

# Tewerkstelling over de grenzen

Mr. F.J.L. Pennings (red.)

met bijdragen van:

Dr. H. van Hoogenbemt

Mr. E.P. Jansen

Prof. dr. W. Rauws

Mr. H. Voogsgeerd



Vlaamse  
Vereniging voor  
Arbeidsrecht



VERENIGING VOOR  
ARBEIDSRECHT





Tewerkstelling over de grenzen



Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht  
nr. 25

## Tewerkstelling over de grenzen

Mr. F.J.L. Pennings (red.)

met bijdragen van:

Dr. H. van Hoogenbemt

Mr. E.P. Jansen

Prof. dr. W. Rauws

Mr. H. Voogsgeerd

Uitgeverij Kluwer Deventer 1996

Aanbevolen citeertitel

Pennings, F.J.L. (red.); Tewerkstelling over de grenzen, Reeks VvA 25, Deventer 1996.

De uitgave van dit boek is mede mogelijk gemaakt door subsidie van de Europese Commissie.

Secretariaat VvA

Postbus 132, 3440 AC Woerden, tel.: 0348-421752, fax: 0348-434701

Omslagontwerp: Studio Anne Tryti, Haarlem

Editing: E.J. Heppner-Wentink

ISBN 90 312 1462 0

© 1996 Vereniging voor Arbeidsrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopie, opname, of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijk toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van een of meer gedeelten van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te richten tot: Kluwer B.V, Postbus 23, 7400 GA Deventer.

# Inhoudsopgave

|                                 |      |
|---------------------------------|------|
| Ten geleide . . . . .           | ix   |
| Voorwoord . . . . .             | xi   |
| Lijst van afkortingen . . . . . | xiii |

## Arbeidsrechtelijke aspecten van detachering van werknemers in/uit België en Nederland

F.J.L. Pennings

|       |                                                                                                 |    |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1     | Algemeen . . . . .                                                                              | 1  |
| 2     | De keuze van het toepasselijke arbeidsrecht . . . . .                                           | 3  |
| 2.1   | Welk recht is van toepassing? . . . . .                                                         | 3  |
| 2.2   | Het EVO-verdrag . . . . .                                                                       | 4  |
| 2.3   | Het toepasselijke recht als partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt . . . . .                  | 7  |
| 2.4   | Dwingende bepalingen . . . . .                                                                  | 8  |
| 2.4.1 | Beperking van vrijheid van rechtskeuze ter bescherming van de werknemer . . . . .               | 9  |
| 2.4.2 | Bijzonder dwingend recht (art. 7). . . . .                                                      | 15 |
| 2.5   | De verhouding van het EVO tot de richtlijn over detachering . . . . .                           | 19 |
| 3     | Doorwerking van cao's bij grensoverschrijdende arbeid . . . . .                                 | 20 |
| 3.1   | Algemeen . . . . .                                                                              | 20 |
| 3.2   | Wanneer is een cao van toepassing? . . . . .                                                    | 20 |
| 3.3   | Cao's in Nederland en België . . . . .                                                          | 23 |
| 3.3.1 | Nederland . . . . .                                                                             | 23 |
| 3.3.2 | België . . . . .                                                                                | 25 |
| 3.4   | Detachering in de sociale zekerheid . . . . .                                                   | 29 |
| 3.5   | De relevantie van detacheringsverklaringen voor het vraagstuk van de dubbele heffing . . . . .  | 29 |
| 3.6   | De benadering van het probleem van dubbele heffing via het vrije verkeer van diensten . . . . . | 33 |

|   |                                                                                          |    |
|---|------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4 | Misbruikmogelijkheden van detachering . . . . .                                          | 35 |
| 5 | Samenvattende inventarisatie van knelpunten bij<br>grensoverschrijdend verkeer . . . . . | 41 |
|   | Literatuur . . . . .                                                                     | 44 |

## Tewerkstelling van buitenlandse werknemers

W. Rauws

|   |                                                                       |    |
|---|-----------------------------------------------------------------------|----|
| 1 | Inleiding . . . . .                                                   | 47 |
| 2 | Korte historische schets . . . . .                                    | 49 |
| 3 | Bevoegdheid van de staat versus gewestelijke<br>bevoegdheid . . . . . | 52 |
| 4 | Toepassingsgebied . . . . .                                           | 55 |
|   | 4.1 België . . . . .                                                  | 55 |
|   | 4.2 Nederland . . . . .                                               | 59 |
| 5 | Aard van de wetgeving . . . . .                                       | 64 |
| 6 | Toegang tot de arbeidsmarkt . . . . .                                 | 70 |
|   | 6.1 België . . . . .                                                  | 70 |
|   | 6.2 Invloed van internationale overeenkomsten<br>in België . . . . .  | 72 |
|   | 6.3 Overige voorwaarden in België . . . . .                           | 74 |
|   | 6.4 Nederland . . . . .                                               | 75 |
|   | 6.5 Facultatieve weigeringsgronden in Nederland . . . . .             | 78 |
|   | 6.6 Maximale duur van de vergunningen in<br>Nederland . . . . .       | 80 |
|   | 6.7 Vergelijking . . . . .                                            | 80 |
| 7 | Rechtsbescherming . . . . .                                           | 81 |
|   | 7.1 België . . . . .                                                  | 81 |
|   | 7.2 Nederland . . . . .                                               | 82 |
| 8 | Toezicht en bestraffing . . . . .                                     | 84 |
|   | 8.1 België . . . . .                                                  | 84 |
|   | 8.2 Nederland . . . . .                                               | 87 |
| 9 | Uitleiding . . . . .                                                  | 89 |
|   | Literatuur . . . . .                                                  | 90 |

# Tewerkstelling in vennootschapsgroepen

H. van Hoogenbemt en E.P. Jansen

|     |                                                                                           |     |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1   | Tewerkstelling in vennootschapsgroepen naar                                               |     |
|     | Belgisch recht . . . . .                                                                  | 93  |
| 1.1 | Inleiding . . . . .                                                                       | 93  |
| 1.2 | Opeenvolgende tewerkstelling bij onderscheiden<br>vennootschappen van een groep . . . . . | 94  |
| 1.3 | Gelijktijdige tewerkstelling door onderscheiden<br>vennootschappen . . . . .              | 98  |
| 1.4 | Tijdelijke detachering naar een groeps-<br>vennootschap . . . . .                         | 103 |
| 2   | Tewerkstelling in vennootschapsgroepen naar                                               |     |
|     | Nederlands recht . . . . .                                                                | 109 |
| 2.1 | Inleiding . . . . .                                                                       | 109 |
| 2.2 | Concern en (vennootschaps-)groep . . . . .                                                | 112 |
| 2.3 | Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten bij<br>verschillende concernvennootschappen . . . . . | 115 |
| 2.4 | Gelijktijdige tewerkstelling bij onderscheiden<br>concernvennootschappen . . . . .        | 118 |
| 2.5 | Detachering binnen concernverband . . . . .                                               | 122 |
| 2.6 | Afsluitende opmerkingen . . . . .                                                         | 126 |
|     | Literatuur . . . . .                                                                      | 127 |

## Europeesrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling

H. Voogsgeerd

|     |                                                                                                                                                       |     |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1   | Probleemstelling . . . . .                                                                                                                            | 129 |
| 2   | Het juridisch kader van grensoverschrijdend werken . . .                                                                                              | 130 |
| 2.1 | Het (E)EG-verdrag en grensoverschrijdend<br>werken . . . . .                                                                                          | 130 |
| 2.2 | Het EG-Verdrag en grensoverschrijdend werken.<br>Het sociale hoofdstuk van Maastricht . . . . .                                                       | 135 |
| 2.3 | Het EVO-verdrag van Rome en<br>grensoverschrijdend werken . . . . .                                                                                   | 136 |
| 3   | Het arrest Rush Portuguesa: een katalysator voor<br>het opstellen van een richtlijn detachering met<br>het oog op het verlenen van diensten . . . . . | 139 |



|                                                                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1 Het arrest Rush Portuguesa. Afbakening tussen<br>het vrij verkeer van werknemers en het vrij<br>verkeer van diensten . . . . . | 139 |
| 3.2 Draagwijdte van het arrest in de zaak<br>Rush Portuguesa . . . . .                                                             | 141 |
| 3.3 Reacties naar aanleiding van het arrest<br>Rush Portuguesa . . . . .                                                           | 142 |
| 3.4 De afbakening tussen het vrij verkeer van<br>vestiging en het vrij verkeer van diensten:<br>het arrest Gebhard . . . . .       | 144 |
| 4 De richtlijn detachering van werknemers met het<br>oog op het verlenen van diensten . . . . .                                    | 146 |
| 4.1 Het waarom van de richtlijn. De considerans . . . . .                                                                          | 146 |
| 4.2 Doel en inhoud . . . . .                                                                                                       | 148 |
| 4.3 De gekozen rechtsgrondslag . . . . .                                                                                           | 149 |
| 4.4 De personele werkingssfeer . . . . .                                                                                           | 151 |
| 4.5 De materiële werkingssfeer . . . . .                                                                                           | 154 |
| 4.6 Arbeidsverhoudingen van korte duur . . . . .                                                                                   | 156 |
| 5 Afweging sociaalrechtelijke en Europees-<br>rechtelijke aspecten . . . . .                                                       | 157 |
| 5.1 Algemene kritiek op de ontwerprichtlijn . . . . .                                                                              | 157 |
| 5.2 Eigen visie. . . . .                                                                                                           | 159 |
| 5.3 Praktische knelpunten . . . . .                                                                                                | 161 |
| Belangrijkste literatuur . . . . .                                                                                                 | 163 |
| Ontwerprichtlijn detachering . . . . .                                                                                             | 165 |
| Over de auteurs . . . . .                                                                                                          | 173 |

# Ten Geleide

Tussen de 50 jaar oude Nederlandse Vereniging voor Arbeidsrecht en de recent, rond de Antwerpse en Gentse universiteiten, opgerichte Vlaamse Vereniging voor Arbeidsrecht zijn contacten tot stand gekomen die geleid hebben tot het voornemen op gezette tijden gezamenlijk iets te ondernemen.

Zo heeft een Nederlands-Vlaams groepje onderzoekers zich de afgelopen tijd gebogen over het vraagstuk van het grensoverschrijdend werken. Deze arbeid heeft geleid tot een preadvies dat thans voor U ligt en dat aan de orde zal worden gesteld tijdens een gezamenlijke bijeenkomst van de Vlaamse en Nederlandse verenigingen voor arbeidsrecht in het Vlaams Cultureel Centrum te Amsterdam op 11 oktober 1996.

De besturen van beide verenigingen zijn in het bijzonder dank verschuldigd voor hun inspanningen in de voorbereidende werkgroep aan Filip Dorssemont, Patrick Humblet, Frans Pennings, Herwig Verschueren, Hester de Vries en Elaine Whiteford.

prof. dr. M. Rigaux  
prof. dr. W. van Eeckhoutte  
prof. mr. L.H. van den Heuvel



# Voorwoord

Werken over de grenzen is een onderwerp dat steeds meer in de belangstelling komt. Met het vervallen van de binnengrenzen in de EU en de toenemende internationale contacten komt het steeds vaker voor dat een werknemer voor een bepaalde periode in een andere Lid-Staat gaat werken.

De problemen die een werknemer hierbij kan tegenkomen zijn echter nog aanzienlijk. Ze zijn op het terrein van het arbeidsrecht nog nauwelijks verminderd, ondanks de 'eenwording van de markt'. Deze problemen zijn zelfs, anders dan bij de sociale zekerheid, nog amper in kaart gebracht.

In deze bundel is, in een samenwerkingsverband tussen de Vereniging voor Arbeidsrecht Nederland en de Vereniging voor Arbeidsrecht Vlaanderen, een nadere studie van deze problematiek gemaakt.

We hebben ons hierbij geconcentreerd op die problemen die zich met name ook bij tewerkstelling van Nederlanders in België en van Belgen in Nederland kunnen voordoen.

We hebben een aantal aspecten van tewerkstelling over de grenzen van elkaar onderscheiden, ook al zijn we ons er van bewust geweest dat de onderscheiden onderwerpen nauw met elkaar samenhangen. Voor een diepgaand betoog was afzonderlijke bespreking echter gewenst.

In de eerste bijdrage wordt ingegaan op de contractuele aspecten van tewerkstelling over de grenzen. Welk arbeidsrecht is van toepassing? Wanneer is welke cao mogelijk van toepassing? Welke problemen spelen er in concreto met cao's? Bij dit laatste punt worden een aantal publiekrechtelijke aspecten behandeld, zoals de relatie met de detacheringsverklaringen en het EG-recht terzake.

In de tweede bijdrage komen de publiekrechtelijke aspecten aan de orde: bv. welke bepalingen gelden er met betrekking tot tewerkstellingsvergunningen? In deze bijdragen wordt door de auteurs ingegaan op zowel de Belgische als Nederlandse aspecten van de behandelde vraagstukken.

In de bijdragen tot dusver vermeld wordt ingegaan op verschillende situaties: detachering door de ene werkgever van een werknemer bij een andere werkgever, op langerdurende tewerkstelling over de grenzen, op het aannemen van werk op eigen initiatief van de werknemer etc. Een vraagstuk dat aparte behandeling verdient is dat van tewerkstelling in vennootschapsgroepen. Tewerkstelling in vennootschapsgroepen is juridisch nog nauwelijks onderzocht, maar het wordt steeds belangrijker, omdat er steeds meer internationale vennootschappen ontstaan. De problemen hierbij zijn voor een deel anders dan die behandeld in de eerste twee bijdragen. Een voorbeeld vormt het geval dat iemand werkzaam is bij twee dochterondernemingen van een concern: als hij om een dringende reden ontslagen wordt bij de ene dochter, is dat dan ook meteen het geval bij de andere?

In de laatste bijdrage worden de Europeesrechtelijke aspecten van internationale tewerkstelling besproken. Hier komt met name de jurisprudentie over het vrije verkeer van diensten aan de orde en de ontwerp-richtlijn detachering, waar onlangs overeenstemming over bereikt is in de ministerraad. Aan het eind van de bundel is de tekst van de richtlijn opgenomen.

Deze bundel is ook zelf een product van internationale samenwerking. Het was plezierig om in het kader van het samenwerkingsverband tot gedachtenwisselingen te komen en aan een gezamenlijk product te werken. Wat ons betreft kan deze samenwerking over de grenzen worden voortgezet.

F.J.L. Pennings

juli 1996

## Afkortingen

|                 |                                                                                              |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| A.C.            | Arresten van het Hof van Cassatie                                                            |
| AMvB            | Algemene Maatregel van Bestuur                                                               |
| A.R.            | Algemene Rol (gevolgd door het rolnummer veelal in geval van niet-gepubliceerde rechtspraak) |
| Arbbl           | Arbeidsblad                                                                                  |
| Arbh            | Arbeidshof                                                                                   |
| Arr.R.v.St      | Verzameling der arresten en adviezen van de Raad van State, Afdeling Administratie           |
| a.v.v.          | Algemeen verbindend verklaring                                                               |
| BAW             | Buitenlandse arbeidskrachtenwet                                                              |
| bb              | Bedrijfskundige berichten                                                                    |
| BBA             | Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen                                                     |
| BEF             | Belgische franken                                                                            |
| BS              | Belgisch Staatsblad                                                                          |
| Bull Instit Arb | Bulletin van het instituut voor Arbeidsrecht                                                 |
| BW              | Burgerlijk Wetboek                                                                           |
| Cas(s).         | Hof van Cassatie                                                                             |
| Cass. soc.      | Hof van Cassatie, sociale kamer                                                              |
| Corr. Rb        | Correctierechtbank                                                                           |
| EER             | Europese Economische Ruimte                                                                  |
| EP              | Europees Parlement                                                                           |
| EuZW            | Europaisches Zeitschrift fur Wirtschaft                                                      |
| EVA             | Europese vrijhandelsassociatie                                                               |
| EVO             | Europees verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomsten |
| FBZ             | fonds voor bestaanszekerheid                                                                 |
| Gaz. Pal.       | Gazette du Palais                                                                            |
| HR              | Hoge Raad                                                                                    |
| HvJ             | Hof van Justitie                                                                             |
| ipr             | internationaal privaatrecht                                                                  |
| JAR             | Jurisprudentie Arbeidsrecht                                                                  |
| JO              | Journal officiel                                                                             |
| J.T.            | Journal des Tribunaux                                                                        |
| J.T.T.          | Journal des Tribunaux du Travail                                                             |
| Jur.            | Jurisprudentie van het Hof van Justitie                                                      |
| KB              | Koninklijk Besluit                                                                           |
| MB              | Ministerieel besluit                                                                         |

|              |                                                                                          |
|--------------|------------------------------------------------------------------------------------------|
| MvA          | Memorie van Antwoord                                                                     |
| NJ           | Nederlandse Jurisprudentie                                                               |
| NJB          | Nederlands Juristenblad                                                                  |
| NV           | de Naamloze Vennootschap                                                                 |
| OK           | Ondernemingskamer (Hof Amsterdam)                                                        |
| Panor        | panorama                                                                                 |
| Pas          | Pasicrisie                                                                               |
| PB           | Publikatieblad van de EG (L is wetgeving; C is adviezen, mededelingen, ontwerpwetgeving) |
| Prg          | Praktijkids                                                                              |
| PS           | Periodiek Sociaal                                                                        |
| R.A.A.C.E.   | Recueil des arrêts et des avis du conseil d'Etat                                         |
| RCJB         | Revue Critique de Jurisprudence Belge                                                    |
| Rev. dr.etr. | Revue du droit étranger                                                                  |
| RSV          | Rechtspraak sociale verzekering                                                          |
| RvSt         | Raad van State                                                                           |
| RvdW         | Rechtspraak van de Week                                                                  |
| RW           | Rechtskundig weekblad                                                                    |
| SEW          | Sociaal-economische Wetgeving                                                            |
| s.l.n.d.     | sine loco nec dato (zonder plaatsaanduiding en datum van uitgave van het boek)           |
| Soc. Kron.   | Sociaalrechtelijke Kronieken                                                             |
| TBA          | Wet Terugdringing Beroep op Arbeidsongeschiedheidsuitkeringen                            |
| TK           | Tweede Kamer (stukken van het Nederlands parlement)                                      |
| TPR          | Tijdschrift voor Privaatrecht                                                            |
| Trb          | Tractatenblad                                                                            |
| TSR          | Tijdschrift voor Sociaal Recht                                                           |
| T.Vreemd     | Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht                                                      |
| TVVS         | Tijdschrift voor verenigingen, vennootschappen en stichtingen                            |
| WAV          | Wet arbeid vreemdelingen                                                                 |
| WED          | Wet op de Economische Delicten                                                           |

# Arbeidsrechtelijke aspecten van detachering van werknemers in/uit België en Nederland

F.J.L. PENNING

## 1 Algemeen

Als een onderneming werknemers wil laten werken in een ander land, dan komen daar vele zaken bij kijken. Sommige daarvan zijn zo gecompliceerd, dat menig ondernemer misschien wel van uitzending naar het buitenland zou willen afzien, maar de optie van beperking van de activiteiten tot nationale grenzen is in een 'Europa zonder grenzen' en in een steeds meer globaliserende economie in sommige bedrijfstakken niet meer denkbaar.<sup>1</sup> In deze bijdrage wil ik daarom de vragen en problemen inventariseren waarop men zal stuiten bij uitzending van werknemers.

- Als een werknemer uitgezonden wordt naar het buitenland, welk arbeidsrecht is dan van toepassing? (par. 2)
- Soms moeten buitenlandse werkgevers zowel in hun eigen land als in het land waar gewerkt wordt premies betalen op basis van de cao. Is dat terecht? Is het relevant of werknemers een detachingsverklaring hebben? (par. 3)
- Welke problemen doen zich voor met detachingsverklaringen? (par. 4)

1 Het kan wel zo zijn dat bedrijven op een andere wijze grensoverschrijdend gaan ondernemen, bijv. door in plaats van detachingsconstructies te hanteren, bedrijven in een andere Lid-Staat over te nemen. De indruk bestaat dat dit laatste gebeurd is in de Belgische bouwsector.



Ik zal het onderwerp detachering op het terrein van de sociale zekerheid niet uitvoerig behandelen, omdat hierover al verschillende werken verschenen zijn;<sup>2</sup> een beschrijving van de interactie van het arbeidsrecht met het sociale-zekerheidsrecht is evenwel van cruciaal belang voor een goed inzicht in de arbeidsrechtelijke aspecten. Ik zal daar in een afzonderlijke paragraaf op ingaan (par. 3.4 en 3.5).

In par. 5 zal ik proberen enige conflictvelden bij grensoverschrijdende detachering nader te omschrijven en suggesties voor oplossingen aan te dragen.

Alvorens hiermee te beginnen, moet ik eerst nagaan wat onder het begrip *internationale detachering* wordt verstaan. In verband met grensoverschrijdende tewerkstelling heeft detachering drie constituerende bestanddelen: a) het betreft een tijdelijk uitzending van een werknemer b) naar een ander land c) met behoud van een band tussen de gedetacheerde werknemer en de detacherende werkgever voor wiens rekening deze arbeid wordt verricht.<sup>3</sup> Onderdeel (c) kan ook in die zin geformuleerd worden, dat de betrokken werknemer voordat hij gedetacheerd wordt in principe al een arbeidsovereenkomst heeft met de onderneming die hem uitzendt, welke overeenkomst valt onder het nationale recht van de zendstaat.<sup>4</sup>

Volgens de beschikbare cijfers gaan de meeste gedetacheerde werknemers vanuit Nederland naar België en Duitsland. Van 1988 - 1995 gingen 101.306 Nederlanders naar België en 62.378 naar

2 Zie A. Van Regenmortel en Y. Jorens (red.), *Internationale Detachering*, Brugge, 1993; zie over Europeesrechtelijke sociale zekerheid in ruimere zin o.m. Y. Jorens, *Wegwijs in het Europees sociale zekerheidsrecht*. Brugge, 1992; en F.J.L. Pennings, *Grondslagen van het Europese sociale-zekerheidsrecht*, Deventer, 1993.

3 Van Regenmortel en Jorens (1993: 4).

4 C. Deneve, 'Detachering en het individuele arbeidsrecht', in: Van Regenmortel en Jorens (1993: 193). In het kader van de sociale zekerheid is volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG het begrip detachering echter ook van toepassing op een werknemer die niet gewerkt heeft in het land waar de onderneming is gevestigd, doch die uitsluitend wordt aangenomen om naar het buitenland te worden uitgezonden, zie par. 4.

Duitsland.<sup>5</sup> Over België zijn geen cijfers beschikbaar, aangezien deze tot voor kort niet werden bijgehouden. Momenteel wordt in België een registratiesysteem overwogen. Ook voor andere Lid-Staten, met uitzondering van Frankrijk, geldt dat er bijzonder weinig cijfers en gegevens beschikbaar zijn.

## 2 De keuze van het toepasselijke arbeidsrecht

### 2.1 Welk recht is van toepassing?

Indien een werknemer uitgezonden wordt naar een ander land, dan rijst de vraag welk recht (i.c. welk arbeidsrecht) op hem van toepassing is. Dit vraagstuk wordt van oudsher beheerst door het internationale privaatrecht, waarin vrijheid van rechtskeuze uitgangspunt is.<sup>6</sup> Anders dan in de sociale zekerheid, waar Verordening 1408/71 voor personen met de nationaliteit van een Lid-Staat van de EU bij werknemersverkeer binnen de EU het toepasselijke recht *dwingend* voorschrijft (zie par. 4), is er op het terrein van het arbeidsrecht geen sprake van een dwingende rechtskeuze. Het is met andere woorden overgelaten aan partijen om overeen te komen welk recht ze van toepassing willen doen zijn. Natuurlijk rijst dan vervolgens de vraag, als betwist wordt dat een (geldige) rechtskeuze is gemaakt, naar welk recht die

5 Donders, P., *Temporary employment across borders - posting in accordance with Regulation 1408/71 in practice*. Utrecht, 1995, blz. 16.

6 Zie W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Alphen a/d Rijn, 1993, blz. 253; M.V. Polak, *Arbeidsverhoudingen in het Nederlands internationaal privaatrecht*, Deventer, 1988; Th. van Oorschot, 'Internationale arbeidsverhoudingen en het (Nederlands) internationaal privaatrecht', in *Sociaal Recht*, 1993, blz. 132. T. Koopmans, *De internationaalrechtelijke aspecten van de arbeidsovereenkomst*, Ned. Vereniging voor Internationaal recht, nr. 53, 1966; J. Dumortier, *Arbeidsverhoudingen in het IPR*. Zie ook H. van Hoogenbemt (red)., *Werken zonder Grenzen, Fiscale en juridische aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling*. Kalmthout, 1990; en C. Salaert, 'Krachtlijnen van het internationaal privaatrecht', in: *Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 1990, blz. 101.

rechtskeuze beoordeeld moet worden. Naar heersende opvatting wordt het bestaan en de geldigheid van een rechtskeuzebeding beoordeeld aan de hand van het beweerdelijk gekozen recht.<sup>7</sup>

Toegespitst op het arbeidsrecht, liggen de volgende mogelijkheden voor het te kiezen recht het meest voor de hand: het recht van het land van herkomst, het recht van het land waar de werkgever gevestigd is, het recht van de staat waar de werknemer woonachtig is, en het recht van de staat waar de rechter gevestigd is. Partijen mogen echter ook voor een geheel ander recht kiezen.

Nu we het hier hebben over detachering, hetgeen inhoudt dat werkgever en werknemer al een band hebben vóór uitzending naar het buitenland, kan de rechtskeuze betekenen, dat partijen een reeds bestaande overeenkomst laten doorlopen, of een tijdelijke arbeidsovereenkomst sluiten voor de duur van de activiteiten in het buitenland (met schorsing van de reeds bestaande overeenkomst), of een nieuwe overeenkomst sluiten. Het voordeel van een tijdelijke of een nieuwe overeenkomst is dat daardoor beter rekening kan worden gehouden met specifieke situaties in het buitenland, zoals aanvullingen op de sociale-zekerheidsregelingen die i.c. van toepassing zijn.

Het EVO-verdrag, dat in de volgende paragraaf besproken wordt, geeft een nadere regeling op het terrein van het internationale privaatrecht voor de verdragstaten, waaronder België en Nederland; dit verdrag sluit aan bij de hier vermelde principes, maar geeft op sommige onderdelen ook beperkingen op de rechtskeuze.

## 2.2 *Het EVO-verdrag*

Voor de nadere regeling van de rechtskeuze en rechtsforum is in een aantal Lid-Staten van de EU het EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, het verdrag van Rome van 19 juni 1980 (EVO), van kracht.<sup>8</sup> Ofschoon dit verdrag

7 Vgl. ook Advocaat-Generaal Strikwerda in het Sanchez-arrest (HR 18 januari 1991, *NJ* 1991, 296). Als een van de partijen eenzijdig terugkomt op de rechtskeuze moet aan de hand van het nationale recht worden beoordeeld of dat mogelijk is.

8 *PBL* 1980, 266. Het verdrag is in werking getreden op 1 april 1991 voor België, de BRD, Denemarken, Frankrijk, Griekenland, Italië, Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk, en per 1 september 1991 voor Nederland. Voor België bepaalt de

door EG-organen is voorbereid, bindt het niet alle Lid-Staten, maar slechts die staten die het bekrachtigd hebben.<sup>9</sup> Over het verdrag kunnen prejudiciële vragen worden gesteld aan het HvJ EG, maar pas nadat een bepaald aantal landen het verdrag geratificeerd hebben; zover is het echter nog niet.<sup>10</sup>

Het verdrag is slechts van toepassing op overeenkomsten in gevallen waarin uit het recht van verschillende landen moet worden gekozen. Het is dus slechts van toepassing op overeenkomsten met internationale elementen. Voorbeelden zijn het feit dat een partij of alle partijen bij de overeenkomst vreemdelingen zijn of dat ze in het buitenland wonen; het feit dat de overeenkomst in het buitenland is gesloten; of het feit dat één of meer prestaties in het buitenland moeten worden verricht.<sup>11</sup>

De keuze door partijen van een buitenlands recht laat, wanneer alle overige elementen van de betreffende overeenkomst op het tijdstip

wet van 14 juli 1987, die het verdrag goedkeurde (*B.S.* 9 oktober 1987, herplaatst op 18 april 1989) dat vanaf die datum arbeidsovereenkomsten onderworpen zijn aan de principes van het verdrag. Schrijvers zijn van oordeel dat de wet en verdrag naar analogie doorwerken naar overeenkomsten die al gesloten waren voordat deze regelgeving van kracht werd, zie Deneve (1993: 194) Zie over analogische werking ook Polak (1990: 29). In Nederland is het verdrag opgenomen in *Trb.* 1980, 156; *Trb.* 1991, 109, *Trb.* 1992, 172, *Stb.* 1991, 53. Voor de goedkeuringswet zie MvT TK 1988 21.059. Een toelichtend rapport is geschreven door M. Giuliano en P. Lagarde, *Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst*, in *PB C* 282 van 31 oktober 1980. Lit.: J. van Rijn, 'Een belangrijk stuk communautair internationaal privaatrecht. Het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het toepasselijke recht op verbintenissen uit overeenkomst'. In: *AA* 1991, blz. 399, L. Strikwerda, 'Europees conflictenrecht overeenkomsten'. In: *SEW* 1991, blz. 509; S.F. Ramme-loo, *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht*, Köln, 1992.

9 Het verdrag wijkt hiermee in belangrijke zin af van andere communautaire regelgeving; overigens is er al een fundamenteel verschil tussen dit verdrag en andere communautaire regelgeving in die zin dat het verdrag niet gebaseerd is op het oprichtingsverdrag van de EEG, vgl. Van Rijn (1991: 400).

10 Een en ander is geregeld in het Eerste en Tweede Protocol van 19 dec. 1988, *Trb.* 1989, resp. no 49 en 50; het Eerste Protocol, dat de uitoefening van de bevoegdheid (er bestaat dus geen verplichting tot het stellen van prejudiciële vragen) regelt, treedt in werking na zeven ratificaties; deze inwerkingtreding heeft echter niet plaats dan nadat het Tweede Protocol in werking is getreden; hiervoor is vereist dat alle Lid-Staten tot ratificatie zijn overgegaan. Dat is nu nog niet het geval.

11 Giuliano en Lagarde (1980: 10).

van deze keuze met een bepaald land zijn verbonden, onverlet de bepalingen waarvan volgens het recht van dat land niet bij overeenkomst mag worden afgeweken. Dit zijn de zgn. 'dwingende bepalingen' (art. 3, derde lid). De keuze van een vreemd recht in een Nederlands contract door Nederlandse partijen in Nederland maakt de overeenkomst dus niet tot een internationale overeenkomst, die geen rekening meer hoeft te houden met dwingende bepalingen van het Nederlandse recht, zoals het minimumloon.

Het EVO-verdrag heeft universele werking (art. 2), hetgeen wil zeggen dat het door de regels van dit verdrag aangewezen recht van toepassing is, ongeacht de vraag of dit het recht van een verdragstaat is.<sup>12</sup> Dus als de verwijzingsregels het Amerikaanse recht van toepassing verklaren, dan wordt dit toegepast, ook al zijn de VS geen partij bij dit verdrag.

Het verdrag bepaalt dat een overeenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen (art. 3 EVO), hetgeen in overeenstemming is met het uitgangspunt van het algemene internationale privaatrecht, zoals in par. 2.1 behandeld. Deze bepaling geldt op voorwaarde, dat een rechtskeuze uitdrukkelijk gedaan is, of voldoende duidelijk blijkt uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. Een stilzwijgende rechtskeuze kan bijvoorbeeld blijken uit de terminologie van de overeenkomst, zoals verwijzingen naar regels van een bepaald land over proeftijd, opzegging of uit de hantering van een standaardcontract uit een bepaald rechtssysteem.<sup>13</sup> Bij hun keuze kunnen partijen het toepasselijke recht aanwijzen voor de overeenkomst in haar geheel of voor slechts een onderdeel ervan. De mogelijkheid van aanwijzing van verschillend buitenlands recht voor onderscheiden onderdelen, is het leerstuk van de *dépeçage*.<sup>14</sup>

Van der Grinten stelt zich de vraag of bij arbeidsovereenkomsten

12 Giuliano en Lagarde (1980: 13).

13 Giuliano en Lagarde (1980: 17); Deneve (1993: 196).

14 *Dépeçage* is enkel toegelaten indien de keuze betrekking heeft op elementen van de overeenkomst die door verschillende rechtssystemen beheerst kunnen worden en wel op zodanige wijze dat geen tegenstrijdig resultaat ontstaat. Bij ongeldige *dépeçage* wordt uitgegaan van een volledige afwezigheid van de rechtskeuze door partijen (vgl. Houben 1993: 25). Vgl. voor een kritische bespreking van de vraag of gedeeltelijke aanwijzing van het buitenlandse recht ook voor het arbeidsrecht mogelijk is, Gamillscheg (1993: 188).

met een buiten Nederland gevestigde werkgever een ander recht dan het Nederlandse recht kan worden gekozen indien de arbeid in Nederland wordt verricht.<sup>15</sup> Hij vindt het verdedigbaar dat het enkele feit van vestiging van de werkgever buiten Nederland geen voldoende aanknopingspunt geeft om een ander rechtstelsel te kunnen kiezen; andere aanknopingspunten zijn nodig, zoals dat de arbeider niet-Nederlander is of hij de arbeidsovereenkomst is aangegaan op het moment dat hij niet-ingezetene is.

Het uitgangspunt van art. 3, vrijheid van rechtskeuze, biedt echter een grotere vrijheid dan Van der Grinten aangeeft. Ook Blanpain en Engels gaan uit van deze laatste benadering.<sup>16</sup>

Het EVO regelt niet het toepassingsbereik en de rechtskeuze van cao's.<sup>17</sup> Over de vraag of cao's betrekking hebben op buitenlandse werknemers die door een buitenlandse werknemer op een bepaald grondgebied gestationeerd worden, bestaat nog geen duidelijkheid. Het leerstuk van de rechtskeuze biedt hier geen soelaas, omdat de buitenlandse werkgever geen partij is in de cao. Indien cao-partijen duidelijk rekening houden met buitenlandse werknemers, dan kan zo'n bepaling een aanknopingspunt bieden. Wel kunnen cao-bepalingen volgens art. 6 en 7 van het verdrag doorwerken in een individuele arbeidsrelatie, zelfs als partijen voor een ander rechtstelsel gekozen hebben. We komen hier op terug in par. 2.4 en 3.

### 2.3 *Het toepasselijke recht als partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt*

Als partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt, dan wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst verbonden is (art. 4). Art. 4 geeft rechtsvermoedens voor overeenkomsten in het algemeen. Voor het arbeidsrecht is art. 6, tweede lid evenwel belangrijker, omdat dit speciaal voor arbeidsovereenkomsten, als werkgever en werknemer geen rechtskeuze hebben gemaakt, een aantal rechtsvermoedens geeft, die weerlegbaar zijn. Als hoofdregel

15 Van der Grinten (1993: 254).

16 R. Blanpain en C. Engels, *European Labour Law*. Deventer, etc., 1995, no 300.

17 Giuliani en Lagarde (1980: 25).

geldt dat het recht van toepassing is van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst *gewoonlijk* zijn werk verricht, zelfs als hij tijdelijk in een ander land tewerkgesteld wordt. Dit is het principe van de *lex loci laboris*. Dit principe brengt met zich mee dat het recht van het land waar gewoonlijk gewerkt wordt ook van toepassing is als de werknemer tijdelijk in een ander land te werk is gesteld (art. 6, tweede lid, sub a). Als de werknemer echter zeer frequent van land verwisselt en er niet één land aan te wijzen is waar hij of zij gewoonlijk zijn arbeid verricht, dan is het recht van toepassing van de staat waar de zetel van de werkgever gevestigd is (art. 6, tweede lid, sub b). Deze regels hebben tot gevolg voor detachering, waar het gaat om tijdelijke arbeid in het buitenland, dat als geen rechtskeuze is gemaakt, het recht van het land van uitzending blijft gelden (of bij frequente veranderingen het land van de vestiging van de werkgever).

Als uit het geheel der omstandigheden echter blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer met een ander land verbonden is dan dat waar de werkgever gevestigd is, dan is het recht van dat andere land van toepassing (art. 6, tweede lid, laatste alinea). Dit laatste criterium kan nogal wat onzekerheid creëren, waardoor Deneve<sup>18</sup> zelfs de vrees uitspreekt dat de impact van het verdrag beperkt dreigt te blijven. Niet vergeten moet echter worden dat de genoemde bepaling een uitzondering is op de hoofdregel. Deneve noemt als voorbeeld van toepassing van deze uitzondering dat voor grensarbeiders het recht van het woonland geldt wanneer ook de hoofdzetel van de werkgever in het woonland gevestigd is. In geval van grensarbeid speelt de sociale zekerheid van de woonstaat namelijk een relatief grote rol. Een ander voorbeeld is dat in België twee Belgen een arbeidsovereenkomst sluiten voor een tijdelijke tewerkstelling in het buitenland, waarop doorgaans in de Belgische rechtspraak het Belgische recht werd toegepast.<sup>19</sup>

## 2.4 *Dwingende bepalingen*

Voor het arbeidsrecht gelden speciale beperkingen op de vrijheid van rechtskeuze. Deze zijn opgenomen in art. 6 en art. 7.

18 Deneve (1993: 199).

19 Voor een vermelding van de Belgische rechtspraak op dit terrein, zie Deneve (1993: 201).

### 2.4.1 *Beperking van vrijheid van rechtskeuze ter bescherming van de werknemer (art. 6 EVO)*

Art. 6, eerste lid geeft een beperking op de vrijheid van rechtskeuze in geval van individuele arbeidsovereenkomsten; de opstellers gingen er van uit dat hieraan behoefte bestaat, omdat de ene partij overwicht heeft op de andere. Door middel van een nadere regeling zou de partij die in sociaal-economisch opzicht in de contractuele relatie de zwakkere is, worden beschermd.<sup>20</sup> De regel houdt in dat een keuze voor een bepaald stelsel er niet toe kan leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat aangewezen is door art. 6, tweede lid, d.w.z. het recht dat van toepassing zou zijn op de betreffende arbeidsovereenkomst als geen rechtskeuze zou zijn gedaan (deze laatste deelzin wordt wel aangeduid met 'objectieve conflictregel').<sup>21</sup>

Deze regeling betekent het volgende. Wanneer het recht dat op grond van het tweede lid van art. 6 toepasselijk is de werknemer een grotere bescherming biedt dan het door partijen gekozen recht, betekent dat niet dat de rechtskeuze geen enkel gevolg heeft. Integendeel, in dat geval blijft het gekozen recht in beginsel van toepassing. De bepalingen die ingevolge het tweede lid van toepassing zijn, prevaleren evenwel boven die van het gekozen recht en worden in plaats daarvan toegepast, voorzover deze bepalingen de werknemer beter beschermen dan het gekozen recht. Dit kan bijvoorbeeld inhouden dat een langere opzegtermijn wordt toegestaan.<sup>22</sup>

Uit deze tekst blijkt in het bijzonder dat, indien ingevolge het recht van het door art. 6, tweede lid aangewezen land collectieve arbeidsovereenkomsten dwingend van toepassing zijn op de werkgever, de werknemer de bescherming niet kan verliezen die hij uit hoofde van de betreffende collectieve arbeidsovereenkomst geniet, ook als in de individuele arbeidsovereenkomst het recht van een andere staat is gekozen. We zullen hierna nog de vraag bespreken of en wanneer de cao via art. 6 bescherming kan bieden. De cao-bepalingen van het

20 Giuliano en Lagarde (1980: 25).

21 Zie P. Vlas, 'Veranderingen in het i.p.r.-overeenkomstenrecht: geen revolutie maar 'EVolutie'', in: *TVVS* 1991, 228; L. Strikwerda, (1991b), 'Kroniek van het internationaal privaatrecht', in: *NJB* 1991, 1294.

22 Giuliano en Lagarde (1980: 25).



objectief toepasselijke recht kunnen dus relevant zijn als bepalingen die de bescherming bieden in de zin van art. 6, eerste lid. Het feit dat een arbeidsovereenkomst door vreemd recht wordt beheerst, kan bijgevolg geen invloed hebben op de bevoegdheden die een vakvereniging zou kunnen ontleen aan de cao's die in haar land van kracht zijn.<sup>23</sup>

Als bijvoorbeeld een Belgische werknemer in Nederland voor langere tijd tewerkgesteld wordt door een Belgisch bedrijf, terwijl uit de bewoordingen van de arbeidsovereenkomst blijkt dat het Belgische recht van toepassing is, moet op grond van deze bepaling toch rekening worden gehouden met de dwingende bepalingen van het Nederlandse arbeidsrecht. Deze bepalingen betreffen bijv. de gezondheid, het minimumloon en het ontslagrecht.<sup>24</sup> Indien er evenwel sprake is van een tijdelijke uitzending, zoals detachering, dan gelden de dwingende bepalingen van het Belgische arbeidsrecht.<sup>25</sup> Het door rechtsvermoeden aangewezen toepasselijke recht is in dat geval immers het Belgische recht.<sup>26</sup>

Van Rijn betwijfelt of bij deze invloed van art. 6 nog wel sprake is van een rechtskeuzemogelijkheid, zoals vastgelegd in art. 3. Nu het zo is dat men het niet-dwingende (aanvullende) recht kan vervangen door een recht van eigen keuze, kan men zich afvragen of het werkelijk reëel is om bij het arbeidscontract voor de dwingende regels te zijn aangewezen op het recht van het ene land en voor de aanvullende op het recht van het andere land, waarbij het onzeker is of de rechtssstelsels van die landen wel bij elkaar passen. 'Komt het er eigenlijk niet op neer dat in het stelsel van de artikelen 5 en 6 in feite geen andere keuze wordt gelaten dan de toepassing van het objectief toepasselijke recht en dat men een zeer twijfelachtige eer heeft willen bewijzen aan het

23 Giuliano en Lagarde (1980: 25).

24 In de ontwerp-richtlijn over detachering, vgl. de bijdrage van Voogsgeerd in deze bundel, wordt een nadere invulling gegeven van de dwingende bepalingen uit het verdrag; zie ook par. 2.5.

25 Jacobs en Van Rooij (1992: 131) rapporteren dat in de Nederlandse situatie voor het begrip *tijdelijk*, dat immers niet nader gedefinieerd is, aangesloten wordt bij de duur van de detacheringsverklaringen, in de zin van de sociale zekerheid (zie par. 3). Nadat de ontwerp-richtlijn over detachering zal zijn aangenomen, is de periode beperkt tot één maand.

26 Ook de Nederlandse dwingende bepalingen kunnen dan een rol spelen, via art. 7.

beginsel van de vrijheid van rechtskeuze dat in het internationale contractenrecht zo'n belangrijke plaats inneemt?'<sup>27</sup>

Over de betekenis van artikel 6 bestaan nog een aantal belangrijke verschillen van mening. De meeste auteurs menen dat dit artikel niet zonder meer het gekozen recht terzijde stelt, maar dwingt tot een vergelijking tussen de dwingende bepalingen en de contractuele bepalingen. De gunstigste bepalingen hebben de voorrang. Advocaat-Generaal Strikwerda stelde zich echter op het standpunt dat steeds de beschermingsbepalingen van het objectief toepasselijke recht moeten worden toegepast, ook al geeft het gekozen recht meer bescherming.<sup>28</sup> Hij baseerde dit standpunt op de hanteerbaarheid van de regels, al onderkende hij dat het andere standpunt meer in overeenstemming is met de tekst van art. 6.

Een tweede vraag die hierbij rijst is of de rechtsregels van het gekozen recht en het dwingend recht cumulatief kunnen worden toegepast.<sup>29</sup> Deneve stelt dat het antwoord op deze vraag nauw samenhangt met de stellingname die men inneemt over de definitie van het dwingend recht: als men als dwingend recht beschouwt het geheel van bepalingen die een bepaalde maatschappelijke ordening creëren op het grondgebied van een staat in de mate dat zij essentieel aanvaarde waarden beschermen, dan zijn die bepalingen met uitsluiting van alle landen van toepassing op de tewerkstelling in die staat. Anders is het wanneer wordt aanvaard dat de bepalingen van het dwingend sociale recht er in de eerste plaats zijn om de werknemers als zwakkere maatschappelijke groep te beschermen. In het laatste geval is het logisch dat deze bepalingen opzij worden gezet als de partijen een voor de werknemer gunstiger regeling voorzien. Deze laatste interpretatie heeft de voorkeur omdat deze past bij de opzet en de geest van de sociale wetgeving zoals die in het algemeen op het nationale en internationale vlak bestaat.<sup>30</sup> Dit houdt dus een vergelijking in van die maatregelen die gunstiger zijn voor de werknemer. Ik ben van oordeel dat bij beide

27 Van Rijn (1991: 405).

28 Conclusie punt 22 bij HR 18 januari 1991, *NJ* 1991, 296, arrest J. Sanchez Martinez tegen Iberia. Vgl. ook J. Hoffmans, 'Internationaal privaatrecht, arbeidsovereenkomst en ontslag', in *Bb* 1991, blz. 112; en Vlas (1991: 230).

29 Vgl. Deneve (1993: 212) voor opvattingen van Belgische schrijvers.

30 Deneve (1993: 213).

onderdelen uitgegaan moet zijn van het gunstigheidsbeginsel, zodat het voor de werknemer meest beschermende recht moet worden gekozen.

*Rechtspraak voordat het verdrag in werking trad*

In België hebben zowel rechtspraak als de rechtsleer steeds als principe gehuldigd dat de keuze van het toepasselijke recht behoort tot de autonomie van de partijen. In het algemeen kader van het beschermend karakter van het arbeidsrecht had de Belgische rechter de bevoegdheid de rechtskeuze, ondanks het principe van de wilsautonomie, marginaal toetsen aan misbruik van recht. Dit kon met name als de partijen een recht aanduiden dat op geen enkele manier aansloot bij de objectieve elementen van de arbeidsverhouding en/of de partijen bij de arbeidsverhouding.<sup>31</sup> Het was partijen niet toegelaten de overeenkomst of delen ervan aan meer dan één nationale wetgeving te onderwerpen (depeçage).

Bij de bepaling van het toepasselijke recht in geval van afwezigheid van rechtskeuze, ging de Belgische rechter bij voorkeur uit van de vermoedelijke wil van de partijen. De rechter trachtte de intentie van de partijen te achterhalen aan de hand van de omstandigheden en elementen, die hij gepast acht en waarbij de rechter het door hem gepaste belang toekent. Hij was daarin heel soeverein.<sup>32</sup>

'Men kan zich hoe dan ook niet van de indruk ontdoen bij de lectuur van de vonnissen en arresten dat de gerechten geneigd zijn de onderscheiden elementen en omstandigheden aan te wenden en te interpreteren in die zin dat het hen toelaat het eigen recht toe te passen'.<sup>33</sup>

Alhoewel de partijen een ruime autonomie werd toegekend met betrekking tot de keuze van het toepasselijke recht, werden de gevolgen van die keuze getemperd. Ten eerste omdat de rechter die regels van het eigen recht moest toepassen die behoren tot de internationale Belgische openbare orde. Ten tweede omdat de rechter de wetten van politiek en veiligheid van het land van gewoontelijke tewerkstelling moest toepassen. De bepalingen van internationale orde werden gedefinieerd als die bepalingen waardoor de Belgische wetgever een principe heeft

31 Houben (1993: 16).

32 Houben (1993: 17).

33 Houben (1993: 18).

willen huldigen dat hij als fundamenteel beschouwde voor de gevestigde, zedelijke, politieke of economische orde.

Er bestond een uitzondering die de rechter voorbehield de wetten van politie en veiligheid van het land van de gewoonlijke tewerkstellingen toe te passen. Dit zou ook kunnen betekenen dat de Belgische rechter buitenlandse wetten van politie en veiligheid moet toepassen op een Belgische werknemer die in het buitenland gedetacheerd is. Uit de rechtspraak blijkt echter dat het (vrijwel?) niet voorkwam dat buitenlands recht werd toegepast. 'Een uitgesproken neiging van de Belgische rechter om, waar mogelijk, uitsluitend het Belgische recht toe te passen is hieraan zeker niet vreemd'.<sup>34</sup>

Met het EVO-verdrag is de discretionaire bevoegdheid van de rechter bij de bepaling van de rechtskeuze terzijde gelegd en is ook een onderzoek naar de hypothetische wil van de partijen niet meer de aangewezen weg. Voorts is het verbod van *depeçage* achterhaald door het EVO-verdrag.

De dwingende bepalingen in de zin van art. 6 betreffen de wettelijke bepalingen van arbeidsreglementering en bepalingen van cao's in zoverre deze dwingend van aard zijn, genoemd 'wetten van politie en veiligheid'. Hierbij gaat het met name om de wettelijke bepalingen die de bescherming van de werknemer inrichten en die van dwingende aard zijn.<sup>35</sup>

In *Nederland* werd in het *Tweede Mackay*-arrest<sup>36</sup> als hoofdregel gesteld dat in het internationale privaatrecht de vrijheid van rechtskeuze voorop staat. Bij het ontbreken van de rechtskeuze gelden een aantal verwijzingsregels. Als we deze regels vergelijken met het EVO-verdrag dan valt op dat zowel de regels uit het *Mackay*-arrest als het verdrag vrijheid van rechtskeuze door partijen erkennen. Het verdrag beperkt echter het effect van de rechtskeuze tot de niet-dwingende regels van het recht dat objectief toepasselijk zou zijn. Het *Tweede Mackay*-arrest kende niet zo'n beperking.

