier voor te schrijven/duidelijk te maken welk arbeidsrecht toepasselijk is in genoemde omstandigheden blijkt nog explicieter uit de preambule bij het voorstel.²⁵

Het is interessant de bepalingen in de toelichting en preambule bij het wijzigingsvoorstel voor de Detacheringsrichtlijn te vergelijken met de preambule van de Handhavingsrichtlijn waarin is bepaald ‘Deze richtlijn heeft niet ten doel geharmoniseerde regels betreffende justitiële samenwerking, rechterlijke bevoegdheid of erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken vast te stellen, noch het toepasselijke recht te behandelen.’ Mocht hetgeen de Commissie wil doorvoeren inzake langdurige detachering uiteindelijk verworpen worden tot of begrepen worden als een bepaling van ‘behandeling van toepasselijk recht’ en à la limite zelfs als een wijziging van het EVO-verdrag c.q. Rome I, en mocht zo’n bepaling uiteindelijk opgenomen worden in de Handhavingsrichtlijn (in plaats van in de Detacheringsrichtlijn), dan zou dit mogelijk op gespannen voet staan met de preambule bij de Handhavingsrichtlijn.²⁶

Hierbij mag worden herinnerd aan de preambule van de *huidige Detacheringsrichtlijn*²⁷, voornamelijk overweging 11: ‘Overwegende dat, overeenkomstig het in artikel 20 van genoemd Verdrag vervatte beginsel van voorrang van het Gemeenschapsrecht, dit Verdrag de toepassing onverlet laat van bepalingen die voor bijzondere gebieden regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot verbintenissen uit overeenkomst bevatten en die zijn of zullen worden neergelegd in besluiten van de instellingen van de Europese Gemeenschappen of in ter uitvoering van deze besluiten geharmoniseerde nationale wetgevingen.’ Het hier gestelde leek tot nog toe begrepen te worden als gericht op de omstandigheid dat in de Detacheringsrichtlijn als het ware een unificatie van voorrangregels, mogelijk gemaakt door artikel 7 EVO-verdrag, is doorgevoerd. Het is gangbaar de Detacheringsrichtlijn voor te stellen als een aan het EVO-verdrag en Rome I bijkomende ipr-bron waarin ‘voorrangregels’ zijn geünificeerd. Welnu, gesteld kan worden dat de voorgestelde wijziging van de Detacheringsrichtlijn een (poging tot) verdergaande ingreep in/invulling van het ipr behelst. Duidelijk is dat in het voorstel gepoogd wordt (de uitkomst van toepassing van) ipr-regels te modelleren in een specifieke situatie en daar minstens richting, sturing en invulling aan te geven.

De verhouding tussen gelijklopende termen in de Detacheringsrichtlijn enerzijds, het EVO-verdrag en Rome I anderzijds.

In het voorgestelde artikel 2 bis wordt de term ‘land van gewoonlijke tewerkstelling’ gehanteerd. Daarmee wordt eenzelfde term gehanteerd als gebruikt wordt in artikel 6 lid 2 sub a EVO-verdrag en artikel 8 lid 2 Rome I.

In de literatuur zijn eerder vragen gesteld rond de gelijkheid dan wel het verschil in betekenis tussen de in de Detacheringsrichtlijn enerzijds, het EVO-verdrag en Rome I anderzijds gehanteerde gelijklopende termen, waaronder, naast het concept ‘land van gewoonlijke tewerkstelling’, ook de term ‘tijdelijkheid’.²⁸

In considerans 36 van de preambule bij Rome I is bepaald ‘Met betrekking tot individuele arbeidsovereenkomsten dient het verrichten van arbeid in een ander land als tijdelijk aangemerkt te worden wanneer van de werknemer wordt verwacht dat hij na de voltooiing van zijn taak in het buitenland opnieuw arbeid in het land van herkomst verricht (...).’²⁹ Is het dan zo dat in het voorstel bij langdurige detachering als het ware impliciet gesteld wordt dat bij langdurige detachering geen wil tot terugkeer meer aanwezig kan zijn in de zin van Rome I, daar de gastlidstaat als land van gewoonlijke tewerkstelling wordt aangeduid, en niet (meer) als het land van waaruit de werknemer ‘tijdelijk’ uitgezonden wordt?

Het is de bedoeling van het Commissievoorstel bij langdurige detachering het begrip ‘land van gewoonlijke tewerkstelling’ in artikel 6 EVO-verdrag evenals artikel 8 Rome I Verordening op zodanige manier in te vullen dat bij toepassing van deze regelgeving de gastlidstaat wordt aangemerkt als het land van gewoonlijke tewerkstelling. Aldus is geen ruimte meer voor het aanduiden van de zendstaat als het land van gewoonlijke tewerkstelling van waaruit de werknemer tijdelijk wordt uitgezonden, of te beslissen dat er geen land van gewoonlijke tewerkstelling (meer) is.

Maar zelfs als op die manier een automatische invulling van termen zou gebeuren en de in het voorstel gehanteerde terminologie meteen zou doorwerken in het EVO-verdrag en Rome I, op de kennelijk gewenste wijze, resteren vragen over de omgang met artikel 6 EVO-verdrag en artikel 8 Rome I.

De aanduiding van het gastland als land van gewoonlijke tewerkstelling

De sleutel ter bepaling van het toepasselijk arbeidsrecht lijkt volgens het Commissievoorstel te liggen in de aanduiding van het land van gewoonlijke tewerkstelling van een gedetacheerde werknemer. Dit sluit aan bij hoe soms in de literatuur wordt aangekeken tegen de problematiek van (regulering van de situatie van) gedetacheerde werknemers en de interpretatie of artikel 6 EVO-verdrag en artikel 8 Rome I doordrongen zijn van het werklandbeginsel.³⁰ Zo schreef Defosse (2015) in een bespreking van de Handhavingsrichtlijn, over de situatie van langdurige detachering en de vraag vanaf wanneer dergelijke tewerkstelling niet meer als tijdelijk zou kunnen worden beschouwd maar als permanent zou moeten worden aangemerkt over het misbruik van schijndetachering. Deze strategie, die de werknemers toegang verschaft tot de arbeidsmarkt voor lange duur, dan wel met een opeenvolging van kortere periodes, werpt de vraag op hoe reëel de tijdelijkheid is. In zijn ogen doet de wetgever er goed aan de benoeming van de gewoonlijke werkplek te zien als een cruciaal onderdeel van de verificatie van de rechtmatigheid.

De door de Europese commissie in het wijzigingsvoorstel gevolgde aanpak lijkt hier bij aan te sluiten.³¹ Zo bekeken, zou in de Handhavingsrichtlijn als het ware een voorzet gegeven zijn voor het reguleren van langdurige detachering met het door de Europese Commissie gewenste resultaat *via* het gebruik maken van de sleutel, dan wel schroef van aanduiding van het land van gewoonlijke tewerkstelling.

De aanduiding van het land van gewoonlijke tewerkstelling kan inderdaad als zeer relevant worden beschouwd bij poging tot invulling van de regels van het EVO-verdrag en Rome I. Een ander punt is echter of, met de aanduiding van het land van gewoonlijke tewerkstelling, het toepasselijk arbeidsrecht is vastgesteld: de aanduiding van het land van gewoonlijke tewerkstelling moet immers onderscheiden worden van de aanduiding van het recht van een land. Vraag is dan of, in de situatie van langdurige detachering, beide noodzakelijkerwijze samenvallen. In artikel 6 EVO-verdrag evenals artikel 8 Rome I is immers een subsidiaire aanknopingsregeling opgenomen – de b-regel van artikel 6 lid 2 EVO-verdrag evenals de bepaling in lid 3 van artikel 8 van Rome I.³² Voor zowel de primaire aanknopingsregeling als de subsidiaire aanknopingsregeling geldt dat het gevonden recht alsnog ter zijde kan worden geschoven op basis van de ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 in fine EVO-verdrag en artikel 8 lid 4 Rome I. In het voorstel van de Europese commissie wordt van geen van beide gewag gemaakt.

Wel wordt gewag gemaakt van de mogelijkheid tot rechtskeuze, mogelijk gemaakt op basis van artikel 6 lid 1 EVO-verdrag en artikel 8 lid 1 Rome I. Er wordt door het Commissievoorstel onderkend dat in geval van rechtskeuze enkel de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht gelden.³³ De mogelijkheid tot het maken van een rechtskeuze op basis van artikel 6 lid 1 EVO-verdrag c.q. artikel 8 lid 1 Rome I wordt dus door het Commissievoorstel in ogenschouw genomen. Zoals ik in mijn NJBlog aangaf, is het opmerkelijk dat de nuancering in de toelichting ('indien de partijen geen andere rechtskeuze hebben gemaakt') wel aandacht geeft aan een lid van artikel 8 Rome I dat van betekenis kan zijn op de bepaling van het toepasselijk recht, namelijk artikel 8 *lid 1*. Ook in considerans 6 van de preambule bij het voorstel komt de onderkenning van de hypothese van rechtskeuze naar voren.

Het negeren van de ontsnappingsclausule

In mijn NJBlogs wees ik er op dat in het voorstel op generlei wijze gewag wordt gemaakt van de ontsnappingsclausule.³⁴ Het negeren van de ontsnappingsclausule, zo gaf ik aan, gebeurt ook daar waar in de toelichting en in de preambule gewag wordt gemaakt van de rechtskeuzemogelijkheid die openstaat.³⁵ In zoverre zou worden besloten dat door het (louter) negeren van de ontsnappingsclausule de weg tot toepassing ervan niet is afgesloten (en dat het bepaalde in het voorstel niet voldoende kan worden geacht om de ontsnappingsclausule als zodanig uit te sluiten), duikt het risico op dat via inschakeling van deze ontsnappingsclausule alsnog het arbeidsrecht van de gastlidstaat ter zijde zou worden geschoven.³⁶ Daarmee wordt de bescherming die het Commissievoorstel denkt te verlenen aan de werknemer via toepasselijkheid van het recht van de gastlidstaat, niet verleend.³⁷ Het risico hierop lijkt des te reëler nu het Hof van Justitie in de zaak Schlecker heeft geoordeeld dat het bestaan van de ontsnappingsclausule sowieso niet miskend mag worden.³⁸ De ontsnappingsclausule mag in geen geval als een dode letter worden beschouwd en lijkt, afgaande op deze uitspraak, zelfs te kunnen worden toegepast in een situatie waarin een werknemer wel degelijk, mogelijk zelfs al lange tijd, een land van gewoontelijke tewerkstelling heeft. Inschakeling van de ontsnappingsclausule zou voorts kunnen leiden tot een materieel minder gunstig resultaat voor de werknemer. Eerder vroeg ik me af hoe die uitspraak, in een situatie waarbij geen detachering aan de orde was, zou moeten worden begrepen in een situatie van detachering en wees ik op de mogelijke risico's en kansen van de Schlecker-uitspraak in die context (Van Den Eeckhout 2014). Het 'gevaar' van de uitspraak ten aanzien van het veiligstellen van arbeidsbescherming van werknemers is allicht vooral groot in situaties waarbij de werknemer (zelfs) niet verzekerd is van toepassing van de harde kern bepalingen van de Detacheringsrichtlijn, een situatie die zich in de voorgestelde regeling voor langdurige detachering dreigt voor te doen.

Bij de opstelling van de Handhavingsrichtlijn is niet gekeken naar de mogelijke werking van de ontsnappingsclausule.³⁹ Opmerkelijk is dat ook nu het Commissievoorstel geen melding maakt van de ontsnappingsclausule. Mogelijk is een en ander te verklaren doordat de zaak Schlecker van vrij recente datum is. Blijkbaar heeft de Commissie de inmiddels gedane uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Schlecker, die, na de eerdere uitspraken Koelzsch (HvJ EU 15 maart 2011, C-29/10) en Voogsgeerd (HvJ EU 15 december 2011, C-384/10), verrassend kan zijn geweest, laten rusten. Met de uitspraak Schlecker is duidelijk geworden dat de ontsnappingsclausule van het EVO-verdrag c.q. Rome I van groot belang is of kan zijn. In iel geval is de ontsnappingsclausule wel degelijk opgenomen in het EVO-verdrag evenals Rome I en was dat ook al ten tijde van het opmaken van dit voorstel en van de Handhavingsrichtlijn. Mede in het licht van de veel eerder gedane uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Intercontainer leek wel degelijk een mogelijkheid te bestaan dat het Hof van Justitie de ontsnappingsclausule van artikel 6 EVO-verdrag niet als een dode letter zou willen beschouwen (Van Den Eeckhout 2010). Schlecker-uitspraak of niet, het is en blijft dus enigszins bevreemdend dat geen woord is besteed aan de ontsnappingsclausule. Overigens had men bij de opstelling van de Handhavingsrichtlijn kennelijk wel al aandacht voor de rechtskeuzemogelijkheid van het EVO-verdrag c.q. Rome I, getuige daarvan onder meer de preambule bij de Handhavingsrichtlijn. Aandacht voor de mogelijke werking van een rechtskeuzeclausule is gebleven in dit voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn.

Is mogelijk nog te betogen dat de ontsnappingsclausule in deze problematiek hoegenaamd niet aan de orde kan zijn of niet tot een resultaat mag leiden dat de werknemer in een materieel ongunstiger situatie brengt dan indien het arbeidsrecht van de gastlidstaat toepasselijk zou zijn en mogelijk vandaar genegeerd mag worden? Een dergelijk betoog kan mede worden onderbouwd met een beroep op het vrij verkeer van personen, voor zover zou worden geoordeeld dat in een situatie van langdurige detachering, waarbij

de gastlidstaat aangewezen wordt als land van gewoontelijke tewerkstelling, het vrij verkeer van personen aan de orde is. Dit althans, voor zover het vrij verkeer van personen dwingt tot toepasselijkheid, als minimum, van het recht van het werkland.⁴⁰ In het impact assessment bij het voorstel zit mogelijk een aanduiding daar waar het er over gaat dat werknemers bij langdurige detachering zouden toetreden tot de arbeidsmarkt.⁴¹

Of is in een situatie van langdurige detachering, die valt buiten het toepassingsgebied van de detacheringsrichtlijn en waarbij de gastlidstaat als land van gewoontelijke tewerkstelling is aangewezen, mogelijk toch (nog steeds) (ook) het vrij verkeer van diensten aan de orde? Uit de impact assessment komt naar voren dat men met het voorstel een regeling nastreeft voor het vrij verkeer van diensten: doet men dat dan, eigenaardig genoeg, voor een situatie die buiten de reikwijdte van dat vrij verkeer van diensten valt, zo rijst hier de vraag? Een beroep op het vrij verkeer van diensten zou mogelijk juist de inschakeling van de ontsnappingsclausule kunnen onderbouwen in de zin van het weggeleiden van het arbeidsrecht van de gastlidstaat, zo zou zelfs kunnen worden gesteld.⁴²

Of kan de ontsnappingsclausule niet meer opduiken door het door de Commissie gehanteerde procedé? Is (voldoende) duidelijk dat de ontsnappingsclausule hier geen kans mag krijgen en is dit door de opstellers op impliciete maar afdoende wijze duidelijk gemaakt en uitgesloten? En is mogelijk het vrij verkeer van diensten hier helemaal niet (meer) aan de orde?

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

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

Het negeren van de subsidiaire aanknopingsregeling

Evenmin als van de ontsnappingsclausule wordt in het voorstel gewag gemaakt van de subsidiaire aanknopingsregeling van artikel 6 lid 2 sub b EVO-verdrag c.q. artikel 8 lid 3 Rome I. Voor wat betreft de subsidiaire aanknopingsregeling kan dit negeren logisch worden gevonden in zoverre wordt geoordeeld dat met het aanduiden van een land (de gastlidstaat) als land van gewoontelijke tewerkstelling invulling kan worden gegeven aan artikel 6 lid 2 sub a respectievelijk artikel 8 lid 2 Rome I, waarmee de subsidiaire regel niet meer aan de orde zou kunnen komen. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie over artikel 6 EVO-verdrag kan de subsidiaire aanknopingsregeling immers pas aan de orde komen indien de primaire aanknopingsregeling niet kan worden toegepast. De Commissie toont hier mogelijk aandacht voor de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake toepassing van de regels van het EVO-verdrag – eveneens toe te passen bij hantering van Rome I. Zij tracht mogelijk te verzekeren en veilig te stellen dat invulling kan worden gegeven aan de a-regel. Er is bijvoorbeeld niet voor gekozen te stellen dat het land waar de werknemer eerder werkte niet meer kan worden beschouwd als het land van gewoontelijke tewerkstelling. Immers, een nieuw land (de gastlidstaat) is aangeduid als land van gewoontelijke tewerkstelling en dat lijkt toe te laten de a-regel in te vullen.

De Commissie lijkt daarmee niet de uitspraken van het Hof in de zaken Viking, Laval et cetera te interpreteren, in de zin dat (voor zover althans de situatie van langdurige detachering nog steeds als een detachering wordt beschouwd, zij het nu niet meer vallend onder het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn en al dan niet nog vallend onder het vrij verkeer van diensten) in situaties van detachering het recht van het land van vestiging van de werkgever zou moeten worden toegepast (Van Den Eeckhout 2009 en Van Hoek 2014). Mocht de Commissie de rechtspraak van het Hof zo interpreteren, daaraan armslag willen geven en die interpretatie ook nog (willen) toepassen op de hypothese van langdurige detachering (een situatie die mogelijk als een situatie van detachering wordt

beschouwd, zij het niet meer vallend onder het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn en al dan niet nog vallend onder het vrij verkeer van diensten), dan zou het hierbij uiteindelijk geen verschil maken of het land van gewoontelijke tewerkstelling van de werknemer gesitueerd moet worden in de zendstaat, dan wel de gastlidstaat en zou de primaire aanknopingsregel nooit aan de orde geweest (kunnen) zijn omdat het recht van het land van de werkgever zou moeten worden toegepast.⁴³ In zoverre deze laatste zienswijze zou worden gehanteerd, zou mogelijke inschakeling van de ontsnappingsclausule soelaas kunnen bieden. De ontsnappingsclausule zou dan kunnen worden ingezet als middel om alsnog, in deze redenering, te kunnen komen tot toepassing van het arbeidsrecht van het gastland – niet als land van gewoontelijke tewerkstelling maar als nauwst verbonden recht (Van Den Eeckhout 2014). De ontsnappingsclausule kan ook als redmiddel worden ingezet indien men de redenering van Kullmann (2015) volgt dat in geval van detachering bij aanduiding van de gastlidstaat als land van gewoontelijke tewerkstelling de regel van artikel 6 lid 2 a EVO-verdrag respectievelijk artikel 8 lid 2 Rome I niet kan worden toegepast omdat er dan geen land van gewoontelijke tewerkstelling meer zou zijn om naar terug te keren, waarna zou moeten worden overgeschakeld naar de subsidiaire aanknopingsregel. Met de ontsnappingsclausule zou men vervolgens hiervan kunnen afstappen en als het ware worden ‘teruggeleid’ naar toepassing van het recht van de gastlidstaat. Ook in die situatie kan de ontsnappingsclausule mogelijk soelaas bieden.