De discussie over de inhoud van art. 6 betreft in Nederland met name een bijzondere bepaling ter bescherming van werknemers;

34 Houben (1993: 21).

35 Zie Houben (1993: 21), die een opsomming van de betreffende voorschriften geeft.

36 HR 8 juni 1973, *NJ* 1973, 400.

werkgevers moeten namelijk in geval van opzegging van de arbeidsovereenkomst een vergunning vragen aan de Regionale Directeur Arbeidsvoorziening (RDA) op grond van art. 6 BBA. De vraag kwam nu regelmatig in de jurisprudentie aan de orde in hoeverre de bescherming van art. 6 BBA in internationale contracten ingeroepen kan worden. In het *Eerste Mackay*-arrest<sup>37</sup> overwoog de Hoge Raad dat de wetgever met art. 6 BBA heeft beoogd 'in het algemeen belang een voorschrift ter regeling van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland en in het bijzonder van de Nederlandse arbeidsmarkt te geven'. Hiermee werd bedoeld dat het artikel dient ter bescherming van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland, waarbij het vereiste van de ontslagvergunning in art. 6 zowel in het belang van de betrokken werknemers als van de Nederlandse arbeidsmarkt ongerechtvaardigd ontslag beoogt te voorkomen. Indien de werknemer niet de bedoeling had om terug te vallen op de Nederlandse arbeidsmarkt na zijn ontslag, dan werd art. 6 BBA niet van toepassing geacht. In de Memorie van toelichting bij de goedkeuringswet van het EVO-verdrag<sup>38</sup> wordt gesteld dat:

'de bewoordingen van art. 6 EVO ruimer zijn dan die van [het arrest van 1971 (het *Eerste Mackay*-arrest)], omdat het artikel doelt op alle dwingende regels welke dienen ter bescherming van de werknemer. Artikel 6, eerste lid is derhalve ook van toepassing, wanneer de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt als zodanig niet in het geding zijn. Men denke aan de dwingende bepalingen van ons Burgerlijk Wetboek, waarin de individuele werknemer tegenover de individuele werkgever wordt beschermd. Hierbij dient nog te worden aangetekend, dat het eerste lid een rechtskeuze niet van elk effect berooft. Het gekozen recht blijft namelijk van toepassing voorzover het de werknemer dezelfde of meer bescherming biedt, en voorts ten aanzien van de overige onderlinge rechten en verplichtingen van werknemer en werkgever'.

Daarmee kan art. 6 BBA doorwerken via art. 6 EVO bij een rechtskeuze van het buitenlandse recht.

37 HR 8 jan. 1971, *NJ* 1971, 129.

38 TK 21134 (R 1365), blz. 15.

## 2.4.2 *Bijzonder dwingend recht (art. 7).*

Art. 7 kent twee typen van dwingende bepalingen.

Het eerste lid bepaalt dat bij de toepassing ingevolge dit verdrag van het recht van een bepaald land gevolg kan worden toegekend aan de dwingende bepalingen van het recht van een ander land waarmee het geval (hiermee wordt bedoeld: de overeenkomst) nauw is verbonden, indien en voor zover deze bepalingen volgens het recht van het laatstgenoemde land toepasselijk zijn, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst.

Het tweede lid bepaalt dat wetsbepalingen van het land van de rechter (lex fori) die van dwingende aard zijn (onafhankelijk van het recht dat de arbeidsovereenkomst in het algemeen beheerst) door de rechter moeten worden toegepast.

### *(ad 1) Dwingende derde-landsnormen*

Het eerste lid opent een mogelijkheid voor toepassing van zogenaamde dwingende derde-landsnormen. Dit zijn voorrangregels afkomstig uit rechtsstelsels die wel met de casus verbonden zijn, maar die niet behoren tot het op de rechtsverhouding toepasselijke recht noch tot het recht van het land van de rechter.

De herkomst van art. 7 EVO wordt toegeschreven aan het Nederlandse *Alnati*-arrest.<sup>39</sup> De HR oordeelde hierin: 'dat het met betrekking tot overeenkomsten als waarvan hier sprake is weliswaar kan voorkomen dat voor een vreemde staat bij de inachtneming van bepaalde van die staat afkomstige voorschriften ook buiten zijn territoir zo grote belangen zijn betrokken, dat ook de Nederlandse rechter daarmee rekening behoort te houden en daarom aan de toepassing van die voorschriften voorrang moet worden gegeven boven het door de partijen bij de desbetreffende overeenkomst gekozen van een andere staat afkomstig recht'. Daarvan was overigens in dit arrest geen sprake. Art. 7, eerste lid is echter geen letterlijke overname van de *Alnaticlausule*, aangezien het slechts de mogelijkheid opent tot toepassing van dwingend buitenlands recht, terwijl uit '*Alnati*' een norm volgt.<sup>40</sup>

39 HR 16 mei 1966, NJ 1967, 3. Aldus ook Giuliani en Lagarde (1980: 26).

40 Deneve (1993: 209).

Art. 7 is als een discretionaire bepaling geredigeerd; het is dus aan de rechter uit te maken of er sprake is van dwingende bepalingen en of deze moeten worden toegepast.

Het kan uiteraard een groot twistpunt zijn of bepalingen 'dwingend' zijn; hierover bepaalt het verdrag dat bij de beslissing of aan deze dwingende bepalingen gevolg moet worden toegekend, rekening wordt gehouden met hun aard en strekking, alsmede met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing van deze bepalingen zouden voortvloeien. Hiermee wordt bedoeld, niet om de regel te verzwakken, maar om het voor een rechter mogelijk te maken een oplossing te vinden als tegenstrijdige dwingende bepalingen van twee verschillende landen gelijktijdig op hetzelfde geval van toepassing zijn.<sup>41</sup>

Wetsbepalingen van dwingende aard, die noch tot de *lex fori* noch tot het recht zoals aangewezen door de overeenkomst (de *lex contractus*) behoren, kunnen in aanmerking worden genomen als aan de volgende voorwaarden voldaan is:

- het betreft dwingende wetsbepalingen waarmee de overeenkomst nauw verbonden is;
- de dwingende bepalingen van het land in kwestie vereisen (internationale) toepasselijkheid;
- de aard en de inhoud van de dwingende bepalingen rechtvaardigen de (internationale) toepassing ervan;
- de gevolgen die uit de niet-toepassing van de dwingende wetsbepalingen zouden voortvloeien zijn kennelijk onredelijk of onbillijk.

Dwingende bepalingen kunnen ook hun bron vinden in een algemeen verbindend verklaarde *cao*.<sup>42</sup> Dat geldt in ieder geval voor de arbeidsomstandigheids- en veiligheidsnormen, de werktijden, en de minimumlonen. In de ontwerp-richtlijn detachering worden elementen uit de wetgeving van het werkland genoemd als zaken waarvan vaststaat dat ze van toepassing zijn (art. 3). Art. 7 EVO kan meebrengen dat er nog meer bepalingen dwingend van toepassing zijn.

Toegepast op detachering zullen steeds de dwingende bepalingen

41 Giuliano en Lagarde (1980: 27).

42 Vgl. bv. de *Rush Portuguesa*-zaak (HvJEG 27 maart 1990, zaak 113/89, *Jur.* 1990, I-1417), waarin het Hof bepaalde dat Lid-Staten hun wettelijke bepalingen en *cao's* ook verplicht mogen opleggen aan buitenlandse werknemers die werkzaam zijn op hun grondgebied. Vgl. ook Jacobs en Van Rooij (1992: 132).

van het tijdelijk werkland in verband met o.m. de duur van de arbeid, de feestdagen, de jaarlijkse vakantie, de opzegtermijnen, de loonbescherming en de collectieve regelingen die de arbeidsvoorwaarden van alle werknemers of voor een bepaalde groep van hen verbindend vastleggen, moeten worden nageleefd. Voorzover deze voorwaarden echter minder gunstig zijn dan de arbeidsvoorwaarden volgens de arbeidswetgeving of volgens de dwingende bepalingen van het land van de gewoonlijke tewerkstelling worden ze opzij geschoven. Met betrekking tot art. 7 hebben het Verenigd Koninkrijk, de BRD en Luxemburg een voorbehoud gemaakt.

*(ad 2) De bepalingen van de lex fori*

Wetsbepalingen van het land van de rechter (lex fori) die van dwingende aard zijn (onafhankelijk van het recht dat de arbeidsovereenkomst in het algemeen beheerst) moeten door de rechter worden toegepast, volgens art. 7, tweede lid. Het gaat hier om regels van de 'positieve openbare orde'.

*Dwingende bepalingen in het nationale recht*

Met betrekking tot Nederland heeft de Stichting van de Arbeid (Advies 5 februari 1991, blz 1) geadviseerd om de Arbeidswet 1919 (nu: Arbeidstijdenwet), de Arbeidsomstandighedenwet en BBA 1945 te beschouwen als de dwingende regels in de zin van art. 7.<sup>43</sup> Zie overigens ook par. 2.5. Ook hier speelt bij art. 7 de vraag of art. 6 BBA behoort tot bepalingen van dwingend recht. De Nederlandse Hoge Raad heeft beslist, vóór de inwerkingtreding van het EVO-verdrag, dat de stelling dat het BBA moet worden geacht van toepassing te zijn op een arbeidsovereenkomst die door het Nederlandse recht wordt beheerst, niet juist is.<sup>44</sup> Beslissend voor de toepasselijkheid van het BBA acht de HR of belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt zijn betrokken bij arbeidsverhoudingen welke tot arbeid buiten Nederland verplichten. Partijen mogen dus ook niet zelf art. 6 BBA

43 Zie ook Polak (1990: 32).

44 HR 5 juni 1953, NJ 1953, 613. Zie ook HR 8 jan. 1970, NJ 1971, 129; HR 23 okt. 1987, NJ 1988, 84, HR 18 jan. 1991, NJ 1991, 296. Met betrekking tot art. 6 BBA geeft het EVO een andere benadering dan die van de HR (Strikwerda 1991b: 1294); dat betekent dat oudere rechtspraak niet altijd geheel relevant gebleven is.



van toepassing verklaren. Op deze uitspraak bestaat kritiek, omdat o.a. de vraag rijst of deze bepaling niet in strijd is met de vrijheid van rechtskeuze.<sup>45</sup> De uitspraak spooft echter met de benadering van Gamillscheg, dat het toepassingsbereik van publieke normen beperkt is tot het grondgebied van de staat die die normen kent.<sup>46</sup>

Het karakter van art. 6 BBA is tweeërlei, aldus Vlas (1991: 229); het gaat om bescherming van de Nederlandse sociaal-economische verhoudingen én bescherming van werknemers. Dit betekent dat art. 6 BBA zowel kan vallen onder art. 6 EVO als onder art. 7, tweede lid EVO (bescherming van de Nederlandse sociaal-economische verhoudingen). Behoort art. 6 BBA nu tot de dwingende bepalingen bedoeld in het eerste lid van art. 6 EVO, zodat in het geval Nederlands recht op grond van de objectieve conflictregel op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, de werknemer nooit de bescherming van art. 6 BBA kan verliezen? Of wordt aan art. 6 BBA toepassing gegeven, afhankelijk van de vraag of de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt worden geraakt en los van het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht? Op basis van de geschiedenis van art. 6 EVO kan worden geconcludeerd, aldus Vlas, dat art. 6 BBA onder art. 6 EVO valt. Bovendien, zo merkt hij op, is art. 6, eerste lid een *lex specialis* ten opzichte van art. 7, tweede lid EVO. Art. 6 EVO heeft dus voorrang.

In België wordt bij 'dwingende bepalingen' met name gedacht aan art. 3, eerste lid BW dat bepaalt dat de wetten van politie en veiligheid allen verbinden die op het grondgebied wonen. Deze bepaling wordt zo uitgelegd dat de Belgische arbeidswetten van politie en veiligheid van toepassing zijn telkens als de arbeid in België wordt uitgeoefend, ongeacht de duur van de tewerkstelling. Gedacht wordt aan bepalingen betreffende de arbeidsduur, de opzegtermijn, minimumloon, vakantie en algemeen verbindend verklaring.<sup>47</sup> Bij de toepassing van dwingende bepalingen is de vraag aan de orde of bij internationale arbeidsovereenkomsten ook elementen uit vreemde rechtsstelsels een rol kunnen spelen. Het antwoord op deze vraag is bevestigend.<sup>48</sup> Wetten van politie

45 Vgl. P. Vlas (1991: 229).

46 Gamillscheg (1993: 184). Met andere woorden, deze conflictnorm is unilateraal.

47 Arbr Brussel 12 april 1988, *J.T.T.* 1988, 359.

48 Vgl. Hof van Cassatie 9 feb. 1987, *J.T.T.* 1987, 266.

en veiligheid hebben volgens de Belgische rechtspraak en doctrine het karakter van bilaterale verwijzingsregels.<sup>49</sup> Vreemde dwingende bepalingen worden daarom in België slechts toegepast als ook de eigen normen in dit geval dwingende toepassing zouden hebben. De toepasbaarheid van deze bepalingen wordt bepaald door de plaats van de arbeid (en dus niet door het recht dat de overeenkomst beheerst).

Een tweede categorie van bepalingen van dwingende aard in de zin van art. 7 worden in de Belgische literatuur de dwingende bepalingen geacht die altijd van toepassing zijn. Deze bepalingen zijn van oudsher aangeduid als regels van openbare orde en veiligheid binnen de staat. Nu is er een tendens om de dwingende bepalingen op te rekken, in die zin dat alle bepalingen van publiek recht er onder vallen.<sup>50</sup> De vraag is echter of dat ook geldt voor cao's, of liever algemeen verbindend verklaarde cao's.

In de Belgische literatuur zijn verschillende grondslagen te vinden voor de toepasselijkheid van algemeen verbindend verklaarde cao's op alle werknemers, inclusief de vreemde. De grondslagen lopen uiteen. Sommigen steunen de redenering die waarde verbindt aan het feit dat er strafsancities zijn verbonden aan niet-naleving van deze bepalingen; anderen baseren zich op de voorrang 'van de collectieve wilsuiting boven de individuele wilsuiting in de arbeidsverhouding wat een finaliteit op zichzelf is binnen de rechtsorde, die zo essentieel is en derhalve zo moet worden beschermd dat geen enkele afwijking aanvaardbaar is'.<sup>51</sup>

## 2.5 *De verhouding van het EVO tot de richtlijn over detachering*

In deze bundel wordt de richtlijn detachering uitvoerig besproken door Voogsgeerd; hier wil ik slechts ingaan op de relevantie van het EVO nadat deze richtlijn van kracht is geworden. Art. 20 EVO geeft voorrang aan het gemeenschapsrecht. Dit betekent dat de richtlijn voorrang heeft boven het EVO. Dit is uiteraard slechts van belang voor dat gedeelte van het recht dat door de richtlijn wordt bestreken. De richtlijn bepaalt

49 R.C.J.B. 1957, 192, vgl. Deneve (1993: 205).

50 Parijs, R. van en C. van Buggenhout, 'Internationaal privaatrecht, finaliteitsbeschermende wetten en arbeidsrecht'. In: *R.W.*, 1979-1980, 2629.

51 Van Parijs en van Buggenhout (1979: 2629).

dat de bepalingen van wetten, bestuursrechtelijke bepalingen en algemeen verbindend verklaarde cao's op het terrein van de maximumarbeidstijden en minimumrusttijden; de minimumvakantieduur, het minimumloon; de veiligheid en gezondheid, de maatregelen ter bescherming van zwangere vrouwen, kinderen en jongeren en de antidiscriminatiebepalingen dwingend van toepassing zijn van het werkland. Dit betekent dat ze doorwerken, ook al is voor een ander stelsel gekozen. De vrijheid van rechtskeuze, zoals bepaald in het EVO, blijft bestaan, maar dan binnen de grenzen van de werking van de hier genoemde bepalingen.

Dit zijn belangrijke onderdelen, maar het zijn niet alle aspecten die in het voorgaande als mogelijk dwingend zijn vermeld (een voorbeeld van in de ontwerp-richtlijn niet-genoemde zaken vormen opzegtermijnen). Voorts bevat de bijlage een opsomming van de bouwactiviteiten waarop de richtlijn van toepassing is; deze biedt een zekere beperking van de werkingssfeer van de richtlijn. Bij lacunes en onduidelijkheden kan men terugvallen op het EVO. Bovendien is de richtlijn alleen van toepassing bij detachering; detachering heeft een tijdelijk karakter, al laat de richtlijn zich niet uit over een maximumduur.

### 3 Doorwerking van cao's bij grensoverschrijdende arbeid

#### 3.1 *Algemeen*

In de inleiding hebben we het vraagstuk genoemd van de premiebetaling die op basis van een algemeen verbindend verklaarde cao in het werkland verschuldigd is, terwijl de betreffende werknemer met een detacheringsverklaring werkzaam is. Het probleem bestaat vooral als de werkgever ook in het land van herkomst premie moet betalen voor vergelijkbare doeleinden.

#### 3.2 *Wanneer is een cao van toepassing?*

De eerste vraag die van belang is, of de cao van het werkland ook geldt voor de werknemers van een buitenlandse werkgever. Is een cao van toepassing op een werknemer die in een andere Lid-Staat wordt gedetacheerd, en zo ja, in hoeverre? Bovendien rijst de vraag of en

welke conflictregels er zijn als in het land van tewerkstelling ook een cao geldt.

Indien er sprake is van detachering, dan zal, als er geen rechtskeuze gemaakt is, het recht gelden van het gewoonlijke werkland, meestal het uitzendende land. Ook bij een rechtskeuze zal meestal gekozen worden voor het recht van het uitzendende land. We gaan in het onderstaande van die situatie uit.

We kunnen dan een aantal situaties onderscheiden:

*Situatie 1. De werkgever is partij bij de cao van het uitzendende land (deze is niet algemeen verbindend verklaard)*

Als de werkgever gebonden is aan de cao, dan zal hij die ook moeten toepassen op zijn in het buitenland gedetacheerde werknemers (ik herinner aan de vooronderstelling dat het recht van het uitzendende land is gekozen). Voor de interactie met de cao van het gastland, zie situatie 3.

*Situatie 2. De werkgever is geen partij bij de cao van het uitzendende land (maar deze is algemeen verbindend verklaard)*

De algemeen verbindend verklaring van een cao heeft slechts betrekking op het grondgebied van de betreffende overheid. Een Nederlandse werknemer die niet onder een cao valt op basis van de werkingssfeer van de cao en de Wet op de Cao zelf, terwijl deze cao algemeen verbindend verklaard is, en die in België tewerkgesteld wordt, zal niet onder de betreffende Nederlandse cao vallen. Indien er echter een voldoende nauwe band bestaat tussen werknemer/gever en cao, kan dit echter anders zijn. De nauwe band wordt aangenomen als voldaan is aan de criteria van art. 6 (rechtsvermoedens van rechtskeuze), m.a.w. als de objectieve verwijzingsregel het recht aanwijst van het uitzendende land.

Dit betekent dus dat een werkgever die, als een cao niet-verbindend zou zijn verklaard, bijvoorbeeld in Nederland niet gebonden zou zijn aan een cao en bij a.v.v. wèl, deze werknemer uitzendt naar België, de beschermende bepalingen, als deze cao algemeen verbindend is verklaard, via art. 6 EVO kunnen doorwerken.

*Situatie 3. De cao van het werkland is (ook) algemeen verbindend verklaard*

Indien de gedetacheerde werknemer en de werkgever gekozen hebben voor het recht van het uitzendende land, of als dit van toepassing is bij het ontbreken van een rechtskeuze (zoals meestal het geval is bij detachering), dan is de cao van het werkland slechts van toepassing indien deze algemeen verbindend is verklaard. Deze werking volgt uit het EVO, of, als de richtlijn detachering in werking treedt, op basis van de richtlijn. In deze situatie kunnen twee cao's van toepassing zijn, via art. 6 (van het uitzendende land - zie situatie 2) en art. 7 (van het werkland). Polak (1988: 99) meent dat bij art. 6 wel een vergelijking met een gunstiger recht mogelijk is, en bij art. 7 niet. Stel echter dat de cao van het werkland een dwingende opzegtermijn van twee maanden kent en de cao van het uitzendende land drie maanden (*ceteris paribus*), dan is in ieder geval een beslissing nodig, als de werkgever betrokkene met een opzegtermijn van twee maanden wil ontslaan. Uit de algemene principes van het arbeidsrecht volgt het gunstigheidsbeginsel, en dat zal m.i. ook in dit geval de oplossing moeten geven; dit impliceert dus een vergelijking tussen art. 6 en 7.

Polak meent voorts dat de reikwijdte van veiligheidsvoorschriften in cao's beperkter is dan die van de wettelijke regels terzake van het land van uitzending. Daarom zou een analogie bestaan tussen de territoriale afbakening van wettelijke voorschriften en cao-bepalingen. Stel nu dat de cao van het uitzendende land bepaalt dat de werknemer niet langer dan twee uur achtereen met stof x hoeft te werken, terwijl de cao van het werkland 5 uur als maximumtermijn noemt. Het lijkt me dat bij een rechtsconflict tussen werkgever en werknemer ook in dit geval het gunstigheidsbeginsel de doorslag zal moeten geven. Voorzover de cao-bepalingen van het werkland echter aanhaken bij territoriaal gebonden factoren, zoals controle door een bepaalde instantie, of ter plaatse verkrijgbaar materiaal, zullen deze bepalingen voorrang moeten krijgen. Datzelfde geldt bij een vergelijking met wettelijke bepalingen van het land in vergelijking met de cao-bepalingen van het uitzendende land.

In par. 2.4 (laatste sectie) heb ik de benadering uit de Belgische rechtspraak beschreven ten aanzien van de werking van algemeen verbindend verklaarde cao's. Deze gaat uit van integrale toepassing van de cao van het eigen land. Dit betekent dat zowel de cao van het uitzendende

land als de relevante Belgische cao van toepassing zijn; het Belgische nationale recht kent niet de mogelijkheid van een afweging tussen beide. Als de cao van het uitzendende land en die (algemeen verbindend verklaarde) cao van het werkland bijdragen verlangen voor dezelfde doelen, is de buitenlandse werkgever aan beide gebonden.

In de benadering die in deze paragraaf is gegeven, worden naast de cao van het werkland ook buitenlandse cao's in beschouwing genomen en wordt een *vergelijking* gemaakt. Bovendien is de doorwerking van cao-bepalingen gekoppeld aan art. 6 en art. 7 EVO, hetgeen inhoudt dat beschermende bepalingen en bepalingen van de nationale orde een speciale rol hebben: in die gevallen zou een vergelijking met bepalingen uit het oorspronkelijke land aan de orde kunnen zijn. Zo kan ik me vinden in de stelling van De Vos<sup>52</sup>, die een territoriale toepassing van de algemeen verbindend verklaarde cao accepteert, maar de geldingskracht blijft erkennen van een buitenlandse cao in zoverre die gunstiger is voor de werknemer dan de Belgische.

### 3.3 *Cao's in Nederland en België*

De bouwsector is een onderdeel waarin in vergelijking met andere sectoren werknemers relatief vaak over de grens werken. Vandaar dat het nuttig is om de betreffende cao's te bekijken.

#### 3.3.1 *Nederland*

In de Cao bouwbedrijf die van kracht was van 1 januari 1993 t/m 31 december 1994 werd onder 'werknemer' de persoon verstaan die voor een werkgever in Nederland werkzaam is. Het toepassingsbereik was dus territoriaal gedefinieerd. Niet als werknemer werden beschouwd o.a. degenen die in het buitenland woonachtig waren en in Nederland werkzaam waren voor een in het buitenland gevestigde werkgever, indien deze werkzaamheden van tijdelijke aard zijn. De werkzaamheden werden als tijdelijk aangemerkt, zo vervolgde de cao, zolang de Nederlandse sociale verzekeringswetten nog niet op het dienstverband van toepassing waren (art. 1, nr. 5 aanhef en (j)). De cao bepaalde voorts in art. 9 (5) dat het de werkgever geoorloofd was de werknemer arbeid te doen verrichten voor een dochter- of andere aan de zijne verwante

52 L. de Vos, *Le problème des conflits de lois*, Brussel, 1978, 624.

onderneming, mits onder ten minste dezelfde voorwaarden als welke voor diens arbeid in de onderneming van de werkgever golden. Deze cao was dus niet van toepassing op buitenlandse werknemers die voor korte tijd in Nederland kwamen werken (kort gezegd niet gedurende twaalf maanden, d.w.z. de periode dat een detachingsverklaring was afgegeven voor de sociale zekerheid, zie par. 4). In de cao was ook de afdracht aan sociale fondsen geregeld; de werkgever die van de diensten van uitgeleende arbeidskrachten gebruik maakte, was ten aanzien van deze werknemers verplicht tot naleving van de bepalingen van de cao, waaronder ook art. 28 en 29, betreffende de fondsen.

In 1995 is een nieuwe bouwcao afgesloten, waarin de uitsluiting van buitenlandse werknemers beperkt is tot één maand.<sup>53</sup> Het betreffende artikel bepaalt (art. 1a) dat deze cao - met inachtneming van de wettelijke regeling van het woonland - eerst van toepassing is op diegene die in het buitenland woonachtig is en in Nederland, in dienst van een in het buitenland gevestigde werkgever, werkzaam is, indien deze werkzaamheden langer dan één maand achtereen duren. De cao houdt rekening met de ontwerp richtlijn detachering: 'zodra Europese regelgeving op dit vlak in Nederland geïmplementeerd wordt geldt deze regelgeving'. In aansluiting hierop is bepaald dat het bepaalde in deze cao omtrent een aantal fondsen vanaf de aanvang van het dienstverband niet van toepassing is op de betrokken werknemer: Pensioenfondsen, Aanvullingsfondsen WW, pensioenfondsbijverzekering WAO, Collectieve Ongevallenverzekering, individuele gedeelte VUT-fondsen. Dit stelsel houdt in dat werkgevers wel moeten bijdragen aan onderwijs- en opleidingsfondsen (ca. 8% over het brutoloon)) en het collectieve gedeelte van de vut (ca. 0,8% over het brutoloon), ook al hebben de werknemers hier geen voordeel van. Met betrekking tot het verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties in Nederland om de bouwcao algemeen verbindend te laten verklaren, werden door de Belgisch-Luxemburgse Kamer van Koophandel en door een Iers bedrijf bezwaarschriften ingediend bij de Minister van sociale zaken tegen de algemeen verbindend verklaring. De bezwaren

53 Tweede Kamerleden van D66 en VVD hebben de minister van Sociale Zaken gevraagd om deze cao niet algemeen verbindend te verklaren, omdat ze vonden dat er niet voldoende lage loonschalen gecreëerd werden en vanwege deze nieuwe bepaling (*Volkskrant* 19 april 1995; TK 1994/1995, nr. 814). De minister heeft geen gehoor gegeven aan dit verzoek.

kwamen er hoofdzakelijk op neer dat bedrijven zowel in het uitzendende land als in Nederland onder de algemeen verbindend verklaarde cao premies moeten betalen voor dezelfde doeleinden. Deze bezwaarschriften werden afgewezen.

Algemeen probleem is de handhaving van de cao's. Buitenlandse bedrijven die werkzaam zijn in Nederland zijn niet zonder meer geregistreerd bij de betreffende bedrijfsverenigingen. Deze weten dan ook vaak niet dat ze bij deze bedrijven premies kunnen heffen.

### 3.3.2 België

In België is de personenkring van de cao met name met het oog op de activiteiten van de werkgevers gedefinieerd. Bovendien is de personele werkingssfeer geformuleerd als afgeleide van bevoegdheid van het paritair comité. In de betreffende uitvoeringsregelingen is door middel van een opsomming van activiteiten vastgelegd welke onderneming tot de bevoegdheid van het paritair comité behoort.<sup>54</sup> Het paritair comité is samengesteld uit afgevaardigden van representatieve werknemers- en werkgeversvertegenwoordigers in de betreffende sector, die belast is het met sluiten van de cao's. Deze taak en de werkingssfeer zijn bij KB vastgelegd.

Een zeer belangrijke taak en bevoegdheid van het paritair comité en de cao's is het instellen van Fondsen voor de Bestaanszekerheid. 'Fondsen voor Bestaanszekerheid zijn het kind of de kinderen bij uitstek van de Belgische arbeidsverhoudingen', aldus Blanpain.<sup>55</sup> Voor deze fondsen hebben de comités de bevoegdheid om premies te heffen, op te leggen aan de werkgevers. Deze bevoegdheid, die hoofd-discussiepunt blijkt te zijn in de discussie in België rond de cao's, verklaart waarom in de Belgische cao's meer aandacht wordt besteed aan de vraag of de werkgever onder de cao valt dan de werknemer.

54 Vgl. CAO-gids Hout en bouw, Tijdschrift van de christelijke centrale van de houtbewerkers en bouwvakarbeiders, hoofdstuk 1, § 1. Deze gids verschijnt regelmatig.

55 R. Blanpain, 'De Fondsen voor Bestaanszekerheid en het collectief overleg', *Bull. Instit. Arb.*, 1972-73, 19, geciteerd in Briers (1993: 34).



### *De Fondsen voor de Bestaanszekerheid*

De Fondsen voor de Bestaanszekerheid hebben een wettelijke grondslag in de wet van 7 januari 1958 betreffende de fondsen voor bestaanszekerheid.<sup>56</sup> Deze wet geeft een aantal statutaire voorwaarden waaraan de Fondsen moeten beantwoorden. Op dit moment bestaan er ca. 115 Fondsen.<sup>57</sup>

De Fondsen zijn gecreëerd bij cao's die aanvullende sociale zekerheid creëren ten behoeve van de werknemers die onder de betreffende cao vallen. Het is aan de cao-partijen, verenigd in het al genoemde paritair comité, om te bepalen welke voorzieningen opgenomen worden in het Fonds. Er bestaan op dit terrein weinig regels en voor zover ze bestaan wordt aan de sociale partners veel vrijheid gegeven bij de toepassing ervan.<sup>58</sup> Tot de prestaties kunnen ook getrouwheidspremies en eindejaarspremies behoren. Naast de taak om sociale voordelen voor bepaalde personen te organiseren, hebben de Fondsen ook de wettelijke opdracht vakopleidingen voor de werknemers en de jongeren en maatregelen voor de veiligheid en gezondheid van werknemers (bedrijfsgeneeskundige diensten) te regelen.

Fondsen voor Bestaanszekerheid kunnen uitsluitend worden opgericht in paritaire comités door representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties, door middel van een cao. Niet alleen de oprichting van het Fonds en de vaststelling van de statuten gebeuren bij cao, maar ook over de aard, de omvang en de toekenningsvoorwaarden van de prestaties worden door het paritair comité regels geven in de oprichtingscao van het Fonds of in afzonderlijke overeenkomsten.

De Koning kan deze cao's algemeen verbindend verklaren.<sup>59</sup> Als een cao algemeen verbindend is verklaard, dan kunnen de sociale partners de daarin bepaalde contributies innen van een hele bedrijfstak; ze kunnen hierbij ook gebruik laten maken van dwangmiddelen. Met andere woorden, ten gevolge van een algemeen verbindendverklaring moeten alle werkgevers uit een bepaalde sector bijdragen betalen,

56 B.S. 7 feb. 1958, later geamendeerd; een versie van deze wet is te vinden in het werk genoemd in de vorige noot, blz. 189 e.v.

57 Briers (1993: 20).

58 Vgl. J. van Steenberge en I. Briers (red.), *Fondsen voor bestaanszekerheid en aanvullende sociale verzekeringen*. Brugge (1993). Ook het navolgende uit deze paragraaf is ontleend aan deze bundel.

59 Art. 1 van de Wet op de Fondsen voor de Bestaanszekerheid.

ongeacht of ze al dan niet lid zijn van de bij de cao betrokken organisatie.

De Koning kan een beslissing tot algemeen verbindendverklaring geheel of gedeeltelijk opheffen, als de overeenkomst met betrekking tot bestaanszekerheid niet meer zou beantwoorden aan de toestand en de voorwaarden die algemeen verbindend verklaring verantwoorden. Het paritair comité dat de overeenkomst sloot moet echter zijn instemming betuigen met deze opheffing. Dat betekent een vèrgaande macht van de paritaire comités.

Het toepassingsgebied van de Fondsen betreft alle ondernemingen die de in de cao genoemde activiteit uitoefenen, inclusief buitenlandse ondernemingen die in België actief zijn en hun buitenlandse werknemers. Zodra een buitenlandse onderneming werknemers tewerkstelt in een bepaalde bedrijfstak, behoort ze tot het toepassingsgebied van dat paritair comité.

Hoofdregel is de autonomie van de sociale partners; dit betekent o.m. dat deze zelf de inhoud van het Fonds kunnen regelen. De inhoud kan dus belangrijk verschillen van paritair comité tot paritair comité en ook de lasten voor de werkgevers kunnen belangrijk verschillen, afhankelijk van de vraag tot welk comité ze behoren. Over de vraag tot welk comité men behoort worden dan ook vele procedures gevoerd; procedures over de werkingssfeer van een cao worden dan ook meestal gevoerd met het oog op de werkingssfeer van een Fonds voor de Bestaanszekerheid.

Overgang van een paritair comité naar een ander paritair comité kan worden gerealiseerd door een juridische herstructurering van de onderneming in de vorm van splitsing of fusie; relevant voor indeling bij een paritair comité is immers de voornaamste activiteit van een onderneming. De juridische vorm is bepalend voor deze indeling, dus niet de werkelijke opzet van een bedrijf.<sup>60</sup> Dit heeft geleid tot het verschijnsel van 'filialisering',<sup>61</sup> het oprichten van aparte ondernemingen voor subtaken, die onder een 'goedkoper' paritair comité vallen.

60 Arbb. Antwerpen 26 jan. 1981, *J.T.T.* 1981, 146, geciteerd in Claes (1993: 90).

61 Zie over dit begrip ook Rigaux (1994: 63).

De Fondsen kunnen de inning van de bijdragen uitbesteden aan de organismen belast met de inning van sociale-zekerheidsbijdragen, welke meestal de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (RSZ) is. In dat geval zal de berekeningswijze voor premies voor de wettelijke sociale zekerheid ook toegepast worden bij de premies voor de Fondsen.

Zie voor een overzicht van de hoogte van de premies van enkele fondsen Claes (1993: 84 en 93 e.v.); de bouwsector is in dit overzicht de sector met het hoogste percentage, 25% van de loonsom.

De uitkeringen kunnen door het Fonds geschieden of wederom door de RSZ. Hier geldt, net als in de wettelijke sociale zekerheid, dat het recht op uitkering niet afhankelijk is van het hebben voldaan aan de premieplicht door de werkgever. Ze worden ook vaak door de vakbonden uitgekeerd.<sup>62</sup> Fondsen kennen ook vaak voordelen voor vakbondsleden.<sup>63</sup>

Zoals we hebben gezien kunnen Fondsen ook getrouwheidspremies uitkeren; meer algemeen is het vaak een doel van het fonds om de binding met de onderneming te vergroten.

Vrijwel alle fondsen kennen aanvullende *werkloosheids*uitkeringen toe; aanvullende uitkeringen wegens ziekte of ongeval komen regelmatig voor; aanvullende pensioenprestaties worden meestal aan de werkgever overgelaten.

Buitenlandse werkgevers zijn nogal eens van oordeel dat ze niet aan deze premies zijn gebonden, als hun werknemers gedetacheerd zijn in de zin van de sociale zekerheid, dat wil zeggen als er een detacheringsverklaring voor afgegeven is. We zullen daarom in de volgende paragraaf eerst ingaan op de betekenis van de detacheringsverklaring.

62 Dit is een manier om leden aan zich te binden, temeer daar fondsen soms administratiekosten in rekening brengen en vakbonden niet. Claes (1993: 78) merkt op dat deze praktijk juridisch niet door de beugel kan, met name niet als kosten en nadelen van de niet-leden niet in verhouding staan met de geboden diensten.

63 Briers (1993: 37).

### 3.4 *Detachering in de sociale zekerheid*

Het stelsel van internationale conflictregels is voor de *sociale zekerheid* fundamenteel anders dan in het arbeidsrecht. De conflictregels in de sociale zekerheid laten namelijk geen keuzevrijheid aan partijen, maar leggen dwingend een bepaald sociale zekerheidsstelsel op dat van toepassing is gedurende de periode dat een werknemer in een bepaald land werkzaam is (en in de regel van kracht blijft totdat hij in een ander land gaat werken). De hoofdregel van Verordening 1408/71 is dat het stelsel van het werkland van toepassing is op werknemers en zelfstandigen die onderdaan zijn van een van de Lid-Staten van de Europese Unie.<sup>64</sup> Dit betekent dat een Nederlandse werknemer die in België gaat werken, onder het Belgische sociale zekerheidsrecht valt, en aldaar premies moet betalen voor de wettelijke sociale zekerheid. Belangrijke uitzondering op deze regel, die van belang is voor ons onderwerp, betreft de detachering. Detachering is geregeld in art. 14 van Verordening 1408/71; het eerste lid van dit artikel bepaalt dat op degene die op het grondgebied van een Lid-Staat werkzaamheden in loondienst verricht voor een onderneming waaraan hij normaal verbonden is, en door deze onderneming gedetacheerd wordt op het grondgebied van een andere Lid-Staat ten einde aldaar voor haar rekening arbeid te verrichten, de wetgeving van eerstbedoelde Lid-Staat van toepassing blijft voor een maximumperiode van twaalf maanden. Bedoeld is de sociale-zekerheidswetgeving van de Lid-Staat waar de onderneming is gevestigd.<sup>65</sup>

### 3.5 *De relevantie van detacheringsverklaringen voor het vraagstuk van de dubbele heffing*

Hierbij is een van de aangekondigde probleempunten aan de orde: de relatie tussen wettelijke en aanvullende sociale zekerheid en de detacheringsproblematiek.

Het probleem is als volgt te schetsen. Voor een werknemer die bijv. voor zes maanden vanuit Nederland in België wordt gedetacheerd, zal in de regel een detacheringsverklaring gevraagd en verkregen worden, zodat hij onder het Nederlandse wettelijke sociale-zekerheids-

64 Zie Jorens (1992), Pennings (1993).

65 Cornelissen (1993: 25).

recht valt. Voorts zal de werkgever een verzoek tot betaling van de bijdragen voor het Fonds voor de Bestaanszekerheid ontvangen, omdat de betreffende cao algemeen verbindend verklaard is, hetgeen inhoudt dat alle werknemers binnen het werkingsgebied van de cao onder deze regeling vallen. Hiermee kan zo'n 25% van de loonsom gemoeid zijn, zoals we hebben gezien. Werkgevers zullen geneigd zijn te denken dat ze deze bijdrage niet hoeven te betalen, omdat hun werknemers een detachingsverklaring hebben, en dus onder de Nederlandse sociale zekerheid vallen. De Fondsen voor de Bestaanszekerheid in België zijn voorbeelden van Fondsen waarvoor buitenlandse werkgevers moeten betalen, maar ze zijn zeker niet de enige. We hebben al eerder verwezen naar de bezwaarschriften die tegen de algemeen-verbindendverklaring van de Nederlandse bouwcao werden ingediend.

Voor de vraag of de heffing via cao's geoorloofd is ook als detachingsverklaringen zijn afgegeven, is van belang dat de materiële werkingsfeer van Verordening 1408/71 zich beperkt tot *wettelijke regelingen*. Een definitie van dit begrip is terug te vinden in artikel 1 lid (j) van de Verordening. Dit bepaalt dat 'onder wetgeving en wettelijke regeling wordt verstaan, de bestaande of toekomstige wetten, regelingen, statutaire bepalingen en alle andere uitvoeringsmaatregelen, welke betrekking hebben op de in artikel 4, eerste en tweede lid, bedoelde takken en stelsels van sociale zekerheid. Het artikellid vervolgt met de bepaling dat onder deze term niet de bestaande of toekomstige contractuele bepalingen vallen, ongeacht of deze al dan niet bij een besluit van de overheid algemeen verbindend zijn verklaard, dan wel een ruimere werkingssfeer hebben verkregen. Cao's en ook algemeen verbind verklaarde cao's vallen dus niet onder de verordening. Er bestaat echter onder bepaalde voorwaarden wel een mogelijkheid om de cao's wél onder de verordening te laten vallen. Het al genoemde art. 1 lid (j) vervolgt namelijk met de bepaling dat ten aanzien van contractuele bepalingen welke de verplichte deelneming aan een verzekering voortvloeiende uit de in de vorige subalinea bedoelde wetten of regelingen beogen, of waarbij een stelsel wordt ingevoerd dat wordt beheerd door hetzelfde orgaan dat het beheer voert over de stelsels die zijn gevoerd door de in de vorige subalinea bedoelde wetten of regelingen, deze beperking te allen tijde kan worden opgeheven door een verklaring van de betrokken Lid-Staat waarin dergelijke regelingen waarop deze Verordening wel van toepassing is worden vermeld.

De verordening kan niet bewerkstelligen dat de FBZ-regels niet van toepassing zijn, omdat cao's niet onder de verordening vallen. Om onder de verordening te kunnen vallen is in ieder geval een verklaring nodig van België dat de betreffende algemeen verbindend verklaarde cao onder de verordening valt. Ook aan de voorwaarden van art. 1, sub (j) is niet voldaan. Van verplichte deelneming aan een verzekering voortvloeiend uit de wetten die betrekking hebben op de takken van sociale zekerheid zoals geregeld in art. 4, eerste lid van de verordening is geen sprake. De Fondsen betreffende zelfstandige prestaties; er is geen sprake van een 'aansluitingsverplichting'. De tweede mogelijkheid betreft de invoering van een stelsel dat wordt beheerd door hetzelfde orgaan als het orgaan dat het beheer voert over de wettelijke stelsels. Men kan volhouden dat aan deze voorwaarde gedeeltelijk wordt voldaan: voor sommige Fondsen voert de RSZ de regeling uit (innen van premies en betalen van prestaties). Anderzijds worden regeling ook wel door de fondsen zelf of door de vakbonden uitgevoerd; het is niet duidelijk of verlangd wordt dat het volledige beheer van alle regelingen door de RSZ moet gebeuren. Maar al zou dit niet verlangd worden, dan zou het in ieder geval een ongewenste situatie zijn om de Fondsen op deze wijze onder de verordening te laten vallen, o.a. omdat fondsen dan door simpelweg te uitvoeringsmodaliteiten te veranderen het fonds weer aan de verordening te kunnen onttrekken.

Het valt niet te verwachten dat België een verklaring zal doen uitgaan om de fondsen (tegen hun zin) onder de verordening te laten vallen<sup>66</sup>; met betrekking tot de fondsen hebben de sociale partners immers steeds de eerste viool gespeeld en de overheid de tweede.<sup>67</sup> En dat zo'n verklaring tegen de zin van de sociale partners is, is wel duidelijk: met algemene toepassing van de bepalingen op alle werknemers is immers veel geld gemoeid.

Overigens blijkt er een belangrijk praktisch probleem te zijn bij de inning van bijdragen bij vreemde werkgevers: wanneer bijdragen moeten worden geïnd door de RSZ, dan zal inning niet geëffectueerd kunnen worden, omdat de vreemde werknemers (bij detachering) niet onder de Belgische sociale-zekerheidsregeling vallen, en omdat de RSZ zich

66 Vgl. ook Briers en Jorens (1993).

67 Aldus Briers en Jorens (1993).

niet bevoegd acht uitsluitend bijdragen in te vorderen voor een Fonds voor Bestaanszekerheid.<sup>68</sup> Inderdaad blijken in de praktijk de premies die geheven worden over de lonen van de buitenlandse werknemers niet de hoogte te bedragen die in het algemeen gelden voor de Fondsen van Bestaanszekerheid; de discussie geldt dan ook slechts de getrouwheids- en weerverletgeld (9% van de loonsom).

De vraag is natuurlijk of de wens om niet onder de Belgische cao te vallen terecht is. In beginsel lijkt het zeer terecht dat alle werkgevers die in België werkzaam zijn, onderworpen zijn aan de Belgische cao's. Voorkomen moet immers worden dat werkgevers zich door te onttrekken aan de cao-premies goedkoper zijn dan Belgische werkgevers. Anders krijgen we hier de problematiek die we ook bij detachering bij de wettelijke sociale zekerheid hebben gezien, namelijk dat er op oneigenlijke manier concurrentie gepleegd wordt.<sup>69</sup>

Zo eenvoudig is het echter niet. Enerzijds bieden de Fondsen voor Bestaanszekerheid namelijk aanvullingen op de *Belgische* wettelijke sociale zekerheid; de betrokken buitenlandse werknemers vallen echter niet onder dat stelsel. Dat betekent dat die aanvullingen niet steeds adequaat zullen zijn, of, afhankelijk van de betreffende bepalingen, niet nodig zijn en dan ook niet uitgekeerd worden. Anderzijds moet de Nederlandse werkgever sociale zekerheidspremies betalen aan de Nederlandse uitkeringsinstanties. Voorzover deze premies hoger zijn dan de Belgische en voorzover dat komt omdat de Nederlandse wettelijke regeling zaken dekt die in België onder de Fondsen vallen, is hier een concurrentienadeel voor de Nederlandse bedrijven. Voorts is het denkbaar dat sommige prestaties niet relevant zijn voor buitenlandse werknemers of dat ze vrijwel nooit aan de voorwaarden zullen voldoen (getrouwheidspremies, en ook aanvullende werkloosheidsuitkeringen<sup>70</sup>).<sup>71</sup>

68 Briers en Jorens (1993: 141).

69 Vgl. de al genoemde brochure van Köbele en Leutschner (1995).

70 Aldus ook Jorens en Briers (1993: 138); de cao voor de bouw nijverheid bepaalt dat er recht is op een aanvullende werkloosheidsuitkering alleen als er sprake is van recht op een wettelijke werkloosheidsuitkering, waarbij duidelijk is dat bedoeld is een Belgische uitkering; vreemde arbeiders die gedetacheerd zijn hebben geen recht op een Belgische werkloosheidsuitkering.

### 3.6 *De benadering van het probleem van dubbele heffing via het vrije verkeer van diensten*

Via Verordening 1408/71 is de dubbele heffing niet te voorkomen. Ook de nieuwe richtlijn voor de detachering geeft hier geen soelaas. In het *Guiot*-arrest heeft het Hof van Justitie evenwel een uitspraak gedaan over conflicterende voorschriften inzake de sociale bescherming van werknemers.<sup>72</sup> De zaak betrof een strafzaak tegen de onderneming Climatic, die geen premies voor getrouwheidszegels en slechtweezegels wilde betalen voor haar werknemers die in België tewerkgesteld waren. Deze premies waren vereist op basis van de Belgische algemeen verbindend verklaarde bouwcao. De onderneming was ook in Luxemburg twee soorten premies verschuldigd voor al haar werknemers, inclusief zij die tijdelijk naar het buitenland waren gezonden. De ene premie staat in een wet; de andere in een Luxemburgse algemeen verbindend verklaarde cao. De vraag aan het Hof was nu of art. 59 en 60 van het verdrag verbieden dat een Lid-Staat van een onderneming in een andere Lid-Staat die tijdelijk werkzaamheden uitvoert in eerstgenoemde Lid-Staat, premies verlangt voor getrouwheids- en slecht-weer-zegels, terwijl de onderneming al aansprakelijk is voor vergelijkbare werkgeverspremies voor dezelfde werknemers en de zelfde periode in de staat waar deze onderneming gevestigd is. De genoemde artikelen betreffen de vrijheid van dienstverlening en deze vormt een van de fundamentele beginselen van het verdrag, en mag alleen beperkt worden bij regels die gerechtvaardigd worden door overheersende vereisten van openbaar belang. Het beginsel is van toepassing op alle personen en ondernemingen die opereren op het grondgebied van de staat waar de dienst gevestigd is, in zoverre dit belang niet gegarandeerd is door de regels waaraan de verlener van die dienst onderworpen is in de Lid-Staat

71 Op het eerste gezicht lijkt ook een argument dat het niet aannemelijk is dat Nederlandse werknemers lid worden van een Belgische vakbond, zodat begunstiging van vakbondsleden ten opzichte van buitenlanders nog veel problematischer is dan ten opzichte van werknemers die veel langer in België wonen. De bonden hebben evenwel met elkaar afgesproken dat ze elkaars leden behandelen als hun eigen leden.

72 HvJ EG 28 maart 1996, zaak 272/94, nog niet gepubliceerd.



waar hij gevestigd is. In het *Rush Portuguesa*-arrest<sup>73</sup> oordeelde het Hof al dat gemeenschapsrecht Lid-Staten niet verbiedt om hun wetgeving, of cao's, met betrekking tot minimumlonen, uit te breiden tot alle personen die tewerkgesteld zijn, zelfs al is dit tijdelijk, op hun grondgebied, ongeacht het land waar de werkgever gevestigd is.

In de eerste plaats was in deze zaak van belang of de voorwaarde opgelegd in de Belgische wetgeving een beperkend effect heeft op de vrijheid om diensten te verlenen; en ten tweede of overheersende vereisten van openbaar belang in dit gebied deze beperkingen op de vrijheid van dienstverlening rechtvaardigen. Ten derde, bij een bevestigend antwoord, of dat belang al beschermd is door de regels van de staat waar de dienstverlener gevestigd is, en of hetzelfde resultaat door minder beperkende regels bereikt kan worden. Nationale wetgeving die van een werkgever als een dienstverlener in de zin van het verdrag verlangt dat deze werkgever premies betaalt aan het sociale-zekerheidsfonds van de gast-Lid-Staat naast de premies die door hem betaald moeten worden aan het sociale-zekerheidsfonds in het land waar hij gevestigd is, plaatst een aanvullende financiële last op hem, zodat hij, waar het de concurrentie aangaat, niet in dezelfde positie verkeert als de werkgevers gevestigd in de gaststaat. Zulke wetgeving die zonder onderscheid op nationale dienstverleners en dienstverleners van gaststaten van toepassing is, kan de vrijheid van dienstverlening in de zin van art. 59 van het verdrag beperken, aldus het Hof.

Het algemeen belang met betrekking tot de sociale bescherming van werkers in de bouwindustrie kan echter, vanwege de specifieke voorwaarden in die sector, een fundamenteel vereiste inhouden, dat zulke beperking op de vrijheid van dienstverlening rechtvaardigt. Dit is echter niet het geval als de betreffende werknemers dezelfde bescherming, of een wezenlijke gelijke bescherming genieten, op basis van werkgeverspremies die al betaald zijn door de werkgever in de vestigingsstaat. In zulk geval is het aan de nationale rechter om vast te stellen of de vereisten opgelegd door de wetgeving van de vestigingsstaat gelijk zijn, of in ieder geval te vergelijken, met die van de staat waar de dienst wordt verricht, in dit geval België.

De nationale rechter had in deze zaak reeds aangegeven dat de

73 HvJEG 27 maart 1990, zaak 113/89, *Jur.* 1990, I-1417. Zie ook HvJEG 9 augustus 1994, zaak 43/93, *R. Vander Elst, Jur.* 1994, I-3803 e.v.

premies uit deze twee landen in de praktijk dezelfde risico's dekken en een gelijk, zo niet geheel identiek, doel hebben. De sociale bescherming is de enige overweging van openbaar belang dat beperkingen kan rechtvaardigen op de vrijheid van dienstverlening en daarom kunnen technische verschillen in de werking van deze twee regelingen niet zo'n beperking op de vrijheid van dienstverlening rechtvaardigen. Art. 59 en 60 van het verdrag verbieden daarom deze premies.

Met deze uitspraak is een aanknopingspunt gevonden om conflicten op het onderhavige terrein te voorkomen. Essentieel zijn dus niet technische verschillen tussen premies, maar de mate waarin regelingen bescherming bieden aan de werknemers. Dit betekent dat de vergelijking tussen regelingen niet op alle gebieden hoeft te gebeuren, maar slechts op deze hoofdzaak.

Het Hof heeft hiermee een resultaat bereikt dat past in een benadering van het vrij verkeer van diensten (en werknemers). De benadering is bovendien niet in strijd met de analyse van de interactie van cao's en wetgeving zoals hierboven gegeven, zij het dat het Hof niet uitgaat van het gunstheidsbeginsel.

#### 4 Misbruikmogelijkheden van detachering

In par. 3.4 hebben we gezien dat het eerste lid van art. 14 bepaalt dat op degene die op het grondgebied van een Lid-Staat werkzaamheden in loondienst verricht voor een onderneming waaraan hij normaal verbonden is, en door deze onderneming gedetacheerd wordt op het grondgebied van een andere Lid-Staat ten einde aldaar voor haar rekening arbeid te verrichten, de wetgeving van eerstbedoelde Lid-Staat van toepassing blijft voor een maximumperiode van twaalf maanden.

In Besluit 128<sup>74</sup> heeft de Administratieve Commissie een interpretatie vastgelegd van het begrip *detachering* in Verordening 1408/71. Voor detachering is volgens dit besluit vereist dat er tussen de uitzendende onderneming en de werknemer een 'organische' band bestaat. Om die band aan te nemen is o.m. belangrijk, aldus de overwegingen van dit besluit, dat de onderneming aan de werknemer

het loon uitbetaalt en de ontslagbevoegdheid heeft.<sup>75</sup> Ook andere elementen dienen hierbij in aanmerking te worden genomen; Cornelissen noemt hierbij aanwerving, vaststelling van de aard der werkzaamheden, de vakantieregeling en andere bepalingen van de arbeidsvoorwaarden.<sup>76</sup>

Besluit 128 kent echter geen verbindende kracht en het lijkt er volgens sommigen op, dat de instanties die de detachingsverklaringen uitgeven deze eis niet stellen.<sup>77</sup>

Uit een praktijkonderzoek<sup>78</sup> blijkt dat dit element vooral gecontroleerd wordt door te kijken naar de betaling van sociale-zekerheidspremies in het land van uitzending. In de meeste Lid-Staten (waaronder België) is degene die de detachingsverklaringen afgeeft ook de instantie die de sociale-zekerheidspremies int. Voorts maken sommige landen ook gebruik van vragen over wie het recht op ontslag heeft en wie het loon betaalt.<sup>79</sup> Een ander controlemechanisme is dat de verklaringen regionaal worden afgegeven, zodat bedrijven die detachingsverklaringen aanvragen bekend zijn bij de uitgevende instantie.

Het is moeilijk te controleren of een werknemer een andere vervangt; dat kan eigenlijk alleen op de werkplek (in het werkland). Voor de bevoegde autoriteiten (d.w.z. van het uitzendende land) is het eigenlijk niet doenlijk onderzoek te verrichten op de werkplek. Wel wordt door de meeste landen gekeken of personen naar dezelfde werkplek als eerdere zendingen wordt gestuurd. In dat geval wordt meestal aanvullende informatie gevraagd.

Tot dusver is er nog geen algemene uitwisseling van afschriften van detachingsverklaringen tussen uitzendend en ontvangend land; vaak weet het ontvangende land dan ook niet wie er gedetacheerd is. Nederland en België wisselen wel deze kopieën uit, en gebruiken ze ook, naar eigen zeggen, voor een actief onderzoek op de werkplek. Overigens blijkt dan dat de informatie op de verklaring vaak niet klopt met de feitelijke situatie op de werkplek.<sup>80</sup>

75 Dit is in overeenstemming met HvJ EG 17 december 1970, zaak 35/70, *Manpower*, *Jur.* 1970, 1251.

76 Cornelissen (1993: 25).

77 Storm (1993: 61).

78 Donders (1995: 26).

79 Donders (1995: 26).

80 Donders (1995: 28).

Een vaak gehoorde vraag is of er tussen twee detacheringen een minimumperiode gewerkt moet worden voor de uitzendende onderneming. Art. 14, eerste lid geeft hier geen uitsluitel over; gelet op de bepalingen omtrent de beperking van de duur van de detachering en de verlenging ervan zou het stellen van een minimumperiode voor de hand liggen. Is een kort bezoek aan de staat van herkomst, bijvoorbeeld om nieuwe instructies te ontvangen, al voldoende om de eerste detachingsperiode te doen eindigen? Uit het praktijkonderzoek blijkt dat de aanvangsdatum en de einddatum zoals vermeld op de detachingsverklaring bepalend zijn.<sup>81</sup>

Ten behoeve van detachering kunnen werkgever en werknemer een zgn. E-101 formulier aanvragen bij de daarvoor aangewezen organen van de Lid-Staten, in Nederland de SVB, in België de RSZ. De detachingsperiode kan met maximaal twaalf maanden verlengd worden. Hiervoor dient een zgn. E-102-verklaring te worden aangevraagd. Voor een E-102 verklaring is de voorafgaande toestemming van de autoriteiten van het ontvangende land vereist. Het verzoek om verlenging moet worden ingediend voor de afloop van de eerste periode. Het blijkt overigens dat van verlenging weinig gebruik wordt gemaakt, met name niet in de bouw, omdat veel bouwprojecten in één jaar kunnen worden afgerond. Indien er langer gewerkt moet worden dan één jaar, dan wordt gebruik gemaakt van een art. 17 overeenkomst (zie hierna).<sup>82</sup>

Als de detachering korter dan drie maanden is, dan is een verkorte procedure toegestaan.<sup>83</sup> In dat geval hoeft slechts een gedeelte van formulier E-101 te worden ingevuld. Dit moet binnen 24 uur door de werkgever worden ingeleverd. In de praktijk wordt hiervan weinig gebruik gemaakt, behalve door Frankrijk. Een regulier E-101 formulier is snel genoeg afgegeven; bovendien zijn de formulieren voor deze procedure erg fraudegevoelig. Er hoeft namelijk alleen een datum en een volgnummer te worden ingevuld.

Een mogelijkheid om te detacheren zonder gebonden te zijn aan de bepalingen van art. 14 is om te bewerkstelligen dat een of twee Lid-Staten een overeenkomst sluiten op basis van art. 17 van

81 Aldus Donders (1995: 12).

82 Donders (1995: 18).

83 Besluit 125 van de Administratieve Commissie, zoals geamendeerd door Besluit 148 van 25 juni 1992.

Verordening 1408/71. Ze kunnen daarin afwijken van de voorgaande bepalingen van de verordening (art. 13 - 16). Dit kan zowel gebeuren om de detachingsperiode langer te laten duren dan de max. 24 maanden van art. 14 of om problemen op te lossen (detachering met terugwerkende kracht). Deze overeenkomst kan betrekking hebben op individuele personen op voorwaarde dat de desbetreffende bepaling in het belang is van de betreffende persoon.<sup>84</sup> Ook in dit geval wordt een E 101 formulier afgegeven. Vonk schrijft hierover dat in de praktijk de autoriteiten van de Lid-Staten de bevoegdheid van art. 17 hebben aangegrepen om zich aan de te streng geachte voorwaarden van de detachingsregeling van art. 14 te onttrekken.<sup>85</sup> De meeste Lid-Staten gaan uit van een maximumperiode van vijf jaar;<sup>86</sup> dit geldt ook in de toepassingspraktijk in België en Nederland. In bijzondere gevallen kan de detachingsperiode langer zijn dan vijf jaar.

Er zijn ook personen die zonder detachingsverklaring in het buitenland gaan werken. Dit komt vaak voor. Ook in dit geval kan de detachingsbepaling van de verordening van toepassing zijn. Een detachingsverklaring is immers geen constitutieve voorwaarde voor detachering. In de praktijk worden evt. problemen vaak achteraf opgelost met behulp van een art. 17 overeenkomst. Het ontbreken van een detachingsverklaring bemoeilijkt wel de controle van de sociale-zekerheidspositie van buitenlandse werknemers.

Soms wordt van detachingsconstructies gebruik gemaakt om concurrentievoordelen te behalen. Zo kunnen werknemers uit landen met lage sociale premies tewerkgesteld worden in landen met hogere premies. Voor deze werknemers gelden dan belangrijk lagere loonkosten. Ernstiger is echter de situatie dat een bepaald land voor een werknemer een detachingsverklaring als zelfstandige afgeeft, terwijl betrokkene zodanig werkzaam is dat hij volgens de wetgeving van dat land als werknemer zou worden beschouwd (omdat een gezags-verhouding bestaat).

Bij zelfstandigen kan niet het criterium gesteld worden van een organische band en een niet toegestane vervanging van de ene

84 HvJEG 17 mei 1984, zaak 101/83, *Brusse, Jur.* 1984, 1285.

85 Vonk, G.B., 'Internationale detacheringen en sociale zekerheid', in: *Sociaal recht* 1995, 263.

86 Donders (1995: 24).

werknemer door de andere. Wel is van belang dat betrokkene zelfstandig is in de zin van de wetgeving van het uitzendende land. Een zelfstandige wordt niet uitgezonden door een ander, maar 'detacheert zichzelf'.

Verordening 1408/71 verlangt van een zelfstandige alleen dat hij werkzaamheden anders dan in loondienst uitoefent op het grondgebied van een Lid-Staat (art. 14 *bis*) en op het grondgebied van een andere Lid-Staat arbeid verricht. Dit geeft dus geen scherpe definitie. Detachering is nogal omstreden, met name in de bouwsector in Duitsland, omdat toepassing ervan het mogelijk maakt om werknemers uit lage-lonenlanden in te zetten in de rijkere landen.<sup>87</sup> Indien een Lid-Staat erg gemakkelijk is met het afgeven van deze verklaringen of niet adequaat de voorwaarden voor afgifte controleert (beschuldigingen op dit terrein zijn frequent te horen), dan is deze praktijk niet gemakkelijk aan te pakken, in ieder geval niet vanuit de ene Lid-Staat tegen de andere.<sup>88</sup> Met name het Verenigd Koninkrijk geeft regelmatig verklaringen voor zelfstandigen af, terwijl Nederland, Duitsland en België vaak van oordeel zijn dat deze mensen als werknemer werkzaam zijn.

In dit geval zijn voor deze werknemers alleen de sociale-zekerheidspremies voor een zelfstandige vereist, en daarmee zijn deze personen goedkoper dan de eigen werknemers. Of terecht een detacheringsverklaring voor een zelfstandige is afgegeven is aan het uitzendende land om te beoordelen.

Tot dusver is er weinig informatie of inzicht in de praktijk van de afgifte van detacheringsverklaringen in de meeste landen. Het is wel zo dat landen er vaak voordeel bij hebben om hun arbeidskrachten te kunnen uitzenden; uitzending vermindert de werkloosheid. Dit kan hen ertoe verleiden om niet te streng te zijn bij de afgifte van detacheringsverklaringen.

Het internationale en nationale recht kent nog vele lacunes bij de aanpak van slechte arbeidsvoorwaarden en ook van koppelbazen. Een voorbeeld betreft de aansprakelijkheid voor premies. Ondernemingen huren soms onderaannemers in om een taak uit te voeren. Zo'n onderaannemer

87 Vgl. B. Köbele en G. Leutschner (ed), *Dokumentation der Konferenz 'Europäischer Arbeitsmarkt Grenzenlos mobil?' 6 bis 8 März*, Bonn, 1995.

88 Vgl. vragen van de leden van de Tweede Kamer Rosenmöller e.a. van 2 juni 1995, TK 1993-1994, aanhangsel blz. 1989; en Köbele en Leutschner (1995).

komt dan uit een land met lage lonen, en maakt gebruik van detachingsverklaringen. Soms blijft die onderaannemer in gebreke om de verschuldigde premies te betalen. In sommige nationale wetgevingen is bepaald dat de hoofdaannemer of uitlener hoofdelijk aansprakelijk is voor de sociale-zekerheidspremies. Als nu bijvoorbeeld een in Nederland gevestigde onderaannemer werknemers volgens art. 14 van Verordening 1408/71 detacheert bij een aannemer in een andere lidstaat, dan blijft de Nederlandse wetgeving van toepassing. Indien de in Nederland gevestigde werkgever failliet gaat terwijl hij zijn premies niet voldaan heeft over de achterliggende periode, kan dan de in België gevestigde hoofdaannemer op grond van de Wet Ketenaansprakelijkheid aansprakelijk worden gesteld? Deze vraag werd gesteld aan het Hof van Justitie in de *Rheinholdzaak*.<sup>89</sup> Het Hof oordeelde echter dat deze bepaling niet onder Verordening 1408/71 valt, aangezien het in de Nederlandse wetgeving neergelegde beginsel van aansprakelijkheid van de hoofdaannemer niet berust op het feit dat tussen de hoofdaannemer en de werknemers voor wie de premies verschuldigd zijn, een verhouding bestaat als die van werkgever-werknemer. De aansprakelijkheid vloeit voort uit het feit, dat de hoofdaannemer gebruik heeft gemaakt van de diensten van een onderaannemer, die de sociale-zekerheidspremies niet heeft betaald die hij verschuldigd was in verband met de werkzaamheden die door zijn werknemers zijn verricht in het kader van een werk waartoe door de hoofdaannemer opdracht is gegeven. In deze omstandigheden kan deze aansprakelijkheid van derden niet worden geacht een rechtstreekse en voldoende relevante samenhang te vertonen met de werkingssfeer van Verordening 1408/71 zoals deze in art. 4 is gedefinieerd. Dit zou anders kunnen zijn wanneer voor de toepassing van de betrokken bepalingen fraude van de hoofdaannemer moet worden aangetoond. Van fraude zou sprake kunnen zijn, indien werd bewezen dat hij in feite de echte werkgever van de arbeiders is voor wie geen sociale-zekerheidspremies zijn betaald, aldus het Hof in het *Rheinhold*-arrest.

Ofschoon de mogelijkheid van detachering gebaseerd is op een noodzaak die samenhangt met het vrij verkeer van werknemers, kunnen er allerlei

89 HvJEG 18 mei 1995, 327/92, *Jur.* 1995, I-1223.

problemen ontstaan, zoals we hierboven hebben gezien. Detachering maakt ook oneigenlijk gebruik en misbruik mogelijk.

## 5 Samenvattende inventarisatie van knelpunten bij grensoverschrijdend verkeer

Nu in het voorgaande een overzicht is gegeven van de regelgeving bij het grensoverschrijdend verkeer, is het tijd geworden om een samenvattende inventarisatie te geven van de gebleken knelpunten.

Een eerste knelpunt dat we zagen is dat het vaak onzeker is welk recht in een bepaalde situatie precies van toepassing is. De interactie van iao, cao, wettelijke regelingen en eventueel ander arbeidsrecht van zowel uitzendend als ontvangend land kan behoorlijk gecompliceerd zijn.

Ook de interactie tussen arbeidsrecht en sociale zekerheid kan tot problemen leiden. Een voorbeeld is te vinden in de gevolgen van de afschaffing van de Ziektewet in Nederland. Personen die langdurig via een onderaannemer vanuit het buitenland in Nederland werken, kunnen hiermee geconfronteerd worden. Per 1 maart 1996 is immers in Nederland de ZW afgeschaft; werkgevers hebben de verplichting 70% van het loon door te betalen gedurende 52 weken. Bij langdurige uitlening is geen detacheringsverklaring in de zin van de verordening mogelijk; betrokkenen vallen dan in principe onder de Nederlandse sociale zekerheid. Bij ziekte voorziet deze echter niet meer in een voorziening. Indien de betreffende werknemers hebben gekozen voor toepasselijkheid van buitenlands arbeidsrecht, dan heeft hun werkgever in dit geval in principe veelal geen verplichting op het loon door te betalen.<sup>90</sup> Hier is kortom sprake van een lacune. Deze is op te lossen door de loondoorbetaling ex art. 7a:1638c BW via art. 7 (of 6) EVO te laten doorwerken. Of art. 7 EVO zover strekt is evenwel nog niet volledig zeker. Ook de ontwerp richtlijn detachering noemt doorbetaling van loon tijdens ziekte niet als een dwingende bepaling. Over art. 6 valt ook nog te twisten.

90 Werkgeversverplichtingen om loon door te betalen bij ziekte vallen wel onder Verordening 1408/71, maar alleen als het nationale recht al een dergelijke verplichting gegeven heeft. De verordening creëert niet deze verplichting.



Een tweede, samenhangend, knelpunt bij detachering betreft de controle op de naleving van de regels, zowel die van de cao als die van de sociale zekerheid. Hoe kan immers nagegaan worden of een bedrijf inderdaad zijn premies afdraagt in het land van herkomst? Dit probleem kan het beste opgelost worden door de algemene registratieverplichting van bedrijven in alle Lid-Staten. Deze moet ook de ingehuurde ondernemingen betreffen. Aangezien uitvoeringsorganen (en bv. vakbonden) ook informatie uit het buitenland nodig kunnen hebben, zou deze registratie- en informatieplicht door EU-richtlijnen kunnen worden opgelegd.

Een derde knelpunt betreft het oneigenlijk gebruik van detacheringsverklaringen door personen een verklaring als zelfstandige hebben, maar in het werkland in dezelfde positie als werknemers verkeren. Het blijkt dat Lid-Staten er niet voor voelen dat aan de Lid-Staten in de toekomst wordt overgelaten om toestemming te verlenen aan personen om te komen werken. Inderdaad kan gevreesd worden dat er dan restrictief beleid gevoerd zal worden door menige Lid-Staat. Toch is er alle aanleiding voor een betere regelgeving. Het ligt voor de hand dat de status die iemand heeft moet passen bij de feitelijke werkzaamheden die iemand verricht. Een vorm die het werkland meer invloed kan geven op de personen die in het eigen land gedetacheerd worden, is dat het werkland aan de bevoegde instanties van het uitzendende land doorgeeft, hoe onder het eigen recht de positie van de persoon die werkzaamheden verricht op de plaats waarvoor een verklaring wordt aangevraagd, gekwalificeerd wordt. Dit oordeel zou bindend moeten zijn.

Een vierde knelpunt is dat het voor kan komen dat de uitvoeringsinstanties in het ene land van oordeel zijn dat er sprake is van een rechtsgeldige detachering in de zin van de verordening en die van het andere land van oordeel zijn dat dit niet het geval is. Het kan bijv. gaan om detachering zonder verklaringen, of een onbevoegd gesloten overeenkomst ex art. 17. Als beide instanties premies vorderen zal de werkgever naar de rechter moeten gaan; in dit voorbeeld naar die van het tweede land. Als de rechter van het tweede land van oordeel is, dat de uitvoeringsinstanties gelijk hebben, dan is er een probleem (zeker als de rechter het niet nodig vindt om prejudiciële vragen te stellen). De verordening kent wel een aantal bepalingen die de Lid-

Staten vragen om goed samen te werken om problemen op te lossen,<sup>91</sup> maar daarmee is het probleem nog niet opgelost. Voor deze kwestie is eigenlijk een supranationaal orgaan nodig. Wat te denken van een arbitragecommissie, te regelen in Verordening 1408/71?

Met betrekking tot een vijfde knelpunt, dat van de dubbele premieheffing, omdat twee cao's tegelijk van toepassing zijn, is inmiddels jurisprudentie van het Hof van Justitie, die een aanknopingspunt geeft om de problemen op te lossen.

De beschrijving van dit knelpunt heeft ook bij uitstek aangetoond, dat van alle betrokkenen verwacht wordt dat ze 'internationaal gaan denken', in die zin dat ook het buitenlandse recht een rol moet spelen bij behandeling van internationale zaken. Vanzelfsprekend maakt dit de zaken veel gecompliceerder. Dat is echter de consequentie van grensoverschrijdend verkeer.

91 Vgl. art. 85 van de verordening: 'bij de toepassing van deze verordening zijn de autoriteiten en de organen van de Lid-Staten elkaar behulpzaam als betrof het de toepassing van hun eigen wetgeving'.

## Literatuur

- Blaakman, R.M., *Internationale detachering vanuit Nederland '95/'96*. Alphen a/d Rijn, 1995.
- Blanpain, R. en C. Engels, *European Labour Law*. Deventer, etc., 1995.
- Blanpain, R. en C. Engels, *Europees arbeidsrecht*. Leuven, 1994.
- Briers, I., 'Fondsen voor Bestaanszekerheid...een algemene situering'. In: Van Steenberge en Briers (1993: 13).
- Briers, I. en Y. Jorens, 'Fondsen voor Bestaanszekerheid en tijdelijk in België gedetacheerde buitenlandse werknemers'. In: Van Steenberge en Briers (1993: 117).
- Claes, J., 'Financiële problematiek en overzicht'. In: Van Steenberge en Briers (1993: 67).
- Cornelissen, R., 'Detachering binnen de Europese Gemeenschap: juridisch kader'. In: Van Regenmortel en Jorens (1993: 16).
- Deneve, C., 'Detachering en het individuele arbeidsrecht', in Van Regenmortel en Jorens (1993: 193).
- Donders, P., *Temporary employment across borders - posting in accordance with Regulation 1408/71 in practice*. Utrecht, 1995, Onderzoeksrapport BMT Management and Marketing Consultants.
- Dumortier, J., *Arbeidsverhoudingen in het IPR*. Antwerpen, 1981.
- Erauw, J. (1991), *Bronnen van internationaal privaatrecht*. Brussel, 1991.
- Gamillscheg, F., 'Chapter 10. Conflict of Laws in Employment Contracts and Industrial relations', in: R. Blanpain en C. Engels (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Deventer, 1993.
- Grinten, W.C.L. van der, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Alphen a/d Rijn, 1993.
- Giuliano M., en P. Lagarde, *Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst*, in *PBEG C 282* van 31 oktober 1980. Vgl. ook voor België *Gedr. St.*, Senaat, 1985-86, 362/1, 5-7.
- Hoogenbemt, H. van (ed.), *Werken zonder Grenzen, Fiscale en juridische aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling*. Kalmthout, 1990.

- Houben, M., 'De internationale arbeidsverhouding: het toepasselijk recht'. In: Vanachter, O. *Arbeidsrecht. Een confrontatie tussen theorie en praktijk*. Antwerpen, 1993.
- Jacobs, A.T.J.M. en A.M.E.A. van Rooij, 'De Europese Gemeenschap en de bouw. Sociaalrechtelijke aspecten'. In: *Bouwrecht*, nr. 2, 1992, blz. 123.
- Jorens, Y., *Wegwijs in het Europees sociale zekerheidsrecht*. Brugge, 1992.
- Koopmans, T., *De internationaalrechtelijke aspecten van de arbeidsovereenkomst*, Ned. Vereniging voor Internationaal recht, nr. 53, 1966.
- Köbele, B. en G. Leutschner (ed), *Dokumentation der Konferenz 'Europäischer Arbeitsmarkt Grenzenlos mobil?' 6 bis 8 März, Bonn*, 1995.
- Th. van Oorschot, 'Internationale arbeidsverhoudingen en het (Nederlands) internationaal privaatrecht', in *Sociaal Recht*, 1993, blz. 132.
- Parijs, R. van en C. van Buggenhout, 'Internationaal privaatrecht, finaliteitsbeschermende wetten en arbeidsrecht'. In: *R.W.*, 1979-1980, blz 2629.
- Pennings, F.J.L., *Grondslagen van het Europese sociale-zekerheidsrecht*. Deventer, 1993.
- Polak, M.V., *Arbeidsverhoudingen in het Nederlands internationaal privaatrecht*. Deventer, 1988.
- Polak, M.V., *Internationaal privaatrecht voor het forum van de Hoge Raad*. Deventer, 1990.
- Rammeloo, S.F., *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht*. Köln, 1992.
- Van Regenmortel A., en Y. Jorens (red.), *Internationale Detachering*. Brugge, 1993.
- Rigaux, M. 'De collectieve arbeidsovereenkomst in vraag: rechtsvergelijkende schets van het Nederlandse en het Belgische CAO-recht in mutatie'. In: M. Rigaux en T. van Peijpe, *Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht*. Alphen a/d Rijn, 1994. Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht.
- Rijn van Alkemade, J. van, 'Een belangrijk stuk communautair internationaal privaatrecht. Het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het toepasselijke recht op verbintenissen uit overeenkomst'. In: *AA* 1991, blz. 399.

- Salaert, C., 'Krachtlijnen van het internationaal privaatsrecht'. In: *Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 1990, blz. 101.
- Steenberge, J. van, en I. Briers (red.), *Fondsen voor bestaanszekerheid en aanvullende sociale verzekeringen*. Brugge, z.j. [1993].
- Storm, M.L., 'Detachering binnen de Europese Gemeenschap: mogelijkheid tot afwijkingen op de algemene regel afwijkende overeenkomsten (art. 17)'. In: Van Regenmortel en Jorens (1993: 70).
- Strikwerda, L. (1991a), 'Europees conflictenrecht overeenkomsten'. In: *SEW* 1991, blz. 509.
- Strikwerda, L. (1991b), 'Kroniek van het internationaal privaatsrecht'. In: *NJB* 1991, blz. 1287.
- Vlas, P., 'Veranderingen in het i.p.r.-overeenkomstenrecht: geen revolutie maar 'EVOlutie'. In: *TVVS* 1991, 226.
- Vonk, G.B., 'Internationale detacheringen en sociale zekerheid'. In: *Sociaal recht*, 1995, 263.

# Tewerkstelling van buitenlandse werknemers

W. RAUWS

## 1 Inleiding

In dit opstel zal ik een schets maken van de toegang van niet-bevoorrechte buitenlandse werknemers tot de Belgische en Nederlandse arbeidsmarkt.<sup>1/2</sup> Deze houdt een analyse in van het KB nr. 34 van 20 juli 1967 betreffende de tewerkstelling van werknemers van vreemde nationaliteit, verder kortweg Buitenlandse Arbeidskrachtenwet (B.A.W.) genoemd, en van de Wet van 21 december 1994 tot vaststelling van de Wet Arbeid Vreemdelingen, verder verkort Wet Arbeid Vreemdelingen (WAV).

Op de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten uit landen van de Europese Gemeenschap en uit staten die deel uitmaken van

- 1 Zie voor België, Verschueren, H., 'Tewerkstelling van vreemdelingen', in: Blanpain, R. (red.), *Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1991, blz. 192; Missotten, O., 'Tewerkstelling van vreemdelingen', in: Blanpain, R. (red.), *Arbeidsrecht*, Die Keure, 1973, blz. 82; Botterman, C., 'Detachering vanuit en naar België: niet-EEG-landen: verblijfs- en vestigingsrecht', in: Van Regenmortel, A. en Jorens, Y. (red.), *Internationale detachering*, Die Keure, 1993, p. 311-381; Poppe, G., 'De tewerkstelling van vreemdelingen in België', in: *Oriëntatie*, 1993, blz. 41-50; Mignon, E., 'L'accès des étrangers au marché du travail', in: *Le droit des étrangers. Status, évolution européenne, droits économiques et sociaux*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, blz. 335-360.
- 2 Voor Nederland: Christe, D., 'Wet arbeid vreemdelingen', in: *Arbeidsovereenkomst*, Kluwer, Deventer, losbladig, 1995, p. 74; Bakels, H. en Asscher-Vonk, I., *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, 1994, Kluwer, Deventer, blz. 265-266; zie ook inzake de per 1 september 1995 opgeheven Wet arbeid buitenlandse werknemers van 9 november 1978, Kuijter, A., en Steenbergen, J., 'Nederlands vreemdelingenrecht', in: *Serie Migratierecht*, nr. 2, 1994, p. 332-359; Van der Scheer, F., 'De wet arbeid vreemdelingen', in: *PS*, 1995, blz. 420-426.

de Europese Economische Ruimte zal ik derhalve niet ingaan.<sup>3</sup> Het akkoord betreffende de Europese Economische Ruimte werd gesloten tussen de EEG, de EGKS, zijn Lid-Staten en de Lid-Staten van de Europese Vrijhandelsassociatie, met name IJsland, Liechtenstein, Noorwegen en Zwitserland. De Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte werd door de Gemeenschap als associatieakkoord op grond van art. 238 EEG-Verdrag goedgekeurd.<sup>4</sup> Zwitserland heeft evenwel de overeenkomst betreffende de EER niet geratificeerd, zodat de verhoudingen tussen Zwitserland en de Europese Gemeenschappen in hoofdzaak worden geregeld door de bilaterale vrijhandelsovereenkomst van 22 juli 1972.<sup>5</sup>

Krachtens art. 28 van de overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte wordt tussen de Lid-Staten van de EEG en de EVA-staten een vrij verkeer van werknemers tot stand gebracht. Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden. De bepalingen inzake het vrij verkeer van werknemers zijn niet van toepassing op betrekkingen in overheidsdienst.<sup>6</sup>

3 Zie het Akkoord betreffende Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992, goedgekeurd bij Belgische wet van 18 maart 1993, *B.S.*, 7 februari 1994, 2527, en bij Nederlandse wet van 24 december 1992, *Traktatenblad*, 1992, 132 en *Traktatenblad*, 1993, 69 en 156.

4 Art. 238 EEG-Verdrag: 'De Gemeenschap kan met één of meer Staten of Internationale Organisaties akkoorden sluiten waarbij een associatie wordt ingesteld die wordt gekenmerkt door wederkerige rechten en verplichtingen, gemeenschappelijk optreden en bijzondere procedures'. Een associatieakkoord schept bijzondere en geprivilegeerde banden met een derde staat, die althans gedeeltelijk aan het communautaire regime dient deel te hebben: zie HvJ, 30 september 1987, zaak 12/86, *Demirel tegen Stadt Schwäbisch Gmünd*, *Jur.* 1987, 3751; Lenaerts, K. en Van Nuffel, P., *Europees recht in hoofdlijnen*. Maklu, Antwerpen, 1995, nr. 746.

5 Lenaerts en Van Nuffel, (1995: nrs. 795, 798 en 799); zie voor de bilaterale handelsovereenkomst met Zwitserland van 22 juli 1972, *Publikatieblad* 1972, L 300/189; zie ook Matthijs, H., 'De Europees Economische Ruimte', in: *R. W.*, 1992-1993, 1385-1391.

6 Zie inzake art. 48 EEG-Verdrag inzake het vrij verkeer van werknemers en de restrictieve interpretatie van 'betrekkingen in overheidsdienst': HvJ 17 december 1980, zaak 149/79, *Jur.* 1980, 3881 en HvJ 1982, zaak 149/79, *Jur.* 1982, 1845.

Bijlage V bij de overeenkomst betreffende de EER bevat specifieke bepalingen inzake het vrij verkeer van werknemers en Protocol 15 behelst overgangsbepalingen voor het vrije verkeer van personen tussen Liechtenstein enerzijds en de Lid-Staten van de EEG en de overige EVA-staten anderzijds.

Het vrij verkeer van werknemers wordt voor de onderdanen van de Europese Unie en van de EVA-staten ondermeer geconcretiseerd door de artikelen 1 en 11 van de Verordening van de EEG 1612/68 van 15 oktober 1968.<sup>7</sup>

Anders dan de overeenkomst inzake de EER bevatten de associatieovereenkomsten die de Europese Unie gesloten heeft met Polen, Hongarije, Roemenië, Tsjechië en Slowakije geen bepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers.<sup>8</sup> Deze associatieovereenkomsten bevatten weliswaar het beginsel van de geleidelijke realisering van het vrije verkeer van diensten, maar dit recht is thans nog niet afdwingbaar. Evenmin genieten de werknemers van de dienstverrichters uit de voormelde Oost-Europese landen een afgeleid recht op vrij verkeer.

## 2 Korte historische schets

De Belgische en de Nederlandse wetgeving inzake de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten vertoont vanuit historisch oogpunt een duidelijke parallel.

- 7 Art. 1.1 van de Verordening (EEG) betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de gemeenschap luidt: 'Iedere onderdaan van een Lid-Staat, ongeacht zijn woonplaats, heeft het recht, op het grondgebied van een andere Lid-Staat arbeid in loondienst te aanvaarden en te verrichten, overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die de tewerkstelling van de nationale werknemers van deze staat regelen'. Art. 11 Verordening nr. 1612/68: 'De echtgenoot van een onderdaan van een Lid-Staat die op het grondgebied van een Lid-Staat arbeid al of niet in loondienst verricht, alsmede de kinderen onder de 21 jaar of die ten zijne laste zijn, hebben het recht, zelfs indien zij niet de nationaliteit van een Lid-Staat bezitten, om op het gehele grondgebied van die Lid-Staat iedere arbeid in loondienst te aanvaarden'. Zie Christe, D., (1995: art. 3, nr. 2).
- 8 Zie Dubois, B., Delcour, M. en Neyt, K., 'Tewerkstellingsfaciliteiten en -praktijken met buitenlanders: van aanwerving tot zwart werk', in 22° *Post-universitaire cyclus Willy Delva*, 1995-1996, Gent-Antwerpen, nrs. 196-198; Cuypers, D., *'Migratie- en migrantenrecht. Arbeidsrecht'*, Antwerpen, CBR, 1996, blz. 6.



Het doel van de wetgeving inzake de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten is steeds in meer of mindere mate geweest de tewerkstelling van de eigen werknemers te beschermen door buitenlandse werknemers te weren voor zover de vacante dienstbetrekkingen konden worden ingenomen door werknemers van de eigen nationaliteit.<sup>9</sup>

Voor de economische crisis van de jaren dertig, was de toegang tot de Nederlandse en de Belgische arbeidsmarkt aan relatief weinig beperkingen onderworpen. De grote werkloosheid ten gevolge van de economische crisis noopte de Belgische en de Nederlandse wetgever tot de invoering van vèrgaande restricties inzake de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten. Zowel het KB nr. 285 van 31 maart 1936 houdende aanvulling en samenvoeging van de bepalingen op het in dienst hebben van vreemde werknemers als de Nederlandse wet van 16 mei 1934 tot regeling van het verrichten van arbeid door vreemdelingen belemmerden substantieel de toegang tot de nationale arbeidsmarkt voor de kandidaat-buitenlandse arbeidskrachten.

Door de opbloei van de economie in de Golden Sixties, en het ermee gepaard gaande tekort aan arbeidskrachten op de nationale arbeidsmarkt, werd de toegang tot de Nederlandse en de Belgische nationale arbeidsmarkt aanzienlijk geliberaliseerd door de Wet Arbeidsvergunning Vreemdelingen 1964 en de Buitenlandse Arbeidskrachtenwet 1967, met name het KB nr. 34 van 20 juli 1967 dat thans, herhaaldelijk gewijzigd, nog steeds zijn gelding behoudt.<sup>10</sup>

Het KB nr. 34 werd genomen in uitvoering van de bijzondere machtenwet van 31 maart 1967 tot toekenning van bepaalde machten aan de Koning.<sup>11</sup> Dit betekent dat de Belgische basiswet geen parlementair werkstuk is, maar wel een reglementair besluit.

- 9    Verslag aan de Koning bij BAW, *B.S.*, 29 juli 1967, ad art. 4, *Omnilegie*, 1967, 608; Lenaerts, H., *Inleiding tot het sociaal recht*, Kluwer, Antwerpen, 1995, nr. 31; Molenaar, A., *Arbeidsrecht*, II/B, Zwolle, Tjeenk Willink, 1958, 2211; Missotten, O., (1973: 5 t.e.m. 7); Verschueren, H., (1991: 15 t.e.m. 19).
- 10    Wet 20 februari 1964 houdende regelen met betrekking tot het verrichten van arbeid door vreemdelingen.
- 11    Zie advies Raad van State bij het KB nr. 34 van 20 juli 1967, *Omnilegie*, 1967, nr. 834, 609 en 612.

Destijds werden voornamelijk veel werknemers uit de mediterrane landen aangetrokken. De economische crisis van de jaren zeventig leidde tot een veel restrictiever toegangsbeleid. Deze restricties kregen in België de vorm van een beperkend beleid en in Nederland van beperkende wetgeving. Op 1 augustus 1974 besliste de Belgische ministerraad in beginsel geen arbeidskaarten en/of vergunningen meer te verlenen. Dit betekende een feitelijke immigratiestop van buitenlandse werknemers.<sup>12</sup> Sedert de feitelijke invoering van de immigratiestop werden er nog slechts zeer weinig nieuwe arbeidskaarten toegekend, waarvan het overgrote deel aan werknemers uit de OESO-landen en tengevolge van de gezinshereniging. Er werden zeer weinig arbeidskaarten uitgereikt aan nieuw ingeweken Turkse en Marokkaanse werknemers.<sup>13/14</sup> Opmerkelijk is dat ongeveer gelijktijdig met de Belgische immigratiestop ook in Duitsland op 23 november 1973 een aanwervingsstop werd afgekondigd ten aanzien van de niet-bevoorrechte vreemdelingen.<sup>15</sup>

De Wet Arbeid Buitenlandse Werknemers van 9 november 1978, in werking getreden op 2 november 1979 behelsde een restrictief toelatingsbeleid van buitenlandse werknemers, in die zin dat buitenlanders enkel werden toegelaten indien geen alternatieven op de Nederlandse arbeidsmarkt voor handen waren.<sup>16</sup>

12 Zie Cuypers, D., (1996: 4), met verwijzing naar *Vragen en antwoorden*, Kamer, 1980-1981, 9/6/1981, vragen nr. 17 en 17 bis van de heer Cardoen; Mignon, E., (1993: 339).

13 Cuypers, D., (1996: 4); Verschuere, H., 'Het recht op gezinshereniging in de bilaterale tewerkstellingsovereenkomsten', *T.Vreemd.*, 1995, 19; Memorie van toelichting, *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23.574 (Nederlandse) Wet tewerkstelling vreemdelingen, nr. 3, p. 3.

14 De organisatie voor Europese Economische Samenwerking van 14/12/1960 werd ondertekend door België, Canada, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Groot-Brittannië, Ierland, IJsland, Italië, Luxemburg, Nederland, Noorwegen, Oostenrijk, Portugal, Spanje, Turkije, de Verenigde Staten, Zweden en Zwitserland. Finland, Joegoslavië, Japan, Australië en Nieuw-Zeeland zijn toegetreden: zie Van Bogaert, E., 'Volkenrecht', in: Suetens, L. en Vanistendaël, F., (red.), *Bibliotheek publiek recht*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1982, blz. 267-271; Schermers, H. en Vanhoutte, H., *Internationaal en Europees recht*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987, § 265.

15 Däubler, W., *Arbeitsrecht II*. Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1979, 394.

16 Memorie van toelichting, *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, 1; Christe, D., (1995: considerans nr. 2).

De recente Wet Arbeid Vreemdelingen 1994 wordt verantwoord door, rekening houdend met het toegenomen belang van de gezinshereniging, de uitbreiding van de interne Europese Arbeidsmarkt en de grote werkloosheid, de noodzaak van een ruimere wettelijke grondslag voor een restrictiever vergunningenbeleid enerzijds en de noodzaak anderzijds om in geval van heropleving van de conjunctuur de mogelijkheid te hebben om gedoseerd tijdgebonden vergunningen te kunnen afleveren.<sup>17/18</sup>

Terloops kan worden opgemerkt dat de gedeeltelijke verstrakking van het toelatingsbeleid van buitenlandse arbeidskrachten in vergelijkend perspectief geen alleenstaand feit is. Zo werd door de Belgische wet van 1 juni 1993 betreffende de bestraffing van werkgevers omwille van tewerkstelling van illegaal in België verblijvende vreemdelingen de strafrechtelijke en administratieve sanctionering merkkelijk verzwakt.<sup>19</sup> De verzwaring van de sancties werd verantwoord do te stellen dat de clandestiene tewerkstelling 'de harmonische samenleving tussen Belgen en vreemdelingen op het spel zet'.<sup>20</sup> Ook in Frankrijk werd in het begin van de jaren '90 de wetgeving betreffende de toelating van buitenlandse werknemers opnieuw verstrengd.<sup>21</sup>

### 3 Bevoegdheid van de staat versus gewestelijke bevoegdheid

In Nederland is zowel de wetgevende bevoegdheid inzake tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten, als de uitvoering van deze wetgeving vanuit staatkundig oogpunt één bevoegdheid die toekomt aan de

17 Memorie van toelichting, *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, 3.

18 De WAV trad in werking op 9 september 1995: art. 29 WAV; KB 23 augustus 1995, *Staatsblad*, 1995, 405; Christe, D., (1995: art. 29, nr. 1); zie voor een volledig overzicht van de uitvoeringsbesluiten en de uitgave van *Schuurman en Jordens*, p. VIII.

19 Wet 1 juni 1993, *B.S.*, 17 juni 1993, 14.742; Dubois, B., e.a., (1995: nr. 259; Mignon, E.), 'Overzicht van de meest recente maatregelen ter bestrijding van de illegale tewerkstelling', *T.Vreemd*, 1993, 158-165.

20 Zie *Parl. St.*, Kamer, 1992-1993, nr. 458/6, 3; zie ook Toelichting Wetsvoorstel Vande Lanotte, *Parl. St.*, Kamer, 1991-1992, nr. 458/1, 1-3; Cuypers, D., (1996: 30).

21 Lyon-Caen, G., Pélissier, J. en Supiot, A., *Droit du travail*, Parijs, Dalloz, 1994, nr. 139.

Nederlandse staat. De Nederlandse Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is bevoegd tot het afgeven, verlengen en intrekken van de tewerkstellingsvergunningen.<sup>22</sup>

Wel voorziet de Wet Arbeid Vreemdelingen dat de ministeriële bevoegdheid kan worden overgedragen aan de organen van een zelfstandige publiekrechtelijke organisatie, nl. de Arbeidsvoorzieningsorganisatie. Bij Delegatiebesluit is de ministeriële bevoegdheid overgedragen aan de organen van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie.<sup>23</sup>

In het gefederaliseerde België werd de bevoegdheid inzake de tewerkstelling van buitenlandse werknemers verdeeld. De wetgeving en ook het toezicht blijven een bevoegdheid van de federale staat. Art. 6, § 1, IX, 3° van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen draagt aan de gewesten evenwel op 'de toepassing van de normen betreffende de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten'. Dit betekent dat het normatieve kader bepaald wordt door de federale overheid. De gewesten krijgen enkel een uitvoerende bevoegdheid.<sup>24</sup>

De gewestelijke bevoegdheid kadert in de meer algemene bevoegdheid van de gewesten inzake het tewerkstellingsbeleid. De gewestelijke bevoegdheid impliceert dat de werkgever geen buitenlandse werknemer mag tewerkstellen zonder een voorafgaandelijke vergunning van de bevoegde gewestminister.<sup>25</sup> In het KB nr. 34 en de Uitvoeringsbesluiten wordt sedert 1967 ongewijzigd verwezen naar 'de Minister van Tewerkstelling'.

De gewestelijke bevoegdheid impliceert dat de bevoegde gewestminister de arbeidskaart dient te verstrekken aan de buitenlandse

22 Art. 5 WAV; zie ook art. 1, a, WAV.

23 Zie art. 5, 2 WAV; Besluit 17 augustus 1995; Christe, D., (1995: art. 5, nr. 1, art. 6, nr. 4); zie de Arbeidsvoorzieningswet van 28 juni 1990 en het Uitvoeringsbesluit van 23 augustus 1995.

24 *Parl. St., Senaat*, 1979-1980, nr. 434/1, Memorie van toelichting, 35; Lenaerts, H., 'De sociaalrechtelijke bevoegdheid van de Gemeenschappen en de Gewesten', in: *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, 935; Blanpain, R., *Bevoegdheden van gemeenschappen en gewesten*, Die Keure, 1988, 271. Zie inzake het Belgische federalisme in sociaalrechtelijke aangelegenheden ook Rauws, W., 'Sociale-zekerheidsbevoegdheden van de gemeenschappen en gewesten: defederaliseren of federaliseren?', in: Van Steenberghe, J. en Van Regenmortel, A. (red.), *Aktuele problemen van het sociale zekerheidsrecht*, Die Keure, 1995, 269-279.

25 Zie art. 4 BAW; Verschueren, H., (1991: Arbeidsrecht, II-25, 57-59).

werknemer, zonder dewelke de vreemdeling in België geen arbeid mag verrichten.<sup>26</sup>

Tengevolge van het zogenaamde Sint-Michielsakkoord werd art. 6, § 1, IX, 3° van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 aangevuld met de bepaling dat de vaststelling van de inbreuken op de wetgeving inzake de tewerkstelling van buitenlandse werknemers eveneens kan worden verricht door de daartoe door de gewesten gemachtigde ambtenaren.<sup>27</sup>

Gelet op het verband tussen de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten enerzijds en het verblijfsrecht en de internationale verplichtingen van België terzake anderzijds, kan het nut en de wenselijkheid van de toekenning van gewestelijke bevoegdheid inzake buitenlandse werknemers worden betwijfeld. Terecht werd onderstreept dat de versnippering van bevoegdheden nauwelijks bijdraagt tot de autonomie van de gewesten en dat een verschillend gewestelijk toelatingsbeleid geen noemenswaardige gevolgen heeft, aangezien de toegekende kaarten gelden voor het gehele Belgische grondgebied.<sup>28</sup>

De gewesten zijn ook niet vertegenwoordigd in de Europese instellingen waar heden de belangrijkste beslissingen inzake de toegang tot de arbeidsmarkt worden genomen. Terecht werd dan ook gepleit om de beperkte gewestelijke bevoegdheden inzake buitenlandse werknemers opnieuw toe te kennen aan de federale overheid.<sup>29</sup>

De bijzondere wetgever heeft in 1993 de nood aan coördinatie tussen de bevoegdheid van de federale overheid en de gewestelijke bevoegdheid inzake buitenlandse werknemers aangevoeld. De bijzondere wet van 16 juli 1993 verplicht de federale overheid en de gewesten immers om een samenwerkingsakkoord te sluiten voor de coördinatie tussen het beleid inzake de arbeidsvergunningen en het beleid inzake

26 Art. 7 BAW.

27 Zie art. 2 Bijzondere Wet van 16/7/1993 tot vervollediging van de federale staatsstructuur; Clement, J., D'Hondt, H., Van Crombrugge, J. en Vanderveeren, C., *Het Sint-Michielsakkoord en zijn achtergronden*, Maklu, 1993, 54.

28 Cuypers, D., (1996: 32).

29 Cuypers, D., (1996: 32).

de verblijfsvergunningen en inzake de normen betreffende de tewerkstelling van buitenlandse arbeiderskrachten.<sup>30</sup>

Terloops kan er worden op gewezen dat de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen beslist heeft dat de (federale) minister van justitie niet bevoegd is om een arbeidskaart in te houden zonder instructies van de bevoegde administratie van de Vlaamse Gemeenschap.<sup>31</sup>

Ter vergelijking zij erop gewezen dat in Duitsland zowel de normering als de toekenning van de vergunningen een federale aangelegenheid is.<sup>32</sup> Duitsland is, zoals bekend, eveneens een federale staat.

## 4 Toepassingsgebied

### 4.1 België

De Belgische wetgeving inzake de tewerkstelling van buitenlandse werknemers is niet van toepassing op:

- de onderdanen van een Lid-Staat van de Europese Gemeenschap;<sup>33/34</sup>

30 Art. 61 van de Bijzondere Wet van 16/7/1993 tot wijziging van art. 92 bis van de Bijzondere Wet van 8/8/1980; Zie algemeen in verband met de samenwerkingsakkoorden Alen, A. en Peeters, P., 'Samenwerkingsverbanden tussen de staat, de gemeenschappen en de gewesten', in: *Staat, gemeenschappen en gewesten*, Die Keure, 1989, 110-124.