Tevens kan de ontsnappingsclausule nog soelaas bieden in de situatie dat een werknemer langdurig gedetacheerd wordt van een land met hoge arbeidsbescherming naar een land met lage(re) arbeidsbescherming, de spiegelbeeldsituatie als het ware van de situatie die tot nog toe behandeld werd.

De rechtskeuze en de ontsnappingsclausule in de spiegelbeeldsituatie

De voorgestelde regel van artikel 2 bis lijkt tevens te moeten slaan op de situatie dat een werknemer langdurig uitgestuurd wordt van een lidstaat met hoge arbeidsbescherming naar een land met lage arbeidsbescherming. In die situatie zou toepassing van het recht van de gastlidstaat bij langdurige detachering echter leiden tot een verslechtering op het punt van arbeidsbescherming van de werknemer op het moment dat het recht van de gastlidstaat toepasselijk wordt en niet langer het recht van de zendstaat toepasselijk wordt geacht.⁴⁴ Dit terwijl de regel van ‘tijdelijkheid’ in het EVO-verdrag destijds opgenomen lijkt te zijn geweest om werknemers die van een land met hoge arbeidsbescherming tijdelijk werden uitgestuurd naar een land met lage arbeidsbescherming, nog steeds de arbeidsbescherming van de zendstaat te (blijven) garanderen (Van Overbeeke 2012).

De Commissie heeft er niet voor gekozen lange-termijn detachering te reguleren met een wijziging van de Handhavingsrichtlijn, door voor te stellen detachering van langer dan 24 maanden te zien als een element dat zou kunnen doen twifelen aan het zuivere/onzuivere karakter van de detachering. Ik maak melding van deze mogelijkheid, omdat indien die handelwijze was doorgevoerd, een dergelijke bepaling mogelijk aangegrepen had kunnen worden om te betogen dat in het geval van detachering van een land met hoge arbeidsbescherming naar een land met lage(re) arbeidsbescherming, nog steeds het reeds geldende regime zou moeten kunnen gelden, waarbij betoogd zou kunnen worden dat het recht van de gastlidstaat niet toepasselijk is. Die optie heeft de Europese Commissie dus niet gekozen. Mogelijk pleit ook tegen deze optie dat aldus nog een vrij grote mate van rechtsonzekerheid zou bestaan: per detachering van langer dan 24 maanden zou moeten worden bekeken of deze nu wel of niet als een ‘daadwerkelijke’ detachering zou moeten worden bekeken. Bovendien zou dan niet de zogenaamde drietrapsraket waarvan ik gewag maakte, in werking zijn gesteld.

Wel lijkt het voorstel van de Europese Commissie tot aanpassing van de Detacheringsrichtlijn ruimte te (willen?) laten om de mogelijke consequentie te vermijden dat een werknemer door hantering van dit artikel 2 bis er slechter van af zou komen. Ik verwijs naar de preambule en de toelichting waar het mogelijk gebruik maken van de rechtskeuzemogelijkheid wordt vermeld; de detacherende werkgever zou er immers voor kunnen kiezen via rechtskeuze (ook) bij langdurige detachering het recht van de zendstaat (dat dan, hypothetisch, materieel gunstiger is voor de werknemer) toepasselijk te maken op de arbeidsovereenkomst. Dergelijke rechtskeuze zou uiteenlopende elementen van het arbeidsrecht van de zendstaat toepasselijk kunnen houden. In de Nederlandse reactie bij het voorstel wordt over de consequenties van het voorstel gesteld ‘Detacheringen tussen landen met gelijkwaardige arbeidskosten zullen in de praktijk nauwelijks geraakt worden, omdat meestal ruim boven het wettelijk minimum of de harde kern van de arbeidsvoorwaarden wordt betaald.’ Maar het gaat bij dit alles niet alleen om de hoogte

van salaris. Het kan bijvoorbeeld ook gaan om ontslagregelingen of bepaalde vormen van arbeidsbescherming die in het ene rechtssysteem wel, in het andere niet, of op een andere manier zijn voorzien, denk hierbij aan de kwestie in de zaak Schlecker.

Dit gebruik van de rechtskeuzemogelijkheid zou passen in een redenering waarbij uitgegaan wordt van toepasselijkheid van het vrij personenverkeer in een situatie van langdurige detachering. Het vrij verkeer van personen staat immers niet in de weg dat de migrerende werknemer beter behandeld wordt dan de lokale werknemer (Van Den Eeckhout, 2009). En voor zover mocht worden uitgegaan van toepasselijkheid van het vrij verkeer van diensten, kan worden herinnerd aan het Hof van Justitie stelde in de uitspraak Laval aangaande de mogelijkheid dat de werkgever op vrijwillige basis verdergaande bescherming biedt dan strikt gezien geboden is, dan wel de hypothese dat het recht van de zendstaat meer bescherming biedt dan de gastlidstaat.⁴⁵

In Nederland lijkt nog enige controverse te bestaan over de manier en de wijze waarop uitwerking moet worden gegeven aan een rechtskeuze, onder andere over de vraag hoe te handelen als de dwingende bepalingen van het gekozen recht materieel gunstiger zijn voor de werknemer dan de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht. Zo betoogde Strikwerda dat het in dat geval vanuit het belang van de rechtszekerheid aangewezen is toch de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht toe te passen. De advocaten-generaal bij het Hof van Justitie spraken zich echter in hun opinie bij de zaken Voogsgeerd/Schlecker zo uit dat in geval van rechtskeuze altijd een begunstigingsbeginsel geldt en het voor de werknemer meest gunstige recht moet worden toegepast (Van Den Eeckhout, 2012).

Indien alsnog bij hantering van de rechtskeuze complicaties mochten ontstaan, kan de ontsnappingsclausule mogelijk een uitweg bieden, zo zou nog kunnen worden geredeneerd. In deze 'spiegelbeeldsituatie' lijkt de ontsnappingsclausule dus, mocht het voorstel van de Commissie doorgang vinden en bij langdurige detachering daadwerkelijk en in eerste instantie het recht van de gastlidstaat (normaal) toepasselijk worden geacht, een manier om de rechtspositie van de werknemer te verbeteren c.q. 'goed te houden'. Terwijl in de situatie dat een werknemer wordt gedetacheerd van een land met lage arbeidsbescherming naar een land met hoge arbeidsbescherming inschakeling van de ontsnappingsclausule vooral een risico lijkt te kunnen inhouden op het punt van arbeidsbescherming van de werknemer. Inschakeling van de ontsnappingsclausule kan, zo bekeken, in deze spiegelbeeldsituatie dus nuttig zijn in die zin dat het de werknemer kan garanderen dat niet op enig moment een terugslag komt in rechtsbescherming in geval van langdurige detachering.⁴⁶

Inschakeling van de ontsnappingsclausule sluit aldus goed aan bij zowel het vrij verkeer van personen als diensten, mocht een van deze vrijheden ingeroepen worden. Zoals opgemerkt, staat vrijheid van personenverkeer niet in de weg dat een migrerende werknemer beter behandeld wordt dan lokale werknemers; en vrijheid van dienstenverkeer kan toepasselijkheid van het recht van de zendstaat, middels inschakeling van de ontsnappingsclausule, mogelijk ondersteunen in plaats van blokkeren.

Mogelijk punt van aandacht hierbij is nog wel de redenatie dat het vrij verkeer van diensten wordt bevorderd door het stellen en hanteren van zekere, voorzienbare, transparante regels. De ontsnappingsclausule die in de ipr-systematiek van het EVO-verdrag c.q. Rome I is voorzien, maakt een element van flexibiliteit uit dat minder voorzienbaar en als techniek daarmee mogelijk minder passend is in een systeem dat het vrij verkeer van diensten zou willen bevorderen.⁴⁷ Uiteindelijk weten werkgever en werknemer, als de mogelijkheid tot inschakeling van een ontsnappingsclausule open staat, eventueel pas wat het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht is op het moment dat een rechter daar uitspraak heeft over gedaan. In zoverre bij langdurige detachering, vallend buiten het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn, wel nog sprake is van de gelding van het vrij verkeer van diensten is dit mogelijk een punt van aandacht, want een element van onvoorspelbaarheid en onzekerheid.