31 Rb. Antwerpen, 13/7/1988, *T.Vreemd*, 1988, 21; Cuypers, D., (1996: 18).

32 Arbeitsförderungsgesetz, § 10. De Arbeiterlaubnis dient te worden toegekend door het Bundesanstalt für Arbeit; zie Däubler, W., (1979: 394-397); Schaub, G., *Arbeitsrecht von A-Z*, DTV, 1981, V° Gastarbeiter; Schaub, G., *Arbeitsrechtshandbuch*, München, Beck, 1987, § 27.

33 Zie de Verordening 1612/68 van 15 oktober 1968 betreffende het vrij verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap. Deze verordening met directe werking primeert op de Belgische wetgeving die gedurende vele jaren strijdig bleef met deze EEG-Verordening en derhalve niet mocht worden toegepast omwille van de primauteit van het Europese Gemeenschapsrecht: zie Cuypers, D., (1996: 5 en 6); Missotten, O., (1973: II-25, 11).

34 De verplichting van de arbeidskaart voor onderdanen van de Europese Gemeenschap werd ongedaan gemaakt door de opheffing van art. 26 BAW door art. 208 Programmwet 22 december 1989; Cuypers, D., (1996: 5 en 6); zie ook Botterman, C., (1993: 163 en 165). De artt. 25 t.e.m 27 van het Belgische Uitvoeringsbesluit van 6 november 1967 betreffende de tewerkstelling van werknemers die onderdaan zijn van een Lid-Staat van de EEG zijn wegens strijdig-

- de onderdanen van een Lid-Staat van de Europese Economische Ruimte, en mits zij zich met hem vestigen of komen vestigen zijn echtgenoot, en wel bepaalde bloedverwanten in neerdalende lijn beneden 21 jaar of in opgaande lijn;<sup>35</sup>
- de Nederlandse en Luxemburgse onderdanen;<sup>36</sup>
- de onderdanen van Zaïre die voor 1 juli 1960 regelmatig in België verbleven en er sindsdien zonder onderbreking verblijven, evenals de onderdanen van Rwanda en Burundi die sedert 1 juli 1962 regelmatig en zonder onderbreking in België verblijven;<sup>37</sup>
- de vreemdelingen die als bevoorrechte vreemdelingen beschouwd worden (diplomaten, consulaire vertegenwoordigers, personeel bij internationale organisaties) en die in het regelmatig bezit zijn van één van de documenten bepaald bij het KB van 30 oktober 1991 betreffende de documenten voor het verblijf in België van bepaalde vreemdelingen;<sup>38</sup>
- de personen werkzaam in een familiconderneming, waar gewoonlijk bloedverwanten, aanverwanten of pleegkinderen arbeid verrichten onder het uitsluitend gezag van de vader, de moeder of de voogd;<sup>39</sup>
- de buitenlanders die ingeschreven zijn in de Pool der Zeelieden van de Belgische Koopvaardij;<sup>40</sup>
- het rijdend of varend personeel dat voor rekening van een in het buitenland gevestigde werkgever tewerkgesteld is aan werken van vervoer te land, ter zee of in de lucht, op voorwaarde dat hun verblijf geen drie opeenvolgende maanden overschrijdt;<sup>41</sup>
- de bedienaars van de eredienst;<sup>42</sup>
- het aan de commissies voor militaire begrafenisplaatsen verbonden personeel dat de graven van de buitenlandse militairen onderhoudt;<sup>43</sup>

heid met de Verordening 1612/68 eveneens buiten toepassing gesteld.

35 Zie art. 2, 18° BAW.

36 Zie art. 2, 1° BAW.

37 Zie art. 2, 2° BAW.

38 Zie art. 2, 3° BAW; zie Verschuieren, H., (1995: 28-29, nrs. 20-21).

39 Zie art. 2, 4° BAW.

40 Zie art. 2, 5° BAW.

41 Zie art. 2, 6° BAW.

42 Zie art. 2, 7° BAW.

43 Zie art. 2, 8° BAW.

- de in België verblijvende journalisten die uitsluitend verbonden zijn aan in het buitenland uitgegeven dagbladen of in het buitenland gevestigde radio- of televisiestations, alsmede de in het buitenland verblijvende journalisten, verbonden aan in het buitenland uitgegeven dagbladen of in het buitenland gevestigde radio- of televisiestations die naar België komen voor de uitoefening van hun opdracht, voor zover hun verblijf in het land niet langer dan drie opeenvolgende maanden duurt;<sup>44</sup>
- de handelsvertegenwoordigers met hoofdverblijf in het buitenland, die hun klanten in België bezoeken voor rekening van in het buitenland gevestigde ondernemingen zonder bijhuis in België en die in het bezit zijn van de bij art. 10 van de Conventie van Genève van 3 november 1923 ingestelde legitimatiekaart, voor zover hun verblijf in België geen drie opeenvolgende maanden overschrijdt;<sup>45</sup>
- de personen die naar België komen om, voor rekening van een in het buitenland gevestigd bedrijf, door de Belgische nijverheid geleverde goederen in ontvangst te nemen, voor zover hun verblijf in het land geen drie opeenvolgende maanden overschrijdt;<sup>46</sup>
- de personen die in het buitenland verblijven en naar België komen om aan sportwedstrijden deel te nemen evenals de scheidsrechters, begeleiders, officiële vertegenwoordigers, personeelsleden en alle andere personen geaccrediteerd door internationale of nationale sportfederaties, voor zover hun verblijf in het buitenland niet langer dan drie opeenvolgende maanden duurt;<sup>47</sup>
- het dienstbodenpersoneel dat in dienst is bij toeristen en deze vergezelt, op voorwaarde dat ze niet langer dan drie opeenvolgende maanden in België verblijven;<sup>48</sup>
- de studenten die, ten behoeve van hun studies in België, stages moeten verrichten;<sup>49</sup>

44 Art. 2, 9°, BAW, als gewijzigd bij KB 19/5/1995.

45 Art. 2, 10°, BAW.

46 Art. 2, 11°, BAW.

47 Art. 2, 12°, BAW, als gewijzigd bij KB 19 mei 1995.

48 Art. 2, 13° BAW.

49 Art. 2, 14° BAW, als gewijzigd bij KB 19 mei 1995.



- de studenten die wettig in België verblijven en die in een inrichting van hoger onderwijs in België ingeschreven zijn voor het volgen van onderwijs met een volledig leerplan, uitsluitend voor de arbeidsprestaties tijdens de schoolvakantie;<sup>50/51</sup>
- de leerlingen die wettig in België verblijven, aangeworven met een leerovereenkomst die, in voorkomend geval, erkend moet zijn door één van de Gemeenschappen;<sup>52</sup>
- de echtgenoot van een Belg, en, mits zij zich met hem vestigen of komen vestigen: hun bloedverwanten in de neerdalende lijn beneden de 21 jaar of die ten hunnen laste zijn, hun bloedverwanten in de opgaande lijn die te hunnen laste zijn, en de echtgenoot van de voornoemde bloedverwanten;<sup>53</sup>
- de buitenlandse onderdanen die in het regelmatige bezit zijn van een vestigingsvergunning;<sup>54/55</sup>
- het kaderpersoneel en de vorsers van buitenlandse nationaliteit in dienst van een coördinatiecentrum als gedefinieerd in het KB nr. 187 van 30 december 1982, althans voor de duur van hun tewerkstelling in het Centrum;<sup>56</sup>
- de schouwspelartiesten met internationale faam die voor minder dan drie opeenvolgende maanden tewerkgesteld worden in België;<sup>57/58</sup>

50 Art. 2, 15° BAW.

51 Voor prestaties tijdens de schoolperiode kunnen de studenten wel een arbeidskaart krijgen: zie art. 1, 5° MB 15 juli 1969 betreffende de voorwaarden van toekenning van de arbeidsvergunningen en arbeidskaarten voor werknemers van vreemde nationaliteiten.

52 Art. 2, 16° BAW.

53 Art. 2, 17° BAW.

54 Art. 2, 19° BAW.

55 Deze vrijstelling werd verantwoord met de bedoeling de integratie te vergemakkelijken van vreemdelingen die een onbeperkt recht op verblijf in België hebben door de mogelijkheid van hun tegenstrijdigheid tussen hun recht op verblijf en hun recht op tewerkstelling op te heffen: zie verslag aan de Koning, *B.S.*, 1 juni 1995, 15.502.

56 Art. 2, 20° BAW.

57 Art. 2, 21° BAW.

58 Blijkens het verslag aan de Koning beoogt deze vrijstelling vooral een administratieve vereenvoudiging die tot doel heeft geen arbeidskaarten voor korte duur, soms voor één enkele voorstelling, te moeten afleveren aan alomgekende artiesten zoals Tina Turner, Bob Dylan, e.a.: *B.S.*, 1 juni 1995, 15.502.

- de 'au-pair jongeren' die naar België komen om hun talenkennis te vergroten en hun persoonlijke cultuur te vervolmaken en die in ruil voor enkele diensten van huishoudelijke aard kost en inwoning krijgen.<sup>59</sup>

De toepasselijkheid van de wetgeving inzake de tewerkstelling van buitenlandse werknemers wordt verder beperkt door het communautaire vrije dienstenverkeer, als uitgelegd door het Hof van Justitie in zijn vermaarde *Rush Portuguesa*-arrest van 27 maart 1990.<sup>60</sup> De niet-toepasselijkheid van de nationale wetgeving is vooral van belang voor buitenlandse werknemers van buiten de Europese Gemeenschap in dienst van een dienstverrichter in de EG, maar kan hier niet verder worden besproken.<sup>61</sup>

#### 4.2 *Nederland*

Na een lange lijst van Belgische uitzonderingen, moet worden opgemerkt dat ook in Nederland vele uitzonderingen bestaan met betrekking tot de hoofdregel van de WAV dat voor de tewerkstelling van vreemdelingen een tewerkstellingsvergunning verplicht is.<sup>62</sup>

Een eerstebelangrijke categorie van vreemdelingen waarvoor geen tewerkstellingsvergunning vereist is, betreft de vreemdelingen die uitgezonderd worden op grond van door Nederland aangegane internationale verplichtingen.<sup>63</sup>

59 Art. 2, 22° BAW; zie verslag aan de Koning, *B.S.*, 1 juni 1995, 15.503; Cuypers, D., (1996: 20).

60 *Jur.* 1990, I-1417.

61 Zie Verschuere, H., 'L'arrêt *Rush Portuguesa*: un nouvel apport au principe de la libre circulation des travailleurs dans le droit communautaire', *Rev.dr.étr.*, 1990, 231; zie het opstel van Voogsgeerd, H., 'Europeesrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling', in deze bundel; Dubois, Delcour en Neyt, (1995: nrs. 150-173); vgl. Mignon, E., 'Comment concilier la libre prestation de services avec les exceptions à la libre circulation des travailleurs dans le marché commun', *Rev.dr.étr.* 1990, 151.

62 Art. 2 WAV.

63 Art. 3, 1°, a WAV.

Blijkens de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer worden de volgende buitenlanders bedoeld:

- de onderdanen van een Lid-Staat van de EEG alsmede hun gezinsleden;
- de onderdanen van een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, alsmede de gezinsleden van dergelijke onderdanen;
- de personeelsleden van het Europees Ruimte-Agentschap;
- de personeelsleden van het Europees Octrooibureau;
- de stafleden van de Internationale Thee-Promotie Associatie;
- de stafleden van de Internationale Dienst voor Nationaal Landbouwkundig Onderzoek;
- de stafleden van het Technisch Centrum voor Landbouwsamenwerking en Plattelandsontwikkeling;
- de personeelsleden van het Instituut voor Nieuwe Technologieën;
- de gezinsleden van diplomaten, consulaire ambtenaren en van het administratieve, technische en dienstverlenende personeel dat werkzaam is bij diplomatieke, consulaire en permanente vertegenwoordiging van de Verenigde Staten van Amerika in Nederland;
- de gezinsleden van diplomaten, consulaire ambtenaren en van het administratieve, technische en dienstverlenende personeel dat werkzaam is bij diplomatieke, consulaire en permanente vertegenwoordiging van Canada in Nederland.<sup>64</sup>

Een tweede belangrijke groep van uitgezonderde buitenlanders betreft de buitenlandse zelfstandigen die krachtens de Vreemdelingenwet beschikken over een vergunning tot verblijf voor het verrichten van arbeid als zelfstandige en zij ook als zelfstandige arbeid verrichten.<sup>65</sup>

In de Memorie van Toelichting werd deze begunstiging gestaafd met de overweging dat aanvullende beperkingen voor de regulering van de toelating tot de Nederlandse arbeidsmarkt niet nodig zijn, omdat

64 Zie Memorie van Toelichting Eerste Kamer, *Kamerstukken I*, 1994-1995, 23.574, nr. 29B, 6; Christe, D., (1995: art. 3, nr. 2).

65 Art. 3, 1°, b, WAV.

deze vreemdelingen reeds toegelaten zijn tot verblijf voor het verrichten van arbeid als zelfstandigen. Een restrictief beleid kan dan ook in het kader van de Vreemdelingenwet worden gevoerd.<sup>66</sup>

Een derde belangrijke categorie van vreemdelingen waarvoor geen tewerkstellingsvergunning vereist is, betreft de vreemdelingen die horen tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie.<sup>67</sup>

Het betreft hier vreemdelingen die enkele specifieke soorten arbeid verrichten. Enerzijds gaat het blijkens de Memorie in hoofdzaak om incidentele arbeid in relatie tot internationale handelscontracten en werkzaamheden in het internationaal vervoer. Anderzijds betreft het arbeid die in relatie staat met internationale militaire samenwerking en internationale nieuwsvoorziening. Daarnaast wenste de Nederlandse wetgever ook zeer incidentele optredens van kunstenaars of sportlieden uit te zonderen van de vergunningplicht.<sup>68</sup>

Dergelijke door de wetgever beoogde algemene maatregel van bestuur werd uitgevaardigd bij besluit van 23 augustus 1995 ter uitvoering van de Wet Arbeid Vreemdelingen.<sup>69</sup>

Het tewerkstellingsverbod zonder vergunning geldt niet voor een vreemdeling die zijn hoofdverblijf buiten Nederland heeft en die incidenteel dan wel gedurende een periode van ten hoogste vier weken in Nederland arbeid verricht uitsluitend bestaande uit:

- 1° het monteren of repareren van door zijn, buiten Nederland gevestigde, werkgever geleverde werktuigen, machines of apparatuur, of uit het instrueren in het gebruik daarvan;
- 2° het voeren van zakelijke besprekingen en het sluiten van overeenkomsten met bedrijven en instellingen voor een buiten Nederland gevestigde opdrachtgever;
- 3° het voorbereiden, inrichten, houden en afbreken van een tentoonstelling of stand voor een buiten Nederland gevestigde opdrachtgever;
- 4° het verzorgen van rapportages of het maken van documentaires voor een buiten Nederland gevestigd publiciteitsmedium;
- 5° het werkzaam zijn in de huishouding van toeristen;
- 6° het deelnemen aan sportwedstrijden.

66 Zie Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23.574, nr. 3, 14; Christe, D., (1995: art. 3, nr. 3).

67 Art. 3, 1°, c WAV.

68 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23.574, nr. 3, 14.

69 *Staatsblad* 1995, 407; Christe, D., (1995: art. 3, nr. 4).

Het verbod van tewerkstelling zonder tewerkstellingsvergunning is evenmin van toepassing met betrekking tot een vreemdeling:

- die zijn hoofdverblijf buiten Nederland heeft en geen arbeidsovereenkomst heeft met een in Nederland gevestigde werkgever en uitsluitend arbeid verricht op buiten Nederland geregistreeerde vervoermiddelen in het internationale verkeer;
- die zijn hoofdverblijf buiten Nederland heeft en bemanningslid is en schepelingendienst verricht aan boord van een zeeschip in de zin van de Zeebrievenwet;
- die houder is van een door de Nederlandse minister van buitenlandse zaken afgegeven legitimatiebewijs voor de in het legitimatiebewijs genoemde functie;
- die als correspondent werkzaam is in dienst van een publiciteitsmedium dat zijn hoofdzetel buiten Nederland gevestigd heeft;
- die als militair behoort tot de krijgsmacht van een vreemde mogendheid;
- die als burger werkzaam is in dienst van een geallieerd hoofdkwartier of de NAVO;
- die als burger werkzaam is in dienst van een vreemde mogendheid ten behoeve van een geallieerd hoofdkwartier, de NAVO, dan wel een vreemde krijgsmacht;
- die als burger werkzaam is in dienst van een vreemde mogendheid ten behoeve van een instelling die in verband met de aanwezigheid van een geallieerd hoofdkwartier is gevestigd.<sup>70</sup>

Art. 4 WAV beperkt verder de werkingssfeer van de wet. Het verbod van tewerkstelling van buitenlandse werknemers zonder vergunning is evenmin van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die beschikt over een krachtens de Vreemdelingenwet afgegeven vergunning, welke voorzien is van *een aantekening* van de Nederlandse Minister van Justitie, waaruit blijkt dat aan die vergunning geen beperkingen zijn verbonden voor het verrichten van arbeid.<sup>71</sup>

Een tweede groep van vreemdelingen met recht op aantekening betreft de vreemdelingen aan wie verblijf in Nederland bij of krachtens

70 Zie voor de Nota van Toelichting: Christe, D., (1995: art. 3, nr. 4, p. 10 en 11).

71 Art. 4, lid 1, WAV; Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, 14.

de Vreemdelingenwet voor onbepaalde tijd is toegestaan. Dit zijn vreemdelingen die houder zijn van een vergunning tot vestiging of door de Minister van Justitie als vluchteling zijn toegelaten (art. 10 Vreemdelingenwet).<sup>72</sup>

Een derde groep rechthebbenden op een aantekening wordt gevormd door vreemdelingen die gedurende een onafgebroken periode van 3 jaar hebben beschikt over een voor het verrichten van arbeid geldige vergunning tot verblijf en die nadien zijn hoofdverblijf niet buiten Nederland heeft gevestigd.<sup>73</sup> De eis dat het tijdvak van 3 jaar niet gevolgd mag zijn door een hoofdverblijf buiten Nederland is bedoeld om te voorkomen dat vreemdelingen, nadat zij de band met de Nederlandse arbeidsmarkt hebben verloren, toch nog aanspraak zouden hebben op een aantekening.<sup>74</sup>

In de vierde plaats zal een aantekening worden verstrekt aan groepen vreemdelingen die zijn aangewezen bij algemene maatregel van bestuur. Het gaat hierbij om personen die krachtens art. 9 van de Vreemdelingenwet zonder beperkingen zijn toegelaten voor bijv. verblijf bij een in Nederland woonachtige Nederlander of bij een persoon van een andere dan van Nederlandse nationaliteit. Ook personen die als asielgerechtigde of om humanitaire redenen tot Nederland zijn toegelaten, zullen een dergelijke aantekening krijgen, zoals zij voorheen ook aanspraak konden maken op een verklaring ingevolge de WABW.<sup>75</sup> Men neemt aan dat, wanneer de vreemdelingen voldoen aan de vereisten van art. 4, 2° lid WAV, de Minister van Justitie verplicht is tot afgifte van de bedoelde aantekening, zonder dat hij daarbij over een vrije beleidsruimte beschikt.<sup>76</sup>

Ten slotte zijn ook aantekeningsgerechtigd vreemdelingen die langdurig werkzaam zijn geweest op Nederlandse zeeschepen of op mijnbouwinstallaties op het Nederlandse deel van het continentaal plat. Het betreft hier een groep die ook reeds onder de WABW van de toets op prioriteit-genietend aanbod was uitgezonderd. Indien deze vreemdelingen toestemming krijgen in Nederland te verblijven, worden

72 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23.574, nr. 3, 15.

73 Art. 4, 2, b, WAV.

74 Christe, D., (1995: art. 4, nr. 3, blz. 2).

75 Art. 4, 2, c, WAV; Art. 2 Besluiten 23/8/1995; Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23.574, nr. 3, 15; art. 4, lid 2, c WAV.

76 Christe, D., (1995: art. 4, nr. 2).

vanwege hun langjarige band met de Nederlandse arbeidsmarkt zonder dat van vergunningplicht sprake was ook aan arbeidsmarktdeelname geen beperkingen gesteld.<sup>77</sup>

Opmerkelijk is derhalve dat zowel de Belgische als de Nederlandse wetgeving inzake buitenlandse werknemers vele uitzonderingen voorzien op het principe van het verbod van buitenlandse arbeidskrachten zonder vergunning.

Hierbij kan worden aangestipt dat de korte periodes van tewerkstelling, waarvoor geen vergunning vereist is, in Nederland, met een termijn van vier weken, merklijk korter zijn dan de vergelijkbare arbeidsperiodes van drie maanden in België.

## 5 Aard van de wetgeving

De vraag die hier aan bod komt is of de wetgeving betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers behoort tot het dwingende recht dan wel tot de openbare orde.

In België wordt aanvaard dat een rechtsnorm één van openbare orde is indien zij de essentiële belangen van de staat of van de gemeenschap raakt, of in het privaat recht de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust.<sup>78</sup>

In Nederland zijn rechtshandelingen strijdig met de openbare orde indien ze strijden met de fundamentele beginselen van de maatschappelijke organisatie of ingaan tegen de in een bepaalde maatschappelijke

77 Zie Nota van Toelichting bij Besluit van 23 augustus 1995; zie ook Christe, D., (1995: art. 3, blz. 13).

78 Cass. 9 december 1948, A.C., 1948, 615, *Pas.*, 1948, I, 699; Cass., 14 januari 1954, *R.C.J.B.*, 1954, 252, met noot De Harven, P., 'Contribution à l'étude de la notion d'ordre public', Cass. 15 maart 1968, A.C., 1968, 936, *R.W.*, 1967-1968, 2000, *Pas.*, 1968, I, 884; Cass., 10 november 1978, A.C., 1978-1979, 299; Cass., 28 september 1979, A.C., 1979-1980, 1117, met noot; Cass., 24 januari 1985, *Pas.*, 1985, I, 307.

constellatie als fundamenteel ervaren normen.<sup>79</sup> Hoewel de openbare orde naar Nederlands recht wellicht wat meer verwijst naar als fundamenteel ervaren normen van ongeschreven recht, moet er op worden gewezen dat ook vaak wordt aanvaard dat bij een rechtshandeling in strijd met de openbare orde ook sprake is van strijd met een wettelijke bepaling.<sup>80</sup>

Sedert het cassatiearrest van 9 december 1948 wordt in België het onderscheid gemaakt tussen dwingende regels die de openbare orde raken en imperatieve rechtsregels die de openbare orde niet raken. Het onderscheid tussen imperatieve rechtsregels die niet van openbare orde zijn en dwingende rechtsregels die wel van openbare orde zijn, loopt over de aard van het belang dat door de rechtsregels wordt beschermd. Beschermt de dwingende rechtsregel veeleer private belangen dan heeft men te maken met een dwingende rechtsregel die niet van openbare orde is. Beschermt de dwingende rechtsregel niet enkel private belangen, maar hoofdzakelijk de fundamentele beginselen en belangen van de maatschappij, dan behoort de rechtsregel tot de openbare orde.<sup>81</sup>

In Nederland wordt het dwingende recht minder principieel gedefinieerd ten aanzien van het begrip openbare orde. Dwingende rechtsregels die geen deel uitmaken van de openbare orde zijn dan rechtsnormen die geen betrekking hebben op de fundamentele beginselen van de maatschappelijke organisatie maar die wel de belangen van bepaalde rechtsonderhorigen kunnen beschermen, bv. de consumentenbeschermende regels.<sup>82</sup>

Zoals bekend is de vraag of de rechtshandeling strijdig is met dwingend recht dan met de openbare orde van belang voor de nietigheidssanctie. Miskenning van de openbare orde brengt in beginsel

79 Asser-Hartkamp, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, deel 4-II, Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten, Zwolle, 1993, 9<sup>e</sup> druk, nr. 272; Van Dam, C., *Rechtshandeling en overeenkomst*, in: *Studiereeks Burgerlijke recht*, Kluwer, Deventer, 1995, nr. 158.

80 Zie Hijma, J., *Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Kluwer, Deventer, 1990, blz. 38.

81 Meeüs, A., 'La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge', noot onder Cass., 17 maart 1986, 498 e.v.; Rauws, W., *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbindingenovermacht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1986, 292-293.

82 Zie Van Dam, (1995: nr. 78); Hijma, J., (1990: 38).



de absolute nietigheid met zich mede, terwijl strijdigheid met dwingend recht eventueel leidt tot de relatieve nietigheid van de niet-conforme rechtshandeling.<sup>83</sup>

Naar Nederlands recht zijn de rechtshandelingen in strijd met de openbare orde van rechtswege nietig, terwijl strijdigheid met een dwingende rechtsbepaling weliswaar tot nietigheid van de rechtshandeling leidt, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, één en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.<sup>84</sup> Wanneer de wettelijk regel derhalve slechts één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, veelal een wederkerige overeenkomst, beoogt te beschermen, is er slechts sprake van vernietigbaarheid en is het enkel de beschermde partij, en dus niet de wederpartij of een derde, die een beroep kan doen op de nietigheidsgrond.<sup>85</sup>

In België wordt meestal aangenomen dat de wetgeving nopens de tewerkstelling van buitenlandse werknemers van openbare orde is omdat de wetgeving niet hoofdzakelijk private belangen op het oog heeft maar vooral de bescherming van de nationale arbeidsmarkt.<sup>86</sup>

In Nederland wordt minder expliciet de vraag gesteld of de wetgeving inzake de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten de openbare orde raakt, dan wel dwingend recht uitmaakt.<sup>87</sup> Hoewel m.i. op zich niet beslissend, mag er op worden gewezen dat zowel in Nederland als in België de overtreding door de werkgever van de wetgeving buitenlandse arbeiders strafrechtelijk beteugeld wordt.<sup>88</sup>

83 Cass. 15 maart 1968, A.C., 1968, 936; Ganshof van der Meersch, W., conclusie bij Cass. 25 juni 1971, A.C., 1971, 1083.

84 Art. 3.40 BW; Hijma, J., (1990: 38 en 39).

85 Van Dam, (1995: nr. 152); Hoge Raad, 15 november 1985, NJ 1986, 227, met noot Van der Grinten.

86 Taquet, M., noot onder Werkrechtssraad Brussel, 17 december 1953, J.T., 1954, 301; Duysens, D., 'Algemene wijzen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst', in: Blanpain, R., (red.), *Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, s.d., II-5 a, nr. 69; Rauws, W., (1986: 326); Arbh. Antwerpen, 21 september 1988, J.T.T., 1990, 14; zie ook Bergen, 29 juni 1977, J.T.T., 1978, 87 (wet van politie en veiligheid), met noot Bosly.

87 Zie bv. Van Peijpe, T., 'Hoe bijzonder is de arbeidsovereenkomst?', in: *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, *Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht*, nr. 18, Samsom, 1993, 34 en 44.

88 Art. 27 BAW; art. 25 WAV.

Deze strafrechtelijke beteugeling wordt vooral in België beschouwd als een indicatie, zo niet het bewijs, van het openbare-orde-karakter van de wetgeving.<sup>89</sup>

Hoewel ook in Nederland de wetgeving betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers kan worden beschouwd als wetgeving die de fundamentele beginselen van de maatschappelijke organisatie betreft, blijkt men in Nederland eerder de opvatting te onderschrijven dat de wetgeving behoort tot het dwingende recht.<sup>90</sup> Daarmee is het echter nog geen uitgemaakte zaak dat een arbeidsovereenkomst gesloten zonder de wettelijke vereiste vergunningen nietig is.

Opmerkelijk is dat de Belgische wetgever, in tegenstelling tot de Nederlandse, in diverse sociaalrechtelijke wetten uitdrukkelijk heeft bepaald dat de nietigheid van de overeenkomst niet kan worden ingeroepen tegen de rechten van de werknemer die voortvloeien uit de toepassing van de betrokken wet, wanneer de arbeid wordt verricht ingevolge een overeenkomst die nietig is wegens overtreding van de bepalingen die de regelen van de arbeidsverhoudingen tot voorwerp hebben.<sup>91</sup>

De regels inzake de tewerkstelling van de buitenlandse werknemers behoren tot de categorie van de regelen die de arbeidsverhoudingen tot voorwerp hebben. In België geeft de wettelijke regeling meestal het volgende resultaat. Een arbeidsovereenkomst met een buitenlandse werknemer gesloten zonder de wettelijke vereiste vergunningen is weliswaar wegens strijdigheid met de openbare orde in beginsel absoluut nietig, maar de werkgever kan die nietigheid niet tegen de rechten van de werknemer inroepen, gelet op de uitdrukkelijke wettelijke tempering. Hierdoor vertoont de principiële absolute nietigheidssanctie in werkelijkheid een aantal kenmerken van de relatieve nietigheid.<sup>92</sup>

89 Vgl. bv. Werkrechtsraad Brussel, 4 augustus 1955, *T.S.R.*, 1957, 292; zie de terechte opmerking van Verschuere, H., (1991: II-25-78, nr. 128, voetnoot 76).

90 Zie Asser-de Leede, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Tjeenk Willink, 1988, *Bijzondere overeenkomsten III*, nr. 286.

91 Art. 14 Arbeidsovereenkomstenwet, 3 juli 1978; art. 47 Loonbeschermingswet 12 april 1965; art. 2, § 2, CAO-wet 5 december 1968; art. 5, Arbeidswet, 16 maart 1971.

92 Zie Rauws, W., (1986: 415-416); vgl. Verschuere, H., (1991: nr. 128) (absolute nietigheid) en Dubois, B., 'Overzicht van rechtspraak, '1966-1967 Arbeids-overeenkomsten', *T.P.R.*, 1971, 506 (relatieve nietigheid).

Het lijkt in Nederland een uitgemaakte zaak dat het verbod voor de werkgever om de buitenlandse arbeidskracht zonder vergunning te werk te stellen, de geldigheid van de arbeidsovereenkomst niet in het gedrang brengt.<sup>93</sup>

De Nederlandse wet stelt geen civiele sancties op de overtreding van het verbod. De betrokken wetsbepalingen zijn geen bepalingen die de strekking hebben de geldigheid van de daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.<sup>94</sup>

De door de werknemer te verrichten prestaties zijn op zichzelf niet verboden, wat impliceert dat de inhoud van een dergelijke arbeidsovereenkomst op zich, nl. het verrichten van arbeid tegen betaling van loon, niet onwettig is.<sup>95</sup> Opgemerkt zij dat de Nederlandse wetgeving niet het aangaan van de overeenkomst met de buitenlandse werknemer verbiedt, maar wel het laten verrichten van arbeid zonder vergunning.<sup>96</sup>

De ontstentenis van de nietigheid van de arbeidsovereenkomst met de buitenlandse werknemer blijkt ook uit het recht op loon dat de illegale werknemer toekomt, zowel vóór als na de inwerkingtreding van de Wet Arbeid Vreemdelingen. Vóór de inwerkingtreding van de wet werd aangenomen dat de wetgeving terzake zich uitsluitend richt tot de werkgever, waarbij het hem verboden wordt een vreemdeling arbeid te doen verrichten zonder dat daartoe een tewerkstellingsvergunning is verleend. Het is de werkgever die de plicht heeft om alvorens zulk een vreemdeling te werk te stellen, voor zodanige vergunning te zorgen. Daarom is de omstandigheid dat bedoeld verbod een werkgever, die zulk een vreemdeling in dienst heeft genomen voor wie een tewerkstellingsvergunning niet is verleend, verhindert gebruik te maken van de door hem van die vreemdeling bedongen diensten, in beginsel toe te rekenen aan deze werkgever, ook wanneer die vreemdeling geen verblijfsvergunning heeft. Krachtens

93 Conclusie advocaat-generaal Ten Kate bij Hoge Raad 27 maart 1981, *NJ* 1981, 492, blz. 1641 en 1643; Stein, P., noot onder Hoge Raad 27 maart 1981, Asser-de Leede, laatste editie 1994, nr. 286; Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Samsom, Alphen aan den Rijn, 1990, 22; Bakels, H., (1994: 265).

94 Zie art. 3.40, lid 3, BW; Conclusie Advocaat-Generaal Ten Kate, bij HR 27 maart 1981, *NJ* 1981/492, 1663.

95 Zie art. 3.40, lid 1, BW; Advocaat-Generaal Ten Kate, bij HR 27 maart 1981, *NJ* 1981, 492, 1643; Stein, (1994: 1644).

96 Stein, (1994: 1644 en 1645; Van der Grinten, (1990: 22).

art. 7a: 1638b en 1638d BW heeft de illegale buitenlandse werknemer derhalve recht op loon tot de datum van de beëindiging van de arbeidsverhouding.<sup>97</sup>

Sedert de inwerkingtreding van de Wet Arbeid Vreemdelingen bepaalt art. 23 dat, indien een werkgever een vreemdeling arbeid doet verrichten in strijd met het besproken tewerkstellingsverbod, de vreemdeling vermoed wordt gedurende ten minste zes maanden werkzaam te zijn voor die werkgever tegen een beloning en een arbeidsduur die in de betreffende bedrijfstak gebruikelijk is. Met andere woorden, in geval van illegale tewerkstelling roept dit artikel het vermoeden in het leven dat deze tewerkstelling ten minste al zes maanden heeft geduurd, waarbij dit vermoeden voor tegenbewijs door de werkgever vatbaar is. Wanneer de werkgever niet in dit tegenbewijs slaagt, zal de illegaal tewerkgestelde buitenlander in beginsel zes maanden loon kunnen vorderen.<sup>98</sup>

Recente Nederlandse rechtspraak inzake de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex art. 7a: 1639 w BW wegens gewichtige redenen, bevestigt impliciet dat de arbeidsovereenkomst geldig is. Immers, de rechterlijke beslissing de arbeidsovereenkomst te ontbinden, waarbij in de praktijk soms vergoedingen worden toegekend aan de werknemer t.b.v. 10.000 gulden, veronderstelt het bestaan van een geldige arbeidsovereenkomst.<sup>99</sup>

Samengevat kan worden gesteld dat, hoewel het materieel recht in België en Nederland inzake de civiele sancties niet onaanzienlijk uiteen loopt, het resultaat in beide landen meestal hetzelfde zal zijn, zeker wat betreft de rechten van de illegaal tewerkgestelde buitenlandse werknemer ten opzichte van zijn werkgever.

97 Hoge Raad, 27 maart 1981, *NJ* 1981, 492.

98 Zie Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23.574, nr. 3, 22; Christe, (1995: art. 23, nr. 1).

99 Kantonrechter Amsterdam 3 juni 1992, *JAR* 1992, 134, 1; Kantonrechter Amsterdam 25 september 1992, *JAR* 1992, 134, 2; Vgl. Christe, D., (1995: art. 2, nr. 4). De beslissingen van de kantonrechter te Amsterdam werden ook gepubliceerd in: Scholtens, C., *Rechtspraakoverzicht rechtspraak 1992*, Samsom, 1993, 48 en 49.

## 6 Toegang tot de arbeidsmarkt

### 6.1 België

Anders dan in Nederland moet in België de werkgever niet alleen in beginsel beschikken over een arbeidsvergunning, maar bovendien wordt het de buitenlandse werknemer afzonderlijk verboden arbeid te verrichten in België, tenzij met een afzonderlijke toelating, gematerialiseerd door een arbeidskaart.<sup>100</sup>

Opvallend is ook de wisselwerking tussen de arbeidsvergunning voor de werkgever en de arbeidskaart voor de buitenlandse werknemer. De werkgever hoeft niet te beschikken over een arbeidsvergunning wanneer de werknemer houder is van één van de volgende documenten:

- een arbeidskaart A;
- een arbeidskaart B die geldig is voor de bedrijfstak waartoe de betrokken werkgever behoort;
- een arbeidskaart C die geldig is voor de ambachten of beroepen waarin de diensten van de arbeider gewoonlijk niet door een enkele werkgever worden gebruikt.<sup>101</sup>

Uiteraard moet hier kort de betekenis van de diverse soorten van arbeidskaarten worden toegelicht.

Een arbeidskaart A is van onbeperkte duur en geldig voor alle bezoldigde beroepen.<sup>102</sup> Een arbeidskaart B is beperkt tot één werkgever of een bedrijfstak en geldt voor een bepaalde duur van maximum twaalf maanden. De arbeidskaart C is geldig, eveneens voor maximum twaalf maanden en voor de ambachten en beroepen waarin de diensten van de werknemer gewoonlijk niet door één werkgever gebruikt worden, en met name: havenarbeiders, schoonmakers, extra's in het hotelbedrijf, personeel dat ten huize verzorgt, jockeys, niet tot één enkele verzekeringsmaatschappij in dienstverband staande verzekeringsreizigers, huisarbeiders, werklieden in de diamantnijverheid, muzikanten en schouwspelartiesten die hun activiteit niet als hoofdberoep uitoefenen, technici van de filmproductie.<sup>103</sup>

100 Zie de artt. 4 en 9 BAW.

101 Art. 5 BAW; Cuypers, D., (1996: 22).

102 Art. 12, 1°, Uitvoeringsbesluit 6 november 1967.

103 Art. 12, 2° en 3° Uitvoeringsbesluit 6 november 1967; art. 15 Uitvoeringsbesluit.

De arbeidskaart A wordt toegekend aan de meest bevoorrechte buitenlandse werknemers, en dit onder meer op grond van:

- beroepsverleden: 3 of 4 jaar arbeid in België;<sup>104</sup>
- regelmatig verblijf van 5 jaar in België, dat voor erkende politieke vluchtelingen wordt teruggebracht tot 3 jaar;<sup>105</sup>
- verwantschappen met een gerechtigde op een arbeidskaart A, waarbij vnl. de onder hetzelfde dak als de werknemer inwonende echtgenoot en de ongehuwde kinderen beneden 21 jaar worden bedoeld.<sup>106</sup>

Het recht op de arbeidskaart A gaat echter verloren wanneer de werknemer gedurende een periode van meer dan één jaar afwezig blijft uit het land.<sup>107</sup> Voor de werknemers die houder zijn van een arbeidskaart B of C, geldt het principe dat zij in de bedrijfstak moeten blijven waarvoor zij hun eerste arbeidskaart bekomen hebben.<sup>108</sup>

Het is mogelijk om de arbeidsvergunning B gezamenlijk aan te vragen voor een groep van werknemers die nog niet regelmatig in België verblijft op het moment van de aanvraag. De aanvraag om aanwerving en tewerkstelling van een contingent van ten minste 15 werknemers moet voor afschrift worden aangevraagd bij de bevoegde gewestminister. De aanvraag moet onder meer vergezeld gaan van de verbintenis van

104 Art. 13, 1°, Uitvoeringsbesluit; art. 10 MB 15 juli 1969 betreffende de voorwaarden van toekenning van de arbeidsvergunningen en arbeidskaarten voor werknemers van vreemde nationaliteiten: 3 jaar voor de erkende politieke vluchtelingen, alsmede bv. voor de Marokkaanse, Maltese, Tunesische, Turkse onderdanen; zie Verschueren, H., (1991: nr. 73).

105 Art. 13, 2° Uitvoeringsbesluit, 6 november 1967; art. 11 MB 15 juli 1969. Zie i.v.m. de staatlozen: het internationale verdrag betreffende de status van staatlozen van 28 september 1954, goedgekeurd bij Wet van 12 mei 1960; Verschueren, H., (1991: nr. 73 en nr. 74, resp. voetnoten 24 en 28). De periode van verblijf als student mag niet worden meegerekend in de verblijfsduur die vereist voor het verkrijgen van een arbeidskaart: R.v.St. 10 december 1982, nr. 22.727, *Arr.R.v.St.* 1982, 1765.

106 Art. 13, 3° t.e.m. 6°, Uitvoeringsbesluit 6 november 1967; zie Cuypers, D., (1996: blz. 21).

107 Art. 13 bis Uitvoeringsbesluit 6 november 1967; voor een toepassing zie R.v.St. nr. 22.383, 24 juni 1982, Azahaf Metalssi, *Arr.R.v.St.*, 1982, 1131; Cuypers, D., (1996: 21).

108 Art. 16 Uitvoeringsbesluit; voor de talrijke uitzonderingen, o.m. de erkende politieke vluchtelingen, zij verwezen naar de artt. 7 en 8 van het MB van 15 juli 1969.

de werkgever de reiskosten die de overeenkomst van die werknemers naar België mede brengt, op zich te nemen.<sup>109</sup>

## 6.2 *Invloed van internationale overeenkomsten in België*

Een belangrijke beperking inzake de toekenning van arbeidsvergunningen en arbeidskaarten vloeit voort uit de regel dat de toekenning beperkt wordt tot werknemers die onderdanen zijn van landen waarmee België verbonden is door internationale overeenkomsten of akkoorden inzake arbeidskrachten. Zo heeft België nog relevante overeenkomsten met Marokko, Algerije, Tunesië, Turkije, Malta en Zwitserland.<sup>110</sup> Op de regel dat de toekenning van de arbeidsvergunning en de arbeidskaart afhankelijk is van een internationale overeenkomst of akkoord bestaan er heel wat uitzonderingen, zoals voor gespecialiseerde arbeidskrachten, gediplomeerde ziekenverplegers, erkende politieke vluchtelingen, leidinggevende functies, werknemers van Belgische herkomst.<sup>111</sup> Opmerkelijk is dat door de bevoegde gewestadministratie het begrip hooggeschoold personeel wordt verbonden met het verdienen van een bepaald brutoloon en de inhoudelijke kenmerken van de functie.<sup>112</sup>

De hierboven bedoelde wisselwerking tussen arbeidsvergunning en arbeidskaart blijkt ook uit het feit dat in sommige gevallen de toekenning aan de werkgever van een arbeidsvergunning het gunstige gevolg heeft dat aan de betrokken buitenlandse werknemer van ambtswege een arbeidskaart wordt toegekend.<sup>113</sup>

Een uitzondering op de regel van de voorafgaandelijke vergunning zijn de gevallen van dringende noodzakelijkheid, waarbij de tewerkstelling door de werkgever voorlopig toegelaten is zonder arbeidsvergunning en zonder arbeidskaart, op voorwaarde dat de aanvraag om de arbeidsvergunning binnen een korte periode wordt

109 Zie art. 13 en 14 MB, 15 juli 1969; Verschueren, H., (1991: nr. 64).

110 Zie art. 6 Uitvoeringsbesluit; zie Van Eckhoutte, W., *Sociaal compendium arbeidsrecht*, deel I, nr. 1943; zie Verschueren, (1991: nrs. 8, 12 en 51). Een aantal van deze verdragen of akkoorden werden goedgekeurd bij wet van 16 december 1976, B.S., 17/6/1977.

111 Zie art. 2 MB 15 juli 1969; Cuypers, D., (1996: 24); Verschueren, H. (1991: nr. 52).

112 Verschueren, H., (1991: nr. 52, voetnoot 14); Botterman, (1993: 174, voetnoot 25: 90.000 BEF tot 140.000 BEF bruto per maand).

113 Art. 1 Uitvoeringsbesluit 6 november 1967.

ingediend.<sup>114</sup> Krachtens een Ministeriële Omzendbrief van 26 april 1994 is het ook mogelijk kandidaat-vluchtelingen, die een ontvankelijke aanvraag tot erkenning van hun statuut hebben ingediend, voorlopig toe te laten tot tewerkstelling.<sup>115</sup>

Een zeer gewichtige beperking van de toegang tot de Belgische arbeidsmarkt bestaat uit de regel, met uitzondering van de werknemers die voldoen aan de voorwaarden om een arbeidskaart A te bekomen, dat de arbeidsvergunningen en de arbeidskaarten slechts worden toegekend wanneer het niet mogelijk is onder de werknemers die zich op de nationale arbeidsmarkt bevinden, binnen een redelijke termijn een arbeidskracht te vinden die, zelfs door middel van een aangepaste beroepsopleiding, geschikt is om de betrekking te bekleden.<sup>116</sup>

Op deze regel van de *voorrang* van de nationale arbeidsmarkt bestaan er nog afwijkingen, o.m. voor bepaalde verwanten van Belgische werknemers of regelmatig in België gevestigde personen, personen die een leidinggevende functie kunnen bekleden in een bijhuis van een firma uit hun land, in België erkende politiek vluchtelingen.<sup>117</sup>

De voorrang van de arbeidsmarkt geldt verder niet voor bijzondere categorieën van vreemdelingen zoals de stagiaires uit het buitenland, de leerlingen en de monteerders-specialisten.<sup>118</sup> De voorrang geldt evenmin in die individuele gevallen waarvoor de bevoegde gewestminister een derogatie toestaat om economische of sociale redenen.<sup>119</sup>

Ook voor betaalde sportbeoefenaars bestaan er in de administratieve praktijk afwijkingen op de regel van de voorrang van de nationale

114 Art. 6 BAW; artt. 19 en 20 MB 19 december 1967.

115 Omzendbrief 26 april 1994 betreffende de voorlopige toelatingen tot tewerkstelling voor kandidaat-vluchtelingen, *B.S.*, 1994, 11659; zie voorheen brief van de federale Minister van Tewerkstelling Smet aan de gewestministers bevoegd voor tewerkstelling dd. 28 september 1993.

116 Art. 5 BAW.

117 Art. 5 BAW; art. 15 MB 15 juli 1969.

118 Artt. 20 en 21 Uitvoeringsbesluit 6 november 1967; Verschueren, (1991: nr. 50).

119 Art. 5 Uitvoeringsbesluit 6 november 1967; Verschueren, (1991: nr. 50); Lhoir, T., 'De tewerkstelling van professionele sportbeoefenaars van vreemde nationaliteit', *Arbbl.*, 1994, nr. 14, 50.



arbeidsmarkt, waarbij de administratie rekening houdt met de loongrens bepaald voor de toepassing van de Arbeidsovereenkomstenwet sportbeoefenaars.<sup>120</sup>

### 6.3 *Overige voorwaarden in België*

Andere voorwaarden voor de toekenning zijn de ondertekening van een modelovereenkomst, een voorafgaand geneeskundig onderzoek, en de eerbiediging van de Belgische arbeidsvoorwaarden.

Wanneer de werknemer niet op regelmatige wijze in België verblijft, wordt de toekenning van de arbeidsvergunning en de arbeidskaart afhankelijk gesteld van de ondertekening van een modelarbeidsovereenkomst die de vermeldingen en bepalingen bevat die voorkomen in de bijlage van het Uitvoeringsbesluit.<sup>121/122</sup>

Op de verplichte ondertekening van de modelovereenkomst bestaan er heel wat uitzonderingen, bv. ten voordele van de echtgenote en de kinderen die deel uitmaken van het gezin van de migrerende werknemer die op regelmatige wijze in België is gevestigd; de hooggeschoolde buitenlandse werknemers, de stagiaires, de leerlingen, de monterders-specialisten en de schouwspelartiesten.<sup>123</sup>

Wanneer de werknemer niet op regelmatige wijze in België verblijft of wanneer hij minder dan 2 jaar regelmatig in België verblijft, maar er voor de eerste maal wordt tewerkgesteld, moet de aanvraag voor de arbeidsvergunning of de arbeidskaart vergezeld gaan van een medisch getuigenschrift waaruit blijkt dat, op grond van een algemeen onderzoek alsmede van een serologisch onderzoek en een radioscopie van de longen, hij door geen besmettelijke of overdraagbare ziekte is aangetast en dat er niets op wijst dat hij ingevolge zijn gezondheidstoestand in een nabije toekomst arbeidsongeschikt zal worden.<sup>124</sup>

De bepalingen inzake het voorafgaand medisch onderzoek zijn niet

120 Lhoire, T., (1994: nr. 14, 44 t.e.m. 51). Het KB van 19 december 1994 bepaalde het minimale loon om als een betaalde sportbeoefenaar te worden beschouwd op 499.896 BEF op jaarbasis.

121 Zie art. 2 bis Uitvoeringsbesluit 6 november 1967; zie ook de bijlage bij het MB van 15 juli 1969 voor de schouwspelartiesten.

122 Voor artiesten geldt het vermoeden van een arbeidsovereenkomst voor bedienden: art. 1, lid 3 BAW.

123 Zie art. 3 bis MB 15 juli 1969.

124 Art. 12 BAW; Art. 2 Uitvoeringsbesluit 6 november 1967.

toepasselijk op de monteerders-specialisten, noch op de schouwspelartiesten en de muzikanten van wie de duur van de tewerkstelling minder dan drie maanden bedraagt.<sup>125</sup>

#### 6.4 *Nederland*

Anders dan in België en dan in de vroegere WABW wordt een tewerkstellingsvergunning in Nederland alleen door de werkgever aangevraagd. In de WABW was de vreemdeling mede-aanvrager.<sup>126</sup> Eén en ander neemt niet weg dat de betrokken buitenlandse werknemer terzake van beslissingen rond een tewerkstellingsvergunning als belanghebbende dient te worden aangemerkt en derhalve alle rechtsbescherming toekomt die ook de werkgever heeft.<sup>127</sup>

De WAV voorziet een beslissingstermijn van 5 weken na de ontvangst van de aanvraag. Het niet-tijdig beslissen heeft tot gevolg dat er sprake is van een zogenaamde fictieve weigering zodat zowel de werkgever als de betrokken vreemdeling daartegen een bezwaarschrift kunnen indienen.<sup>128</sup>

Art. 7 WAV schrijft voor welke minimale gegevens een tewerkstellingsvergunning in Nederland dient te bevatten, o.m. de geldigheidsduur van de tewerkstellingsvergunning, alsmede een omschrijving van de aard en de plaats van de door de vreemdeling te verrichten arbeid. Inzake de duur kan de vergunning bv. een termijn bevatten die de maximale geldigheidsduur van drie jaar verkort.<sup>129</sup> Verder kan de tewerkstellingsvergunning beperkingen omvatten inzake de aard en de plaats van de arbeid.<sup>130</sup>

De Nederlandse wetgeving bevat, zoals de Belgische, een regeling van voorrang van de nationale arbeidsmarkt. De centrale imperatieve weigeringsgrond voor de afgifte van de tewerkstellingsvergunning is immers het aanwezig zijn van een prioriteit-genietend aanbod. Onder prioriteit-genietend aanbod moet worden verstaan het arbeidsaanbod van de zijde van Nederlanders, vreemdelingen voor wie het vrij verkeer

125 Art. 21 en 22 Uitvoeringsbesluit 6 november 1967.

126 Art. 6 WAV; Christe, D., (1995: art. 6, nr. 1).

127 Christe, D., (1995: art. 6, nr. 2).

128 Art. 6.2, WAV; Nota eindverslag, *Kamerstukken II*, 1993-1994, nr. 23.574, nr. 7, 11; Christe, D., (1995).

129 Zie art. 11 WAV; Christe, D., (1995: art. 7, nr. 1).

130 Christe, D., (1995: art. 7, nr. 1 en art. 10, nr. 1).

van werknemers geldt, te weten de onderdanen van landen van de Europese Economische Ruimte, en van vreemdelingen die beschikken over een krachtens de Vreemdelingenwet afgegeven vergunning, nl. een aantekening op hun verblijfsdocument, waaruit blijkt dat voor hen geen beperkingen ten aanzien van het verrichten van arbeid gelden.<sup>131</sup>

Krachtens art. 8 WAV dient een tewerkstellingsvergunning eveneens te worden geweigerd indien het een arbeidsplaats betreft waarvan de beschikbaarheid niet ten minste 5 weken voor het indienen van de aanvraag aan de Arbeidsvoorzieningsorganisatie is gemeld. De gestelde termijnen voor indiening van een vacature bij de Arbeidsvoorzieningsorganisatie zijn zo gekozen dat er een reële mogelijkheid bestaat om naar beschikbaar binnenlands of EEG-aanbod te zoeken.<sup>132</sup>

Naast een imperatieve weigeringsgrond op grond van de Nederlandse verblijfsreglementering,<sup>133</sup> bevat de WAV, zoals de Belgische wetgeving, een weigeringsgrond voortvloeiende uit de niet-naleving van de Nederlandse arbeidsvoorwaarden, althans wat betreft het minimumloon. Indien het een niet eerder toegelaten vreemdeling betreft, wordt de tewerkstellingsvergunning geweigerd indien de buitenlandse werknemer niet ten minste het minimumloon zal verdienen.<sup>134</sup> Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de wetgever beoogde te vermijden dat de vreemdeling zich door onvoldoende middelen van bestaan gedwongen voelt door andere, wellicht illegale, activiteiten zijn inkomen aan te vullen of uitkeringen aan te vragen ingevolge de Algemene Bijstandswet.<sup>135</sup>

Een andere imperatieve weigeringsgrond vloeit voort uit de wettelijke mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur bepaalde categorieën werkzaamheden uit te sluiten van de mogelijkheid hiervoor een tewerkstellingsvergunning af te geven wegens strijdigheid met

131 Art. 8, 1, a, WAV; Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, nr. 23.574, nr. 3, 16; Memorie van Antwoord, *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23.574, nr. 5, 3.

132 Art. 8, 1, b, WAV; Memorie van Antwoord, *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23.574, nr. 5; Christe, D., (1995: art. 8, nr. 3).

133 Art. 8, 1, c, WAV; Christe, D., (1995: art. 8, nr. 4).

134 Art. 8, 1, d, WAV.

135 *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, 16.

het Nederlands belang.<sup>136</sup> In uitvoering hiervan bepaalt art. 3 van het Besluit van 23 augustus 1995 dat een tewerkstellingsvergunning wordt geweigerd voor werkzaamheden geheel of ten dele bestaande in het verrichten van seksuele handelingen met derden of voor derden.<sup>137</sup>

Een verwante bepaling vindt u trouwens terug in de Belgische wetgeving. De federale minister van tewerkstelling en arbeid heeft in het kader van de strijd tegen de mensenhandel een aantal specifieke maatregelen uitgevaardigd inzake de tewerkstelling van cabaretartiesten. Onder cabaretartiest moet worden verstaan elke met een arbeidsovereenkomst in dienst genomen persoon om deel te nemen aan een spektakel onder de vorm van dans, zang en striptease in een cabaret.<sup>138</sup> Wanneer het de tewerkstelling van een cabaretartiest betreft die niet regelmatig in België verblijft, levert de bevoegde gewestelijke administratie niet alleen een arbeidsvergunning af, maar ook een eensluidend verklaard afschrift daarvan aan de gemeentelijke administratie van de plaats waar de artiest in België zal tewerkgesteld worden.<sup>139</sup>

De WAV opent de mogelijkheid van uitzonderingen op de imperatieve weigeringsgronden. In buitengewone omstandigheden kan worden afgeweken door de bevoegde minister van de regel dat het de beschikbaarheid van de arbeidsplaats ten minste vijf weken voor het indienen van de aanvraag bij de Arbeidsvoorzieningsorganisatie is gemeld.<sup>140</sup> Ten behoeve van de bevordering van de internationale handelscontacten kan worden afgeweken van de prioriteitstoets en de verplichte melding van de vacature. In het kader van scholing, opleiding, internationale uitwisseling en andere internationale culturele contacten, alsmede ten behoeve van vreemdelingen die beschikken over een voor het verrichten van arbeid geldige vergunning kan bovendien wordt afgeweken van de weigeringsgrond gesteund op het

136 Art. 8, 1, e, WAV; Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, 17.

137 Zie Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, nr. 3, 17; Christe, D., (1995: art. 8, nr. 5).

138 Art. 23 bis Uitvoeringsbesluit 6 november 1967; MB 19/3/1993 tot uitvoering van art. 23 bis van het KB VAN 6 november 1967; Mignon, E., 'Overzicht van de meest recente maatregelen ter bestrijding van de illegale tewerkstelling', *T.Vreemd.*, 1993, 159.

139 Art. 9 bis, MB 19 december 1967.

140 Art. 8, 2, 1°, WAV.

minimumloon.<sup>141</sup> In de Memorie van Toelichting werd gesteld dat deze uitzonderingen met name de stagiaires en de vreemdelingen die in concernverband naar Nederland komen betreffen.<sup>142</sup>

### 6.5 *Facultatieve weigeringsgronden in Nederland*

De Nederlandse wetgeving bevat ook een aantal zogenaamde facultatieve weigeringsgronden. De WAV biedt de mogelijkheid te toetsen of de werkgever voldoende inspanningen heeft verricht teneinde ook zelf voor passende opvulling met voorrang-genietend aanbod van zijn vacature zorg te dragen.

Art. 9 bepaalt o.m. dat een tewerkstellingsvergunning kan worden geweigerd indien de werkgever niet kan aantonen voldoende inspanningen te hebben gepleegd de arbeidsplaats door prioriteit-genietend op de arbeidsmarkt beschikbaar aanbod te vervullen.<sup>143</sup> Een werkgever zal aannemelijk moeten kunnen maken dat hij voor en na de vacaturemelding bij de Arbeidsvoorzieningsorganisatie zelf nog pogingen heeft ondernomen om in de opvulling van de betreffende vacature te voorzien (het plaatsen van een advertentie in een regionale krant, een huis-aan-huis-blad of een medium als de kabelkrant zijn hier voorbeelden van). Leidraad hierbij zal zijn datgene wat in de sector gebruikelijk is.<sup>144</sup>

Een andere potentiële weigeringsgrond ontstaat indien er in de arbeidsvoorwaarden, de arbeidsverhoudingen of arbeidsomstandigheden beletselen zullen zijn gelegen voor vervulling van de arbeidsplaats door prioriteit-genietend aanbod.<sup>145</sup> Op grond van de WAV kan zowel voor een bepaalde bedrijfstak als voor een individuele werkgever een tewerkstellingsvergunning worden geweigerd wanneer de arbeidsomstandigheden duidelijk tekort schieten.<sup>146</sup>

Een derde facultatieve weigeringsgrond geldt indien voorzienbaar

141 Art. 8, 2, 2° en 3°, WAV.

142 *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, 17.

143 Art. 9, a, WAV; Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, 17.

144 Memorie van Toelichting, 23.574, nr. 3, 17.

145 Art. 9, b WAV.

146 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, 18, met verwijzing o.m. naar de Arbeidsomstandighedenwet.

is dat binnen een redelijke termijn voor een aangevraagde tewerkstellingsvergunning prioriteit genietend aanbod op de arbeidsmarkt beschikbaar zal komen.<sup>147</sup> Over wat een 'redelijke termijn' is, is blijkens de parlementaire voorbereiding in zijn algemeenheid geen eenduidige uitspraak te doen. Aangestipt werd dat een termijn van zes weken in de aspergeteelt als onoverkomelijk zal worden gezien, terwijl dit in de metaalsector als tamelijk kort kan worden beschouwd.<sup>148</sup>

Een vierde facultatieve weigeringsgrond betreft de niet eerder toegelaten vreemdelingen, wier leertijd niet valt binnen de bij ministeriële regeling gestelde leeftijdsgrenzen.<sup>149</sup> Deze bepaling dient te voorkomen dat vreemdelingen permanent tot Nederland worden toegelaten, van wie de voorzienbare arbeidsloopbaan relatief kort zal kunnen duren.<sup>150</sup> In het kader van de WABW had de minister in een eerder besluit van 1 juni 1979 een leeftijdsgrens van 45 jaar voorzien.<sup>151</sup>

Een laatste facultatieve weigeringsgrond betreft het geval dat geen passende huisvesting voor de vreemdeling beschikbaar is. Deze facultatieve weigeringsgrond was in het wetsontwerp niet opgenomen maar werd opgenomen op verzoek van de Kamer.<sup>152</sup>

Aan de toekenning van de tewerkstellingsvergunning kunnen bijkomende voorwaarden worden verbonden welke er in belangrijke mate toe strekken het prioriteit-genietend aanbod op de Nederlandse arbeidsmarkt te beschermen. Als voorbeeld van de inspanningen die van de werkgever in het kader van art. 10 WAV verlangd mogen worden, noemt de Memorie van Toelichting de aan de werkgever opgelegde verplichting om door opleiding en scholing zelf te voorzien in toekomstig prioriteit-genietend arbeidsaanbod.<sup>153</sup>

147 Art. 9, c, WAV.

148 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, p. 19.

149 Art. 9, d, WAV.

150 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, 19.

151 Zie Christe, D., (1995: art. 9, nr. 2).

152 Art. 9, f, WAV; Christe, D., (1995: art. 9, nr. 3).

153 Art. 10, a en b, WAV; Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, 19; Christe, D., (1995: art. 10, nr. 1).

## 6.6 *Maximale duur van de vergunningen in Nederland*

De tewerkstellingsvergunning wordt voor de duur van maximaal drie jaar verleend.<sup>154</sup> Na die maximale periode heeft de betrokken buitenlandse werknemer aanspraak op de aantekening als bedoeld in art. 4 WAV, waardoor hij niet meer vergunningsplichtig is.<sup>155</sup>

Indien aan de tewerkstellingsvergunning bijkomende voorwaarden worden geformuleerd inzake de arbeidsmarkttoets op de beschikbaarheid van prioriteit-genietend aanbod, als bedoeld in art. 10, a en b, WAV, wordt deze vergunning voor maximaal één jaar toegekend en kan na één jaar maximaal een verlenging van één jaar worden verleend.<sup>156</sup>

Tewerkstellingsvergunningen voor tijdelijk werk worden voor ten hoogste 24 weken verleend en kunnen niet worden verlengd.<sup>157</sup> Deze tijdelijke vergunningen zullen vooral worden gebruikt in het zogenaamde seizoenswerk.<sup>158</sup>

## 6.7 *Vergelijking*

De vergelijking van de Belgische en Nederlandse wetten inzake buitenlandse werknemers levert weinig positieve elementen op voor de Zuidelijke Nederlanden.

De Belgische wetgeving is minder coherent door de vergunningsplicht niet alleen op te leggen aan de werkgever, maar meestal ook aan de buitenlandse werknemer. Doordat in feite twee vergunningen worden gevergd, los van de verblijfsvergunning, ontstaan supplementaire problemen. De Belgische wetgeving is des te inconsistenter omdat enkel strafsancities voor de werkgever zijn voorzien.

Over het algemeen blijkt de Belgische verouderde wetgeving trouwens gecompliceerder met meer uitzonderingen, dan de Nederlandse en is op een aantal punten minder aangepast aan de maatschappelijke evolutie, wat dan gecompenseerd moet worden door afwijkende administratieve praktijken en omzendbrieven.

154 Art. 11, 1, WAV.

155 Christe, D., (1995: art. 11, nr. 1).

156 Art. 11, 2, WAV; Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 4, 20; Christe, D., (1995: art. 11, nr. 1).

157 Art. 11, 3, WAV.

158 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, 20.

Anders dan de Nederlandse Staten-Generaal heeft het Belgische Parlement minder oog voor de met de tewerkstellingswetgeving voor vreemdelingen moeilijk verenigbare internationale verplichtingen en geschieden de noodzakelijke aanpassingen niet of na decennia, afgezien van de overblijvende contradicties en strijdigheid met het Europees Gemeenschapsrecht.<sup>159</sup> Verdienen de recente inspanningen van de Nederlandse wetgever om een nieuwe wet te maken geen navolging?

## 7 Rechtsbescherming

### 7.1 België

Een werknemer die in België verblijft en aan wie de arbeidskaart wordt geweigerd of de werkgever die geen vergunning heeft bekomen, kan beroep instellen bij de bevoegde gewestminister per aangetekende brief binnen de 10 dagen en met motivering.<sup>160</sup> De vreemdeling die heeft nagelaten het wettelijk georganiseerd beroep bij de gewestminister in te stellen, is niet-ontvankelijk om de nietigverklaring te vorderen van de afwijzingsbeslissing die de minister heeft getroffen op beroep van de *werkgever* tegen de weigering van de toelating om hem te werk te stellen.<sup>161</sup>

De werkgever kan weliswaar een beroep instellen, maar dat is zonder belang indien de werknemer ondertussen reeds het grondgebied verlaten heeft tengevolge van een uitzettingsbesluit.<sup>162</sup>

De beslissing van de bevoegde gewestminister dient gemotiveerd te zijn.<sup>163</sup>

Krachtens art. 13 van het Decreet van 23 oktober 1991 betreffende de openbaarheid van bestuursdocumenten dient het bestuursdocument tevens de eventuele mogelijkheid tot beroep, alsmede de modaliteiten ervan te vermelden. In dit verband kan trouwens gewezen worden

159 Zie hiervoor Cuypers, D., (1996: 32).

160 Zie de artt. 18, 20 en 21 BAW; Zie Cuypers, D., (1995: 28).

161 R.v.St. 25 maart 1978, nr. 18.836, Arr.R.v.St., 1978, 339.

162 R.v.St. 26 juni 1990, nr. 35.268, R.A.C.E., 1990, z.p.

163 Artt. 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 Uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; artt. 2 en 13 Decreet, 23 oktober 1991 Openbaarheid van bestuursdocumenten; Cuypers, D., (1995: 29).



op art. 19 van de Wet Raad van State volgens hetwelk de verjaringstermijnen voor de annulatieberoepen alleen een aanvang nemen op voorwaarde dat de betekening door de administratieve overheid van de beslissing met individuele strekking het bestaan van die beroepen vermeldt, alsmede de in acht te nemen vormvoorschriften en termijnen.

De beslissing van de bevoegde gewestminister kan uiteindelijk worden aangevochten binnen een termijn van 60 dagen bij de Raad van State, zowel met een schorsingsberoep als met een annulatieberoep. Het administratief kort geding bij de Raad van State inzake administratieve rechtshandelingen vervangt desbetreffende de kortgedingprocedures bij de gewone rechtbanken.<sup>164</sup>

## 7.2 *Nederland*

In Nederland worden de beschikkingen van de WAV, voor de toepassing van wettelijke voorschriften over bezwaar en beroep, gelijkgesteld met beschikkingen aangaande de verblijfsvergunning op grond van de Vreemdelingenwet.<sup>165</sup>

De wettelijke regeling bevat voor beroepen inzake tewerkstellingsvergunningen een regeling van concentratie van rechtsmacht en uitsluiting van hoger beroep. Het procesrecht van de Vreemdelingenwet wijkt af van de algemene regeling van de Algemene Wet Bestuursrecht, met name met betrekking tot de kortere termijnen voor bezwaar en beroep, alsook vanwege het feit dat tegen de beslissing in beroep geen hoger beroep bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State openstaat.<sup>166</sup> De afwijkingen van het algemeen procesrecht worden verantwoord, enerzijds door de gelijkheid in procesrecht inzake een tewerkstellingsvergunning en een verblijfsvergunning, en anderzijds 'om redenen van doelmatigheid en proceseconomie'.<sup>167</sup>

Het aansluiten bij de Vreemdelingenwet impliceert dat tegen een beschikking tot weigering van een tewerkstellingsvergunning binnen een termijn van 4 weken na verzending een bezwaarschrift kan worden

164 Art. 17, § 1, Wet Raad van State.

165 Art. 21 WAV.

166 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, 21; Christe, D., (1995: art. 21, nr. 1).

167 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 21 en 22; Nota eindverslag, *Kamerstukken II*; 1993-1994, 23.574, nr. 7, 8.

ingediend bij het bestuursorgaan dat de beschikking heeft genomen.<sup>168</sup> Dat bestuursorgaan is, ten gevolge van delegatie, het Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening. Op deze bezwaarschriftprocedure zijn in beginsel de afdeling 6.2 en 7.2 van de Algemene Wet Bestuursrecht toepasselijk.

Het recht om een bezwaarschrift in te dienen, komt zowel aan de werkgever als aan de buitenlandse werknemer toe, nu deze laatste als belanghebbende in de zin van art. 1 Algemene Wet Bestuursrecht moet worden beschouwd.<sup>169</sup>

Nadat het Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening de beslissing op het bezwaarschrift heeft verzonden, kunnen zowel de werkgever als de betrokken vreemdeling binnen 4 weken beroep instellen bij de Sector Bestuursrecht van de Arrondissementsrechtbank 's Gravenhage, de zogenaamde vreemdelingenkamer.<sup>170</sup> De zittingen van de arrondissementsrechtbank kunnen echter ook buiten Den Haag in een aantal zogenaamde nevenzittingsplaatsen plaatsvinden: te weten Amsterdam, Haarlem, 's Hertogenbosch en Zwolle.<sup>171</sup>

Op grond van art. 31 WAV samengelezen met art. 33 e Vreemdelingenwet staat tegen de beschikkingen van de arrondissementsrechtbank in Den Haag geen beroep open bij de Nederlandse Raad van State. Terecht werd opgemerkt dat deze beperking van de rechtsbescherming tot één aanleg een tamelijk vérgaande inbreuk betekent op het algemene beginsel van rechtsbescherming in twee instanties, en met name voor de in Nederland legaal verblijvende buitenlanders.<sup>172</sup>

168 Art. 30, lid 3, Vreemdelingenwet, Christe, D., (1995: art. 21, nr. 3); Kuijer en Steenbergen, (1983: 244 e.v).

169 Christe, D., (1995: art. 21, nr. 3).

170 Art. 33 c, Vreemdelingenwet; Christe, D., (1995: art. 21, nr. 3); Kuijer en Steenbergen, (1983: 260 en 261).

171 Art. 33 a, Vreemdelingenwet; Kuijer en Steenbergen, (1983: 261).

172 Christe, D., (1995: art. 21, nr. 4).

In rechtsvergelijkend perspectief kan worden geconcludeerd dat de Belgische rechtsbescherming, omwille van de mogelijkheid een beroep te doen op de Raad van State, vollediger is dan in Nederland en dus meer punten krijgt.<sup>173</sup>

## 8 Toezicht en bestraffing

### 8.1 België

In België is het toezicht op de naleving van de wetgeving inzake de tewerkstelling van buitenlandse werknemers toevertrouwd aan de arbeidsinspectie, onverminderd de bevoegdheden van de officieren van politie.<sup>174</sup> Bedoeld toezicht maakt deel uit van de federale bevoegdheden, hoewel de vaststelling van de inbreuken ook kan worden verricht door de gewestelijke ambtenaren.<sup>175</sup>

Ondanks het feit dat in vele gevallen de buitenlandse werknemer verplicht is een arbeidskaart aan te vragen, treffen de strafsancties sedert de Wet van 22 juli 1976 alleen de werkgever, zijn aangestelden of lasthebbers en niet de buitenlandse werknemer.<sup>176</sup> Onder lasthebbers of aangestelden moet restrictief worden begrepen de personen die in de onderneming bekleed zijn met het nodige gezag of de nodige bevoegdheid om effectief over de naleving van de wet te waken, ook al is die bevoegdheid naar tijd of plaats beperkt.<sup>177</sup>

De geldboete is verschuldigd voor elke betrokken werknemer, doch geeft slechts aanleiding tot het uitspreken van een vervangende gevangenisstraf.<sup>178</sup>

173 Problematisch is dat de Belgische Raad van State door overbelasting in het vernietigingscontentieux een jarenlange achterstand heeft opgebouwd.

174 Art. 22 en 23 BAW; Zie ook art. 29 Uitvoeringsbesluit 6 november 1967.

175 Art. 6, § 1, IX, 3° Bijzondere Wet Hervorming der Instellingen, 8 augustus 1980; Cuypers, D., (1996: 30); Besluit Vlaamse Regering, 16 januari 1985, met toekenning van bevoegdheid aan de ambtenaren van de Administratie voor Economie en Werkgelegenheid van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap.

176 Art. 27, BAW; Cuypers, D., (1996: 30).

177 Cass. 15 september 1981, *R.W.*, 1981-1982, 1123, met noot Bosly, D., 'De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de lasthebber of de aangestelde in het sociaal recht'; anders: Verschueren, H., (1991: nr. 104).

178 Art. 27 tot 31 BAW; Cass. 7 november 1979, *A.C.*, 1979-1980, 212, *R.W.*, 1980-1981, 1121.

De in de Belgische wetgeving voorziene strafmaat is niet gering. Per illegaal tewerkgestelde werknemer dient een geldboete te worden betaald van 1.700 tot 30.000 BEF, te vermeerderen met opdecieimen.<sup>179</sup> Tengevolge van een wetswijziging van 24 december 1993 dienden de penale geldboetes te worden vermenigvuldigd met 200. Vermits evenwel een penale geldboete van 340.000 BEF tot 6.000.000 BEF per illegaal tewerkgestelde buitenlandse werknemer door sommigen werd beschouwd als de uiting van een politiestaat, heeft de wetgever terzake gas teruggenomen. Overeenkomstig art. 77 van de Wet van 21 december 1994 houdende sociale en diverse bepalingen dienen de penale geldboetes in de BAW thans enkel vermenigvuldigd te worden met 100, zodat 'slechts' een geldboete verschuldigd is per illegale vreemdeling van 170.000 tot 3.000.000 BEF. Opgemerkt zij dat de strafmaat veel zwaarder is voor de werkgever die een werknemer tewerkstelt zonder verblijfsvergunning, zodat de werkgever indirect mee aansprakelijk wordt gehouden voor de naleving van de verblijfswetgeving.<sup>180</sup>

Terecht werd geopperd dat de veel strengere aanpak van zwartwerk door buitenlandse werknemers strijdig is met het gelijkheidsbeginsel. Zwartwerk met en door eigen nationale werkgevers en werknemers ondermijnt in gelijke mate de sociaal-economische ordening.<sup>181</sup> Bovendien kan de bedenking worden gemaakt dat de veel zwaardere bestraffing van het sluikwerk door buitenlanders het evenredigheidsbeginsel, dat ook gehanteerd wordt in de constante rechtspraak van het Arbitragehof<sup>182</sup>, miskent.

Naast de strafrechtelijke beteugeling kan men de werkgever die illegale buitenlandse werknemers tewerkstelt, sanctioneren door

179 Art. 27 BAW; zie de Wet 5 maart 1952 betreffende de opdecieimes op de strafrechtelijke geldboetes, herhaaldelijk gewijzigd.

180 Wet 21 december 1994, *B.S.*, 23/12/1994, 31.917; Cuypers, D., (1996: 30); Mignon, E., 'Overzicht van de meest recente maatregelen ter bestrijding van de illegale tewerkstelling', *T. Vreemd.*, 1993, 158-165.

181 Dubois, Delcour en Neyt, (1995: 107, nr. 290).

182 Bv. Arbitragehof 23 januari 1992, nr. 4/92, *B.S.*, 11 maart 1992, 5092.

oplegging van een administratieve geldboete ten bedrage van 150.000 tot 500.000 BEF per inbreuk, te vermenigvuldigen met het aantal werknemers.<sup>183</sup>

Een andere administratieve sanctie is de intrekking van de arbeidsvergunning en -kaart.<sup>184</sup> De arbeidsvergunning kan worden ingetrokken wanneer de werkgever gebruik heeft gemaakt van bedrieglijke praktijken of onjuiste verklaringen om ze te bekomen, wanneer hij de voorwaarden waaraan de arbeidsvergunning werd onderworpen, niet heeft geëerbiedigd, wanneer de werknemer niet is tewerkgesteld overeenkomstig de loons- en andere arbeidsvoorwaarden die gelden voor de Belgische werknemers, wanneer de tewerkstelling strijdig is hetzij met de openbare orde of met de openbare veiligheid, hetzij met de wetten, hetzij nog met de internationale verdragen en akkoorden inzake de aanwerving en tewerkstelling van werknemers van vreemde nationaliteit, of wanneer de werkgever de wettelijke verplichtingen betreffende de tewerkstelling van werknemers niet nakomt.<sup>185</sup> Bovendien kan de arbeidsvergunning van de werkgever worden ingetrokken wanneer de arbeidskaart van de werknemer die de werkgever tewerkstelt, wordt ingetrokken.<sup>186</sup>

De arbeidskaart kan parallel worden ingetrokken wanneer de arbeidsvergunning van de werkgever die de vreemde werknemer tewerkstelt, wordt ingetrokken.<sup>187</sup>

De arbeidskaart van de werknemer kan ook worden ingetrokken door de bevoegde gewestminister wanneer de werknemer gebruik heeft gemaakt van bedrieglijke praktijken en onjuiste verklaringen, als hij de voorwaarden waaraan de toekenning van de arbeidskaart was onderworpen niet naleeft, of wanneer de tewerkstelling van de werknemer strijdig is met de openbare orde of met de openbare veiligheid, hetzij met de wetten en reglementen.<sup>188</sup>

183 Art. I bis, 1° en art. 12 Wet 30 juni 1971 Administratieve Geldboetes; Cuypers, D., (1996: 30). Er is in beginsel wel een maximum voorzien van 4.000.000 BEF.

184 Art. 12 BAW.

185 Art. 11, § 1, Uitvoeringsbesluit 6 november 1967.

186 Art. 11, § 1, 6° Uitvoeringsbesluit 6 november 1967.

187 Art. 11, § 2, 4° Uitvoeringsbesluit 6 november 1967.

188 Art. 11, § 2, 1° t.e.m. 3°, Uitvoeringsbesluit 6 november 1967; zie Verschueren, H., (1991: nrs. 119 en 120).

De bepaling uit de Belgische reglementering inzake de intrekking van de arbeidskaart op grond van bedrieglijke praktijken van de werknemer werd in het verleden veel toegepast in geval van schijnhuwelijk. Een geveinsd huwelijk, waar de zogenaamde gehuwden in feite als ongehuwden verder leven, is een bedrieglijke praktijk om een arbeidskaart te bekomen, die toelaat om de arbeidskaart vervolgens in te trekken.<sup>189</sup> De intrekking van de arbeidskaart wordt evenwel ongedaan gemaakt indien onvoldoende bewijs wordt geleverd dat de vreemdeling op onrechtmatige wijze de vergunning bekam door een huwelijk aan te gaan dat niet werd geconsumeerd en aldus strijdig was met de openbare orde. De verklaring, in de loop van een echtscheidingsprocedure afgelegd door de echtgenote van de vreemdeling, dat zij enkel huwde opdat de vreemdeling een verblijfsvergunning en een arbeidskaart zou bekomen, is op zichzelf geen voldoende bewijs van de bedrieglijke handelingen.<sup>190</sup>

## 8.2 *Nederland*

In Nederland is de miskenning van de WAV door verwijzing strafbaar overeenkomstig de bepalingen van de Wet op de Economische Delicten (WED).<sup>191</sup>

Terwijl in België de gevangenisstraf kan variëren tussen acht dagen en één jaar, kan in Nederland de hechtenis oplopen tot zes maanden. De geldboete is maximaal 10.000 gulden per overtreding, waarbij de maximale boete voor een rechtspersoon niet meer kan belopen dan 25.000 gulden.<sup>192</sup>

Heeft de werkgever meerdere vreemdelingen illegaal tewerkgesteld, dan riskeert de werkgever voor elke illegale buitenlander de maximale geldboete.<sup>193</sup>

189 Zie Raad van State 19 november 1982, nr. 22.674, *Arr.R.v.St.*, 1982, 1654; Cuypers, D., (1996: 26).

190 Zie resp. Raad van State 22 juli 1984, nr. 24.276, *Arr.R.v.St.*, 1984, 1201; Raad van State 2 september 1983, nr. 23.462, *T. Vreemd.*, 1983, 190.

191 Zie art. 25 WAV.

192 Zie art. 6 WED; Christe, D., (1995: art. 25, nr. 1). Art. 23 Wetboek van Strafrecht; Mulder, A. en Doorenbos, D., *Schets van het economisch strafrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1995, 91 en 92.

193 Christe, D., (1995: art. 25, nr. 1).

Krachtens een relatief moderne wet zoals de WED kunnen er, in geval van overtreding van de wetgeving inzake tewerkstelling buitenlandse werknemers, bijkomende straffen worden opgelegd, zoals de gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming van de veroordeelde, waarin het economisch delict is begaan, voor een tijd van ten hoogste één jaar.<sup>194</sup>

De WED maakt het ook mogelijk om bijkomende maatregelen te nemen, die samen met straffen kunnen worden opgelegd. Eén van de mogelijke maatregelen is de in de praktijk zeer zelden voorkomende onderbewindstelling van de onderneming van de veroordeelde.<sup>195</sup>

Hoewel overwogen is bij de invoering van de WAV de strafmaat die voorzien was bij overtreding van de WABW niet opgetrokken omdat volgens de wetgever tot op heden in de praktijk gebleken was dat het bestaande sanctieniveau 'nog voldoende uitloop heeft'.<sup>196</sup>

Het toezicht op de naleving van de WAV wordt geregeld in art. 14 en volgende. Het zijn de ambtenaren van de Inspectiedienst van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid die, samen met de politie, toezien op de naleving van de wet.<sup>197</sup>

Ook naar Nederlands recht kan de tewerkstellingsvergunning worden ingetrokken. Dit is met name het geval indien de voor de verkrijging verstrekte gegevens zodanig onjuist of onvolledig lijken te zijn dat op de aanvraag een andere beslissing zou zijn genomen als bij de beoordeling daarvan de juiste omstandigheden volledig bekend zouden zijn geweest, indien gebleken is dat aan de vreemdeling verblijf in Nederland is geweigerd, of indien van de tewerkstellingsvergunning geen gebruik wordt gemaakt.<sup>198</sup> In de Memorie van Toelichting werd terzake gesteld dat deze intrekkingmogelijkheid slechts in incidentele gevallen gebruikt zal worden, 'waarbij de consequenties voor de vreemdelingen steeds nadrukkelijk in beeld zullen zijn'.<sup>199</sup>

Zowel in Nederland als in Frankrijk bestaan er derhalve een hele reeks strenge sancties die kunnen worden opgelegd aan de overtreders

194 Art. 7, c, WED; Mulder en Doorenbos, (1995: 96-97).

195 Zie art. 8, b, en art. 9 WED; Mulder en Doorenbos, (1995: 98-99).

196 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, 10.

197 Art. 14, WAV; Christe, D., (1995: 14, nr. 1), met verwijzing naar het besluit van de Minister van Sociale Zaken van 15 augustus 1995.

198 Art. 12 WAV.

199 Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 23.574, nr. 3, 20.

van de wetgeving inzake de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, waarbij deze sancties in de eerste plaats de werkgever viseren. Ondanks de gestrengheid van de wetbepalingen, blijkt de rechter bij toepassing van de strafbepalingen nu eens wel en dan weer niet te aanvaarden dat er afwezigheid is van schuld.<sup>200</sup>

## 9 Uitleiding

De wetgeving inzake de tewerkstelling van buitenlandse werknemers is een vrij ingewikkelde en ondoorzichtige wetgeving die rechtspolitiek gekneld zit tussen enerzijds de economische imperatieven en wetmatigheden die nopen tot een restrictief immigratiebeleid en anderzijds het streven van integratie en non-discriminatie van de buitenlandse werknemers.<sup>201</sup> Het gevolg hiervan is dat aan de wetgeving tamelijk veelvuldig wordt gesleuteld, vaak zonder dat op gepaste wijze rekening wordt gehouden met de onlosmakelijk verbonden internationaal publiekrechtelijke aspecten. Opmerkelijk is dat hierbij het risico toeneemt van het invoegen en het opleggen van overdreven zware straffen.

Onmiskenbaar zal het steeds belangrijker wordend Europees Gemeenschapsrecht in de toekomst de immigratie van buitenlandse werknemers en het recht terzake substantieel blijven beïnvloeden.

De oudere Belgische wetgeving vertoont meer onvolmaaktheden dan de Nederlandse, behalve op het gewichtige punt van de rechtsbescherming. De vergelijking met de Nederlandse wetgeving, en meer algemener met de wetgeving buitenlandse arbeiders in andere EG-staten kan, in het kader van het Europese Gemeenschapsrecht, leiden tot een doorzichtiger en evenwichtiger wetgeving, waarbij er recht wordt gedaan aan de belangen van de nationale arbeidsmarkt en die van de buitenlandse werknemer.

200 Zie enerzijds Corr. Rb. Antwerpen 23 september 1992, *T.Vreemd.*, 1993, 209, met noot Mignon; zie anderzijds Hoge Raad 31 maart 1987, *NJ* 1988, 33; vgl. Kuijer en Steenberghe, (1994: 334); Cuypers, (1996: 31); Vandenbergen, A., 'Het moreel element in sociaalrechtelijke misdrijven', *J.T.T.*, 1994, 412-414, noot onder Arbh. Antwerpen 10 december 1992.

201 Zie bv. KB 16 april 1992 tot reorganisatie van de Adviesraad voor buitenlandse arbeidskrachten, *B.S.*, 15 mei 1992; Wet bevordering evenredige arbeidsdeelname allochtonen van 11 mei 1994, *Staatsblad*, 1994, 423.



## Literatuur

- Alen, A. en Peeters, P., 'Samenwerkingsverbanden tussen de staat, de gemeenschappen en de gewesten', in: *Staat, gemeenschappen en gewesten*, Die Keure, 1989, 110-124.
- Asser-Hartkamp, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, deel 4-II, Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten, Zwolle, 1993, 9° druk.
- Asser-de Leede, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Tjeenk Willink, 1988, *Bijzondere overeenkomsten III*.
- Bakels, H. en Asscher-Vonk, I., *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, 1994, Kluwer, Deventer.
- Blanpain, R., *Bevoegdheden van gemeenschappen en gewesten*, Die Keure, 1988.
- Bogaert, E. Van, 'Volkenrecht', in: Suetens, L. en Vanistendael, F., (red.), *Bibliotheek publiek recht*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1982;
- Botterman, C., 'Detachering vanuit en naar België: niet-EEG-landen: verblijfs- en vestigingsrecht', in: Van Regenmortel, A. en Jorens, Y. (red.), *Internationale detachering*, Die Keure, 1993, p. 311-381.
- Christe, D., 'Wet arbeid vreemdelingen', in: *Arbeidsovereenkomst*, Kluwer, Deventer, losbladig, 1995.
- Clement, J., D'Hondt, H., Van Crombrugge, J. en Vanderveeren, C., *Het Sint-Michielsakkoord en zijn achtergronden*, Maklu, 1993.
- Cuypers, D., 'Migratie- en migrantenrecht. Arbeidsrecht', Antwerpen, CBR, 1996.
- Van Dam, C., *Rechtshandeling en overeenkomst*, in: *Studiereeks Burgerlijke recht*, Kluwer, Deventer, 1995.
- Däubler, W., *Arbeitsrecht II*. Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1979.
- Dubois, B., 'Overzicht van rechtspraak, '1966-1967 Arbeidsovereenkomsten', *T.P.R.*, 1971, 506.
- Dubois, B., Delcour, M. en Neyt, K., 'Tewerkstellingsfaciliteiten en -praktijken met buitenlanders: van aanwerving tot zwart werk', in *22° Post-universitaire cyclus Willy Delva*, 1995-1996, Gent-Antwerpen.

- Duysens, D., 'Algemene wijzen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst', in: Blanpain, R., (red.), *Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, s.d.
- Eeckhoutte, W. van, *Sociaal compendium arbeidsrecht*, deel I, nr. 1943;
- Grinten, W. van der, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Samsom, Alphen aan den Rijn, 1990.
- Hijma, J., *Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Kluwer, Deventer, 1990, blz. 38.
- Kuijter, A., en Steenbergen, J., 'Nederlands vreemdelingenrecht', in: *Serie Migratierecht*.
- Lenaerts, H., 'De sociaalrechtelijke bevoegdheid van de Gemeenschappen en de Gewesten', in: *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983.
- Lenaerts, H., *Inleiding tot het sociaal recht*, Kluwer, Antwerpen, 1995.
- Lenaerts, K. en Van Nuffel, P., *Europees recht in hoofdlijnen*. Maklu, Antwerpen, 1995.
- Lhoir, T., 'De tewerkstelling van professionele sportbeoefenaars van vreemde nationaliteit', *Arbbl.*, 1994.
- Lyon-Caen, G., Pélissier, J. en Supiot, A., *Droit du travail*, Parijs, Dalloz, 1994.
- Matthijs, H., 'De Europees Economische Ruimte', in: *R. W.*, 1992-1993, 1385-1391.
- Meeùs, A., 'La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge', noot onder Cass., 17 maart 1986, 498 e.v.
- Mignon, E., 'Comment concilier la libre prestation de services avec les exceptions à la libre circulation des travailleurs dans le marché commun', *Rev.dr.etr.* 1990.
- Mignon, E., 'L'accès des étrangers au marché du travail', in: *Le droit des étrangers. Status, évolution européenne, droits économiques et sociaux*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1993.
- Mignon, E., 'Overzicht van de meest recente maatregelen ter bestrijding van de illegale tewerkstelling', *T.Vreemd*, 1993.
- Missotten, O., 'Tewerkstelling van vreemdelingen', in: Blanpain, R. (red.), *Arbeidsrecht*, Die Keure, 1973.
- Molenaar, A., *Arbeidsrecht*, II/B, Zwolle, Tjeenk Willink, 1958.

- Mulder, A. en Doorenbos, D., *Schets van het economisch strafrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1995.
- Peijpe, T. van, 'Hoe bijzonder is de arbeidsovereenkomst?', in: *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht*, nr. 18, Samsom, 1993.
- Poppe, G., 'De tewerkstelling van vreemdelingen in België', in: *Oriëntatie*, 1993.
- Rauws, W., *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1986.
- Rauws, W., 'Sociale-zekerheidsbevoegdheden van de gemeenschappen en gewesten: defederaliseren of federaliseren?', in: Van Steenberge, J. en Van Regenmortel, A. (red.), *Aktuele problemen van het sociale zekerheidsrecht*, , Die Keure, 1995, 269-279.
- Schaub, G., *Arbeitsrecht von A-Z*, DTV, 1981.
- Schaub, G., *Arbeitsrechtshandbuch*, München, Beck, 1987.
- Scheer, F. Van der, 'De wet arbeid vreemdelingen', in: *PS*, 1995, blz. 420-426.
- Schermers, H. en Vanhoutte, H., *Internationaal en Europees recht*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987.
- Scholtens, C., *Rechtspraakoverzicht rechtspraak 1992*, Samsom, 1993.
- Stein, P., noot onder Hoge Raad 27 maart 1981.
- Vandenbergen, A., 'Het moreel element in sociaalrechtelijke misdrijven', *J.T.T.*, 1994, 412-414, noot onder Arbh. Antwerpen 10 december 1992.
- Verschueren, H., 'L'arrêt Rush Portuguesa: un nouvel apport au principe de la libre circulation des travailleurs dans le droit communautaire', *Rev.dr.étr.*, 1990, 231.
- Verschueren, H., 'Tewerkstelling van vreemdelingen', in: Blanpain, R. (red.), *Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1991, blz. 192.
- Verschueren, H., 'Het recht op gezinshereniging in de bilaterale tewerkstellingsovereenkomsten', *T.Vreemd.*, 1995, 19.

# Tewerkstelling in vennootschapsgroepen

H. VAN HOOGENBEMT EN E.P. JANSEN

## 1 Tewerkstelling in vennootschapsgroepen naar Belgisch recht

### 1.1 *Inleiding*

De Belgische wetgever is tot dusver in grote mate voorbijgegaan aan het fenomeen van de tewerkstelling in vennootschapsgroepen. Bijzondere wettelijke bepalingen die betrekking hebben op situaties waarin een werknemer tegelijkertijd of achtereenvolgens tewerkgesteld wordt door vennootschappen die onderworpen zijn aan de controle van een moedervernootschap of die deel uitmaken van eenzelfde financiële of economische entiteit ontbreken dan ook nagenoeg.

De relatie tussen een rechtspersoon en zijn werknemers blijft dan ook tot nader order een relatie die bij uitstek door het arbeidsrecht wordt beheerst. Bij de wetgever bestaat er kennelijk geen behoefte aan om in de situatie van een tewerkstelling in het kader van eenzelfde financieel-economische groep de rechtspersoonlijkheid te doorbreken om juridische gevolgen te hechten aan de bredere banden die kunnen bestaan tussen de werknemers enerzijds en de groep *c.q.* zijn directie, en die de nauwe juridische relatie tussen een vennootschap die van die groep deel uitmaakt en zijn werknemers overstijgen. Waar de realiteit die achter vennootschapsgroepen schuilgaat in zekere mate burgerrecht heeft verworven in bv. het boekhoudrecht<sup>1</sup> en het fiscale recht<sup>2</sup> blijft de arbeidsrechtelijke wet in grote mate blind voor deze

1 Zie bijvoorbeeld KB van 6 maart 1990 op de geconsolideerde jaarrekening van de ondernemingen (*BS* 27 maart 1990).

2 Zie bijvoorbeeld KB 187 van 30 december 1982 betreffende de oprichting van coördinatiecentra (*BS* 13 januari 1983).

realiteit. Enkel op het vlak van het collectieve arbeidsrecht blijken vennootschapsgroepen zo nu en dan op een bijzondere behandeling te worden onthaald. Aldus kunnen in bepaalde omstandigheden onderscheiden juridische entiteiten als één technische bedrijfseenheid worden beschouwd voor de inrichting van verkiezingen voor ondernemingsraad en veiligheidscomité<sup>3</sup> en kan de ondernemingsraad inlichtingen eisen over zowel de juridische als over de economische en financiële entiteit waarvan de technische bedrijfseenheid deel uitmaakt.<sup>4</sup> In het individuele arbeidsrecht blijft evenwel, althans op wetgevend vlak, de relatie tussen een werknemer en de rechtspersoon die met hem een arbeidsovereenkomst heeft gesloten vooralsnog sacrosanct.

Dat dit zowel voor de werknemer als voor de vennootschappen van een internationale groep die hetzij tegelijkertijd hetzij achtereenvolgens als werkgever optreden problemen kan doen rijzen is onvermijdelijk. Hierna zal kort worden onderzocht om welke problemen het in de praktijk zoal kan gaan, en welke oplossingen daarvoor kunnen worden gegeven.

## 1.2 *Opeenvolgende tewerkstelling bij onderscheiden vennootschappen van een groep*

Bedoeld wordt hier de situatie waarin een werknemer achtereenvolgens wordt tewerkgesteld door meerdere vennootschappen van eenzelfde groep gevestigd in verschillende landen, zonder dat er daarbij sprake is van een tijdelijke uitzending van de werknemer door een vennootschap naar een andere. Daarbij is duidelijk dat achter de juridische relaties

3 Wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven (BS 27/28 september 1948), artikel 14 § 2, b; Wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen (BS 19 juni 1952), artikel 1 § 4, b, [2], lid 3. Gelet op het strikte territoriale toepassingsgebied van deze wetten kunnen deze artikelen evenwel niet worden toegepast op de gezamenlijke vennootschappen van een groep die in meerdere landen zijn gevestigd.

4 KB 27 november 1973 houdende reglementering van de economische en financiële inlichtingen te verstrekken aan de ondernemingsraden (BS 28 november 1973), artikel 1, tweede lid.

met de onderscheiden vennootschappen een andere band schuifgaat met een of ander beslissingscentrum, zonder dat die band zeer duidelijk kan worden omschreven.

Vooreerst rijst daarbij uiteraard de vraag in welke mate de werknemer ertoe zal gehouden zijn om zijn overplaatsing naar een andere vennootschap in een ander land te aanvaarden. Buiten de hypothese van een conventionele overdracht van onderneming - en zelfs dan nog! - kan een werkgever zijn werknemers immers in principe niet dwingen om in dienst te treden van een derde. Zulks zou immers in strijd zijn met het beginsel van de contractuele vrijheid en met het principe, vervat in onder andere artikel 1275 BW, naar luid waarvan een schuldenaar zijn schuldeiser niet zonder diens instemming een andere schuldenaar kan toewijzen.

De werknemer kan tot dergelijke overplaatsing dan ook enkel worden gedwongen op grond van een uitdrukkelijke contractuele bepaling. In de mate waarin de overplaatsing dient te gebeuren vanuit België, mag echter worden aangenomen dat dergelijke contractuele bepalingen moeten voldoen aan artikel 25 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, naar luid waarvan nietig zijn de bedingen waardoor de werkgever zich het recht voorbehoudt om eenzijdig de voorwaarden van de arbeidsovereenkomst te wijzigen. Algemeen wordt aangenomen dat dit slechts betrekking heeft op als essentieel beschouwde arbeidsvoorwaarden. Een clausule waarbij de werkgever het recht wordt toegekend om de werknemer over te plaatsen naar een andere vennootschap in een ander land zal dan ook in België slechts afdwingbaar zijn in de mate waarin blijkt dat de plaats van tewerkstelling geen essentiële voorwaarde van de arbeidsovereenkomst is. Dit kan uiteraard blijken uit de tekst van de overeenkomst zelf. Ingevolge recente cassatierechtspraak moet trouwens worden aangenomen dat de mogelijkheid tot wijziging expliciet in de overeenkomst moet zijn opgenomen, nu het de werkgever bij gebreke van een beding in die zin niet vrij staat om een zelfs onbelangrijke wijziging aan de arbeidsovereenkomst aan te brengen zonder toestemming van de werknemer.<sup>5</sup> In andere gevallen behoort het de rechter toe na te gaan of de plaats van tewerkstelling voor de werknemer een belangrijk element is geweest bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Daarbij

5 Cass. 20 december 1993, *JTT* 1994, 443.

zal uiteraard ook het verleden een rol spelen, en met name het feit of de werknemer vroeger reeds overplaatsingen aanvaardde, met andere woorden de vraag of de werknemer een zgn. lokale status heeft dan wel die van een *expatriate*. Om dit element in zijn beoordeling te betrekken dient de rechter er uiteraard reeds impliciet van uit te gaan dat deze overplaatsingen, die in het verleden uiteraard tussen andere vennootschappen plaatsvonden, zich hebben afgespeeld binnen eenzelfde conglomeraat van vennootschappen, wat uiteindelijk betekent dat de uniciteit van de arbeidsrelatie met de onderscheiden vennootschappen impliciet maar zeker wordt erkend.

De vraag of er uniciteit van tewerkstelling is heeft belang bij de beoordeling van de geldigheid van bepaalde contractuele bedingen, waarvan de wet voorschrijft dat zij schriftelijk worden aangegaan uiterlijk op het ogenblik van de indiensttreding. Deze geldigheidsvoorwaarde geldt meer bepaald voor het beding van tijdsbepaling,<sup>6</sup> voor het beding van deeltijdse prestaties,<sup>7</sup> voor het proefbeding<sup>8</sup> en voor het beding waarbij de opzeggingstermijn wordt betaald voor bedienden waarvan het loon de hoogste loongrens overschrijdt.<sup>9</sup>

Wordt ervan uitgegaan dat de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten met de onderscheiden groepsvennootschappen eigenlijk één tewerkstelling uitmaken, dan kunnen dergelijke bedingen vanaf de tweede overeenkomst niet meer rechtsgeldig worden opgenomen.