Opmerkelijk hierbij, bekeken vanuit ipr-oogpunt, is nog dat advocaat-generaal Wahl in de zaak Schlecker, redenerend vanuit een oogpunt van ipr-'bescherming' van de werknemer, benadrukte dat flexibiliteit juist bij hantering van ipr-regels inzake arbeidsrecht als bijzonder pertinent moet worden beschouwd. De advocaat-generaal legt hierbij zijn visie bloot over de verhouding van ipr-beschermingsregels ten aanzien van de klassieke, aloude Savigniaanse verwijzingsregels (Van Den Eeckhout, 2014). De betrachting tot rechtszekerheid vanuit het vrij dienstenverkeer lijkt hier enigszins in botsing te komen met de visie van de advocaat-generaal over hoe het ipr zich zou dienen op te stellen, met name inzake de in de ipr-systematiek opgenomen flexibiliteit. Het uitbrengen van een rechtskeuze, toegelaten binnen de ipr-

systematiek, in de situatie dat een werknemer wordt gedetacheerd vanuit een lidstaat met hoge arbeidsbescherming naar een land met lagere arbeidsbescherming, lijkt in die zin mogelijk beter aan te sluiten bij de gevraagde transparantie en rechtszekerheid. Daar dient bij te worden aangetekend dat, zoals aangegeven, aan de precieze uitwerking die aan een rechtskeuze moet worden gegeven, mogelijk weer andere complicaties kleven. In de beslissing hoe een rechtskeuze te laten uitwerken steunen op rechtszekerheid in de zin die Strikwerda eerder deed in zijn visie op de uitwerking van rechtskeuzes, zou bovendien mogelijk leiden tot minder vergaande arbeidsbescherming dan inschakeling van een ontsnappingsclausule die het gehele arbeidsrecht van de zendlidstaat toepasselijk maken. 'Rechtszekerheid' in de zin van het toelaten van een rechtskeuze die kan leiden tot de gehele en onbetwistbare toepasselijkheid van het recht van de zendstaat, een vorm van rechtszekerheid waarvan kan worden gesteld dat deze ten gunste komt van de rechtszekerheid die het nastreven van het bevorderen van het vrij verkeer van diensten lijkt te verlangen, komt zo op gespannen voet te staan met 'rechtszekerheid' in het ipr-arbeidsrecht zoals Strikwerda voor ogen stond. Maar dit past mogelijk weer zeer wel bij het ipr-begunstigingsconcept dat advocaat-generaal Wahl huldigt in zijn visie op de werking van rechtskeuzes in het arbeidsrecht.⁴⁸

Flexibel omgaan met, dan wel instrumenteel inzetten van de ipr-flexibiliteit?

Ik teken hierbij nog aan dat in de situatie dat een werknemer wordt gedetacheerd vanuit een land met lage arbeidsbescherming naar een land met hoge arbeidsbescherming, navolging van de ipr-visie van advocaat-generaal Wahl in zijn opinie bij de zaak Schlecker, voor zover de advocaat-generaal dergelijke visie eveneens zou willen huldigen in situaties van (langdurige) detachering, kan leiden tot een resultaat dat de Commissie wellicht niet voor ogen zal hebben gestaan. De manier waarop Wahl in de zaak Schlecker pleitte voor flexibiliteit in het ipr en toepassing wilde geven aan de ontsnappingsclausule, op een manier dat de ontsnappingsclausule ook zou kunnen worden ingeschakeld indien dit zou leiden tot een voor de werknemer materieel ongunstig(er) resultaat dan toepassing van het recht van het land van gewoontelijke tewerkstelling, houdt het risico in dat het door het Commissievoorstel nagestreefde resultaat niet bereikt wordt. De visie die de Nederlandse advocaat-generaal Strikwerda bij de Hoge Raad in deze zaak verdedigde (dat de ontsnappingsclausule in een geval als de zaak Schlecker geen toepassing zou moeten kunnen krijgen, vanuit een idee van bescherming van de werknemer) past beter in de logica van het voorstel, maar staat dan mogelijk weer haaks op de wil tot inschakelingsmogelijkheid van de ontsnappingsclausule in situaties van langdurige detachering waarbij een werknemer vanuit een land met hoge arbeidsbescherming naar een land met lagere arbeidsbescherming wordt gedetacheerd.⁴⁹ De visie van Strikwerda inzake de hantering van de ontsnappingsclausule past, kortom, goed bij het voorstel voor wat betreft het type detachering van 'laag' naar 'hoog', maar zijn visie inzake de hantering van de rechtskeuzemogelijkheid past niet goed bij de spiegelbeeldsituatie. De visie van Strikwerda is bijgevolg vooral problematisch indien men in de spiegelbeeldsituatie nog steeds wil kunnen bereiken dat de werknemer bij langdurige detachering geheel en al onderworpen blijft aan het recht van de zendstaat. Hiervoor lijkt in de ipr-visie van Strikwerda geen ruimte te bestaan.

De visie van Wahl op de werking van de rechtskeuze past goed indien men in de spiegelbeeldsituatie de werknemer onderworpen wil kunnen houden aan het recht van de zendstaat. De visie van Wahl op de werking van de ontsnappingsclausule houdt echter mogelijk risico's in voor de situatie waarbij een werknemer langdurig van 'laag' naar 'hoog' wordt gedetacheerd. Het idee van Wahl over de manier waarop werknemers best 'beschermd' worden in het ipr, strookt niet goed met de betrachtingen van het Commissievoorstel. Al bij al zou dus de ipr-visie van Wahl inzake de rechtskeuze, gecombineerd met de ipr-visie van Strikwerda inzake de ontsnappingsclausule, mogelijk toelaten het door het Commissievoorstel nagestreefde doel ipr-theoretisch te onderbouwen. Andere onderbouwingen zijn mogelijk, zoals over de manier waarop de ontsnappingsclausule dient te worden ingeschakeld of via ipr-visies waarbij verdedigd wordt dat de ontsnappingsclausule alleen mag en kan worden ingeschakeld indien toepassing ervan leidt tot een voor de werknemer materieel gunstig(er) resultaat.⁵⁰ In die optiek wordt het ipr explicieter doordrongen van de moderne ipr-techniek van begunstiging van een welbepaald resultaat of een zwakke partij. Het is ook denkbaar dat dergelijke richtlijnen over hoe ipr-regels dienen te worden toegepast, eventueel in de preambule van een aangepaste Rome I worden opgenomen.⁵¹ Voor zover beroep op het vrij verkeer van personen daadwerkelijk mogelijk zou zijn, zou het inroepen van die vrijheid een en ander van het bovenstaande mee kunnen helpen onderbouwen en ondersteunen.

Meer algemeen gesteld zou het geven van uitwerking aan het vrij verkeer van personen, voor zover hier aan de orde, mede onderbouwing kunnen geven aan hetgeen het Commissievoorstel aan te hanteren ipr-regels inzake toepasselijk recht voor ogen staat.⁵²

De zoektocht naar de toekomstige rol van het ipr

In het voorgaande formuleerde ik een reeks opmerkingen over hoe het vrij verkeer van personen en het vrij verkeer van diensten zich zouden kunnen verhouden tot diverse ipr-regels en ipr-technieken, zoals de techniek van de ontsnappingsclausule en de techniek van de rechtskeuze. Het lijkt mij belangrijk helder te krijgen in welke situaties precies het vrij verkeer van personen en/of het vrij verkeer van diensten geldt en, indien daadwerkelijk van toepassing, of en zo ja op welke wijze elk van deze vrijheden impact zou kunnen hebben op de te hanteren ipr-regels. Dit past in een breder te voeren analyse over de verhouding van de Europese fundamentele vrijheden tot het ipr; een analyse die tevens in andere deelgebieden van het ipr dan het internationaal arbeidsrecht kan worden doorgevoerd.

Beantwoording van de vraag in hoeverre de voornemens van de Commissie in het ipr en de daarin aan de gang zijnde ontwikkelingen ingepast kunnen worden, lijkt mede af te hangen van de visie die in het ipr wordt aangehangen inzake ‘bescherming’ van werknemers. Die visie lijkt nog in ontwikkeling te zijn en is niet tot volle wasdom gekomen. Zo is er nog controverse te bespeuren over bijvoorbeeld de manier waarop het beschermingsidee in het internationaal arbeidsrecht zich verhoudt tot het idee van begunstiging en tot het aloude Savigniaanse model. De mate waarin het voorstel van de Europese Commissie wel of niet kan worden ingepast in en aansluiting kan vinden bij ipr-visies, hangt mede af van hoe het ‘beschermingsidee’ van zwakke partijen als de werknemer in het ipr verder gestalte zal krijgen, de mate ook waarin het ‘begunstigingsidee’ (meer) kans krijgt in het internationaal arbeidsrecht (Van Den Eeckhout 2014 en Van Den Eeckhout 2015b). Zo kan volledige huldiging van het begunstigingsbeginsel het onmogelijk maken dat de ontsnappingsclausule nog wordt ingeroepen tot toepasselijk verklaring van het recht van het land van herkomst bij langdurige detachering van een land met lage arbeidsbescherming naar een land met hoge arbeidsbescherming. Huldiging van het begunstigingsbeginsel maakt inschakeling van de ontsnappingsclausule als het ware overbodig (indien de betrachting is de werknemer bij langdurige detachering aan het, in deze hypothese, materieel gunstiger recht van de zendstaat te onderwerpen) in situaties waarbij een werknemer langdurig wordt uitgestuurd van een land met hoge arbeidsbescherming naar een land met lage(re) arbeidsbescherming waarbij een rechtskeuze is uitgebracht voor het (materieel gunstiger) recht van de zendstaat.