Tot dusver schijnt de - schaarse - rechtspraak zich evenwel op het standpunt te stellen dat elke arbeidsovereenkomst op zichzelf dient te worden beschouwd, derwijze dat de relatie met elke afzonderlijke rechtspersoon blijft primeren op die met de groep. Aldus zou in een arbeidsovereenkomst met een groepsvennootschap rechtsgeldig een proefbeding kunnen worden opgenomen nadat de werknemer reeds in dienst was van een andere groepsvennootschap.<sup>10</sup>

6 Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, artikel 9.

7 *Ibid.*, artikel 11bis.

8 *Ibid.*, artikel 48 § 1 en artikel 67 § 1.

9 *Ibid.*, artikel 82 § 5.

10 Arbh. Brussel, 10 november 1993, *JTT* 1994, 258.

Eenzelfde voorzichtige houding schijnt de rechtspraak in te nemen met betrekking tot de anciënniteit.

Deze is naar Belgisch recht van zeer groot belang, niet alleen voor de bepaling van de arbeidsvoorwaarden, maar ook voor de vaststelling van de opzeggingstermijn *c.q.* -vergoeding bij het einde van de arbeidsovereenkomst.

Voor wat betreft de loonschalen, die vaak de anciënniteit in aanmerking nemen als criterium voor de progressie, zal de vraag of de anciënniteit bij een andere vennootschap van de groep mede in aanmerking moet worden genomen uiteraard hoofdzakelijk aan de hand van de bepalingen van de relevante cao dienen te worden opgelost.

Bij de bepaling van de rechten (en eventueel de plichten) van de werknemer bij ontslag dient ervan te worden uitgegaan dat het begrip anciënniteit zeer ruim wordt geïnterpreteerd, althans in de mate waarin deze notie wordt opgevat als een verwijzing naar de sociologische band tussen de werknemer en een technische exploitatie-eenheid. In de mate waarin de band met deze eenheid is blijven bestaan, wordt de juridische band tussen de werknemer en degene die metterdaad de controle uitoefende over deze exploitatie-eenheid volledig naar het achterplan gedrongen, zodat de anciënniteit blijft doorlopen ook indien de onderneming op een bepaald ogenblik aan een derde wordt overgedragen.

Merkwaardig genoeg schijnt de rechtspraak veel minder geneigd om een ruime interpretatie aan te hangen wanneer eenzelfde werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest van verschillende vennootschappen van eenzelfde groep. Het heet dan dat er slechts eenzelfde werkgever is wanneer de onderscheiden vennootschappen delen in eenzelfde doel, zij elkaar aanvullende economische activiteiten uitoefenen en zij bovendien met elkaar door een rechtsband zijn verbonden. Een louter financiële gemeenschap onder de vorm van de uitoefening van controle door één financiële groep zou daartoe niet volstaan.<sup>11</sup>

Toch wordt ook geregeld aangenomen dat, waar de Arbeidsovereenkomstenwet in principe steeds uitgaat van de relatie tussen de werknemer en eenzelfde juridische entiteit, zij precies van dit principe afwijkt voor wat betreft de berekening van de anciënniteit.<sup>12</sup> De anciënniteit zou dan ook blijven doorlopen in de mate waarin er een

11 Arbh. Bergen, 21 november 1991, *JTT* 1992, 93.

12 Arbrb. Brussel, 25 januari 1995, *JTT* 89.



rechtsband is tussen de onderscheiden entiteiten en voorzover hun activiteiten gelijkaardig, complementair of op elkaar afgestemd zijn.<sup>13</sup>

Rekening houdend met een dergelijke mate van onzekerheid in de rechtspraak, heeft de werknemer die binnen eenzelfde groep wordt overgeplaatst naar een andere vennootschap er veiligheidshalve alle belang bij om in zijn nieuwe arbeidsovereenkomst een clause van behoud van anciënniteit te laten opnemen.

### *1.3 Gelijktijdige tewerkstelling door onderscheiden vennootschappen*

Bedoeld is hier de situatie waarbij de werknemer tegelijkertijd met meerdere verbonden vennootschappen is verbonden door een arbeidsovereenkomst, en waarbij hij afwisselend voor elk van deze vennootschappen prestaties levert.

Aangezien in deze hypothese gelijktijdig prestaties worden verricht in verschillende landen, rijst hier vanzelfsprekend de vraag naar het op de arbeidsrelatie(s) toepasselijke recht en naar de bevoegde rechter.<sup>14</sup>

Het feit dat prestaties ten behoeve van eenzelfde groep van vennootschappen geleverd moeten worden in het kader van onderscheiden juridische relaties geeft evenwel aanleiding tot vragen naar de vorm die aan deze relaties moet worden gegeven. Daarbij dient ervan te worden uitgegaan dat in de geest van de partijen de arbeidsverhouding eigenlijk als een geheel wordt beschouwd, en zij deze uniciteit allicht ook doorgaans zullen wensen, terwijl de juridische vormgeving daarmee in de praktijk niet altijd overeenstemt. Dit leidt tot problemen bij schorsing van de uitvoering en vooral bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst, aangezien de schorsing van de uitvoering en de beëindiging van de overeenkomst met één vennootschap niet noodzakelijk automatisch tot hetzelfde resultaat leidt voor de overeenkomst met de andere vennootschap(pen). Werd niet voor één

13 Arbrb. Brussel, 20 december 1982, *JTT* 1983, 114; Arbrb. Brussel, 2 september 1988, A.R. nr. 7269/87, *niet gepubl.*

14 Zie ook De Koster, P., 'Arbeidsrechtelijke aspecten van de techniek der gesplitste bezoldiging'. In: Van Hoogenbemt, H. (red.), *Werken zonder Grenzen. Fiscale en juridische aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling*. Kalmthout, 1990, 163 e.v.

toepasselijk recht geopteerd, dan kan blijken dat schorsing en beëindiging bovendien aan verschillende regelen zijn onderworpen, zodat bv. opzeggingstermijnen op onderscheiden ogenblikken verstrijken.

Daarbij komt nog dat, zelfs indien (succesvol) voor één toepasselijk recht wordt geopteerd, het niet altijd mogelijk zal zijn om bepaalde dwingende bepalingen van het niet gekozen systeem terzijde te schuiven.

Het is doorgaans dan ook in het belang van de partijen dat de onderscheiden overeenkomsten als onderling verbonden worden beschouwd en dat maximaal wordt uitgegaan van de uniciteit van de arbeidsverhouding.

In de praktijk blijkt dat een relatie met onderscheiden vennootschappen op verscheidene wijzen wordt gestructureerd. In vele gevallen blijkt er enkel met een vennootschap een min of meer formele overeenkomst te bestaan, terwijl voor andere vennootschappen van de groep min of meer *de facto* prestaties worden geleverd, of op grond van een eenvoudige detacheringsbrief. In andere gevallen blijken er met de onderscheiden vennootschappen ook onderscheiden arbeidsovereenkomsten te bestaan die soms, maar soms ook niet, naar elkaar verwijzen.

Slechts hoogst uitzonderlijk blijkt te zijn voorzien in een enige overeenkomst waarbij meerdere vennootschappen als werkgever optreden.

Of de rechtbanken de uniciteit van een arbeidsrelatie aanvaarden hangt dan ook in grote mate af van de wijze waarop de relatie werd gestructureerd. Het spreekt vanzelf dat een degelijke uniciteit gemakkelijker kan worden vastgesteld indien er slechts één meerpartijenovereenkomst werd opgemaakt of indien de onderscheiden overeenkomsten naar elkaar verwijzen dan wanneer zulks niet het geval is.

In de praktijk besluiten de Belgische arbeidsgerechten relatief vlot tot het bestaan van één globale arbeidsrelatie met de onderscheiden ondernemingen. Tot uniciteit wordt veelal besloten indien de werknemer belast is met de uitvoering van op elkaar afgestemde werkzaamheden voor de onderscheiden ondernemingen, rapportering en gezagsuitoefening aan en vanwege de onderscheiden ondernemingen door elkaar

lopen.<sup>15</sup> Bijkomend gelden ook als argument de vaststelling van één globaal loonpakket, waarvan de door de onderscheiden ondernemingen betaalde gedeelten op elkaar zijn afgestemd of parallel worden aangepast, de toekenning van extra-legale voordelen berekend op basis van het globale loonpakket (bv. groepsverzekeringspremies en -kapitaal) of verband houdend met de globale tewerkstelling (bv. het gratis gebruik van één bedrijfswagen voor de uitvoering van de prestaties voor de onderscheiden ondernemingen).<sup>16</sup>

Het essentiële criterium voor de kwalificatie als één globale arbeidsrelatie lijkt de daadwerkelijke uitoefening van het werkgeversgezag te zijn door de verbonden ondernemingen.<sup>17</sup>

Het gebeurt ook dat de rechter besluit tot het bestaan van uniciteit van de arbeidsrelatie op grond van de overweging dat de onderscheiden entiteiten eigenlijk slechts één exploitatie-eenheid uitmaken omdat hun activiteiten identiek of sterk complementair zijn, de werknemer afwisselend voor beide prestaties levert en zij beide deelnemen aan de uitoefening van het werkgeversgezag.<sup>18</sup> Eigenlijk beroept de rechter zich dan op de notie 'dezelfde werkgever' waarin artikel 82 § 4 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten voorziet in de hypothese van opeenvolgende tewerkstellingen. Er bestaat overigens geen enkele rechtsgrond voor het aanwenden van dit begrip in de hypothese van gelijktijdige tewerkstelling bij onderscheiden werkgevers.

Uiteindelijk heerst op dit gebied nog heel wat rechtsonzekerheid, nu een gedeelte van de rechtspraak, althans bij gebreke van een meerpartijenovereenkomst of van naar elkaar verwijzende overeenkomsten nog blijft vasthouden aan het principe dat enkel de onderneming met wie een formele overeenkomst werd gesloten als werkgever kan worden beschouwd, en dat het bestaan van financiële banden tussen

15 Arbh. Brussel, 21 februari 1989, A.R. nr. 21.422, *niet gepubl.*; Arbh. Antwerpen, 7 april 1994, *JTT*, 1995, 103, noot; Arbrb. Brussel, 12 februari 1990, A.R. nr. 33.960, *niet gepubl.*; Arbrb. Brussel, 30 januari 1989, *JTT*, 303; Arbrb. Antwerpen, 21 november 1989, *JTT*, 1990, 133.

16 Arbh. Brussel, 31 juli 1979, *JTT* 1980, 218.

17 Arbh. Brussel, 11 september 1984, *JTT* 1986, 262; Arbh. Antwerpen, 20 december 1983, *JTT* 1986, 380; zie ook Cass., 5 november 1979, *JTT* 1981, 71.

18 Zie de rechtspraak geciteerd bij De Koster, P., (1990: 169 voetnoot 11).

vennootschappen geenszins volstaat om te concluderen dat twee betrekkingen in werkelijkheid deel uitmaken van één arbeidsverhouding.<sup>19</sup>

Besluit de rechter tot het bestaan van één enkele arbeidsrelatie met meerdere ondernemingen, dan leidt dit tot het bestaan van gezamenlijke verbintenissen in hoofde van de verbonden ondernemingen. De werknemer, die zijn globale verbintenis tot prestatie van arbeid uitvoert ten behoeve van meerdere verbonden vennootschappen, kan deze dan ook beschouwen als gezamenlijke debiteuren. Bij gezamenlijke verbintenissen staat elke debiteur in voor zijn deel van de schuld.<sup>20</sup>

Gebleken is overigens dat de rechter, zeker in de gevallen waarin hij beslist tot uniciteit op grond van het concept van de 'economische bedrijfseenheid', niet aarzelt om ondanks de afwezigheid van bijzondere overeenkomst in die zin en dus in strijd met artikel 1202 B.W. te oordelen dat de onderscheiden ondernemingen hoofdelijk jegens de werknemer zijn gebonden.

Bij het opzetten van een *multiple employment* situatie vanuit België stuit de practicus op een aantal niet te verwaarlozen problemen.

In de meest eenvoudige situatie wordt enkel een arbeidsovereenkomst gesloten met één vennootschap, die de werknemer vervolgens *de facto* of op grond van een eenvoudige detacheringsbrief uitleent aan een andere vennootschap. Zulks kan evenwel in strijd zijn met de beruchte wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en de terbeschikkingstelling van werknemers ten behoeve van gebruikers,<sup>21</sup> die onder andere in strafrechtelijke sancties voorziet.<sup>22</sup>

Wordt geopteerd voor afzonderlijke overeenkomsten, dan rijst, althans voor de overeenkomst die in België dient te worden uitgevoerd, het probleem van de toepassing van de uitermate rigide regeling inzake deeltijdse arbeid. Deze houdt o.a. in dat de overeenkomst voor deeltijdse

19 Zie, in die zin, Arbh. Bergen, 21 november 1991, *JTT* 1992, 93; Arbh. Antwerpen, 21 november 1989, *JTT* 1990, 133; Arbrb. Brussel, 25 januari 1995, *JTT* 89.

20 Arbrb. Brussel, 11 september 1985, *Rechtspr. Arb. Brussel*, 1986, 389.

21 BS 20 augustus 1987.

22 Zie hierover verder, blz.102 e.v.

overeenkomst uiterlijk op het ogenblik van indiensttreding schriftelijk moet worden opgemaakt en dat zij het precieze aantal werkuren dient te vermelden. Bovendien dient de overeenkomst het werkrooster te vermelden. Dit kan weliswaar variabel zijn, maar dan dient de overeengekomen arbeidsduur over een periode van ten hoogste een trimester te worden nageleefd. Voorziet de overeenkomst niet in een werkrooster, dan kan de werknemer vrij kiezen voor elk ander in de onderneming geldend werkrooster, of kan hij volgens een niet onaanzienlijk gedeelte van de rechtspraak zelfs achteraf een voltijds loon opvorderen.<sup>23</sup>

De risico's en de rigiditeit van deze wetgeving zijn moeilijk te vermijden, tenzij door een voltijdse Belgische arbeidsovereenkomst aan te gaan die in de praktijk althans inzake het verrichten van prestaties slechts gedeeltelijk wordt uitgevoerd.

Wellicht bestaat de beste oplossing er nog in om de onderscheiden vennootschappen alle te betrekken bij één meerpartijenovereenkomst met de werknemer. Dit heeft immers het voordeel dat de uniciteit van de arbeidsverhouding niet kan worden betwijfeld, terwijl de arbeidsverhouding in haar geheel door een beding van rechtskeuze principieel aan één rechtsstelsel en aan de jurisdictie van één nationale rechter kan worden onderworpen. Voordeel is ook dat in principe elke grond tot schorsing van uitvoering in een land ook aanleiding zal geven tot schorsing in het andere land, en dat de beëindiging van de overeenkomst ook gelijktijdig in de onderscheiden landen kan gebeuren. Aldus kan bv. worden bedongen dat een dringende reden die aanleiding geeft tot onmiddellijke beëindiging jegens een vennootschap hetzelfde gevolg zal hebben jegens de andere vennootschap.

Niettemin is ook dit geen mirakeloplossing. Rekening dient inderdaad nog te worden gehouden met de gevolgen van de toepassing van eventuele dwingende wetsbepalingen van het land waarvan het recht door de rechtskeuzeclausule werd terzijde geschoven. Elke situatie van *multiple employment* verdient dan ook een afzonderlijk onderzoek.

23 In die zin o.a. Arbh. Luik, 7 februari 1995, *Soc. Kron.*, 381; Arbrb. Brussel, 3 mei 1994, *J.T.T.*, 408; Arbrb. Antwerpen, 24 december 1992, *Soc. Kron.*, 1995, 381; *anders*: Arbrb. Bergen, 22 januari 1996, A.R. nr. 75.259, *niet gepubl.*; Arbrb. Brussel, 25 april 1995, *Soc. Kron.*, 1996, 15; Arbrb. Kortrijk, 4 april 1995, A.R. nr. 42.823, *niet gepubl.*

Problemen zullen overigens ook bijvoorbeeld rijzen in verband met aanvullende pensioenplannen. Om fiscale redenen is het voor een Belgische onderneming weinig interessant om voor een werknemer die maar een gedeelte van zijn bezoldiging van haar ontvangt een volledige pensioenpremie te betalen, vooropgesteld dat dit al mogelijk is op grond van het pensioenreglement. De maximumgrens voor aftrekbaarheid van dergelijke premies dreigt dan te worden overschreden. Betaling van een premie aan een buitenlandse verzekeringinstelling is zo mogelijk nog minder te verkiezen, gelet op de niet-aftrekbaarheid van de premie.

#### 1.4 *Tijdelijke detachering naar een groepsvennootschap*

Een werknemer kan door zijn gewoonlijke werkgever tijdelijk naar een andere groepsvennootschap worden gezonden, waarbij de bedoeling voorzit dat hij na kortere of langere tijd naar zijn oorspronkelijke werkgever terugkeert. De band die hij daarbij behoudt met zijn gewoonlijke werkgever *c.q.* de band die tussen hem en de vennootschap in het gastland ontstaat kunnen daarbij nogal variëren qua intensiteit.

De rechtsfiguur van de detachering staat sedert enkele jaren ernstig ter discussie, hoofdzakelijk op het vlak van de sociale zekerheid. De Belgische overheid stelt zich daarbij zeer argwanend op tegenover vreemdelingen, ook van EU-nationaliteit, die tijdelijk in België worden tewerkgesteld en voor wie de verdere onderwerping aan een vreemde sociale zekerheid wordt gevraagd. Reeds in 1978 werd een verplichting ingevoerd voor elkeen bij wie werknemers worden tewerkgesteld - bedoeld zijn hier in de praktijk bouwheren en klanten die diensten afnemen van de onderneming in het gastland - die beweren aan een vreemde sociale zekerheid onderworpen te blijven, om binnen 24 uur na de aanvang van deze tewerkstelling de sociale inspectie te verwittigen indien de betrokken werknemers hun bewering niet kunnen staven aan de hand van een bewijskrachtig document (zoals bv. het formulier E-101). Deze verplichting wordt strafrechtelijk gesanctioneerd.<sup>24</sup>

De afgelopen jaren heeft de administratie zich zeer strikt opgesteld inzake de detachering naar België. Voor de toepassing van de Europese Verordening 1408/71 gaat zij ervan uit dat er slechts van detachering

24 Wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering (*BS* 17 augustus 1978), artikel 69.

sprake kan zijn wanneer is voldaan aan de voorwaarden dat de werknemer tijdens zijn detachering verder bezoldigd wordt door de uitzendende werkgever en dat deze laatste de bevoegdheid behoudt om hem te ontslaan. Zij baseert zich daarvoor op Besluit nr. 128 van de Administratieve Commissie Migrerende Werknemers dd. 17 oktober 1985,<sup>25</sup> dat zelf steunt op het arrest *Manpower* van het Hof van Justitie,<sup>26</sup> en dat zij op een welhaast exegetische wijze interpreteert door de door de Commissie en het Hof in overweging genomen (exemplatieve) indicaties voor het verder bestaan van een band tussen werknemer en uitzendende werkgever als limitatieve voorwaarden te beschouwen.<sup>27</sup>

Op het arbeidsrechtelijke vlak is, tegen de achtergrond van de kritische houding van de overheid, de vraag gerezen naar de incidentie van de Belgische wetgeving inzake uitlening van werknemers op de juridische relaties die ontstaan bij detachering.

De artikelen 31 en 32 van de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers<sup>28</sup> verbieden in het algemeen elke uitlening van werknemers, tenzij deze uitzonderlijk is of tenzij daarvoor de toelating werd bekomen van de inspectie der sociale wetten.<sup>29</sup> Uitlening veronderstelt daarbij een gehele of gedeeltelijke gezagsdelegatie. Wordt er door de uitzendende werkgever geen gezag gedelegeerd, dan is de wet van 1987 niet toepasselijk.

Niet geheel duidelijk is wat voor de toepassing van de wet onder *uitzonderlijk* dient te worden verstaan. Volgens sommigen betekent

25 PB C 141 van 7 juni 1986.

26 HvJ 17 december 1970, zaak 35-70, *Manpower / Caisse primaire d'assurance maladie de Strasbourg*, Jur., 1970, 1251.

27 Zie hierover o.a. Schoukens, P., 'De Europese ontwikkelingen inzake detachering van werknemers en zelfstandigen', in X., *Vreemdelingen en Sociale Zekerheid*, Gent, 1996, 99-114; Cornelissen, R.C., 'Detachering binnen de Europese Gemeenschap: juridisch kader'. In: Van Regenmortel, A. en Jorens, Y. (red.), *Internationale Detachering*, Brugge, 1993, blz. 15-64.

28 BS 20 augustus 1987.

29 Tilleman, F., *Tijdelijke Arbeid, Uitzendarbeid en Terbeschikkingstelling van werknemers*, Antwerpen, 1992, 153; De Koster, P., 'Tijdelijke detachering en ontslagrechten. Impact van recente wetgeving'. In: *JIT* 1988, 242-243.

zulks enkel dat de uitlening tijdelijk dient te zijn;<sup>30</sup> anderen menen dat enkel is toegelaten de uitlening die in alle opzichten uitzonderlijk is, omdat zij geldt als een uitzondering op de algemene regel.<sup>31</sup> Ook de looptijd van de uitlening speelt daarbij allicht een rol.<sup>32</sup> De laatste interpretatie sluit beter aan bij de tekst en de geest van de wet en verdient dan ook de voorkeur.

De toestemming van de inspectie is slechts dan niet vereist, wanneer een vaste werknemer die met zijn werkgever verbonden blijft krachtens zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst ter beschikking wordt gesteld van een gebruiker (i) in het kader van de samenwerking tussen ondernemingen van eenzelfde economische en financiële entiteit, en/of (ii) met het oog op de kortstondige uitvoering van gespecialiseerde opdrachten die een bijzondere beroepsbekwaamheid vereisen. Ook in deze twee uitzonderingsgevallen is voorafgaande kennisgeving aan de inspectie evenwel verplicht.

Overtreding van de artikelen 31 en 32 is strafrechtelijk gesanctioneerd. Daarenboven gelden burgerrechtelijke sancties. Aldus is de overeenkomst waarbij een werknemer in dienst werd genomen om ter beschikking te worden gesteld van een gebruiker nietig vanaf het begin van de uitlening. De gebruiker en de uitgeleende werknemer worden alsdan beschouwd als verbonden door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, waarbij de werknemer deze overeenkomst evenwel kan beëindigen zonder een opzeggingstermijn in acht te hoeven nemen. De uitlener en de gebruiker zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van sociale bijdragen, lonen, vergoedingen en andere voordelen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst die tussen werknemer en gebruiker geacht wordt te zijn ontstaan.

- 30 Henard, M., 'Le prêt de personnel', in X., *L'employeur et le travailleur devant le travail à temps limité*, Brussel, 1977, 39; Georges, J.P., 'Le rôle de l'administration', in X., *L'employeur et le travailleur devant le travail à temps limité*, Brussel, 1977, 47.
- 31 Tilleman, F., (1992: 152); Van Hoogenbemt, H., 'Internationale detachering en terbeschikkingstelling van werknemers'. In: Van Regenmortel, A. en Jorens, Y. (red.), *Internationale Detachering*, Brugge, 1993, 225.
- 32 Gérard, J.F., 'La mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs'. In: *Orientations*, 1992, 22.



Algemeen wordt aanvaard dat de wet als een wet van politie en veiligheid moet worden beschouwd,<sup>33</sup> wat, volgens het Hof van Cassatie, betekent dat zij toepassing behoeft bij gewoonlijke tewerkstelling in België.<sup>34</sup> Het begrip gewoonlijke tewerkstelling wordt nergens nader verduidelijkt, maar de indruk bestaat dat daaraan relatief vlug is voldaan van zodra er enig tijdsverloop is gemoeid met de tewerkstelling in België. Inzoverre het verrichten van arbeid gewoonlijk op Belgisch grondgebied kan worden gelokaliseerd valt de wet allicht ook te beschouwen als een dwingende beschermende regeling in de zin van artikel 6 van het Verdrag van Rome betreffende de wetgeving toepasselijk op de verbintenissen uit overeenkomst.

Bij detachering vanuit het buitenland naar België kan toepassing van de wet dan ook moeilijk worden vermeden op de relatie tussen de werknemer en de Belgische gebruiker.

Werd aan de wettelijke voorwaarden niet voldaan, dan zal tussen de gebruiker en de werknemer derhalve een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan, die door de werknemer op elk ogenblik kan worden beëindigd zonder opzeggingstermijn of -vergoeding. Zelf zal de gebruiker zich evenwel dienen te houden aan de regels van het Belgische ontslagrecht indien hij deze arbeidsovereenkomst beëindigt. Het is maar zeer de vraag of hij zich zal kunnen beroepen op het bestaan van een overeenkomst tussen de werknemer en een buitenlandse werkgever, nu deze overeenkomst ofwel naar Belgisch recht nietig is (nl. wanneer zij aanwerving van de werknemer inhield precies met het oog op zijn detachering) of het invoeren ervan precies wijst op een onrechtmatige terbeschikkingstelling, zodat de regel *nemo auditur suam turpitudinem allegans* de gebruiker verhindert er zich op te beroepen.<sup>35</sup>

33 De Koster, P., (1988: 243); Blanpain, R., 'De uitzendarbeid': In: Blanpain, R. (red.), *Arbeidsrecht, s.l.n.d.*, II, 9, 14-15; Gérard, J.F., (1992: 28); zie ook, in verband met de oude wet van 28 juni 1976, Dumortier, J., *Arbeidsverhoudingen in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, 1981, 259 e.v.; Arbrb. Brussel, 16 februari 1989, A.R. nr. 12.786/87, *niet gepubl.*, gecit. bij Tilleman, F., (1992: 147).

34 Cass., 4 december 1989, *J.T.T.*, 1990, 77.

35 Zie hierover meer in detail Van Hoogenbemt, H., 'Internationale detachering en terbeschikkingstelling van werknemers', in Van Regenmortel, A. en Jorens, Y. (red.), (1993: 233-235).

Daarbij komt nog dat de gebruiker in theorie strafrechtelijk kan worden vervolgd.

In de praktijk blijkt het veelal nog niet zo'n vaart te lopen. Niettemin dient vastgesteld dat vooral bij detachering van kaderleden doorgaans niet aan de verplichtingen inzake toestemming of verwittiging van de inspectie wordt voldaan, zodat de risico's voortvloeiend uit de wet van 24 juli 1987 allesbehalve denkbeeldig zijn.

Bij detachering vanuit België naar het buitenland beheerst de wet van 1987 in principe enkel de relatie tussen uitlener en werknemer.

Dit kan tot kafkaïaanse gevolgen leiden in de hypothese waarin de werknemer precies in België werd aangeworven om onmiddellijk te worden uitgeleend. De overeenkomst tussen werknemer en uitlener is in dat geval immers nietig. In de mate waarin tussen de gebruiker en de werknemer in het buitenland geen arbeidsovereenkomst tot stand komt, is de werknemer in deze hypothese met niemand rechtsgeldig contractueel verbonden. Enkel in het geval waarin de overeenkomst tussen de uitlener en de werknemer ook als een arbeidsovereenkomst kan worden beschouwd, kan de werknemer alsdan nog aanvoeren dat de nietigheid hem niet kan worden tegengeworpen op grond van artikel 14 van de Arbeidsovereenkomstenwet.

Indien een Belgische werkgever een vaste werknemer naar het buitenland uitzendt, zal hij, tenminste voor de Belgische wet, hoofdelijk aansprakelijk zijn met de vreemde gebruiker voor diens verbintenissen jegens de werknemer. Hier rijst uiteraard de vraag of er tussen de werknemer en de gebruiker een contractuele relatie ontstaat. Is dit niet het geval, dan is de werknemer met de hoofdelijkheid van de Belgische wet uiteraard weinig gebaat. Wel blijft de Belgische werkgever uiteraard aansprakelijk ingeval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Bij detachering zal in beginsel de wet van de oorspronkelijke overeenkomst verder toepasselijk blijven. In vele gevallen zal de werknemer trouwens ook verder onderworpen blijven aan de sociale zekerheid van het land waar hij normaal is tewerkgesteld.

Niettemin zullen vaak ook bepaalde dwingende regelen van het gastland toepassing vinden. Bij detachering naar België is dit het geval met de zgn. wetten van politie en veiligheid, die o.a. de regelen inzake arbeidsbescherming omvatten, maar merkwaardig genoeg ook nagenoeg het gehele ontslagrecht.

Ook in de omgekeerde situatie van detachering naar het buitenland blijkt het Belgische recht zich soms op een ronduit twijfelachtige wijze op te dringen. Dit is met name het geval met de Belgische vakantiewetgeving in de gevallen waarin een werknemer naar het buitenland wordt gedetacheerd maar op grond van de detacheringsregel aan de Belgische sociale zekerheid onderworpen blijft. Om historische redenen rekent de Belgische wet de jaarlijkse vakantie tot de sociale zekerheid. Voor arbeiders wordt het vakantiegeld trouwens nog altijd via het formele mechanisme van de sociale zekerheid uitgekeerd. Verordening 1408/71 en andere internationale akten rekenen jaarlijkse vakantie evenwel geenszins tot de sociale zekerheid, terwijl de meeste landen, zoals bv. Nederland, de vakantiewetgeving tot het imperatieve gedeelte van het arbeidsrecht rekenen. Het risico is dan ook in deze hypothese niet denkbeeldig dat de Belgische en de vreemde vakantiewetgeving tegelijkertijd toepassing krijgen. Binnen EU-verband rijst hier de vraag of zulks verenigbaar is met het principe van het vrije verkeer van werknemers.

Een analoog verschijnsel doet zich overigens voor met bepaalde voordelen ter aanvulling van de wettelijke sociale zekerheid, waarvan de financiering verloopt via de overheid. De sectorale Fondsen voor Bestaanszekerheid die dergelijke voordelen toekennen kunnen de inning van de hun verschuldigde bijdragen inderdaad toevertrouwen aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid. Gebleken is dat de Rijksdienst van oordeel is dat deze bijdragen ook verder geïnd moeten worden wanneer de werknemer tijdelijk naar het buitenland wordt uitgezonden maar verder aan de Belgische sociale zekerheid onderworpen blijft. Een eigenlijke rechtsgrond is daartoe wellicht niet voorhanden, aangezien deze aanvullende voordelen geenszins tot de formele sociale zekerheid behoren in de zin van Verordening 1408/71 en andere internationale akten inzake sociale zekerheid. Problematisch is uiteraard vooral het feit dat in het gastland vaak analoge voordelen bestaan die vaak van dwingend arbeidsrecht zijn, en die door het gastland ook bij tijdelijke tewerkstelling worden toegepast. Het probleem is niet helemaal identiek aan dat in verband met het vakantiegeld, omdat de toepassing van de regeling van het gastland doorgaans van elke zin is ontbloot. De erdoor toegekende voordelen zullen de werknemer doorgaans immers niet zijn verschuldigd, omdat zij volledig zijn toegesneden op het wettelijke systeem van het gastland dat zij beogen aan te vullen, en op de toepassing waarvan de werknemer ingevolge

zijn detachering geen aanspraak kan maken. De werknemer heeft er daarentegen belang bij dat het aanvullende systeem van de uitzendstaat verder toegepast wordt. Dit volstaat evenwel niet als argument om de bijdrage-inning in het gastland tegen te gaan. Zelfs indien in de praktijk blijkt dat met name de Nederlandse autoriteiten soms onverwacht soepel zijn, rijst hier een probleem dat zeker op het Europese niveau regeling zou verdienen, aangezien het een potentiële belemmering uitmaakt van zowel het vrije verkeer van werknemers als van het vrije verkeer van diensten.

## 2 Tewerkstelling in vennootschapsgroepen naar Nederlands recht

### 2.1 Inleiding

In Nederland heeft de problematiek rondom tewerkstelling in vennootschapsgroepen in de voorbije periode in bescheiden mate de aandacht gehad.<sup>36</sup> Daarbij zijn met name de volgende vragen gerezen. Kan de werknemer naar een andere rechtspersoon worden overgeplaatst? Heeft hij bij dreigend ontslag aanspraak op een positie elders in het concern? Kan de werknemer daartoe of terzake van een vergoeding of schadeloosstelling andere betrokken concernvennootschappen aanspreken? Het antwoord in literatuur en jurisprudentie op die vragen loopt nogal uiteen. In situaties van uitzending en overplaatsing naar het buitenland spelen arbeidsrechtelijke problemen niet steeds een belangrijke rol. Primair wordt dan in de praktijk aandacht besteed aan andere onderwerpen zoals financiële, fiscale en sociale-verzekeringsrechtelijke. Op deze aspecten wordt hierna niet nader ingegaan. De nadruk in mijn bijdrage ligt op enige arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke aspecten. Ook vragen bij grensoverschrijdende

36 Vgl. C.J.J. van Maanen, 'Concern-verhoudingen en individuele arbeidsovereenkomst'. In: *De Naamloze Vennootschap* 56/9, blz. 157 ev; en 'Intra-concern overplaatsing van werknemers'. In: *De NV* 57/5, blz. 79 ev; M.G. Rood, 'Bij welke, tot een concern behorende, vennootschap is een werknemer in dienst?'. In: *TVVS* 1984, blz. 315 ev; W.J. Slagter, *TVVS* 1988, blz. 278; A.T.J.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het NBW'. In: *NJB* 1994, blz. 1043; C.R. Huiskes, 'Piercing the corporate veil in het arbeidsrecht'. In: *ArbeidsRecht* 1996, nr. 3, blz. 8.

tewerkstelling in vennootschapsgroepen, die in de praktijk vrij snel spelen, te weten toepasselijk recht en voor Nederland de betekenis van artikel 6 BBA, blijven daarbij buiten beschouwing. Deze komen elders in de bundel aan de orde.

De wettelijke bepalingen op het gebied van het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht bieden, evenals het geval is in België, niet of nauwelijks aanknopingspunten bij de beantwoording van soms moeilijke vragen welke kunnen rijzen ingeval van een (internationale) concernaanstelling. Het denken in literaturen en jurisprudentie beweegt zich steeds vanuit het punt dat primair nagegaan moet worden met welke vennootschap de betreffende werknemer een (enkelvoudige) arbeidsovereenkomst heeft. Aan feitelijke gezagsrelaties of verbanden met meerdere concernvennootschappen wordt dan voorbij gezien.

Men kan de arbeidsrechtelijke situatie van werknemers in concerns in beginsel in de volgende groepen onderbrengen te weten: (i) de werknemer in concernverband is achtereenvolgens in verschillende concernvennootschappen werkzaam op basis van met deze vennootschappen gesloten arbeidsovereenkomsten, (ii) de werknemer heeft gelijktijdig met meer concernvennootschappen een arbeidsrechtelijke relatie; en (iii) de werknemer treedt in dienst van een 'vaste' rechtspersoon binnen de groep, een houdstermaatschappij, een servicevennootschap of een werkmaatschappij, van waaruit de werknemer naar andere maatschappijen wordt uitgeleend (gedetacheerd). Elk van deze situaties zal hierna besproken worden.

Het fenomeen 'concern' of 'groep', op welke begrippen hierna kort wordt ingegaan, wint geleidelijk iets aan juridische identiteit. De vraag is gerechtvaardigd of deze identiteit niet ook arbeidsrechtelijk meer een plaats zou moeten krijgen in aanvulling op de formeel juridische benadering waarbij slechts de vraag van belang is welke concernvennootschap werkgever is.

Dikwijls hebben werknemers binnen een concern veel meer van doen met andere concernvennootschappen wat betreft de gezagsverhouding, betaling van salaris en dergelijke, dan met de eigenlijke werkgever. De zich voor doende vragen ingeval van een door de vennootschappen heen lopende divisiestructuur, dikwijls internationaal, levert in de praktijk een verscheidenheid op die even bont is als het bedrijfsleven zelf.

Meer en meer worden echter problemen als gevolg van relaties met meerdere concernvennootschappen voorkomen door de werknemer

steeds uitsluitend in arbeidsrechtelijke zin te plaatsen in de werkmaatschappij waar hij in hoofdzaak actief is. Niet alleen duidelijkheidsargumenten maar veelal ook financiële overwegingen spelen daarbij een rol. Toch is dit niet steeds bevredigend voor de werknemer omdat deze in feite concernwerknemer is en zich ook zo zal voelen.

Voor een werknemer kan als gevolg van instructies van hoger hand spanning ontstaan tussen de belangen van een bepaalde concernvennootschap, de formele werkgever en het belang van het concern of de divisie als geheel. De gerechtvaardigde belangen van de werknemer kunnen hierbij in de knel raken. Deze spanning kan aan de dag treden wanneer voor de werknemer een reorganisatie of overplaatsing binnen concern aan de orde is. In sommige gevallen wordt een werknemer gedwongen op straffe van carrièreproblemen c.q. ontslag een overplaatsing of vertrek te aanvaarden.

Een voorbeeld uit de praktijk. Een Nederlandse werknemer, aangenomen door de Europese functionaris van een bepaalde divisie van een multinational wordt in dienst genomen van een Engelse vennootschap en vervult achtereenvolgens functies in Frankrijk en de VS. Vervolgens wordt hij in België geplaatst, aldaar op basis van een arbeidsovereenkomst met een Nederlandse concern BV rapporterend aan verschillende concernfunctionarissen in Frankrijk en Engeland. In verband met een reorganisatie dreigt de functie in België te vervallen. Onder grote druk en nadat hem concrete toezeggingen waren gedaan door zijn meerderen in Frankrijk en België aanvaardt de werknemer een functie bij de Nederlandse werkmaatschappij, waarmee hij van zijn in financiële zin ruime expatriate-pakket terugvalt op het 'home base'-salaris. De functie welke hem voor Nederland was toegezegd blijkt een lege huls. Men wenst vervolgens zijn vertrek. Wat kan de werknemer ondernemen en tegenover welke vennootschap?

Veelal is dan de eerste vraag bij welke vennootschap de werknemer in dienst is. In de literatuur zijn, ingeval geen duidelijk antwoord op voormelde vraag is te geven, verschillende mogelijke benaderingen gegeven.<sup>37</sup> (i) doorslaggevend is met welke vennootschap de arbeidsovereenkomst is aangegaan (tenzij een andere vennootschap alle werkgeversfuncties heeft overgenomen); (ii) de arbeidsovereenkomst wordt vermoed te zijn gesloten met de werkgever die gezag uitoefent, betalingen verricht en de arbeidsprestatie geniet; (iii) het 'concern'

37 Vgl. Van Maanen, *De NV* 56/9, blz. 158 e.v. en Rood, (1984: 316).

is werkgever; of (iv) de vennootschap die de schijn van werkgeverschap heeft gewekt is gebonden, tenzij de werknemer onder de speciale omstandigheden van het geval niet op die schijn mocht vertrouwen. Naast deze mogelijkheden komt men in de jurisprudentie ook andere oplossingen tegen.

## 2.2 *Concern en (vennootschaps-)groep*

Het in het spraakgebruik duidelijke begrip concern heeft in het Nederlandse recht geen plaats en derhalve evenmin juridische betekenis. Sinds 1988 kent het Nederlandse recht wel het begrip 'groep'.<sup>38</sup> De groep heeft geen rechtspersoonlijkheid en kan niet als zodanig aan het rechtsverkeer deelnemen. Het Nederlandse recht gaat uit van enkelvoudige vennootschappen die in beginsel zelfstandig zijn en alleen aansprakelijk zijn voor hun eigen handelingen. Een groep en de daarvan deel uitmakende rechtspersonen zijn dus economisch gezien wel maar juridisch geen eenheid. In de literatuur wordt vrij algemeen aangenomen dat deze term dezelfde betekenis heeft als concern.<sup>39</sup> De wettelijke definitie bevat de volgende elementen, welke essentieel zijn voor het bestaan van een concern en voor het behoren tot een concern: (i) organisatorische verbondenheid; (ii) economische eenheid; en, daarmee samenhangend, (iii) centrale leiding.

Ad (i). Er is sprake van organisatorische verbondenheid indien alle of een deel van de aandelen van de tot de groep behorende rechtspersonen geheel of ten dele in eigendom zijn van één of meerdere tot dezelfde groep behorende onderneming(en) of uiteindelijk in handen zijn van dezelfde aandeelhouder.

Ad (ii). Onder economische eenheid wordt verstaan het uitoefenen van centrale leiding binnen de organisatorisch verbonden rechtspersonen.<sup>40</sup>

38 Artikel 2:24b BW: 'Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.'

39 Vgl. S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Arnhem 1994, blz. 3 en P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Arnhem 1992, blz. 38.

40 Vgl. Asser-Maeijer 1994, 5-V, Zwolle 1995, nr. 608.

Ad (iii). Het element 'centrale leiding' volgt uit de twee hiervoor genoemde elementen.<sup>41</sup> De centrale leiding berust in de regel bij de moedermaatschappij of uiteindelijke aandeelhouder van de groep en kan bestaan in het geven van zowel algemene als concrete aanwijzingen. De moeder zal zich veelal bemoeien met de aanstelling van personeel in managementfuncties bij de dochters.

Het begrip groep heeft met name een plaats in het jaarrekeningenrecht.<sup>42</sup> Het speelt ook een rol bij de structuurvennootschap<sup>43</sup> en inkoop van eigen aandelen.<sup>44</sup> Ook in het wetsvoorstel betreffende de Europese Ondernemingsraden<sup>45</sup> wordt rekening gehouden met een groepsverband. In het fiscale recht komt men het begrip groep en soortgelijke begrippen eveneens tegen.<sup>46</sup>

In de praktijk bestaat de neiging om de groep of het concern steeds meer te erkennen als juridisch relevante economische eenheid.<sup>47</sup> Zo is in de jurisprudentie aanvaard dat ondanks de juridische zelfstandigheid van een vennootschap binnen een concern, deze vennootschap verplicht is een instructie gegeven door de concernleiding op te volgen.<sup>48</sup>

In een geval dat speelde bij de kantonrechter te Amsterdam<sup>49</sup> werd beslist dat nu de gedaagde concernvennootschappen behoren tot één concern het redelijk en billijk is dat werknemers van dat concern die op gelijke wijze door eenzelfde calamiteit getroffen waren, zoveel mogelijk een gelijkwaardige behandeling ontvangen.

41 Zie Kamerstukken MvA II in *Bundel NV en BV*, IX q-artikel 24b-2.

42 Artikel 2:405 ev BW.

43 Artikel 2:158 BW.

44 Artikel 2:98/207 BW.

45 Kamerstukken 24 641; in artikel 2 jo artikel 3 van de Richtlijn inzake de instelling van een Europese Ondernemingsraad (Richtlijn 94/45, PB L 245/64) is een definitie van het begrip groep opgenomen. In het wetsvoorstel is deze niet overgenomen. Blijkens de MvT, blz. 18 is uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij het Nederlandse begrippenkader.

46 Vgl. bijvoorbeeld: artikel 15 Wet op de Vennootschapsbelasting (begrip: fiscale eenheid; ook artikel 13b, zesde lid (10a, vierde lid nieuw)).

47 Bartman en Dorresteyn, (1994: 6); zie ook Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1981, *NJ* 1982, 244 en Kantongerecht Amsterdam 17 oktober 1985, *Prg* 1986, 2694.

48 Zie Gerechtshof Amsterdam 10 maart 1994, *NJ* 1995, 374; Gerechtshof Amsterdam (OK) 23 juni 1983, *NJ* 1984, 571 en President Rechtbank Arnhem 28 december 1987, *KG* 1988, 37.

49 Kantongerecht Amsterdam 17 november 1985, *Prg* 1987, 2694.



Zoals hiervoor gezegd, bestaat er naar Nederlands recht geen aansprakelijkheid van het concern. Evenmin is een moedermaatschappij als zodanig aansprakelijk voor het handelen van haar dochter of kan een moedermaatschappij vereenzelvigd worden met haar dochter.<sup>50</sup> Desondanks is het vaste jurisprudentie dat concernverhoudingen onder omstandigheden kunnen leiden tot het toerekenen van het handelen van de dochter aan de moeder. Zo kan een moeder onrechtmatig handelen tegenover de crediteuren van de dochter indien de moeder de dochter financieel heeft uitgehold en tegenover de crediteuren van de dochter een schijn van kredietwaardigheid van de dochter heeft opgewekt.<sup>51</sup> Ook kan een moeder aansprakelijk zijn jegens de crediteuren van haar dochter indien zij ermee bekend was dat de dochter geen verhaal meer kon bieden aan haar crediteuren en de moeder desondanks daartegen geen maatregelen nam of zelf zorg droeg voor betaling van de schulden van haar dochter.<sup>52</sup>

In de literatuur over concernaanstellingen<sup>53</sup> is wel verwezen naar de ontwikkelingen in het Franse recht. De Franse wet geeft geen duidelijke definitie van het begrip 'groupe de sociétés', doch in enkele schaarse arbeidswetsteksten komt het wel voor. Het begrip komt wel meer in de jurisprudentie aan de orde. In de Franse literatuur wordt regelmatig gepleit het begrip 'groupe' een duidelijker plaats te geven.<sup>54</sup> Een 'groupe' kan niet alleen werkgever zijn. Wel komt men in de jurisprudentie tegen dat een holding samen met een dochtervennootschap werkgever kan zijn. In een recente uitspraak<sup>55</sup> heeft de Franse Hoge Raad aangenomen dat een werknemer door een moedervernootschap aangesteld en werkzaam bij een dochter, werknemer is van beiden. Twee juridische entiteiten worden als één en dezelfde werkgever beschouwd.<sup>56</sup> De werknemer kreeg hier zijn opdrachten van de

50 HR 16 juni 1995, *RvdW*, 136C, *TVVS* 1995, blz. 221.

51 HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514.

52 HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487.

53 C.J.J. van Maanen, *De NV* 56/9, blz. 159.

54 A. Lyon-Caen in: 'Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux', *Droit social* 1995, blz. 489; zie ook zijn noot onder CE 18 janvier 1980, D. 1980, jurisprudence blz. 259.

55 Cass. ch. soc. 23 septembre 1992, *Droit social* 1992, nr. 11, blz. 918.

56 Le salarié 'était indivisément le salarié des deux sociétés, qui constituaient à son égard un seul et même employeur'.

moeder. Deze uitspraak is verscheidene keren herhaald.<sup>57</sup> Om tot dit resultaat te komen wordt met name vastgeknoopt aan het ondergeschiktheids criterium. Ook in andere situaties in het Franse arbeidsrecht is een tendens naar versterking van het begrip 'groupe' te signaleren.<sup>58</sup>

### 2.3 *Opeenvolgende arbeidsovereenkomsten bij verschillende concernvennootschappen*

De overplaatsing binnen concernverband met beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de aanvankelijke werkgever enerzijds en het aangaan van een arbeidsovereenkomst met een concernvennootschap anderzijds, laat zien dat de werkelijke situatie dikwijls niet past bij de juridische. De realiteit in (internationale) concerns is dat twee werkgevers vaak in feite als één werkgever optreden. Dit hangt samen met het feit dat in concerns op allerlei gebied richtlijnen bestaan waarvan de betekenis zich uitstrekt over de grenzen van de betreffende rechtspersoon.<sup>59</sup> Het gevolg daarvan is dat de werknemers op directieniveau of in stafposities vaak buiten de eigenlijke werkgever verantwoording moeten afleggen. Anders dan het geval is wanneer een werknemer overweegt naar een nieuwe werkgever over te stappen, doen de oude en de nieuwe werkgever zich in concernverband veelal als één sterke wederpartij en werkgever voor. Bij (dreigende) overplaatsing in concernverband, bij schorsing of mogelijk ontslag zijn primair eveneens de basisbeginselen van het arbeidsrecht van belang. Van de elementen van de arbeidsovereenkomst<sup>60</sup> is vooral de gezagsverhouding ('.. in dienst van') hier relevant. De werkgever kan krachtens deze gezagsverhouding in beginsel aan de werknemer bindende instructies geven.<sup>61</sup>

57 Cass. soc. 27 juin 1995, Lexilaser Pourvoi nr 94-40.911; Zie ook Cass. soc. 24 novembre 1993, Gaz. Pal. 1994.2, Panor. blz. 135.

58 Vgl. bij ontslag om economische reden is het concern als geheel verplicht een passende functie aan te bieden; zie Q. Urban, 'Le licenciement pour motif économique et le groupe'. In: *Droit social* 1993.272; Cass. soc. 25 juin 1992, Gaz. Pal. 1992.2, Panor. blz. 233.

59 Vgl. W.C.L. van der Grinten, 'Naschrift', *NV* 64/3, blz. 98.

60 Artikel 7A:1637a BW.

61 W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Alphen aan den Rijn, 1994, blz. 18.

Uitgangspunt in het arbeidsrecht is dat een werknemer niet verplicht is in opdracht van of op gezag van zijn werkgever een ander als zijn contractuele wederpartij en werkgever te aanvaarden. Evenmin is de werknemer gehouden op last van zijn werkgever voor een ander werk te verrichten.<sup>62</sup> De gedachte is dan dat de werkgever voor het ter beschikking stellen aan derden een expliciet juridische basis moet hebben om een dergelijke aanwijzing te geven. Dit kan door, gelijk in concernverband meer en meer voorkomt en uiteraard de voorkeur verdient, in de arbeidsovereenkomst expliciet van concernwerknemerschap uit te gaan en in de mogelijkheid van overplaatsing te voorzien. Ook kan het zijn dat van een concernaanstelling sprake is zonder dat expliciet in de arbeidsovereenkomst afspraken inzake overplaatsing zijn gemaakt.

Wanneer omtrent uitlenen of overplaatsen niets in de arbeidsovereenkomst is overeengekomen, kan de werkgever de werknemer niet zonder meer op grond van de tussen hen bestaande gezagsverhouding daartoe opdracht geven. De uitwerking van deze regel ligt echter in concernverband wat genuanceerder. De omstandigheden kunnen dan met zich mee brengen dat de werknemer eerder gehouden is voor een andere concernvennootschap werkzaam te zijn. Bedacht moet dus worden dat een werknemer in concernverband veelal absoluut niet vrij is een dergelijke instructie al dan niet te aanvaarden. Formeel gezien geldt de regel weliswaar, maar praktisch gesproken werkt deze niet. Weigeren mee te werken zal onherroepelijk gevolgen (carrière, ontslag) hebben voor de positie van de werknemer binnen het concern. In veel gevallen is het voor de werknemer zelfs niet mogelijk om open en op enigszins gelijke voet met zijn werkgever(s) overleg te voeren. Onder omstandigheden kan de werknemer in concernverband dus feitelijk niet tegen overplaatsing opkomen.

De verplichting van de werknemer een overplaatsing te aanvaarden is bij gebreke van een regeling in de arbeidsovereenkomst uitvloeisel van het gezagsrecht van de werkgever. De werknemer heeft de verplichting alles te doen en na te laten wat een goed werknemer in gelijke omstandigheden behoort te doen en na te laten.<sup>63</sup> Het complement van de verplichting van de werknemer wordt gevormd

62 Vgl. Van der Grinten, (1994: 134), H. Naber, *De arbeidsovereenkomst in Nederland*, Deventer 1983, blz. 59.

63 Artikelen 1639b en 1639d BW; Vgl. Van der Grinten, (1994: 134).

door het dienovereenkomstige voorschrift voor de werkgever.<sup>64</sup> Evenals de algemene bepaling van overeenkomstenrecht<sup>65</sup> verplicht deze bepaling de werkgever om al datgene te doen en na te laten wat een goed werkgever in gelijke omstandigheden behoort te doen en na te laten. Toepassing van deze algemene beginselen heeft nog niet tot rechterlijke uitspraken geleid waaruit iets van belang voor de onderhavige problematiek kan worden afgeleid.

Overplaatsing en opvolgende tewerkstelling vanuit één concernvennootschap naar een volgende behoeft niet noodzakelijk te worden geëffectueerd door beëindiging van de eerdere arbeidsovereenkomst en het formeel aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst. Uitdrukkelijk kan bepaald zijn dat de nieuwe werkgever de arbeidsovereenkomst overneemt (contractsoverneming). Voor een dergelijke overneming of wisseling is, anders dan bij overgang van ondernemingen<sup>66</sup> de instemming van de werknemer vereist.

Van contractsoverneming<sup>67</sup> is sprake, indien een partij bij een overeenkomst de rechtsverhouding tot de wederpartij met medewerking van deze laatste overdraagt aan een derde bij een tussen haar en de derde opgemaakte akte. Deze vorm moet worden onderscheiden van contractsovergang. Contractsovergang is gebaseerd op een wettelijke bepaling en daarbij is, anders dan bij contractsoverneming, de medewerking van de wederpartij niet vereist. Aan de medewerking bij contractsoverneming stelt de wet geen eisen. Deze kan schriftelijk, mondeling of stilzwijgend worden gegeven. Bij stilzwijgen wordt de medewerking echter niet zonder meer verondersteld maar moet uit de gedragingen kunnen worden afgeleid. Het stilzwijgend aanhoren door de werknemer van de mededeling dat een werknemer in werkelijkheid in dienst is bij een andere vennootschap, is onvoldoende voor de werkgever om aan te nemen dat sprake is van toestemming.<sup>68</sup>

De contractsoverneming komt voor de drie betrokken partijen tot stand op het tijdstip waarop overeenstemming bestaat. Het is mogelijk dat de wederpartij toestemming vooraf geeft. In de eerste arbeidsovereenkomst met een concernvennootschap kan bepaald worden dat

64 Artikel 7A:1638z BW.

65 Artikel 6:248 BW.

66 Artikel 7A:1639bb BW.

67 Artikel 6:159 lid 1 BW.

68 Vgl. HR 3 januari 1986, *TVVS* 1986, blz. 96 (RSD International/Van der Schot).

de werknemer bij voorbaat zijn medewerking verleent aan overneming van de arbeidsovereenkomst door een andere concernvennootschap. Deze behoeft op dat moment nog niet bekend te zijn. Het tijdstip van de totstandkoming van de overneming is dan het moment waarop de werknemer schriftelijk van de overneming op de hoogte wordt gesteld.<sup>69</sup> Door contractsoverneming gaan alle vorderingsrechten, schulden en wilsrechten op de derde over. De werknemer behoudt geen aanspraken meer jegens de eerste werkgever. Deze treedt uit en de tweede werkgever komt in de plaats van de eerste. Het is mogelijk om overeen te komen dat enkele (neven-)vorderingsrechten en verplichtingen uit de eerste overeenkomst van de overneming worden uitgezonderd.<sup>70</sup>

## 2.4 *Gelijktijdige tewerkstelling bij onderscheiden concernvennootschappen*

Naast de meer eenvoudige situatie waarin aan werkgeverszijde één contractspartij figureert, komt het in concernverband voor dat verschillende vennootschappen, bijvoorbeeld zowel een (sub)holding als een werkmaatschappij, jegens de werknemer de werkgeversfunctie vervullen en werkgevershandelingen verrichten. Duidelijk is dat de (concern-)vennootschap waarmee arbeidsovereenkomst is gesloten, welke de loonbetalingen verricht, het gezag uitoefent en jegens welke de arbeidsprestatie wordt verricht, de werkgever is. Een werknemer kan in Nederland zonder bezwaar meerdere werkgevers hebben in het kader van één arbeidsovereenkomst. Als voorbeeld moge dienen de arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en een maatschap. In die situatie is ieder lid van de maatschap pro rata parte werkgever. De werkgeversfunctie is dan gespreid over meerdere rechtssubjecten.<sup>71</sup>

Over verschillende vennootschappen gespreid werkgeverschap, doet zich in de praktijk regelmatig voor. Het komt voor dat de ene vennootschap het arbeidscontract sluit, een tweede het dagelijks werkgeversgezag uitoefent en weer andere betalingen doen en de

69 Artikel 6:159 lid 3 jo 156 BW.

70 Zie over deze problematiek: Rechtbank Zwolle 3 september 1986, *NJ* 1989, 432 (Moggré/Big Dutchman).

71 Zie over medewerkgeverschap in het sociaal verzekeringsrecht: Centrale Raad van Beroep 11 november 1980, *RSV* 1981, blz. 87.

arbeidsprestatie genieten. Men kan dan spreken van gelijktijdige tewerkstelling in verschillende vennootschappen op basis van een als het ware gedeelde arbeidsovereenkomst. Dikwijls komt de situatie voor waarbij een werknemer in dienst van een concernvennootschap tevens bestuurder in vennootschapsrechtelijke zin is van een andere dochter- of werkmaatschappij in Nederland of daarbuiten.<sup>72</sup> Met deze laatste heeft de werknemer dan geen arbeidsovereenkomst.

In de praktijk komen voor *split salary*-systemen met onderscheiden arbeidsovereenkomsten. Werknemers op managementniveau worden wel geroepen om managementposities in verschillende ondernemingen, soms buitenlandse, te vervullen. Hoewel een dergelijke meervoudige arbeidsovereenkomst door de werknemer als onverbrekelijk geheel wordt ervaren, is vanuit juridisch oogpunt sprake van meerdere arbeidsovereenkomsten die in beginsel los van elkaar gelden. Evenals hiervoor voor België is aangegeven kan dit, wanneer de arbeidsrelatie is vastgelopen en schorsing of ontslag aan de orde, tot gecompliceerde situaties aanleiding geven. Hierbij kan worden gedacht aan (lokaal) dwingend recht, zoals het ontslagverbod van het BBA.

Bij voorkeur, doch dit is niet steeds de praktijk, dienen de opvolgende overeenkomsten naar elkaar te verwijzen. Onder bepaalde omstandigheden kan worden getracht de overeenkomsten door ontbindende voorwaarden<sup>73</sup> voor wat de beëindiging betreft aan elkaar te koppelen. Dan kan mogelijk, bijvoorbeeld in geval van ontslag een enigszins beheersbare situatie worden bereikt, met name wanneer één toepasselijk recht is gekozen en zich niet al te veel problemen met lokaal dwingend recht voordoen. Veelal zullen echter de afzonderlijke ontslagwegen moeten worden afgelopen.

Ingeval een concern zich presenteert als één werkgever en geen sprake is van enige vrijheid voor de werknemer om een overplaatsing te weigeren, is het onbevredigend wanneer uitsluitend het spoor van de enkelvoudige arbeidsovereenkomst wordt gevolgd. De gedachte komt dan op vanwege het concernverband ten aanzien van de betrokken vennootschappen vereenzelvinging aan te nemen, derhalve voorbij te

72 Vgl. Gerechtshof 's-Gravenhage 2 mei 1975, *NJ* 1976, 566 (Kalmbach) en Gerechtshof Arnhem 10 maart 1987, *TVVS* 1988, blz. 278 (Heidemij).

73 Vgl. HR 6 maart 1992, *JAR* 1992/10; de vereisten zijn kortweg: door intreden voorwaarde gaat de overeenkomst geheel zijn doel missen en het intreden van de voorwaarde mag niet subjectief worden bepaald.

zien aan de afzonderlijke juridische identiteit. Denkbaar is dat een werknemer in een dergelijk geval, ofschoon oorspronkelijk in dienst getreden bij een concerndochter, tevens tracht een andere vennootschap, bijvoorbeeld de moeder, aansprakelijk te houden ('piercing the corporate veil').<sup>74</sup> De gedachte van vereenzelviging past bij de eerder genoemde benadering volgens het leerstuk van de toerekenbare schijn.<sup>75</sup> Dit houdt in dat de concernvennootschap die de schijn van werkgeverschap heeft gewekt daaraan is gebonden, tenzij uit bepaalde omstandigheden zou volgen dat de wederpartij in redelijkheid niet op de schijn had mogen vertrouwen.

Nu geen van de criteria voor het aannemen van werkgeverschap beslissend is, blijft als gevolg van de opgewekte schijn onzekerheid bestaan, waarbij het gerechtvaardigd vertrouwen beslissend is. De situatie kan immers wisselend zijn, als gevolg van tijdsverloop en veranderde omstandigheden. In concernverhoudingen zou deze benadering wellicht voldoende aanknopingspunten kunnen bieden om in bepaalde gevallen de juridische situatie meer in overeenstemming te brengen met de feitelijke verhoudingen. Ingeval meerdere concernmaatschappijen de schijn hebben gewekt werkgeveraspiraties te hebben dan zou meervoudig werkgeverschap verdedigbaar zijn.

Evenals niet eenvoudig kan worden vastgesteld wat het beslissende criterium is om aan te nemen of er sprake is van een enkelvoudige arbeidsovereenkomst, is dit lastig in een meervoudige situatie wanneer bijvoorbeeld twee andere concernvennootschappen de schijn hebben gewekt. Het is dan moeilijk te bepalen wat precies nodig is om aan te nemen dat aan het criterium 'voldoende gewekte schijn' is voldaan. Hierbij zou het element van de (meervoudige) gezagsverhouding centraal kunnen staan.

Men komt in de vrij schaarse lagere rechtspraak in Nederland wel tegen dat in een situatie waarbij meerdere concernwerkgevers zijn betrokken, onder omstandigheden gemeenschappelijk werkgeverschap wordt aangenomen. In een vrij recent geval<sup>76</sup> had een werknemer een korte arbeidsrelatie met een Nederlandse concernvennootschap waarop hij een lokaal contract in dienst van een buitenlandse vennootschap verkreeg. Hij werd vervolgens ontslagen. Uit het bestaan

74 Vgl. Huiskes, (1996: 11).

75 Zie par. 2.1. (onder iv).

76 President Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 juni 1992, *KG* 1992, 231 (Jonker Fris).

van verschillende voor een arbeidsovereenkomst gebruikelijke afspraken met de Nederlandse concernvennootschap, werd weliswaar niet het bestaan van een arbeidsovereenkomst geconcludeerd, maar wel tot een eigen verantwoordelijkheid van deze concernvennootschap. Daarop werd toewijzing van een salaris- en emolumentenaclaim gebaseerd. Het aannemen van een concernverantwoordelijkheid, gelijk de President hier deed, ligt dicht aan tegen het bestempelen van de verantwoordelijke concernvennootschap tot medewerkgever.

In een ander geval<sup>77</sup> sprak een werknemer na ontslag op staande voet zowel zijn Nederlandse als zijn Duitse werkgever aan. De vordering tegen laatstbedoelde werkgever werd door de Duitse rechter toegewezen. Hetzelfde verging de vordering tegen de Nederlandse vennootschap op grond van de betrekkelijk opvallende overweging dat de Nederlandse arbeidsovereenkomst berust op de met de Duitse vennootschap gesloten overeenkomst, die tevens beschouwd moet worden 'als de verwoording' van de overeenkomst met de Nederlandse vennootschap.

In weer een ander geval<sup>78</sup> werd een Nederlandse vennootschap als mede-werkgeefster aangemerkt naast een buitenlandse, waarbij de werknemers formeel in dienst waren, aangezien verschillende werkgeversfuncties vanuit Nederland werden uitgeoefend waaronder het verrichten van betalingen, de gezagsuitoefening over en de betrokkenheid bij de uitvoering van opdrachten.

De Hoge Raad is tot op heden niet aan de hier aan de orde zijnde problemstelling toegekomen. In de conclusie in de zaak Verhoeven/Deli<sup>79</sup> verdedigt de AG dat twee werkgevers, in feite het concern, onder omstandigheden als werkgevers kunnen worden beschouwd. Wanneer een concern de reële werkgever is, aldus de AG, is het niet doorslaggevend welke concernvennootschap als formele werkgever moet worden aangemerkt. In een ander geval heeft de AG, kort gezegd, geconcludeerd het redelijk te vinden dat, wanneer een concern verspreid

77 Rechtbank Maastricht 11 juni 1987, *Prg* 1987, 2781 (Burgers/Deltech).

78 Kantongerecht 's-Gravenhage 8 september 1992, *Prg* 1992, 3744.

79 Hoge Raad 28 september 1984, *RvdW* 1984, 159, *TVVS* 1984, blz. 316 (Verhoeven/Deli).



over meer vennootschappen optreedt, zodanig dat het niet duidelijk is wie de werkgever is, de gevolgen voor risico van het concern behoren te komen.<sup>80</sup>

Het is evenwel in de meeste gevallen nog zo dat in de rechtspraak de formele arbeidsovereenkomst (met één werkgever) een belangrijke factor is bij het bepalen met welke concernvennootschap een arbeidsovereenkomst bestaat.

Een probleem in dit verband is dat noch in het huidige recht, noch in het wetsvoorstel betreffende titel 10 van boek 7A het begrip werkgever wordt gedefinieerd. De wetgever biedt dus geen houvast ter oplossing van onduidelijkheid voor de werknemer welke partij hij in rechte moet betrekken. Een kans om voormelde problemen te ondervangen en de werknemer de mogelijkheid te bieden meer vennootschappen aan te spreken, van een wettelijke basis te voorzien, lijkt voorlopig verkeken.<sup>81</sup>

In de literatuur<sup>82</sup> is recent nog gepleit voor een wettelijke bepaling kortweg inhoudende dat, tenzij bij overeenkomst anders bepaald, onder werkgever mede moet(en) worden verstaan alle bij de arbeidsovereenkomst met de werknemer betrokken (rechts-)personen waarmee de werkgever in een groep<sup>83</sup> is verbonden. Aan deze grove benadering kleven uiteraard bezwaren.<sup>84</sup> Het zou voor de hand liggen voormelde gedachte van gebondenheid van de concernvennootschappen te beperken tot de concernonderdelen die bij de arbeidsverhouding met de werknemer zijn betrokken.

## 2.5 *Detachering binnen concernverband*

Bij detachering gaat het voor dit onderwerp om het fenomeen waarbij een werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met een 'vaste' concernvennootschap en vervolgens aan een andere, eventueel in het buitenland gevestigde, concernvennootschap wordt uitgeleend

80 Zie noot 68 (RDS International/van der Schot); de Hoge Raad kwam ook in deze zaak aan de eigenlijke vraag waar de werknemer in dienst was niet toe.

81 Artikel 7.10.1.1. (voorontwerp Levenbach) heeft in het huidige wetsontwerp geen plaats gekregen.

82 Jacobs, (1994: 1043).

83 In de zin van artikel 2:24b BW; zie noot 38.

84 C.M.E.P. van Lent, 'Het concern als werkgever'. In: *NJB* 1994, blz. 1424 ev.

(gedetacheerd) voor het verrichten van werkzaamheden.<sup>85</sup> waarbij hij formeel in dienst blijft bij de eerste vennootschap. De wet kent het begrip detachering of uitzending niet, wel is in de Arbeidsvoorzieningswet<sup>86</sup> het begrip 'ter beschikking stellen van arbeidskrachten'<sup>87</sup> opgenomen. De bedoeling is dan dat de werknemer enige tijd elders werkt en na afloop van de detachering in dienst blijft van zijn werkgever, de concernvennootschap. Deze figuur kan soms tot problemen leiden, omdat de werknemer bij overdracht van de onderneming<sup>88</sup> reorganisatie of faillissement geen arbeidsovereenkomst heeft met de onderneming waar hij daadwerkelijk werkzaam is.<sup>89</sup> Naast detachering in concernverband is uiteraard eveneens detachering bij een joint venture, een minderheidsdeelneming, een relatie van de werkgever of bij een derde, waarmee geen formele band bestaat, mogelijk.

Werkgevers, waaronder ook uitleenbedrijven en uitzendbureaus behoeven voor hun activiteiten een vergunning van het Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening.<sup>90</sup> De werknemer heeft een arbeidsovereenkomst met de uitlener. De vennootschap die de werknemer als inlener te werk stelt, doet dit op basis van een contract met de uitlenende vennootschap hetgeen in concernverband niet altijd correct wordt uitgevoerd.

De vraag welke hier kort besproken wordt is hoe detachering of uitzending binnen concernverband zich verhoudt tot de toepasselijke bepalingen van de Arbeidsvoorzieningswet. Met name wordt kort stilge-

85 Vgl. Van der Grinten, (1994: 28) en de aldaar vermelde literatuur.

86 De Arbeidsvoorzieningswet is sedert 1 januari 1991 van kracht en in de plaats gekomen van de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten van 31 juli 1965, Stb 379 en AMVB 10 september 1970, Stb 410. Ten opzichte van de wet TBA zijn enkele wijzigingen doorgevoerd. Dit geldt voor de begripsomschrijving, de vergunningsvoorwaarden en de sanctionering. Met de invoering van de Arbeidsvoorzieningswet is meer decentralisatie beoogd door onderscheid te maken in toegelaten duur van de ter beschikking stellen van arbeidskrachten in verschillende sectoren van de arbeidsmarkt. Tevens werd een accentverschuiving teweeg gebracht ten aanzien van de doelstelling. Het ging meer om het belang van de goede verhouding op de arbeidsmarkt dan om excessen ten aanzien van lonen en arbeidsomstandigheden, zoals voorheen.

87 Artikel 1, lid 1 sub i.

88 Artikel 7A:1639aa BW.

89 Vgl. Gerechtshof Arnhem 10 maart 1987, *TVVS* 1988, blz. 278 (Heidemij).

90 Artikelen 90-97 Arbeidsvoorzieningswet.

staan bij de vraag of in concernverband sprake is van een vergunningsplicht ter beschikking stellen arbeidskrachten in de zin van de Arbeidsvoorzieningswet. Deze vraag is nog relevant hoewel inmiddels duidelijk is geworden dat de betreffende regelgeving zijn langste tijd heeft gehad. Evenals het geval is met het vergunningsstelsel voor arbeidsbemiddeling<sup>91</sup> bestaat de verwachting dat het vergunningsstelsel voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten zal worden afgeschaft. Dit kan zodra een regeling inzake de vrijwaring van inlenersaansprakelijkheid voor de sociale verzekeringspremies en belastingen is getroffen. In de wetsgeschiedenis van de nieuwe Arbeidsvoorzieningswet<sup>92</sup> wordt ingegaan op de toekomst van de vergunningsstelsels. Herziening van deze regelgeving is al enige tijd in discussie. In het licht van de verwachte afschaffing zijn de vergunningsstelsels niet in de nieuwe Arbeidsvoorzieningswet maar in de uitvoeringswet opgenomen. Deze regelt naast overgangsrecht en aanpassingswetgeving tijdelijke onderwerpen waaronder het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

Het ter beschikking stellen van arbeidskrachten is het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht of leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, in diens onderneming verrichten van aldaar gebruikelijke arbeid.<sup>93</sup> In het element 'onder diens toezicht of leiding' wordt het delegeren van de gezagsbevoegdheid van de werkgever aan de inlener bedoeld.<sup>94</sup> Is hiervan sprake dan is de uitlenende vennootschap in beginsel vergunningsplichtig. Het 'tegen vergoeding' beschikbaar stellen is het volgende vereiste. Niet nodig is dat sprake is van een winstoogmerk.<sup>95</sup> Vergoeding op kostprijsbasis valt hier derhalve onder. De overige elementen van de definitie, de 'gebruikelijke arbeid' en 'anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst' blijven buiten bespreking.

91 Nederland zal bevorderen dat het ILO-Verdrag no 96 zal worden gewijzigd; aldus: Kamerstukken 24 554 MvT, blz. 19.

92 Kamerstukken 24 450 MvT, blz. 18, par. 3.2.5.

93 Zie noot 87.

94 Zie onder meer HR 14 oktober 1977, *NJ* 1978, 31 (Lascentrale); HR 23 mei 1980, *NJ* 1980, 633 en HR 18 november 1988, *NJ* 1989, 344.

95 Kamerstukken (63/64) 7737 MvT, blz. 6, welke passage eveneens van toepassing onder de Arbeidsvoorzieningswet.

Aangenomen moet worden dat ook binnen concernverband sprake is van ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van de Arbeidsvoorzieningswet, hetgeen eveneens reeds onder de vroegere wetgeving het geval was. Dit betekent dat ook binnen concerns een vergunningsplicht bestaat. Dat lijkt niet erg voor de hand te liggen en evenmin praktisch. In de literatuur<sup>96</sup> is gesteld dat uit de wetsgeschiedenis zou zijn af te leiden dat de vergunningsplicht niet geldt. Deze conclusie berust echter op een onjuiste lezing van de betreffende passage welke slaat op de arbeidsbemiddeling.<sup>97/98</sup>

Niet toepasselijkheid van het vergunningsvereiste binnen concernverband had tot uitdrukking kunnen komen door gebruikmaking van de vrijstellingsmogelijkheid.<sup>99</sup> Krachtens de Arbeidsvoorzieningswet bestaat een administratief sanctiebeleid. Deze mogelijkheid, die voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten binnen concern zeker passend was geweest en had kunnen worden benut, is echter voorzover bekend nooit uitgewerkt. Kennelijk is de gedachte niet eerder opgekomen. Het zou aanbeveling verdienen deze mogelijkheid, ook nu de levensduur van de onderhavige wettelijke bepalingen beperkt is, alsnog te onderzoeken.

Recentelijk heeft het College van Beroep voor het Bedrijfsleven in een beslissing de hiervoor weergegeven visie bevestigd.<sup>100</sup> Het ging om een geval waarin aan een werkgever, deel uitmakend van een concern, door het Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening een verzoek was gedaan om een vergunning tot het ter beschikking stellen arbeidskrachten binnen concern af te geven. Voor (door-)lenen binnen concernverband, aldus het College, is een vergunning vereist. De werkgever, die in beroep kwam had een beroep gedaan op de wetsgeschiedenis en aangevoerd dat geen vergunning was vereist. Dit

96 Zie: *Arbeidsovereenkomst, Arbeidsvoorzieningswet; Inleiding*; aantekening 3.1.8 en S.G. Francovich en M.J. Vos, 'De nieuwe Arbeidsvoorzieningswet en het ter beschikking stellen van arbeid'. In: *Sociaal Recht* 1991-5, blz. 149.

97 Kamerstukken (87/88) 20 569, MvT blz. 57.

98 Overigens lijkt het in de praktijk zo te zijn dat ten aanzien van concerns van de zijde van het Openbaar Ministerie niet sprake is van een actief opsporingsbeleid. Overtreding van de regels is een economisch delict (Wet op de economische delicten).

99 Artikel 91 Arbeidsvoorzieningswet biedt het Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening de bevoegdheid vrijstelling te verlenen.

100 College van Beroep voor het Bedrijfsleven 30 januari 1996, *JAR* 1996, 65.

beroep kon echter volgens het College niet slagen en werd ongegrond verklaard. De betreffende passage in de wetsgeschiedenis had immers, volgens het College, in het bijzonder betrekking op de arbeidsbemiddeling en niet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.<sup>101</sup>

## 2.6 *Afsluitende opmerkingen*

Werknemers die in een concern achtereenvolgens op meer plaatsen werkzaam zijn, instructies ontvangen van functionarissen van andere concernvennootschappen, danwel regelmatig langdurig gedetacheerd worden naar elders, zouden in het arbeidsrecht ook als concernwerknemers behandeld moeten worden. Dit past bij de ontwikkeling in het vennootschapsrecht in de richting van een zekere erkenning van het financiële, economische, organisatorische zeggenschapsgeheel van een concern of (vennootschaps)groep. De ontwikkelingen op dit punt in de rechtspraak worden, wellicht alsnog met enige steun van de wetgever, met belangstelling tegemoet gezien. Het feit dat een werknemer in problemen veelal aangewezen is op slechts één van meerdere concernvennootschappen voor het instellen van zijn vordering(en) is in de praktijk meer en meer onbevredigend.

101 Zie noot 97. Het ging om de interpretatie van het in de definitie van arbeidsbemiddeling voorkomende begrip 'werkgever'. In dat verband was in de MvT, blz. 57, opgemerkt dat een concern dient te worden beschouwd als één werkgever.

## Literatuur

- Bartman, S.M. en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Arnhem 1994.
- Blanpain, R., 'De uitzendarbeid': In: Blanpain, R. (red.), *Arbeidsrecht*, s.l.n.d.
- Cornelissen, R.C., 'Detachering binnen de Europese Gemeenschap: juridisch kader'. In: Van Regenmortel, A. en Jorens, Y. (red.), *Internationale Detachering*, Brugge, 1993, 15-64.
- Dumortier, J., *Arbeidsverhoudingen in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, 1981, 259 e.v.
- Francovich, S.G. en Vos, M.J. 'De nieuwe Arbeidsvoorzieningswet en het ter beschikking stellen van arbeid'. In: *Sociaal Recht* 1991-5, 149.
- Georges, J.P., 'Le rôle de l'administration', in X., *L'employeur et le travailleur devant le travail à temps limité*, Brussel, 1977, 47.
- Gérard, J.F., 'La mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs'. In: *Orientations*, 1992, 22.
- Grinten, W.C.L. van der, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Alphen aan den Rijn, 1994, 18.
- Grinten, W.C.L. van der, 'Naschrift', *NV* 64/3, 98.
- Henrard, M., 'Le prêt de personnel', in X., *L'employeur et le travailleur devant le travail à temps limité*, Brussel, 1977, 39.
- Hoogenbemt, H. van, 'Internationale detachering en terbeschikkingstelling van werknemers'. In: Van Regenmortel, A. en Jorens, Y. (red.), *Internationale Detachering*, Brugge, 1993, 225.
- Huiskes, C.R., 'Piercing the corporate veil in het arbeidsrecht'. In: *ArbeidsRecht* 1996, nr. 3.
- Jacobs, A.T.J.M., 'De arbeidsovereenkomst in het NBW'. In: *NJB* 1994, blz. 1043.
- De Koster, P., 'Tijdelijke detachering en ontslagrechten. Impact van recente wetgeving'. In: *JTT* 1988, 242-243.
- De Koster, P., 'Arbeidsrechtelijke aspecten van de techniek der gesplitste bezoldiging'. In: Van Hoogenbemt, H. (red.), *Werken zonder Grenzen. Fiscale en juridische aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling*. Kalmthout, 1990, 163 e.v.
- Lent, C.M.E.P. van, 'Het concern als werkgever'. In: *NJB* 1994, 1424 ev.

- Lyon-Caen, A., 'Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux', *Droit social* 1995, 489.
- Maanen, C.J.J. van, 'Concern-verhoudingen en individuele arbeids-overeenkomst'. In: *De Naamloze Vennootschap* 56/9, 157.
- Maanen, C.J.J. van, 'Intra-concern overplaatsing van werknemers'. In: *De NV* 57/5, 79.
- Naber, H., *De arbeidsovereenkomst in Nederland*, Deventer 1983, blz. 59.
- Rood, M.G., 'Bij welke, tot een concern behorende, vennootschap is een werknemer in dienst?'. In: *TVVS* 1984, 315 ev.
- Schilfgaarde, P. van, *Van de BV en de NV*, Arnhem 1992, 38.
- Schoukens, P., 'De Europese ontwikkelingen inzake detachering van werknemers en zelfstandigen', in X., *Vreemdelingen en Sociale Zekerheid*, Gent, 1996, 99-114.
- Tilleman, F., *Tijdelijke Arbeid, Uitzendarbeid en Terbeschikkingstelling van werknemers*, Antwerpen, 1992.
- Urban, Q., 'Le licenciement pour motif économique et le groupe'. In: *Droit social* 1993.

# Europeesrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling

H. VOOGSGEERD

## 1 Probleemstelling

Grensoverschrijdend werken is een thema dat sterke Europeesrechtelijke aspecten kent. Het vrij verkeer van werknemers is een van de fundamentele rechten waarover de onderdanen van de Lid-Staten van de EG sinds het eind van de overgangperiode (1970) beschikken. Grensoverschrijdende mobiliteit van de werknemers kent van de zijde van de Gemeenschapsorganen een voortdurende hoge prioriteit. In het niet-bindende Gemeenschapshandvest van de sociale rechten voor werknemers uit 1989 is opnieuw aan het vrij verkeer van werknemers een voorname plaats toegekend.<sup>1</sup>

Het vrij verkeer van werknemers heeft niet geleid tot een uitgebreid 'sociaal toerisme'. De vrees dat werknemers uit Lid-Staten met lage lonen naar Lid-Staten met hoge lonen zouden trekken is niet bewaarheid. Werknemers uit een Lid-Staat, die in een andere Lid-Staat gaan werken, moeten daar gelijk behandeld worden met de eigen onderdanen van die Lid-Staat (artikel 48, lid 2 EG). Die gelijke behandeling betreft de lonen en andere arbeidsvoorwaarden.<sup>2</sup> Aanvaarding van werk tegen lagere lonen dan gebruikelijk in het werkland is in strijd met artikel 48 EG. Deze overweging is van belang, aangezien de loonniveaus in de Gemeenschap behoorlijk uiteenlopen en het gevaar van misbruik daarom aanwezig is.

1 Zie COM (89) 568 def. en ook *Sociaal Recht* 1990, p. 52.

2 Zie het in par. 2.1. te bespreken *Franse Zeeliedenarrest*, HvJ 4 april 1974, zaak 167/73, *Jur.* 1974, 373.



De laatste jaren is het vrij verkeer van diensten belangrijker geworden. Ook deze door het EG-verdrag gewaarborgde vrijheid kan gepaard gaan met grensoverschrijdend werken. De dienstverrichter zal veelal zijn eigen werknemers willen meenemen, om in de andere Lid-Staat zijn dienst te kunnen verrichten. Dit recht om eigen werknemers mee te nemen kan als een onderdeel van het vrij verkeer van diensten gezien worden. Net als bij het vrij verkeer van werknemers speelt hier het loonverschil tussen de Lid-Staten een rol. Maar volgens jurisprudentie van het Hof van Justitie mogen Lid-Staten hun minimumlonen en cao's en dergelijke toepassen op deze werknemers. Onlangs heeft de Europese Commissie gepoogd om door middel van een ontwerp-richtlijn enige coördinatie in het optreden van de Lid-Staten in deze te bewerkstelligen. Het inmiddels door de Raad van de Ministers van Sociale Zaken en Arbeid goedgekeurde ontwerp zal in deze bijdrage besproken worden. Eind dit jaar zal het ontwerp naar verwachting van kracht worden.

De spanningsverhouding tussen Europees recht en sociaal recht of tussen vrij verkeer en lonen en andere arbeidsvoorwaarden staat in deze bijdrage centraal. Hoe gaat het Hof van Justitie om met deze spanningsverhouding? Hoe kan op deze spanningsverhouding ingespeeld worden in nationale regelgeving, cao's en dergelijke? Is een ontwerp-richtlijn betreffende detachering in het kader van het vrij verkeer van diensten mede gezien deze spanningsverhouding wenselijk of noodzakelijk?

Voor we aan de beantwoording van deze vragen toekomen wordt in par. 2 aandacht besteed aan het juridisch kader. Een behandeling hiervan is nodig om het onderwerp detachering en vrij verkeer van diensten te kunnen bespreken.

## 2 Het juridisch kader van grensoverschrijdend werken

### 2.1 *Het (E)EG-verdrag en grensoverschrijdend werken*

Zoals bekend is de Europese (Economische) Gemeenschap een 'nieuwe' rechtsorde waaraan bepaalde bevoegdheden zijn en kunnen worden overgedragen. Zo zijn het vrij verkeer van werknemers (artikel 48 e.v.), zelfstandigen (artikel 52 e.v.) en diensten (artikel 59 e.v.) fundamentele rechten die door het gemeenschapsrecht worden gewaarborgd. Toenemende grensoverschrijdende arbeidsmobiliteit en de ermee samenhangende non-discriminatie van werknemers op

basis van nationaliteit kunnen als kerndoelen van het EG-verdrag worden gezien.

De bevoegdheid van de Gemeenschap op het terrein van het (bevorderen van) grensoverschrijdend werken is aanzienlijk ruimer dan die op het terrein van lonen en arbeidsvoorwaarden. Het arbeidsrecht blijft in principe een zaak van de Lid-Staten. Hoewel de economische oriëntatie in het oorspronkelijke EEG-Verdrag van Rome van 1958 voorop stond, bestaat er een 'sociale paragraaf', niet te verwarren met het sociale hoofdstuk van Maastricht. Het gaat hier om Titel VIII, Hoofdstuk 1 dat de artt. 117-122 bevat. Deze artikelen bevatten met uitzondering van artikel 119 bepalingen van programmatische aard en hebben daarom geen rechtstreekse werking.<sup>3</sup> We zullen hier niet verder ingaan op de afzonderlijke artikelen. Wel zijn de preambule en artikel 117 van groot belang bij de rechtsvinding van het Hof van Justitie van de EG.

Aangezien primair en secundair gemeenschapsrecht weinig regelen wat betreft lonen en arbeidsvoorwaarden bij grensoverschrijdend werken is het vooral het Hof van Justitie geweest, dat de afweging tussen vrij verkeer en lonen/arbeidsvoorwaarden heeft moeten maken. Ten einde deze afweging nader te kunnen bestuderen, heb ik drie voorbeelden van arresten uitgekozen waarin een interessante afweging tussen gemeenschapsrecht en sociale aspecten is terug te vinden. Het betreft het *Franse Zeelieden*-arrest, het *tweede Defrenne*-arrest en het arrest *Sloman Neptun*.<sup>4</sup>

In het *Franse Zeelieden*-arrest uit 1974 moest het Hof Frankrijk duidelijk maken, dat gezien artikel 48 een aantal specifieke functies in de scheepvaart ook opengesteld moest worden aan niet-Franse EG-onderdanen. Het vrij verkeer van werknemers moet in zoveel mogelijk gevallen gewaarborgd worden. Om Frankrijk gerust te stellen volgde een belangrijke rechtsoverweging (obiter dictum) met betrekking tot de aard van het discriminatieverbod van artikel 48, lid 2.

3 Dit blijkt uit de arresten HvJ 29 september 1987, zaak 126/86, *Zaera*, Jur. 1987, 3697 en HvJ 9 juli 1987, gevoegde zaken 281, 283-285 en 287/85, *Duitsland, Frankrijk, Nederland, Denemarken en het Verenigd Koninkrijk tegen Commissie*, Jur. 1987, 3248.

4 HvJ 4 april 1974, zaak 167/73, *Franse Zeelieden*, Jur. 1974, 366; HvJ 8 april 1976, zaak 43/75, *tweede Defrenne*-arrest, Jur. 1976, 455 en HvJ 17 maart 1993, zaken 72/91 en 73/91, *Sloman Neptun AG*, Jur. 1993, I-887.

Deze overweging no. 45 wordt gezien het belang ervan volledig geciteerd:

'(..) dat het absolute karakter van dit verbod overigens niet slechts tot gevolg heeft dat in elke Lid-Staat de onderdanen van de andere Lid-Staten gelijke arbeidsmogelijkheden krijgen, maar ook dat overeenkomstig het in artikel 117 van het Verdrag gestelde doel de nationale onderdanen wordt gewaarborgd dat zij geen nadelige gevolgen zullen ondervinden van een eventuele aanbieding of een aanvaarding, door de onderdanen van de andere Lid-Staten, van minder gunstige arbeidsvoorwaarden dan in het nationale recht gelden, zijnde zodanige aanbieding of aanvaarding verboden'.

Artikel 117 wordt hier gebruikt om artikel 48 in een bepaalde zin uit te leggen. Over de precieze reikwijdte van deze rechtsoverweging kan men van mening verschillen. Het lijkt mij de vraag of een Nederlandse werknemer voor de nationale rechter een beroep zou kunnen doen op artikel 48, tweede lid indien hij zou willen protesteren tegen het werken voor een lager loon in Nederland door bijvoorbeeld een Griekse werknemer. Het EG-recht betreffende vrij verkeer beschermt in eerste instantie de migrerende EG-werknemer die zich naar een andere Lid-Staat begeeft om er te werken en niet de nationale werknemer die zich in een puur binnenstatelijke situatie bevindt. Mortelmans interpreteert de rechtsoverweging als een zgn. verbod van omgekeerde discriminatie.<sup>5</sup> Dat wil zeggen dat de Lid-Staten hun eigen onderdanen op dit punt niet slechter mogen behandelen dan EG-werknemers. Het lijkt mij dat de betreffende Lid-Staat daar dan ook voor moet zorgen en dat er niet 'automatisch' een recht op basis van artikel 48, lid 2 bestaat. Het valt aan te nemen dat het Hof heeft willen duidelijk maken dat Frankrijk het vrij verkeer van werknemers moet eerbiedigen, maar dat het optreden tegen lagere arbeidsvoorwaarden van migrerende EG-werknemers niet in strijd met het EG-recht is. Zou het Hof dit niet hebben overwogen, dan zou het accepteren van het vrij verkeer van werknemers veel moeilijker zijn gegaan.

5 K. Mortelmans, 'Omgekeerde discriminatie en het gemeenschapsrecht', in *SEW*, 1979, blz. 661.

Het tweede arrest dat ik bespreek is het *tweede Defrenne*-arrest. Hierin werd bepaald dat artikel 119, dat het beginsel van gelijke beloning voor gelijk werk voor mannelijke en vrouwelijke werknemers bevat, rechtstreekse werking heeft. Voor ons doel zijn een paar rechtsoverwegingen interessant. In r.o. 9 constateert het Hof dat, 'gezien de ongelijke ontwikkeling van de sociale wetgeving in de verschillende Lid-Statē', artikel 119 moet voorkomen dat 'ondernemingen in Statē die het beginsel van gelijke beloning metterdaad toepassen, in een ongunstige concurrentiepositie geraten ten opzichte van ondernemingen in Statē die de loondiscriminatie ten nadele van vrouwelijke werknemers nog niet hebben afgeschaft'. Rechtstreekse werking is met andere woorden mede nodig om oneerlijke concurrentieverhoudingen binnen de Gemeenschap te voorkomen. Het argument dat artikel 119, mede in het licht van de in artikel 117 genoemde aanpassing van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers 'in het licht van de vooruitgang', ook op ander wijzen dan door het verhogen van de laagste lonen zou kunnen plaatsvinden, wijst het Hof van de hand. Artikel 117 kan dus een rol spelen bij de rechtsvinding. Tevens blijkt dat concurrentievervalsing met betrekking tot de lonen een belangrijk punt van aandacht is voor het Hof.

Een laatste voorbeeld is de vrij recente zaak *Sloman Neptun*. Deze zaak handelt over het in dienst nemen van niet EG-onderdanen tegen lagere lonen en arbeidsvoorwaarden dan de in het werkland geldende voorwaarden. Er bestaat een Duitse wettelijke bepaling die aan eigenaren van in de internationale handel betrokken schepen toestaat buitenlandse bemanning te werven tegen minder gunstige voorwaarden dan de in Duitsland geldende. Het doel van deze regeling (artikel 21, lid 4 van het *Flaggenrechtsgesetz*) was om Duitse koopvaardischepen in staat te stellen internationaal te concurreren via lagere personeelskosten. Deze schepen zouden nu niet naar een zogenaamde 'goedkope vlag' behoeven uit te wijken. Daarnaast worden ook reguliere steunmaatregelen door de Duitse overheid ter beschikking gesteld om het 'uitvlaggen' te voorkomen.<sup>6</sup>

6 Bij de verdeling van steunmaatregelen aan de zeescheepvaart wordt rekening gehouden met de werkverschaffing van Duitse zeelieden, aldus minister van verkeer M. Wissmann in een toespraak te Bremen, 25-1-1996. Bron: Teletekst Norddeutschland, Nordtekst, 25 januari 1996.

De ondernemingsraad van de Duitse rederij Sloman Neptun Schiffahrts AG weigerde de benodigde toestemming te verlenen tegen de aanstelling door de rederij van zes Filipijnse zeelieden in arbeidsovereenkomsten die niet beheerst zouden worden door het Duitse recht. Onder de door de rederij gesloten collectieve arbeidsovereenkomst met een Filipijnse vakbeweging, waarop het Duitse recht eveneens niet van toepassing was, zouden de zes zeelieden een vijfde van het loon krijgen dat betaald zou moeten worden aan Duitse zeelieden volgens de Duitse cao. De rederij, die na de weigering van de ondernemingsraad rechterlijke toestemming vroeg, deed voor het Arbeitsgericht Bremen een beroep op de genoemde Duitse nationale bepaling.

De ondernemingsraad betoogde dat een dergelijke nationale wet in strijd zou zijn met artikel 92, eerste lid (verbod van steunmaatregelen) en met artikel 117, aangezien onderdanen van derde landen op slechtere arbeids- en vergoedingsvoorwaarden aangesteld kunnen worden dan de naar Duits recht aangestelde zeelieden. Er is strijd met artikel 117 omdat van een ontwikkeling 'op de weg van de vooruitgang' geen sprake kan zijn.

Van een steunmaatregel is volgens het Hof van Justitie geen sprake, omdat de regeling er qua opzet en doel niet toe strekt een voordeel in te stellen dat ten laste komt van de staat. Lagere premies sociale verzekeringen en verminderde belastinginkomsten zijn inherent aan de regeling en zijn geen middel om de betrokken scheepseigenaren een bepaald voordeel te verschaffen. Hoewel de AG vond, dat de 'voordelen' binnen het concept steunmaatregelen konden vallen zonder overigens in strijd te zijn met artikel 92, volgde het Hof zijn AG op dit punt niet.

Van strijd met artikel 117 is eveneens geen sprake. Het artikel doet voor particulieren geen rechten ontstaan waarop voor de nationale rechter een beroep kan worden gedaan. De in artikel 117 genoemde sociale doelstellingen moeten voortvloeien uit het beleid van de Gemeenschap, de nauwe samenwerking tussen de Lid-Staten en de Gemeenschap en de goede werking van de gemeenschappelijke markt. Wel is artikel 117, aldus het Hof, van belang voor de uitlegging van andere bepalingen van primair en secundair gemeenschapsrecht op sociaal gebied. Een voorbeeld daarvan hebben we al gezien bij het *tweede Defrenne*-arrest.

Voor ons doel is een nadere studie van de afwegingstechnieken van het Hof van Justitie, waarvan de drie boven besproken arresten voorbeelden zijn, van belang. Davies heeft in een interessant artikel gewezen op deze al dan niet verborgen afweging tussen interne markt en sociale aspecten.<sup>7</sup> Volgens hem is de afweging van het Hof in Sloman Neptun begrijpelijk. Er is geen wezenlijk belang van de Gemeenschap in het geding. Voor de betreffende Lid-Staat daarentegen zijn de belangen wezenlijker en gevoeliger. In andere gevallen is het gemeenschapsbelang sterker dan de nationale belangen, te denken valt volgens hem aan de jurisprudentie betreffende artikel 90 EG. Een probleem kan optreden in zaken waar zowel het gemeenschapsbelang als het nationale belang groot is. Een van deze problemen is volgens hem detachering in het kader van het verrichten van diensten. Hoe moet de afweging hier plaatsvinden? Davies signaleert het probleem en geeft geen oplossing.<sup>8</sup> In par. 3.3. wordt nader ingegaan op dit afwegingsprobleem.

## 2.2 *Het EG-Verdrag en grensoverschrijdend werken. Het sociale hoofdstuk van Maastricht*

Aan de ene kant heeft het sociale hoofdstuk van Maastricht nieuwe bevoegdheden voor de Gemeenschap gecreëerd (zonder dat Groot-Brittannië hieraan mee hoeft te doen). Aan de andere kant is de context veranderd. Dit laatste heeft te maken met het subsidiariteitsbeginsel, maar ook met een herformulering van artikel 117 (let wel: artikel 117 blijft bestaan, maar alleen in het EG-verdrag dat voor alle Lid-Staten geldt). Er is nu geen sprake meer van onderlinge aanpassing van de levensstandaard en arbeidsvoorwaarden 'op de weg van de vooruitgang', maar van maatregelen, die rekening houden met de diversiteit van de nationale praktijken vooral op het gebied van de contractuele

7 P.L. Davies, 'Market Integration and Social Policy in the Court of Justice' in: *Industrial Law Journal*, 1995, blz. 68.

8 Davies, (1995: 74-75). Davies wijst er alleen op dat bij het niet doorgaan van de conceptrichtlijn detachering het Hof gedwongen kan worden uitspraak te doen over de verenigbaarheid van kernelementen van het nationale arbeidsrecht met het vrij verkeer van diensten. Dit zal het geval zijn als Lid-Staten nu zelf strengere maatregelen dan de in de concept-richtlijn voorziene maatregelen gaan treffen.

betrekkingen (artikel 1 van de Overeenkomst betreffende de Sociale Politiek). Of deze accentverschuiving gevolgen heeft voor de rechtsvinding van het Hof zal nog moeten blijken.

De nieuwe bevoegdheden van 'de elf', nu de 'veertien', zijn te vinden in artikel 2 van het sociale hoofdstuk. Volgens artikel 2, eerste lid van de Overeenkomst betreffende de Sociale Politiek kan de Gemeenschap richtlijnen uitvaardigen onder andere over arbeidsvoorwaarden. Daarentegen is dit uitdrukkelijk uitgesloten voor wat betreft het begrip loon (artikel 2, lid 6). Blijkbaar lopen de lonen in EG-verband nog zo uiteen, dat zelfs een mogelijkheid van richtlijnen op basis van deze Overeenkomst is uitgesloten. Daarnaast is het van belang er op te wijzen dat in de Overeenkomst is bepaald, dat de richtlijnen betreffende de onderwerpen in artikel 2, lid 1 en 3 waaronder dus de arbeidsvoorwaarden, via een nationale cao kunnen worden uitgevoerd. De nationale Lid-Staat kan dit bepalen op gezamenlijk verzoek van werkgevers- en werknemersorganisaties, maar de Staat moet er wel voor zorgen dat de omzettingstermijn in acht wordt genomen en dat de door de richtlijn beoogde resultaten kunnen worden gegarandeerd (artikel 2, lid 4).

In de Overeenkomst is ook een mogelijkheid voorzien om te komen tot cao's op Europees niveau. Implementatie van deze cao's kan geschieden via de verschillende nationale praktijken en procedures, maar ook via een besluit van de Raad van Ministers op voorstel van de Europese Commissie. Het voorwerp van deze cao's is niet aan beperkingen onderhevig, althans volgens de tekst van artikel 4 van de Overeenkomst. In theorie zou dit ook over lonen kunnen gaan.

### 2.3 *Het EVO-verdrag van Rome en grensoverschrijdend werken*

Afgezien van de Verordening 1408/71 vinden we in het EG-recht geen bepaling met betrekking tot de op het grensoverschrijdend werken van toepassing zijnde nationale wetgeving. Het Europees Overeenkomsten Verdrag van Rome uit 1980.<sup>9</sup> geeft wel een regeling betreffende de op de arbeidsovereenkomst met internationale elementen van toepassing zijnde nationale wetgeving. Pennings heeft zich in deze

9 PB L 266 van 9 oktober 1980.

bundel al uitvoerig bezig gehouden met het EVO. Een paar opmerkingen met betrekking tot dit verdrag moeten ook hier gemaakt worden.

Het verdrag bepaalt in artikel 20 uitdrukkelijk, dat het gemeenschapsrecht voorgeeft op de bepalingen van het verdrag. Is de richtlijn detachering van werknemers met het oog op het verrichten van diensten eenmaal in werking getreden, dan gaan de bepalingen van de richtlijn vóór op die van het EVO. Dit betekent niet dat het EVO in het geheel geen rol meer speelt. De richtlijn beoogt enige coördinatie op het gebied van minimumloon en arbeidsvoorwaarden. Voor het overige arbeidsrecht (ontslagrecht bijvoorbeeld) blijven de verwijzingsbepalingen van het EVO van belang.