Behoudens de al genoemde behoefte aan verheldering van de kwestie van de verhouding van de ipr-regels met de Europese fundamentele vrijheden, lijkt ook de verheldering van hoe het idee van bescherming van de werknemer in het ipr precies moet worden begrepen (en in hoeverre het begunstigingsbeginsel kan spelen bij toepassing van de diverse geledingen van het 6 EVO-verdrag en Rome I) belangrijk; dit overigens niet alleen in situaties van langdurige detachering, maar ook meer algemeen bij de ipr-regulering van de rechtspositie van werknemers wiens arbeidsverhouding zich in een grensoverschrijdende context afspeelt.

Een dergelijke analyse past in een breder te voeren analyse van bescherming van zwakke partijen, al dan niet (reeds) als zodanig als zwakke partijen in het ipr onderkend. De discussie speelt bijvoorbeeld eveneens in de thematiek van Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen, waar slachtoffers van de handelwijze van multinationals als ‘zwakke partijen’ hun recht proberen te doen gelden en middels ipr-regels in hun pogingen gefaciliteerd dan wel geblokkeerd kunnen worden.

Een eerste stap in de analyse is de onderkenning van de rol die het ipr speelt. Ligt in de bestudering van en discussie over toekomstige ontwikkelingen in het ipr een missie voor belangenbehartigers van zwakkeren en rechtsbehoevenden met belangstelling voor het ipr? Daar waar ik in mijn analyse een aantal vragen heb opgeworpen zonder die te beantwoorden, zou ik, zonder aarzeling, die vraag met een volmondig ‘ja’ willen beantwoorden.

Literatuur

- De Baere G (2004) Is This a Conflict Rule which I see Before Me? Looking for a Hidden Conflict Rule in the Principle of Origin as Implemented in Primary European Community Law and in the “Directive on Electronic Commerce”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 11(3): 287-319.
- Van Calster G (2016) Commission effectively supplements Rome I using the posted workers Directive. Defines “temporary employment” as not exceeding 24 months. Available at: <https://gavclaw.com/2016/04/14/commission-effectively-supplements-rome-i-using-the-posted-workers-directive/> (accessed 14 August 2016)
- Defossez A (2015) Les rapports entre la directive détachement et le Règlement Rome I: on efface tout et on recommence? In: Bergé JS, Francq S and Gardenes Santiago M (eds) *Boundaries of European private international law/Les frontières de droit international privé européen/Las fronteras del derecho internacional privado europea*. Bruxelles: Bruylant, pp. 483-504.
- Van Den Eeckhout V (2002) De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht. Ontwikkelingen aan het begin van een nieuw decennium. *Migrantenrecht*: 144-158.
- Van Den Eeckhout V (2003) Gelijkheid in het internationaal privaatrecht: een kritiek op de gangbare structurering van het debat. *Nemesis* 5-6: 177-189.
- Van Den Eeckhout V (2005) Internationaal privaatrecht: een discipline in de luwte of in de branding van heftige juridisch-maatschappelijke debatten? *FJR* 92: 236-244.
- Van Den Eeckhout V (2009) 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, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1534024 (accessed 14 August 2016)
- Van Den Eeckhout V (2010) Navigeren doorheen artikel 6 EVO-verdrag c.q. artikel 8 Rome I: mogelijkheden tot sturing van toepasselijk arbeidsrecht. Een analyse vanuit de vraag naar de betekenis voor het internationaal arbeidsrecht van de zaak Intercontainer Interfrigo (C-133/08). *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 9(1): 49-64.
- Van Den Eeckhout V (2012) Enkele beschouwingen naar aanleiding van diverse recente Europese en Nederlandse uitspraken in het internationaal arbeidsrecht (Koelzsch, Voogsgeerd, Vicoplus, Nuon-rechtspraak en zaak FNV/De Mooij). Welke (nieuwe) argumentatiemogelijkheden voor werknemers tot opeisen van (meer) arbeidsrechtelijke bescherming in internationale situaties? *Tijdschrift Academie voor Arbeidsrecht* (april 2012): 31.
- Van Den Eeckhout V (2014) De ontsnapingsclausule van artikel 6 lid 2 EVO: hoe bijzonder is de zaak Schlecker? *Tijdschrift Recht en Arbeid* 4: 3-8.
- Van Den Eeckhout V (2015a) The “Right” way to go in international labour law – and beyond. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2616641 (accessed 14 August 2016)
- Van Den Eeckhout V (2015b) The ‘Right’ way to go in international labour law – and beyond. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643542 (accessed 14 August 2016)
- Van Den Eeckhout V (2016a) Modelling van internationaal privaatrecht: een enkele ipr-technische aantekening bij het voorstel tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn. In: NJBlog. <http://njb.nl/blog/modellering-van-internationaal-privaatrecht-een.19445 lynkx> (accessed 14 August 2016)
- Van Den Eeckhout V (2016b) I could be brown, I could be blue, I could be violet sky – over een paradigmaverschuiving in het internationaal privaatrecht. In: NJBlog. <http://njb.nl/blog/i-could-be-brown-i-could-be-blue-i-could-be-violet.19621 lynkx> (accessed 14-8-2016)
- Enneking LFH (2009) Crossing the Atlantic? The political and legal feasibility of European foreign direct liability cases. *The George Washington International Law Review* 40(4): 928.
- Ho-Dac M (2016) La directive d’exécution relative au détachement des travailleurs et le droit international privé: une relation à approfondir. *Revue de l’Union Européenne* 595: 103-108.
- Van Hoek AAH & Houwerzijl MS (2011) Comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union. <http://csdle.lex.unict.it/docs/labourweb/Comparative-study-on-the-legal-aspects-of-the-posting-of-workers-in-the-framework-of-the-provision-of-services-in-the-european-union/657.aspx> en <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?pager.offset=0&langId=en&mode=advancedSubmit&advSearchKey=PoWStud> (accessed 14 August 2016).
- Van Hoek AAH (2014) Private International Law: An appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union? *Erasmus Law Review* 7(3): 157-169.
- Houwerzijl MS (2011) Het arrest-Vicoplus: bij grensoverschrijdende uitzendarbeid is zowel het vrij verkeer van werknemers als het vrij verkeer van diensten van toepassing. *NTER* 8: 259-265.
- Kullmann M (2015) Tijdelijke grensoverschrijdende detachering en gewoonlijk werkland: over de verhouding tussen de Rome I-Verordening en de Detacheringsrichtlijn en de rol van de Handhavingsrichtlijn. *NIPR* 33(2): 205-216.
- Laagland FG (2012) Grenzeloze problemen bij grensoverschrijdende arbeid. De IPR-systematiek van het EVO-Verdrag en de Rome I Verordening nader beschouwd, HR 3 februari 2012, LJN BS8791, JAR 2012/69 (Schlecker/Boedeker). *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 3: 63-78.
- Van Overbeeke F (2012) *Over argumentatiemogelijkheden binnen artikel 6 EVO. Hoe te balanceren over en langs het machtsblok van het vrije verkeer, op naar een socialer klimaat*. Masterthesis, Universiteit Leiden, the Netherlands.
- Van Overbeeke F (2013) IPR als instrument ter versterking van de positie van de gedetacheerde werknemer in het web van het vrije verkeer. *Tijdschrift voor sociaal recht* 3: 699-751.
- Van Overbeeke F (2014a) Over de interactie tussen het IPR en de bepalingen van het vrij verkeer, toegespitst op internationale arbeidsovereenkomsten. *Rechtskundig Weekblad* 17: 643-652.
- Van Overbeeke F (2014b) Het toepasselijk recht op gedetacheerde werknemers na de Handhavingsrichtlijn inzake de Detacheringsrichtlijn. *Arbeidsrecht* 44: 1-8.
- Van Overbeeke F (2016) Maakt “gelijke werkplek gelijk loon” voor eens en altijd einde aan sociale dumping? *De Juristenkrant* 123: 11.
- Pieters C (2016) *De verhouding tussen het internationaal privaatrecht en de Europese vrijheden in het arbeidsrecht*. Thesis, Universiteit Antwerpen, Belgium.

¹ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, COM(2016)128final, 8 maart 2016. Zie het bijhorende Commission Staff Working Document Impact Assessment SWD(2016)52final, 8 maart 2016 en het Informatieblad ‘Herziening detachingsrichtlijn – veelgestelde vragen’, via http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_nl.htm. Voor meer informatie vanuit Nederland, zie https://www.europa-nu.nl/id/vk2aqy964tui/herziening_detachingsrichtlijn

² Persbericht te raadplegen via http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-466_nl.htm

³ In deze bijdrage bouw ik voort op eerdere publicaties, vooral Van Den Eeckhout 2009.

⁴ Het 1^e lid van het nieuwe artikel 2 bis Detachingsrichtlijn zou dan luiden: ‘Wanneer de verwachte of daadwerkelijke duur van de terbeschikkingstelling meer dan 24 maanden bedraagt, wordt de lidstaat op het grondgebied waarvan een werknemer ter beschikking is gesteld geacht het land te zijn waarin hij of zij het werk gewoonlijk uitvoert.’ Voor toepassing van artikel 2. bis lid 1 moet ook worden gekeken naar het bepaalde in artikel 2 bis lid 2 over de berekening van de duur van de terbeschikkingstelling.

⁵ Waarbij bv. evenals bij detachering van langer dan 24 maanden de vraag kan rijzen of zij binnen of buiten het toepassingsgebied van de Detachingsrichtlijn (kunnen) vallen en zo ja hoe vervolgens te handelen. Over het fenomeen van werknemers die uitsluitend voor detachering worden aangeworven, zie Laagland in haar commentaar bij Rb. Midden-Nederland 18 maart 2015, *JAR* 2015/83 (ook in *Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk* 2015, afl. 4, 187), Van Den Eeckhout 2012, met een verwijzing naar Van Den Eeckhout 2009.

⁶ EVO is het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, ter ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980, *Trb.* 1980, PB 1980, L266, blz. 1. Rome I is de 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, *PbEG* L 177, blz. 6. In de tekst wordt gesproken over Rome I, behoudens de gevallen waar EVO afzonderlijk genoemd dient te worden.

⁷ Kullmann 2015 en Van Hoek 2014 bespreken enkele aandachtspunten en concluderen dat veel onduidelijkheid bestaat over de relatie tussen Rome I en de Detachingsrichtlijn. Zie mijn uitgebreide analyse: Van Den Eeckhout 2009. Over de verwevenheid met de Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2014/67/EU van 15 mei 2014 inzake de handhaving van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1024/2012 betreffende de administratieve samenwerking via het Informatiesysteem interne markt, *Pb* L 159/11.) zie Ho-Dac 2016.

⁸ Van Overbeeke 2016. Voor het ETUC-standpunt: <https://www.etuc.org/press/posted-workers-revision-%E2%80%93-equal-pay-some#.VyUAnctf02w>.

⁹ Zie http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-467_nl.htm

¹⁰ ‘Fiche 3: wijziging Detachingsrichtlijn’ (BNC-fiche) van maart 2016 is aangeboden op 4 april 2016, zie

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/04/04/aanbiedingsbrief-bij-het-bnc-fiche-wijziging-detachingsrichtlijn>

¹¹ Van Hoek en Houwerzijl (2011, p. 18): ‘The PWD is built on the presumption that during the posting the worker will be protected by the labour law provisions of the country in which he normally works (see Article 2.1).’ Over de Detachingsrichtlijn en de bepalingen van het EVO-verdrag, zie Van Den Eeckhout 2009. Aldaar zet ik uiteen hoe ipr zowel aan de basis zou kunnen liggen van situaties van sociale dumping alsook sociale dumping zou kunnen verhelpen. Ik beschreef o.a. hoe geschakeerd de ipr-bepalingen van het EVO-verdrag zijn.

¹² Artikel 8 lid 2 Rome I verordening luidt: ‘Voor zover het op een individuele arbeidsovereenkomst toepasselijke recht niet door de partijen is gekozen, wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht. Het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht wordt niet geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht.’ Cfr. het nagenoeg gelijklopende artikel 6 lid 2 sub a EVO-verdrag. Zie over de invulling van de bepaling in het EVO-verdrag en Rome I waarbij in een geval van tijdelijke tewerkstelling in een bepaald land nog steeds het recht van een ander land (het land van ‘oorsprong c.q. herkomst’, land van gewoontelijke tewerkstelling) toepasselijk kan worden bevonden Van Overbeeke 2016, Van Hoek en Houwerzijl 2011 en Ho-Dac 2016.

¹³ Voornamelijk in de uitspraken Viking, Laval, Rüffert en C./Luxemburg van het Hof van Justitie. Zie o.a. over de vraag in hoeverre in die rechtspraak sprake is geweest van en uitgegaan is van een ‘ipr-oorsprongslandbeginsel’, evenals over de vraag in hoeverre het EVO-verdrag zelf een ‘oorsprongslandbeginsel’ hanteert en in hoeverre deze rechtspraak van het Hof het ipr negeert c.q. het ipr hier in het defensief wordt gesteld Van Den Eeckhout 2009. Zie ook Van Overbeeke 2013 en Van Overbeeke 2014a, evenals Van Hoek 2014, p. 167-168. Inschakeling van het vrij verkeer van diensten kan nuttig zijn om gedetacheerde werknemers toe te laten in de zin dat geen tewerkstellingsvergunning vereist is. Dit kan haaks komen te staan op toepassing van arbeidsvoorwaarden van het gastland waar wordt gewerkt.

¹⁴ Cfr. Kantonrechter Rechtbank Oost-Brabant, ’s-Hertogenbosch 8 januari 2015, *JAR* 2015/29 (inzake Hongaarse vrachtwagenchauffeurs), met annotatie van E.J.A. Franssen (cfr. de eerdere zaak FNV/De Mooij, inzake Poolse werknemers), waarin argumentaties werden gehouden Nederland als land van gewoontelijke tewerkstelling te beschouwen (met kritiek van E.J.A. Franssen op het tegelijk toepasselijk beschouwen van de Detachingsrichtlijn).

¹⁵ <https://www.etuc.org/press/posted-workers-revision—equal-pay-some#.VyUAnctf02w>

¹⁶ Zie bv. de zaak FNV/De Mooij (Kantonrechter Venlo 10 augustus 2011, *JAR* 2011/234, m.n. E. Franssen).

¹⁷ In het impact assessment wordt het effect van de druk van het vrij verkeer van diensten dat men denkt te moeten honoreren, in acht genomen, waar in het bijzonder in de context van intraconcern-detachering wordt opgemerkt dat een volledig doorvoeren van het principe van gelijk loon voor hetzelfde werk op dezelfde plaats zou botsen met het vrij verkeer van diensten. Kennelijk vindt men dat het vrij verkeer van diensten vereist en rechtvaardigt dat betrokken werknemers een tijdlang alleen aan de harde kern van de Detachingsrichtlijn worden onderworpen, zonder meteen onderworpen te worden aan alle bepalingen van het arbeidsrecht van het werkland.

¹⁸ Overweging nr. 8 van de preambule (waarin o.a. is opgenomen: ‘Het doel is louter rechtszekerheid te creëren bij de toepassing van de Rome I-verordening in een specifieke situatie zonder die verordening op een of andere manier te wijzigen’). Zie eveneens het persbericht van de ETUC (<https://www.etuc.org/press/posted-workers-revision—equal-pay-some#.Vz9XfTJk2x>) waarin gesteld wordt dat het gaat om de oplossing van een interpretatieprobleem.

¹⁹ Zie de suggestie van Van Calster de voorgestelde regel (ook) op te nemen in een nieuwe versie van Rome I (zie Van Calster 2016). Hierbij dient opgemerkt dat Van Calster het voorgestelde formuleert als gaat het om ‘not exceeding’. Zie ook de Nederlandse reactie waar sprake is van een ‘maximale’ termijn – bij een korter durende detachering dan 24 maanden zou dan mogelijk al tot eenzelfde slotsom kunnen worden gekomen als hetgeen nu wordt voorzien in het voorstel voor detachering van langer dan 24 maanden: bij een detachering van langer dan 24 maanden dan sowieso het door de Commissie voorgestelde procedé; bij een kortere detachering mogelijk al niet meer sprake van tijdelijkheid?

²⁰ Door het inbouwen van het procedé in een regeling die steunt op vrij verkeer van diensten (zoals in het voorstel het geval is) zou dan, zo kan worden geredeneerd, gegarandeerd zijn dat het invoeren van het vrij verkeer van diensten niet alsnog het resultaat onderuit kan halen; cfr., mutatis mutandis, het vastleggen van de harde kern bepalingen van de Detachingsrichtlijn – zij het dat dus nu, in het geval van langdurige detachering, een regeling wordt getroffen voor een situatie die zelf buiten het toepassingsgebied van de Detachingsrichtlijn valt.

²¹ Zie de weergave hiervan door Van Hoek 2014 die stelt: ‘The enforcement directive inter alia contains an operationalisation of the concepts of posting and posted worker, limiting the application of the PWD to situations of genuine posting. The clarification of the scope of the PWD led to

a discussion on the legal position of workers employed in the context of cross-border service provisions who do not fulfil the requirements of a genuine posting. The parliamentary documents show a three-fold opinion on this matter. Some MEPs advocated that host state law should apply in full. This position supports the call for equal treatment between locally hired and posted workers. Others advocated that a comparison should be made between home state and host state law, giving precedence to the law offering better protection. Finally, the third opinion, which turned into law at the adoption of the directive, refers to the Rome I Regulation with regard to the issue of applicable law. The exact implications of this latter position for the interpretation of Articles 8 and 9 Rome I Regulation are yet unclear, though.' In casu lijkt gekozen te zijn voor de derde weg, met daarbij het idee dat middels het gehanteerde procedé van aanduiden van de gastlidstaat als land van gewoontelijke tewerkstelling en toelaten van de rechtskeuze ook de eerste en tweede optie zijn geïncorporeerd.

²² Artikel 2 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn bepaalt immers dat, voor de toepassing van deze richtlijn onder 'ter beschikking gestelde werknemer' wordt verstaan, 'iedere werknemer die gedurende een bepaalde periode werkt op het grondgebied van een lidstaat die niet de staat is waar die werknemer gewoonlijk werkt.'

²³ Zie het kritisch commentaar van E.J.A. Franssen bij Kantonrechter Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch 8 januari 2015, *J-AR* 2015/29 (inzake Hongaarse vrachtwagenchauffeurs) en de eerdere zaak FNV/De Mooij (inzake Poolse werknemers), waarin beargumenteerd werd Nederland als land van gewoontelijke tewerkstelling te beschouwen. Over de kwestie van enerzijds, de aanduiding van een bepaald recht als toepasselijk recht en, anderzijds, de toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn (in beide richtingen: sluit de aanduiding van een bepaald toepasselijk arbeidsrecht de mogelijkheid uit van toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn en sluit toepasselijkheid van de Detacheringsrichtlijn uit dat een bepaald recht als toepasselijk kan worden aangeduid?), zie Van Den Eeckhout 2009. Over de verhouding tot de vrije dienstverlening en de rechtspraak van het Hof van Justitie in de zaken Viking, Laval, Rüffert en C./Luxemburg, Van Den Eeckhout 2015 b.

²⁴ Indien de Detacheringsrichtlijn niet meer van toepassing zou zijn, zou men meteen verlost zijn van een mogelijke beperking van de Detacheringsrichtlijn als maximum. Zie Van Den Eeckhout 2009.

²⁵ Zie met name considerans nr. 8: 'Met het oog op de lange looptijd van bepaalde terbeschikkingstellingen is het noodzakelijk vast te stellen dat wanneer de terbeschikkingstelling langer duurt dan 24 maanden, de gastlidstaat wordt geacht het land te zijn waar het werk wordt uitgevoerd', en vervolgens 'Volgens het beginsel van de Rome I-verordening is daarom het recht van de gastlidstaat van toepassing op de arbeidsovereenkomst van die ter beschikking gestelde werknemers indien de partijen geen andere rechtskeuze hebben gemaakt.' Ook wordt toegevoegd: 'Dit moet van toepassing zijn vanaf het begin van de terbeschikkingstelling wanneer die voor meer dan 24 maanden is gepland en vanaf de eerste dag na de 24 maanden wanneer de terbeschikkingstelling daadwerkelijk langer duurt. Dit voorschrift doet geen afbreuk aan het recht van ondernemingen die werknemers op het grondgebied van een andere lidstaat ter beschikking stellen om ook vrijheid van dienstverrichting in te roepen in omstandigheden waarbij de terbeschikkingstelling langer dan 24 maanden duurt. Het doel is louter rechtszekerheid te creëren bij de toepassing van de Rome I-verordening in een specifieke situatie zonder die verordening op een of andere manier te wijzigen. De werknemer zal met name de bescherming en de voordelen van de Rome I-verordening genieten.' (cursivering auteur). In de considerans is voorts te lezen: 'Het doel is louter rechtszekerheid te creëren bij de toepassing van de Rome I-verordening in een specifieke situatie zonder die verordening op een of andere manier te wijzigen.' Als het dan al niet de bedoeling was de regels van het EVO-verdrag en Rome I te wijzigen, was het kennelijk middels het gehanteerde procedé wel de bedoeling effect te sorteren op het toepasselijk recht dat naar de toekomst toe langdurige detachering zou gaan beheersen. Onder punt 7 van de toelichting staat een vergelijkbare formulering: 'Volgens de bepalingen van de Rome-I-verordening is daarom het arbeidsrecht van de gastlidstaat van toepassing op de arbeidsovereenkomst van die ter beschikking gestelde werknemer indien de partijen geen andere rechtskeuze hebben gemaakt. Indien een andere keuze is gemaakt, mag dat echter niet tot gevolg hebben dat de werknemer de bescherming wordt ontnomen die hem wordt geboden door bepalingen waarvan volgens de wet van de gastlidstaat niet bij overeenkomst kan worden afgeweken.'

²⁶ Zie, over de interactie van de Handhavingsrichtlijn met regels van toepasselijk recht, Ho-Dac 2016. Zie ook over de op gedetacheerde werknemers toepasselijke regels van arbeidsrecht na de Handhavingsrichtlijn, tevens ingaand op (de effecten van) wat is bepaald in de elfde considerans van de Handhavingsrichtlijn: 'Wanneer er geen sprake is van een daadwerkelijke detachering en sprake is van conflicterende wetgevingen, moet terdege rekening worden gehouden met de bepalingen van Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad ("Rome I") (1) of het Verdrag van Rome (2), die beogen te waarborgen dat werknemers de bescherming blijven genieten die hen wordt geboden door bepalingen waarvan niet kan worden afgeweken op grond van een overeenkomst of waarvan alleen kan worden afgeweken in hun voordeel. De lidstaten moeten er zorg voor dragen dat bepalingen worden vastgesteld die een adequate bescherming bieden aan werknemers die niet daadwerkelijk worden gedetacheerd.' Van Overbeeke 2014.

²⁷ Overigens kan worden opgemerkt dat in de preambule van de huidige versie van Detacheringsrichtlijn artikel 6 EVO-verdrag – inclusief de mogelijkheid van rechtskeuze – anders dan hierna zal blijken bij het voorstel tot wijziging van Detacheringsrichtlijn, correct wordt weergegeven.

²⁸ Zie inzake de in artikel 4 lid 3 onder c Handhavingsrichtlijn gebruikte referentie naar (de terminologie van) het EVO-verdrag en Rome I, Defossez 2015 (evenals zijn eerdere publicaties over de Handhavingsrichtlijn), Ho-Dac 2016 (kritisch over de manier van aanpak van de Handhavingsrichtlijn) en Kullmann 2015. Indien de in artikel 2 bis gebruikte terminologie geheel zou doorwerken in de in het EVO-verdrag en Rome I gebruikte terminologie en indien deze doorwerkt naar artikel 4 lid 3 onder c Handhavingsrichtlijn, zou een doorzetting in gang gezet kunnen zijn naar een element van de Handhavingsrichtlijn. In de Nederlandse reactie bij het voorstel van de Europese Commissie wordt de vraag opgeworpen hoe het voorstel zich verhoudt tot de bepaling inzake tijdelijkheid in artikel 8 lid 2 van Rome I.

²⁹ Over het element van de wil tot terugkeer als criterium, ook om te bepalen of er sprake is van tijdelijkheid – en dientengevolge vaststelling van het land van gewoontelijke tewerkstelling, zie Defossez 2015.

³⁰ Zie de reactie op het voorstel <http://www.slideshare.net/HansHemmes/2016-0408-brief-fnv-cnv-vcv-wijziging-detacheringsrichtlijn> waarin de visie naar voren komt dat de huidige ipr-regels zijn gebaseerd op het werklandbeginsel. De regels van het EVO-verdrag en Rome I zitten echter genuanceerd in elkaar; het werklandbeginsel lijkt wel degelijk het basisprincipe uit te maken van de regel van toepasselijk recht van het EVO-verdrag en van Rome I, maar de conflictregel is gevarieerder en gecompliceerder dan louter huldiging van dit principe.

³¹ Zie Defossez in de passage, over duur en vermoeden, evenals wil tot terugkeer, waar hij, in een bespreking van de Handhavingsrichtlijn, spreekt over een aanpassing van de Detacheringsrichtlijn; een aanpassing die hij weinig waarschijnlijk achtte. Zie ook Van Hoek en Houwerzijl 2011, p. 17.

³² Subsidiair in rangorde ten aanzien van de primaire aanknopng, zie de rechtspraak over artikel 6 EVO-verdrag van het Hof van Justitie in de zaken Koelzsch, Voogtsgeerd en Schlecker (HvJ EU 15 maart 2011, C-29/10 -Koelzsch/Luxemburg; HvJ EU 15 december 2011, C-384/10 - Voogtsgeerd/Navimer en HvJ EU 12 september 2013, C-64/12 - Schlecker).

³³ Zij het dat ze dat normaal toepasselijke recht zonder meer invullen als het recht van het werkland (terwijl dat onder omstandigheden volgens het EVO-verdrag en Rome I ook een ander recht zou kunnen zijn).

³⁴ In de Nederlandse reactie op het voorstel wordt in voetnoot 7 een zelfde denkfout over Rome I gemaakt en wordt de ontsnappingsclausule op eenzelfde manier genegeerd.

³⁵ Artikel 8 lid 1 Rome I Verordening wordt in de toelichting meteen ingevuld als zou op basis van artikel 8 lid 1 de werknemer niet de bescherming kunnen worden ontnomen van de bepalingen waarvan volgens 'de wet van de gastlidstaat' niet kan worden afgeweken. (cursivering auteur). Een gelijkaardige zienswijze blijkt uit de preambule. Minstens de dwingende bepalingen van het recht van het gastland zouden, in de

bedoelde situaties, op de betrokkene van toepassing zijn, zo lijken de toelichting en de preambule te willen duidelijk maken. Dit terwijl artikel 8 lid 1 spreekt over het de werknemer niet middels een rechtskeuze kunnen beroven van de bepalingen van 'het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van dit artikel toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze.' Hiervan kan niet bij overeenkomst worden afgeweken, zodat het volgens artikel 8 lid 1 zelf ook om de dwingende bepalingen van een ander recht dan het recht dat op basis van artikel 8 lid 2 toepasselijk zou zijn, zou kunnen gaan. Ook hier, bij het aanhalen van artikel 8 lid 1 Rome I verordening, lijkt in het voorstel het bestaan van artikel 8 lid 4 als het ware genegeerd te worden.

³⁶ Zelfs de dwingende bepalingen van het arbeidsrecht van de gastlidstaat zouden op deze manier niet normaal toepasselijk zijn, want een ander recht zou als het normaal toepasselijke recht kunnen worden aangeduid.

³⁷ Hier zou kunnen worden gesproken van een gat in de rechtsbescherming van deze werknemers. Waar eerder werd gesproken van een gat in de rechtsbescherming van gedetacheerde werknemers die gestuurd worden van een land met lage arbeidsbescherming naar een land met hoge arbeidsbescherming, een gat dat tot op bepaalde hoogte is opgevuld door de uitvaardiging van de Detacheringsrichtlijn, zou hier kunnen worden gesproken van een gat in de rechtsbescherming van werknemers die noch bescherming genieten van het arbeidsrecht van het gastland, noch van de harde kern bepalingen van de Detacheringsrichtlijn. Dergelijke werknemers dreigen dan geheel en al buiten wal en schip te vallen. Over de situatie van werknemers die op basis van de ontsnappingsclausule onderworpen worden aan het recht van het land van herkomst (als in een soort toepassing van het country of origin principe/de home country rule) en ook geen bescherming genieten van de Detacheringsrichtlijn omdat zij uit het toepassingsgebied daarvan blijken te vallen, zie Van Hoek 2014. Inschakeling van de voorrangsregels zou dan soelaas moeten bieden, waarbij zich mogelijk nog het effect zou kunnen laten gelden van de Europese fundamentele vrijheden. Zie: Van Den Eeckhout, 'Internationaal arbeidsrecht gemengd' (lange versie). Zie ook Van Den Eeckhout 2015 b over de mogelijke (neven)effecten van het aanduiden van een land als land van gewoontelijke tewerkstelling zonder dat het recht van dat land toepasselijk wordt verklaard (met inbegrip van mogelijke effecten op het zich wel of niet nog kunnen beroepen op de harde kern bepalingen van de Detacheringsrichtlijn).

³⁸ HvJ EU Schlecker 12 september 2013, C-64/12 (Schlecker), Van Den Eeckhout 2014. Daar wees ik reeds op mogelijke risico's van de Schlecker-uitspraak en wierp daar de vraag op of het zo is dat als er al zou worden in geslaagd op basis van de a-regel het recht van het land met hoge arbeidsbescherming toepasselijk te maken, de tenzij-clausule de werknemer alsnog zou kunnen terugwerpen op toepassing van het recht van het land met lage arbeidsbescherming? Ik wees daar echter ook op eventuele mogelijkheden die de uitspraak zou kunnen bieden.

³⁹ Over de mogelijke impact in de situatie na uitvaardiging van de Handhavingsrichtlijn zie Van Overbeeke 2014b. Er kan een aantal gelijkaardige opmerkingen inzake mogelijke impact van de ontsnappingsclausule worden geformuleerd – zij het dat hier vragen kunnen rijzen aangaande het mogelijk maken van een onderscheid (en onderkennen van mogelijke overlappingsen en interacties) tussen situaties die worden aangemerkt als zijnde geen 'daadwerkelijke' detachering (zie de bepalingen hierover in de Handhavingsrichtlijn) enerzijds, situaties die als langdurige detachering worden aangemerkt en vandaar op basis van de Detacheringsrichtlijn (via de daarin voorgestelde bepaling dat in geval van langdurige detachering de gastlidstaat als land van gewoontelijke tewerkstelling moet worden beschouwd) zouden worden uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Detacheringsrichtlijn, met mogelijke repercussies op het vlak van de inschakelingsmogelijkheid van vrij verkeer van personen en/of vrij verkeer van diensten evenals bij de invulling van de regels van toepasselijk recht van het EVO-verdrag en Rome I en vervolgens alsnog, toetsen van verenigbaarheid daarvan met de Europese fundamentele vrijheden. Is bijvoorbeeld bij de situatie dat een detachering niet als 'daadwerkelijke' detachering wordt aangemerkt, mogelijk überhaupt geen sprake meer van een detacheringssituatie, terwijl bij langdurige detacheringen enkel geen sprake meer zou zijn van een detachering in de zin van de Detacheringsrichtlijn?

⁴⁰ Over de impact van het vrij verkeer van personen, Van Den Eeckhout 2012, 2014, 2015b en Laagland 2012.

⁴¹ Zie het impact assessment en de Nederlandse reactie op het voorstel, p. 2. Zie ook de uitspraak Vicoplus (11 februari 2011, C-307/09) van het Hof van Justitie (met daarin o.a. de verwijzing in nr. 10 naar de vroegere uitspraak Webb) en o.a. Houwerzijl 2011 en Van Den Eeckhout 2012.

⁴² Zie ook over het hanteren van de ontsnappingsclausule als een soort herkomstland principe, leidend naar de 'law of origin', Van Hoek 2014 (cfr. al supra) en over de mogelijkheid wel/niet een home country rule te onderkennen in de Schlecker-uitspraak, Van Den Eeckhout 2015b.

⁴³ Dit al dan niet met miskennis van het EVO-verdrag, al dan niet gesteund op een herkomstlandbeginsel en al dan niet vertaald en ingevuld in het EVO-verdrag als toepassing van artikel 6 lid 2b.

⁴⁴ Zie voor het opmerken van het effect van deze 'omgekeerde situatie', Pieters 2016.

⁴⁵ Zie nr. 81 van de uitspraak Laval (zij het in verhouding tot de harde kern bepalingen van de Detacheringsrichtlijn).

⁴⁶ Gewezen kan worden op voetnoot 6 van de Nederlandse reactie op het Commissievoorstel inzake sociale zekerheid van langdurig gedetacheerde werknemers, vooral inzake de mogelijkheid onder omstandigheden langer dan twee jaar aan het systeem van sociale zekerheid van het land van herkomst onderworpen te blijven. Bij toepassing van die regeling kan dan niet worden opgeworpen dat het nauwst betrokken recht na 24 maanden het recht van het gastland is omdat de betrokkene onderworpen is aan de sociale zekerheid van het gastland en de ontsnappingsclausule dus niet meer kan worden ingeschakeld. Denk ook aan de overweging in de Schlecker-uitspraak dat onder de belangrijke factoren rekening dient te worden gehouden met, onder andere, het land waar de werknemer is aangesloten bij de sociale zekerheid.

⁴⁷ In het proces van Europeanisatie van het ipr is de kwestie van flexibiliteit versus rechtszekerheid sowieso een punt van aandacht en discussie.

⁴⁸ Zie eerder advocaat-generaal Trstenjak in de conclusie bij Voogsgeerd.

⁴⁹ HR 3 februari 2012, LNJ BS8791, conclusie Strikwerda, *JAR* 2012/69. Strikwerda verdedigde ook, evenals AG Wahl, dat het niet uitmaakte welk recht materieel gunstig(er) zou zijn, zie Van Den Eeckhout 2014.

⁵⁰ Een visie die zowel door Strikwerda als door Wahl lijkt te worden afgewezen.

⁵¹ Wel of niet in combinatie met opname van een specifieke bepaling over de situatie van langdurige detachering in Rome I? Voor op- en aanmerkingen die kunnen worden gemaakt bij het onderbrengen van een bepaling over langdurige detachering in deze of gene zin in Rome I dan wel de Handhavingsrichtlijn dan wel de Detacheringsrichtlijn (of een specifieke richtlijn), zie diverse beschouwingen in deze bijdrage.

⁵² Ik ben slechts zijdelings ingegaan op de problematiek van de voorrangsregels. Het voorstel gaat niet in op de kwestie van voorrangsregels. Mogelijk wordt de kwestie van toepasselijkheid van voorrangsregels van de gastlidstaat als een niet terzake doende kwestie gezien, in het licht van wat de Commissie wil bewerkstelligen op het vlak van toepasselijk recht.