Stel we passen het EVO toe op de werknemers die tijdelijk in een andere Lid-Staat verblijven om hun werkgever bij te staan bij het verrichten van een dienst. Zonder rechtskeuze door partijen is het recht van het land van toepassing waar gewoonlijk het contract wordt uitgevoerd (artikel 6, lid 2, sub a EVO). Indien door partijen een ander recht is gekozen blijven de 'dwingende bepalingen' van het recht van het land waar gewoonlijk het contract wordt uitgevoerd gelden (artikel 6, eerste lid EVO). Er zou bijvoorbeeld gekozen kunnen worden voor het recht van het land waar de dienst wordt verricht. Het is onduidelijk of deze 'dwingende bepalingen' zelfs blijven gelden indien het gekozen recht voor de werknemer gunstiger is.<sup>10</sup>

De bepalingen van de *lex fori* (het recht van het land van de rechter) die het geval dwingend beheersen (de zgn. 'lois de police' of 'bepalingen van bijzonder dwingend recht'), blijven altijd van toepassing (artikel 7, tweede lid EVO). Het land waar de dienst verricht wordt zal in de regel de *lex fori* zijn. De vraag is of artikel 7, tweede lid nog een rol speelt voor bepalingen die slechts strekken tot bescherming van de individuele arbeider. Artikel 7 heeft volgens sommigen alleen nog een rol te spelen voor bepalingen ter bevordering van de algemene

10 Strikwerda, L., *Inleiding tot het Nederlandse Internationale Privaatrecht*, vierde druk, Groningen, 1995, blz. 193-194 laat rechtszekerheid voorgaan op het gunstigheidsbeginsel. S. Hennion-Moreau lijkt een andere mening toegedaan, 'Les prestations de services transnationales' in *La Semaine Juridique JCP Edition E*, 1994 Chronique 312.



veiligheid op de werkvloer en arbeidsmarktbeschermende voorschriften.<sup>11</sup> Lonen en arbeidsvoorwaarden zouden hier dan niet toe behoren. Ook hier zijn de meningen over verdeeld. Gebleken is dat het begrip 'dwingende bepalingen van nationaal recht' divers kan worden ingevuld en afhangt van wat een nationale rechter vindt. De rechtszekerheid is met een dergelijke casuïstische benadering niet echt gediend. Er zal een interpretatie komen, die van Lid-Staat tot Lid-Staat verschilt. In tegenstelling tot Strikwerda rekent Robin vrijwel het gehele arbeidsrecht dat de werknemer beschermt tot de 'lois de police'.<sup>12</sup>

Despanningsverhouding rechtszekerheid versus gunstigheidsbeginsel is in het internationaal privaatrecht niet eenvoudig op te lossen. In het EG-recht lijkt gezien artikel 117 het beschermingsbeginsel voorop te staan. De weinige richtlijnen die er in EG-verband op het gebied van het arbeidsrecht bestaan gaan uit van een minimumregeling. Een verder reikende bescherming voor de werknemer op basis van het nationaal recht wordt geen strobreed in de weg gelegd.<sup>13</sup> In de IAO wordt ook veel met minimumnormen gewerkt. In de ontwerp Richtlijn detachering staat het gunstigheidsbeginsel duidelijk voorop (artikel 3, zevende lid).

- 11 Strikwerda, (1995: 194). Volgens hem worden de voorschriften die strekken tot bescherming van sociaal of economisch zwakke partijen geabsorbeerd door artikel 6, eerste lid. Naast dit artikel is er geen ruimte meer voor artikel 7, tweede lid. Dit is anders voor wat betreft voorschriften die strekken tot behartiging van publieke belangen.
- 12 Robin, S., 'L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger' in *Revue Droit Social*, feb. 1994, blz. 128.
- 13 Zie bijvoorbeeld artikel 7 van richtlijn 91/533 betreffende de informatieplicht aan de werknemer over zijn arbeidsverhouding PB 1991, L 288, blz. 32; artikel 9 van de insolventierichtlijn 80/987, PB 1980, L 283, blz. 23; artikel 7 van de Richtlijn 77/187 betreffende overgang van onderneming, PB 1977, L 61, blz. 26.

### 3 Het arrest *Rush Portuguesa*: een katalysator voor het opstellen van een richtlijn detachering met het oog op het verlenen van diensten

#### 3.1 *Het arrest Rush Portuguesa. Afbakening tussen het vrij verkeer van werknemers en het vrij verkeer van diensten*

Het arrest *Rush Portuguesa*<sup>14</sup> heeft gewerkt als een katalysator in de richting van regeling van de positie van werknemers die met de dienstverrichter de grens over gaan. Deze positie was lange tijd niet erg duidelijk. Weliswaar heeft het Hof eerder een arrest *Seco/EVI*<sup>15</sup> gewezen over hun positie maar blijkbaar heeft dit arrest weinig opzien gebaard.

Volgens Desmazières de Sechelles hangt de onduidelijke positie samen met de niet eenduidige regeling in de richtlijnen betreffende het vrij verkeer van personen.<sup>16</sup> Volgens het Algemeen Programma betreffende de liberalisering van diensten uit 1961 zou de dienstverrichter alleen vertrouwenspersoneel en gespecialiseerd personeel over de grens mee mogen nemen. De overige werknemers zouden niet onder artikel 59 vallen maar onder artikel 48 betreffende het vrij verkeer van werknemers. In de genoemde richtlijnen uit de jaren zestig blijkt wat anders. Volgens Desmazières moet de onduidelijke positie van deze werknemers in het licht worden gezien van de veranderende aard van het vrij verkeer van diensten. In de jaren zestig dacht men vooral aan de hooggekwalificeerde zelfstandige architect of dierenarts die met weinig werknemers de grens overging om de diensten aan te bieden ('the concept of services in the traditional sense'). Tegenwoordig komt het steeds meer voor dat bedrijven met vrij veel werknemers zoals bouwondernemingen zich begeven in het vrije dienstenverkeer.

14 HvJ 27 maart 1990, zaak 113/89, *Rush Portuguesa*, *Jur.* 1990, I-1417.

15 HvJ 3 februari 1982, zaken 62 en 63/81, *Jur.* 1982, 226. Het betrof een arrest waarin het dubbel betalen van premies voor dezelfde werknemers in twee Lid-Staten werd aangemerkt als een verboden discriminatie. Zie voor een vergelijkbare benadering het door Pennings besproken arrest HvJ 28 maart 1996, zaak 272/94, *Guiot*, nog niet gepubliceerd.

16 A. Desmazières de Séchelles, 'Free movement of workers and freedom to provide services'. In: H.G. Schermers ed. *Free Movement of Persons. Legal Problems and Experiences*. T.M.C. Asser Instituut, 1993, blz. 475 en 476.

Bedrijven hebben net als natuurlijke personen recht op het vrije dienstenverkeer. Dit blijkt uit artikel 66 juncto 58 van het EG-verdrag.

In de zaak *Rush Portuguesa* is de meer algemene vraag aan de orde welke eigen werknemers de werkgever-dienstverrichter mag meenemen naar de Lid-Staat waar hij de dienst verricht. Vallen deze werknemers onder het vrij verkeer van werknemers (artikel 48) of onder het vrij verkeer van diensten (artikel 59)? Voor de Portugese onderneming *Rush Portuguesa* was deze laatste vraag van groot belang. Tijdens een overgangsperiode direct na het begin van het lidmaatschap van de EG van Spanje en Portugal gold het vrij verkeer van werknemers in de relatie EG-Spanje/Portugal nog niet, het vrij verkeer van diensten daarentegen wel.

*Rush Portuguesa* krijgt van de Franse bevoegde instantie (OMI) een vordering tot betaling van een bijzondere bijdrage omdat de onderneming zonder vergunning buitenlandse (Portugese) werknemers had ingezet bij het verrichten van diensten aan de TGV Atlantique. *Rush Portuguesa* doet een beroep op het vrij verkeer van diensten. Volgens de OMI strekt de vrijheid van dienstverrichting zich niet uit tot alle werknemers van de dienstverrichter maar alleen tot kaderpersoneel en voorlieden. Terwijl de AG een voorzichtiger benadering voorstond (alleen 'onmisbaar' personeel), is het Hof duidelijker. De dienstverrichter heeft gedurende de tijd dat hij de dienst verricht het recht om net zo veel eigen werknemers mee te nemen als hij wil. Volgens artikel 60 heeft hij het recht 'zijn werkzaamheden tijdelijk uit te oefenen in het land waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt'. De tekst van dit artikel nodigt uit een discriminatietoets toe te passen. De oplegging van een voorwaarde om ter plaatse personeel aan te werven of een vergunning aan te vragen discrimineert de dienstverrichter ten opzichte van binnenlandse concurrenten, die het eigen personeel vrij kunnen inzetten en geen vergunning hoeven te vragen. Bovendien wordt de capaciteit om de dienst te verrichten aangetast.

De bedoeling van de overgangsperiode m.b.t. vrij verkeer van werknemers voor Spanje en Portugal was het voorkomen van een plotselinge massale toevloed van Spaanse en Portugese werknemers op de arbeidsmarkten van de overige Lid-Staten. Maar hiervan is in casu volgens het Hof geen sprake. De werknemers die gedetacheerd worden in het kader van het vrij verkeer van diensten bevinden zich

tijdelijk, zolang de dienst duurt, in de Lid-Staat waar de dienst wordt verricht. Deze (Portugese) werknemers raken de Franse arbeidsmarkt niet, omdat zij na afloop van de dienstverrichting naar Portugal terugkeren. Het gemeenschapsrecht belet de Lid-Staten niet hun wetgeving of cao's te laten gelden voor iedereen, ook tijdelijke werknemers.

### 3.2 *Draagwijdte van het arrest in de zaak Rush Portuguesa*

De uitspraak in de zaak *Rush Portuguesa* is over het algemeen toegejuicht.<sup>17</sup> Ik zou dat ook willen doen. Uit het EG-verdrag volgt dat rechtspersonen het in artikel 59 e.v. bedoelde recht toekomt. Bedrijven die zich begeven in het dienstenverkeer halen hun competitief voordeel steeds vaker uit hun organisatie en de technische vaardigheden. Het eigen personeel is hier vrijwel onmisbaar. Deze werknemers 'maken' in feite de dienst. Het succes van de bedrijven hangt af van de eigen arbeiders. Bovendien is nu het onderscheid tussen vrij verkeer van werknemers en vrij verkeer van diensten verhelderd. Het onderscheid tussen dit dienstenverkeer en het vrij verkeer van vestiging is daarentegen niet verhelderd. Blijkbaar bestaat het verschil hierin dat vestiging een 'vaste inrichting' in de Lid-Staat van vestiging vereist en dat vestiging minder tijdelijk is dan het dienstenverkeer. De overgang tussen deze beide vrijheden blijft onduidelijk.<sup>18</sup>

Er is wel kritiek gekomen op de rechtsoverweging van het Hof dat in het kader van dienstverrichting gedetacheerde werknemers de arbeidsmarkt van de Lid-Staat waar de dienst verricht wordt, niet 'raken'. Rodière heeft veel kritiek gehad op dit onderdeel van de

17 L.W. Gormley, *European Law Review*, 1991, blz. 67 spreekt van een 'balanced judgment' tussen markttoegang en misbruik. H. Verschuere spreekt van een duidelijke en fundamentele aanpak van het Hof, hoewel de draagwijdte en de gevolgen van het arrest niet helder zijn. Zie zijn 'Het arrest Rush Portuguesa. Een nieuwe wending aan het vrij verkeer van werknemers in het Europese Gemeenschapsrecht'. In: *Migrantenrecht*, 1990, blz. 187-188.

18 Weatherill en Beaumont spreken in *EC Law. The Essential Guide to the legal workings of the EC*, Londen, 1993, blz. 507 over het voorbeeld van een bouwonderneming die dicht bij de grens gevestigd regelmatig opdrachten vervult aan de andere kant van de grens.

uitspraak.<sup>19</sup> Het is een formele benadering van het Hof. De gedetacheerde werknemers nemen immers een plaats in die ook door een eigen onderdaan zou kunnen worden vervuld. Indien iemand arbeid in loondienst verricht op het grondgebied van een andere Lid-Staat dan is er toch invloed op de arbeidsmarkt van de Lid-Staat? De formele benadering van het Hof was blijkbaar nodig om het vrij verkeer van werknemers van het vrij verkeer van diensten te scheiden. De vraag doemt hierbij wel op of er een 'Europese arbeidsmarkt' bestaat. Na de uitspraak van het Hof in *Rush Portuguesa* lijkt het daar niet op.<sup>20</sup> De nationale arbeidsmarkten blijven gewoon in stand.

### 3.3 *Reacties naar aanleiding van het arrest Rush Portuguesa*

Het lijkt wel of de hier behandelde uitspraak veel Lid-Staten heeft wakker geschud. Enkele Lid-Staten hebben hun nationale wetgeving aangepast, Frankrijk heeft bijvoorbeeld in een wet van december 1993 'in anticipatie op een richtlijn van de EG' de tijdelijk gedetacheerde werknemers onderworpen aan de Franse regels inclusief cao's betreffende loon, arbeidsvoorwaarden en sociale zekerheid. Alleen voor de regels met betrekking tot het aangaan en verbreken van de arbeidsovereenkomst, de vertegenwoordiging van personeel, vorming en opleiding en arbeidspolitiek is vestiging van een bedrijf in Frankrijk nodig.<sup>21</sup> In een eerdere Franse circulaire werd de benadering van het Hof over het niet raken van de arbeidsmarkt doorgetrokken. De buitenlandse dienstverrichter mag geen extra personeel in Frankrijk meer werven om zijn dienstverrichting te completeren. Deze nieuwe voorwaarde is duidelijk in strijd met het EG-recht.<sup>22</sup>

19 P. Rodière, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1990, blz. 637-638. Vergelijkbare kritiek is er naar aanleiding van een zelfde rechtsoverweging van het Hof in de zaak *Vander Elst*, zie D.-E. Khan, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1994, blz. 602.

20 M.-P. Lanfranchi, *Droit Communautaire et travailleurs migrants des états tiers*, Université d'Aix-Marseille III, 1994, blz. 41 e.v. beweert dat er geen sprake kan zijn van een 'Europese arbeidsmarkt'. De Lid-Staten blijven binnen hun grondgebied bevoegd voor het arbeidsrecht.

21 Artikel 36 de la loi quinquennale no 93-1313 du 20 décembre 1993, *JO* 21 déc. 1993.

22 Zie ook Desmazières, (1993: 483).

In de Europa-akkoorden met enkele landen van Oost-Europa zijn meteen zgn. *Rush Portuguesa*-clausules opgenomen.<sup>23</sup> Bij het te zijner tijd te realiseren vrij verkeer van diensten tussen die landen en de EG zullen dienstverrichters alleen bepaalde categorieën van personeel mogen meenemen.

De Europese Commissie heeft naar aanleiding van *Rush Portuguesa* een conceptrichtlijn opgesteld die in de volgende hoofdstukken zal worden becommentarieerd. Volgens Desmazières de Sechelles moet de overweging van het Hof dat de Lid-Staten hun eigen wetgeving, cao's en dergelijke (unilateraal) mogen toepassen noodzakelijkerwijs gepaard gaan met harmonisatie van enkele arbeidsrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten. Anders zou immers het vrij verkeer van diensten gehinderd kunnen worden.<sup>24</sup>

Ook het Hof heeft 'gereageerd' op de commotie, zou men kunnen zeggen. Terwijl de tekst van de ontwerprichtlijn al tot stand was gekomen wees het Hof het arrest *Vander Elst*.<sup>25</sup> In dit arrest is de lijn *Rush Portuguesa* uitdrukkelijk doorgetrokken naar zgn. derdelanders (geen onderdanen van de Lid-Staten). Frankrijk mag geen vergunning vragen van een Belgische bouwondernemer die legaal in België werkende Marokkanen mee wil nemen bij de dienstverrichting in het eerste land. Net als *Rush Portuguesa* heeft *Vander Elst* betrekking op de sector bouw/openbare werken.

Een verschil tussen de twee arresten is het door het Hof gebruikte vrijheidsbegrip betreffende het dienstenverkeer. Kon in *Rush Portuguesa* nog gesproken worden van een (materiële) discriminatietoets op basis van artikel 60, derde alinea, in *Vander Elst* is het Hof nog resoluter

23 M. Cremona spreekt hierover in haar 'Community relations with the Visegrad group', in *European Law Review*, 1993, blz. 353. Een voorbeeld van zo'n clausule is te vinden in artikel 56, tweede lid juncto artikel 53, tweede lid van het akkoord tussen de Gemeenschap en de Tsjechische Republiek, zie PB L 360, 31 december 1994.

24 Desmazières de Sechelles, op.cit., blz. 483. Volgens hem moeten de oude richtlijnen betreffende het verblijfsrecht ook gewijzigd worden.

25 HvJ 9 augustus 1994, zaak 43/93, *Vander Elst*, Jur. 1994, I-3800. Zie voor een bespreking van dit arrest het artikel van R. van Ooik 'Vrij verkeer onderdanen derde landen in dienst van Europese werkgevers' in *Migrantenrecht*, 1995, blz. 27.

en gebruikt het zgn. ruime vrijheidsbegrip 'verbod van belemmeringen'.<sup>26</sup> Dit niettegenstaande de tekst van artikel 60, derde alinea die lijkt uit te gaan van een discriminatietoets. Blijkbaar heeft het Hof klip en klaar willen stellen dat vergunningseisen en dergelijke volledig uit den boze zijn. Elke niet te rechtvaardigen hinder is in strijd met het EG-verdrag. Uit het ruime vrijheidsbegrip volgt meestal dat er sprake is van een zekere 'home state control'. Indien een derdelander in België legaal een arbeidscontract heeft (voor onbepaalde tijd), dan moet Frankrijk maar aanvaarden dat de Belgische autoriteiten hun werk goed doen en kan er geen vergunning meer geëist worden. Uiteraard mag Frankrijk wel controleren of er sprake is van een legaal contract.

Het Hof lost het door Davies gesignaleerde afwegingsprobleem met betrekking tot detachering in het kader van het vrij verkeer van diensten (zie 2.1.) ogenschijnlijk simpel op. Het vrij verkeer moet sterk gestimuleerd worden, vandaar het gebruik van het ruime vrijheidsbegrip. Maar aan de andere kant mogen de nationale arbeidswetgeving en de cao's onverkort op gedetacheerde werknemers worden toegepast..

### 3.4 *De afbakening tussen het vrij verkeer van vestiging en het vrij verkeer van diensten: het arrest Gebhard*

Terwijl de arresten *Rush Portuguesa* en *Vander Elst* op enigszins eigenaardige gronden een scheiding hebben aangebracht tussen vrij verkeer van werknemers en vrij verkeer van diensten is het onderscheid tussen het vrij verkeer van vestiging en het vrij verkeer van diensten voor ons onderwerp eveneens van belang. In artikel 60, ten 3e EG staat dat de dienstverrichter zijn werkzaamheden tijdelijk mag uitoefenen in het land waar de dienst wordt verricht onder dezelfde voorwaarden

26 Een ander verschil met de zaak *Rush Portuguesa* is dat het Hof in de zaak *Vander Elst* in voltallige zitting bijeen was. Sinds het arrest *Säger*, HvJ zaak 76/90, *Jur.* 1991, I-4221 was al duidelijk dat het Hof artikel 59 interpreteerde in de richting van een ruim vrijheidsbegrip. In *Vander Elst* doet het Hof dat nu ook voor die vorm van het vrij verkeer van diensten die grensoverschrijding van de dienstverrichter (en diens werknemers) noodzakelijk maakt. In de recente zaak *Bosman*, HvJ 15 december 1995, zaak 415/93, nog niet gepubliceerd is het ruime vrijheidsbegrip door het Hof ook toegepast op het in artikel 48 EG geregelde vrij verkeer van werknemers.

als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt. Hiertoe mag hij zijn personeel meenemen. Waar ligt nu de grens tussen beide vrijheden? In geval van vrij verkeer van vestiging, mag de Lid-Staat strengere voorwaarden op gaan leggen dan in het geval van het vrij verkeer van diensten. In geval van vestiging is de in par. 4 te bespreken richtlijn helemaal niet meer van toepassing! Van belang is dus aan te geven waar ongeveer de grens tussen beide vrijheden zich bevindt. Artikel 60, ten 3e omvat juist die vorm van het vrij verkeer van diensten, die het dichtst bij vestiging 'aanschuurt'. De dienstverrichter begeeft zich immers voor enige tijd naar de Lid-Staat waar de dienst moet worden verricht.

Volgens de jurisprudentie van het Hof zijn er twee criteria, die voor het onderscheid tussen dienstenvrijheid en vestigingsvrijheid van belang zijn. Ten eerste is dat het criterium van de tijdelijkheid, de dienstverrichting is per definitie tijdelijk, zolang de dienstverrichting duurt. Vestiging heeft een permanent karakter terwijl dienstverrichting daarentegen al het andere dan duurzame activiteiten omvat: het is precair, onregelmatig en discontinu. Tijdelijkheid kan gemeten worden aan de hand van de duur van de dienst, maar ook aan de hand van de frequentie, de periodiciteit of de continuïteit ervan, aldus het Hof in de Zaak Gebhard.<sup>27</sup>

Het tweede criterium is van geografische aard. De dienstverrichter is in tegenstelling tot degene die zich er vestigt, slechts bijkomstig werkzaam op de markt van de andere Lid-Staat. Het voornaamste centrum van werkzaamheden bevindt zich in een andere staat dan waar de dienst wordt verricht. Dit wil overigens niet zeggen dat de dienstverrichter in deze andere staat geen infrastructuur als een kantoor mag hebben. Wel dient deze infrastructuur nodig te zijn om de diensten te kunnen verrichten, zonder deze zou de dienst niet verricht kunnen worden. In conflictsituaties zal de dienstverrichter moeten bewijzen dat de infrastructuur nodig is om de dienst te kunnen verrichten.

27 HvJ, 30 november 1995, zaak C-55-94, *Jur.* 1995, I-4165. Zie over deze twee criteria en over de afbakening tussen dienstverlening en vestigingsrecht de interessante conclusie van de AG Léger in de zaak *Gebhard*, conclusie van 20 juni 1995. Onder punt 30 stelt hij: 'Strikt juridisch gezien is dat onderscheid delicaat, daar het de resultante is van een combinatie van criteria, zeer sterk afhankelijk van de feitelijke situatie en als zodanig nooit systematisch en nauwkeurig is gedefinieerd'.



Wat betekent dit voor onze situatie? Een Nederlands bouwbedrijf, dat dicht langs de Duitse grens in Nederland gevestigd is maar geregeld activiteiten van een langere duur in Duitsland uitoefent zou wel eens onder de bepalingen van het vrij verkeer van vestiging kunnen vallen. Wil er sprake zijn van dienstverrichting dan moet de betreffende activiteit tijdelijk en discontinu zijn. Doorgaans zijn de activiteiten in de bouw van discontinuë aard en daarom is er meestal sprake van dienstverrichting.<sup>28</sup> Wel kan het gevaar van een 'verkapte vestiging' een extra argument zijn om bepaalde arbeidsvoorwaarden van het land, waar de werkzaamheden worden verricht, van toepassing te verklaren op de werknemers die deze werkzaamheden verrichten. Kortom, een argument ten gunste van een richtlijn detachering.

#### 4 De richtlijn detachering van werknemers met het oog op het verlenen van diensten<sup>29</sup>

##### 4.1 *Het waarom van de richtlijn. De considerans*

Men zou zich kunnen afvragen waarom er besloten is een richtlijn te ontwerpen over detachering in het kader van het vrij verrichten van diensten. De in par. 3 behandelde jurisprudentie is duidelijk genoeg. Enerzijds mag het vrij verkeer niet gehinderd worden, anderzijds staat het gemeenschapsrecht er niet aan in de weg dat de Lid-Staten hun eigen wetgeving of cao's laten gelden, zelfs op werknemers die tijdelijk arbeid in loondienst op hun grondgebied, bijvoorbeeld in het kader van een dienstverlening, verrichten. De Lid-Staten moeten zelf het besluit hiertoe nemen, het gemeenschapsrecht regelt hier niets over.

28 De bouwwerkgevers zien de discontinuïteit van het werk juist als een van de grote economische knelpunten van hun branche. Zie A. Ritsema, 'De verloren strijd van de kleine aannemer'. In: *Intermediair*, 32e jaargang, nr. 18, 3 mei 1996, blz. 47.

29 In deze paragraaf wordt zowel gebruik gemaakt van het 'oude voorstel' in het PB C 187 van 9 juli 1993, blz. 5 als van het 'definitieve (op 29 maart 1996 goedgekeurde) voorstel', dat nog niet openbaar is. Wordt hieronder alleen een artikel genoemd, dan betreft het een bepaling uit het definitieve voorstel. Dit voorstel is ook opgenomen als bijlage in deze bundel.

Waarom dan toch een richtlijn? De mogelijk uiteenlopende reactie van de Lid-Staten alsmede de casuïstische aard van de rechtspraak zouden een algemene regeling in Europees verband nodig kunnen maken. De genoemde arresten en ook het arrest *Vander Elst* zijn beperkt tot concrete gevallen en bepaalde sectoren. *Vander Elst* is uitdrukkelijk beperkt tot werknemers die legaal in het andere land verblijven en werken en er een vaste baan hebben. De arresten zijn niet van toepassing op 'gevoelige diensten' zoals het opereren van uitzendbureaus.

In de considerans van de richtlijn worden een aantal redenen voor een regeling genoemd. Nadat het groeiende belang van het grensoverschrijdend inzetten van werknemers door ondernemingen in het kader van het vrij verrichten van diensten is onderkend wordt geconstateerd dat deze ontwikkeling een situatie van 'eerlijke mededinging' vereist alsmede een zekere garantie van de rechten van de werknemers. Daarnaast zou het van het allerhoogste belang zijn voor partijen de voorwaarden vast te stellen die voor de betreffende arbeidsverhouding gelden. Hieruit blijkt dat de Commissie kiest voor 'eerlijke mededinging' en de rechtszekerheid als argumenten voor een regeling van detachering van werknemers in het kader van het vrij verkeer van diensten.

In het tweede verslag van het Europese Parlement over een eerder versie van de richtlijn worden vier redenen genoemd voor de regeling. Ten eerste het wegnemen van wettelijke belemmeringen en onzekerheden door het duidelijk vastleggen van de toepasselijke arbeidsvoorwaarden. Ten tweede het coördineren van de wettelijke verplichtingen waaraan ondernemingen die zich in het grensoverschrijdende dienstenverkeer willen begeven zich moeten houden. Ten derde het wegnemen van concurrentievervalsing via sterke loonverschillen binnen de EG. Tenslotte het beschermen van de werknemers tegen uitbuiting.<sup>30</sup> Uit deze opsomming blijkt dat er meerdere redenen zijn om een regeling te wensen, een hoofdreden kan hieruit moeilijk gedestilleerd worden.

30 Europees Parlement, Rapport van 27 januari 1993. Zittingsdocument A 3-0022/93, EP 152.299/2 eindv.

## 4.2 Doel en inhoud

Het doel van de richtlijn is een coördinatie op enkele punten van de wetgevingen van de Lid-Staten in de vorm van een vastlegging van een zgn. 'kern van dwingende bepalingen voor minimale bescherming'. Coördinatie betekent dat de nationale wetgevingen in principe in stand blijven maar op elkaar dienen te worden afgestemd. De bedoelde coördinatie kan volgens de considerans alleen via communautaire regelgeving tot stand worden gebracht. Deze uitgebreide redenering in het 'oude voorstel' is niet terug te vinden in de definitieve tekst. De redenering was nogal dwingend verwoord, namelijk zolang de bestaande verschillen met betrekking tot de sociale rechten die door de van kracht zijnde nationale wetgevingen en cao's worden gegarandeerd nog niet zijn verkleind of weggewerkt zouden de wetgevingen van de Lid-Staten moeten worden gecoördineerd.

Een dergelijk doel past overigens wel in het verlengde van de in artikel 117 genoemde doelstellingen ('op de weg van de vooruitgang'). Volgens het Economisch en Sociaal Comité (ESC) miste een eerdere versie van het voorstel door de vele redenen een vastomlijnd doel.<sup>31</sup> Het doel is inmiddels nog steeds niet erg duidelijk en hangt deels af van de reikwijdte van de zgn. 'kern van dwingende bepalingen'. Wel blijkt duidelijk uit het ontwerp, dat er sprake is van coördinatie en niet van harmonisatie. Het gaat uitsluitend om het van toepassing verklaren van een deel van de nationale wetgeving op grensoverschrijdende gevallen. Zelfs van partiële harmonisatie waarvan de richtlijn overgang van onderneming een voorbeeld is, lijkt geen sprake. Toch blijkt uit de ervaringen met de Verordening 1408/71 met betrekking tot de sociale zekerheid dat coördinatie en harmonisatie soms dicht bij elkaar liggen.<sup>32</sup> Het Hof van Justitie kan immers gevraagd worden om bepaalde begrippen in de richtlijn, indien deze van kracht zou zijn geworden, uit te leggen. Om dit moeilijker te maken zijn in de tekst en de annex van de 'definitieve tekst' bepalingen en verklaringen

31 Advies, PB C 49 van 24 februari 1992, blz. 41.

32 Ook R. Delarue wijst in zijn in de bundel van Van Regenmortel, A. en Jorens, Y. (red.), *Internationale Detachering* opgenomen artikel 'Detacheringen sociale dumping: een theoretische benadering' op dit gevaar, blz. 301.

van de Raad en de Commissie opgenomen waarin staat, dat bepaalde begrippen als minimumloon en werknemer nationaal dienen te worden ingevuld.

Artikel 3, eerste lid van de 'definitieve tekst' van de richtlijn bepaalt dat de kern van dwingende bepalingen, door de tot de personele werkingssfeer behorende ondernemingen moet worden toegepast op gedetacheerde werknemers, die tijdelijk werk uitvoeren op het grondgebied van de Lid-Staat waar de diensten worden verricht. Dit dient zelfs te gebeuren indien een andere wetgeving op de arbeidsverhouding van toepassing is. Zijn de arbeidsvoorwaarden van deze andere wetgeving echter gunstiger voor de werknemer, dan verhindert de 'definitieve tekst' niet dat deze gunstiger voorwaarden worden toegepast (artikel 3, derde lid). Hier wordt dus in tegenstelling tot het EVO wel expliciet gekozen voor het gunstigheidsbeginsel. Dit betekent dat een werkgever of een nationale rechter een soort comparatief onderzoek zal moeten gaan opzetten om de twee nationale systemen van arbeidsvoorwaarden te kunnen bekijken en vergelijken.<sup>33</sup>

#### 4.3 *De gekozen rechtsgrondslag*

De ontwerprichtlijn is gebaseerd op artikel 57, tweede lid en artikel 66. Uit de reactie op eerdere voorstellen blijkt dat deze gekozen rechtsgrondslag nogal onzeker is. Artikel 57, tweede lid, opgenomen in het verdragshoofdstuk betreffende het vestigingsrecht, spreekt over vast te stellen 'richtlijnen inzake de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Statens betreffende de toegang tot werkzaamheden, anders dan in loondienst, en de uitoefening daarvan'. Artikel 66 verklaart dit artikel van overeenkomstige toepassing op het vrij verkeer van diensten. Een probleem blijft dat artikel 57, tweede lid slechts spreekt over zelfstandigen en niet over werknemers. In het advies van het Economisch en Sociaal Comité wordt voorgesteld om artikel 100A in combinatie met artikel 66 als rechtsgrondslag te nemen.<sup>34</sup>

Volgens Steck deugt geen enkele mogelijke rechtsgrondslag voor de regeling van het onderhavige onderwerp. Ook artikel 100 zou niet

33 Strikwerda wijst op dit probleem voor de nationale rechter. Zie zijn 'Europees conflictenrecht overeenkomsten'. In: *SEW*, 1991, blz. 510.

34 Advies, PB C 49/41 van 24 februari 1992.

geschikt zijn, omdat dit artikel een 'rechtstreekse invloed op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt' eist. Een regeling van arbeidsvoorwaarden en dergelijke zou geen voldoende rechtstreekse relatie hebben met de gemeenschappelijke markt. Een aanwijsbaar negatief effect van het te regelen voorwerp op de markt is nodig, aldus Steck.<sup>35</sup> Van een negatieve beïnvloeding van de mededinging op de gemeenschappelijke markt is volgens Steck geen sprake. Integendeel, het verplicht opleggen van wetgeving en cao's op werknemers die tijdelijk op het eigen grondgebied verblijven, moet volgens haar gezien worden als een belemmering van het vrij verkeer van diensten. Een concurrentievoordeel bestaande uit een lager loon kan zo niet worden genoten.

Artikel 235 kan volgens Steck eveneens niet dienen om er de ontwerprichtlijn op te baseren. Artikel 235 staat passende maatregelen toe, indien 'een optreden van de Gemeenschap noodzakelijk blijkt, om in het kader van de gemeenschappelijke markt, een der doelstellingen van de Gemeenschap te verwezenlijken'. Het artikel mag niet te ver opgerekt worden volgens Steck. Hier komt ze met hetzelfde argument, dat prijsconcurrentie en protectionisme m.b.t. de lonen de (bedoelingen van de) gemeenschappelijke markt juist zouden schaden.<sup>36</sup>

Ik ondersteun deze visie niet. Tot de doelstellingen van de Gemeenschap en inherent aan het begrip gemeenschappelijke markt hoort een 'onvervalste' mededinging. Een 'onvervalste mededinging' veronderstelt een 'eerlijke mededinging' zoals genoemd in de considerans van de ontwerp-richtlijn. Aangezien de visie van Steck in de Gemeenschap niet universeel wordt aangehangen kan zij niet gebruikt worden om het gemeenschapsrecht uit te leggen.<sup>37</sup> Uit de genoemde arresten van het Hof van Justitie volgt overduidelijk dat Lid-Staten eigen wetgeving en cao's en dergelijke mogen toepassen op werknemers die tijdelijk arbeid in loondienst op hun grondgebied verrichten. Wel laat het Hof het aan de Lid-Staten zelf over om hun wetgeving toe

35 En dit is niet te vinden. B. Steck, 'Geplante Entsende-Richtlinie nach Maastricht ohne Rechtsgrundlage?'. In: *EuZW*, 1994, blz. 141.

36 Steck (1994: 142).

37 In Nederland begint overigens de discussie over 'geordende' concurrentie door middel van de arbeidsvoorwaarden langzaam van de grond te komen. Zie *Staatscourant*, nr. 176, 12 september 1995, blz. 6.

te passen. Het dwingend voorschrijven gaat natuurlijk wat verder. Maar het is geen probleem, indien een meerderheid van alle Lid-Staten hiervoor te vinden is.

Hier ligt het grote probleem. Juist doordat er binnen de Gemeenschap verschillende visies over looncurrentie bestaan, is het moeilijk om tot unanimiteit te komen. Daarom zijn de artikelen 235, 100 en 100A, tweede lid (het gaat hier duidelijk om rechten en belangen van werknemers) niet zo interessant als rechtsgrondslag. Unanimiteit wordt hier immers voorgeschreven. Als rechtsgrondslag acht ik de artikelen 100, 100A, tweede lid en artikel 235 acceptabel, aangezien het niet regelen een groot gevaar kan betekenen voor het vrij verkeer van diensten zelf. (Artikel 57, tweede lid juncto artikel 66 eist ook unanimiteit). Artikel 100 is een betere rechtsgrondslag, omdat de belangen van de gedetacheerde werknemers in het geding zijn en niet alleen die van de dienstverrichter.

Waarom wordt artikel 59 niet als rechtsgrondslag genomen, eventueel in samenhang met artikel 117? Zelf acht ik dit de beste rechtsgrondslag.<sup>38</sup> Het gaat immers om de uitleg van het begrip 'voorwaarden' in artikel 60, 3e alinea. De vorm van dienstverrichting die een grensoverschrijding van de dienstverrichter met zijn werknemer nodig maakt is volgens het verdrag mogelijk onder 'dezelfde voorwaarden' als die gelden voor dienstverrichters uit het land waar de dienst verricht wordt. In het verdrag is deze regeling te vinden omdat deze vorm van dienstverrichting het dichtst tegen het vestigingsrecht aanzit.

De Sociale Overeenkomst van Maastricht zou nog een mogelijke rechtsgrondslag kunnen zijn. Met gekwalificeerde meerderheid van stemmen kunnen richtlijnen uitgevaardigd worden op het gebied van de arbeidsvoorwaarden. Het begrip 'beloning' is echter volledig uitgezonderd van de werkingssfeer. Deze mogelijke rechtsgrondslag valt hiermee af.

#### 4.4 *De personele werkingssfeer*

Volgens artikel 1, eerste lid van de 'definitieve tekst' is de richtlijn van toepassing op in een Lid-Staat gevestigde ondernemingen die

38 Dit is ook de keuze van het Europese Parlement, verslag 27 januari 1993. Zie noot 30.

bepaalde 'transnationale maatregelen' nemen. Bepalend voor de werkingssfeer is of de onderneming gebruik maakt van het vrij verkeer van diensten. De personele werkingssfeer richt zich op ondernemingen, niet op werknemers. Omdat het gaat om vrij verkeer van diensten is dit begrijpelijk. Het is echter eigenaardig omdat werknemersbescherming een van de doelen van de richtlijn is.

Het begrip 'onderneming' zou mijns inziens zo ruim mogelijk omschreven moeten worden. Ook publiekrechtelijke ondernemingen kunnen dunkt mij onder de definitie vallen. In derde staten gevestigde ondernemingen vallen niet onder de personele werkingssfeer, maar zij mogen volgens artikel 1, vierde lid van de 'definitieve tekst' geen gunstiger behandeling krijgen dan de wel in de EG gevestigde ondernemingen. Helemaal niet onder de richtlijn vallen ondernemingen van de koopvaardijvloot voor wat betreft het varende personeel (artikel 1, tweede lid van de 'definitieve tekst').

Het gaat dus om 'transnationale maatregelen'. De 'definitieve tekst' heeft drie limitatief genoemde soorten maatregelen op het oog.

Ten eerste (artikel 1, derde lid, sub a) gaat het om het geval dat de bedoelde onderneming een werknemer op het grondgebied van een Lid-Staat 'detacheert' ten behoeve van en onder leiding van diezelfde onderneming, terwijl er sprake moet zijn van de tenuitvoerlegging van een overeenkomst tussen de onderneming en een dienstontvanger. Personeel van professionele transportondernemingen en mobiel personeel van een pers, radio, t.v. of filmonderneming vallen niet onder 'gedetacheerd personeel' in de zin van artikel 1, derde lid, sub a (zie annex II,3) omdat er immers sprake moet zijn van een overeenkomst.

Bij deze eerste 'transnationale maatregel' gaat het louter om het grensoverschrijdend inzetten door de dienstverrichter van de eigen werknemers. De werknemer wordt niet 'uitgeleend' aan een ander bedrijf. Is hier eigenlijk wel sprake van 'detachering'? Er bestaan geen wettelijke definities van dit begrip naar Nederlands of Belgisch recht. Naar Nederlands spraakgebruik wordt vaak onder detachering verstaan 'het tijdelijk uitlenen van arbeidskrachten die bij de uitlener in dienst zijn'.<sup>39</sup> Detacheren is in dat geval hetzelfde als uitlenen.

39 Y.A.E. van Houte, 'Detacheren en ter beschikking stellen; de wetgeving en de realiteit'. In: *Sociaal Recht*, 1995, p. 247.

In het geval sub a gaat het daarentegen om 'tijdelijk grensoverschrijdend tewerkstellen'. In Duitsland spreekt men hier van 'Entsendung', in het Nederlands zou men dan van 'uitzending' moeten spreken.

Ten tweede (artikel 1, derde lid, sub b) wordt het geval genoemd, van de onderneming die een werknemer 'detacheert' bij een van haar vestigingen (binnen de Gemeenschap) of bij een andere onderneming van hetzelfde concern (die in een Lid-Staat is gevestigd). Ook hier moet er gedurende de duur van de detachering een arbeidsovereenkomst bestaan tussen de eerstgenoemde onderneming en de werknemer en is er de band met het grondgebied van de Gemeenschap. Deze tweede 'transnationale maatregel' is de eigenlijke detacheringvorm. De leiding gaat over naar de inlener. Een expliciete koppeling met een gesloten overeenkomst tussen de ondernemer en de dienstontvanger wordt hier niet gemaakt.

Tenslotte (artikel 1, derde lid, sub c) betreft het een onderneming die werknemers ter beschikking stelt of een uitzendbureau. Deze 'detacheert' een werknemer bij een inlenende onderneming. Er moet gedurende de duur van de 'detachering' een arbeidsverhouding bestaan tussen het bureau en de werknemer. Opnieuw is de band met het grondgebied van de Gemeenschap van belang. De inlenende onderneming moet in een Lid-Staat zijn gevestigd of er een activiteit verrichten. De leiding gaat over van de werkgever naar de inlener. De arbeidsovereenkomst met de werkgever/het uitzendbureau blijft in stand. Een expliciete koppeling met een gesloten overeenkomst tussen de ondernemer en de dienstontvanger wordt hier eveneens niet gemaakt. De ontwerp-richtlijn verhindert overigens op geen enkele wijze de toepassing door de Lid-Staten van hun wetgeving met betrekking tot het ter beschikking stellen van werknemers en die betreffende uitzendbureaus.

Detachering is in de richtlijn dus een zeer ruim begrip. Het territoriale element is van belang. Een gedetacheerde werknemer is een werknemer, die in een andere Lid-Staat voor een beperkte duur zijn werk verricht (artikel 2, eerste lid). Het werknemersbegrip wordt bepaald naar het recht van de Lid-Staat waar de werknemer is gedetacheerd (artikel 2, tweede lid)



#### 4.5 *De materiële werkingssfeer*

In artikel 3, eerste lid van de 'definitieve tekst' worden limitatief zeven 'zaken' genoemd, die onder de materiële werkingssfeer van de richtlijn vallen. Het betreft hier de 'kern van dwingende bepalingen'. De 'zaken' kunnen vermeld staan in algemene wettelijke, bestuursrechtelijke of administratieve bepalingen. Anderzijds kunnen de 'zaken' ook vermeld staan in cao's of scheidsrechterlijke uitspraken, maar dan betreft het alleen cao's en uitspraken met betrekking tot activiteiten in de bouwsector zoals genoemd in een bij de ontwerp-richtlijn gevoegde annex. Hoewel deze richtlijn qua werkingssfeer niet beperkt is tot de bouwsector, blijkt hieruit wel dat de situatie in de bouw als urgent wordt beschouwd. Cao's buiten de bouwsector kunnen uiteraard ook worden toegepast op tijdelijk gedetacheerde werknemers maar dan dient dat te gebeuren op grond van nationaal recht. Volgens het arrest *Rush Portuguesa* is dat immers geen probleem.<sup>40</sup> Daarnaast vermeldt artikel 3, achtste lid dat het moet gaan om algemeen verbindend verklaarde cao's of uitspraken. Dit zijn overeenkomsten of uitspraken die door alle ondernemingen in het betreffende geografische gebied en in de betreffende beroepsgroep of bedrijfstak moeten worden nageleefd. Bij afwezigheid van een systeem van algemeen verbindend verklaring kan met algemeen geldende cao's of uitspraken worden volstaan. Dit zijn overeenkomsten of uitspraken welke hetzij algemeen van toepassing zijn in het betreffende gebied of de betreffende bedrijfstak, hetzij overeenkomsten die gesloten zijn door de meest representatieve sociale partners op nationaal niveau en die op het hele nationale grondgebied werkzaam zijn. Bij algemene cao's of uitspraken moet een gelijke behandeling met betrekking tot de kern van dwingende bepalingen gewaarborgd zijn tussen de onderneming die aan het vrij verkeer van diensten wil deelnemen en de op het nationale grondgebied gevestigde ondernemingen die zich in een soortgelijke situatie bevinden. Dit is nodig omdat deze categorieën geen erga omnes werking hebben in tegenstelling tot de algemeen verbindend verklaarde overeenkomsten. Deze categorieën zijn in latere versies van de concept-richtlijn opgenomen om tegemoet te komen aan de rijke praktijk ter zake van de diverse Lid-Staten.

40 Zie ook artikel 3, lid 10, tweede gedachtenstreepte van de ontwerp-richtlijn.

Bij de harde kern gaat het ten eerste om maximale werk- en minimale rustperiodes. Voor de interpretatie van rustperiodes moet verwezen worden naar Richtlijn 93/104 betreffende bepaalde aspecten van de werktijden. Rustperiodes worden hier gedefinieerd als niet-werkperiodes. Ook het niet werken ten gevolge van seizoensarbeid wordt als rustpauze gezien. De omschrijving is veel minder precies dan in het 'oude voorstel'. Hier werden werk op zaterdag en zondag en nachtwerk ook genoemd.

Ten tweede wordt het minimumaantal betaalde vakantiedagen genoemd. Feestdagen worden in de 'definitieve tekst' niet meer vermeld.

In de derde plaats volgen minimumlonen. Overwerkvergoedingen worden meegenomen. Ik neem aan dat het hier in ieder geval om de wettelijke minimumlonen gaat. Voor zover de lonen in de betreffende cao's hoger zijn zullen die lonen gelden. Het begrip minimumloon wordt gedefinieerd door nationale wetgeving en of nationale praktijken (lees: cao's) van het land waar de dienst wordt verricht. Uitkeringen uit hoofde van particulier bedrijfsstelsels worden niet meegenomen.

Ten vierde worden de voorwaarden voor de terbeschikkingstelling van werknemers, inzonderheid de levering van arbeidskrachten door uitzendbureaus genoemd. Hierbij geldt dus de wetgeving van de plaats van tewerkstelling van de werknemers. De ontwerprichtlijn beoogt absoluut niet een erkenning van het verschijnsel uitzendbureau. Dit is in sommige Lid-Staten (zoals Spanje) nogal een gevoelig punt.

Als vijfde 'zaak' volgen de regels, cao's en uitspraken betreffende de arbeidsomstandigheden, te weten die betreffende gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk.

De zesde 'zaak' betreft 'beschermende maatregelen met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden van zwangere vrouwen of van vrouwen die recentelijk zijn bevallen'. Ook maatregelen betreffende jongeren, kinderen en andere groepen die bijzondere bescherming genieten vallen onder deze 'zaak'.

Tenslotte zijn regelingen betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen en afschaffing van discriminatie op grond van huidskleur, ras, religie, overtuiging, nationaliteit, sociale achtergrond of seksuele geaardheid genoemd.

#### 4.6 *Arbeidsverhoudingen van korte duur*

Over de minimale duur van de detachering is veel te doen geweest. De Commissie wilde de verplichting het in het land van tijdelijke tewerkstelling gangbare minimumloon en het minimumaantal betaalde vakantiedagen toe te kennen pas in laten gaan na een termijn van drie maanden. Arbeidsverhoudingen van korte duur zouden zo niet al te zeer 'verstoord' worden. Een verstoring zou het vrij verkeer van diensten te zeer belemmeren. Uiteindelijk is een termijn van één maand in de 'oude voorstel' overeengekomen na verzet van het Europees Parlement en enkele Lid-Staten tegen de oorspronkelijke termijn. De Commissie vond de termijn van een maand een absoluut minimum. Bij de berekening van de termijn gaat het om een functie, niet om een werknemer.

In de 'definitieve tekst' keert de minimumtermijn van een maand niet terug. De Commissie heeft hier moeten inleveren. Wel zijn er een aantal nieuwe specifieke uitzonderingen voorzien. Ten eerste is de harde kern voor wat betreft het minimumloon en het minimumaantal betaalde vakantiedagen niet van toepassing op overeenkomsten met betrekking tot het leveren van goederen waarbij bepaald gespecialiseerd personeel dit goed in een andere Lid-Staat moet installeren. Deze installatie moet wel onmisbaar zijn voor de inwerkingstelling van het goed. Een bewijselement lijkt hier te worden ingebracht. Bovendien mag de detachering in dit specifieke geval niet langer dan acht dagen duren (artikel 3, tweede lid). Deze uitzondering geldt niet voor in de annex genoemde activiteiten in de bouwsector (zie annex I bij de 'definitieve tekst').

Een tweede uitzondering is geregeld in artikel 3, leden 3 en 4. Aan de Lid-Staten wordt de mogelijkheid geboden na consultaties van de sociale partners volgens de nationale praktijken van elke Lid-Staat, de harde kern voor wat betreft het minimumloon niet toe te passen op detacheringen die de termijn van één maand niet te boven gaan. In het vierde lid is een algemene derogatiemogelijkheid voorzien, ook aan hetgeen in het derde lid is bepaald. Deze derogatie kan gebeuren via algemeen verbindend verklaarden of algemeen geldende cao's in de zin van artikel 3, achtste lid. Detacheringen door uitzendbureaus (artikel 1, derde lid, sub c) mogen niet onder deze uitzondering vallen.

Een derde uitzondering is geregeld in het vijfde lid van artikel 3. Er wordt hier een nieuwe categorie geïntroduceerd, werken van

'geringe omvang (*faible ampleur*)'. Het staat aan de Lid-Staten om dit begrip in te vullen. Een derogatie aan de harde kern voor wat betreft het minimumloon en het minimumaantal vakantiedagen is mogelijk voor deze werken. Detacheringen door uitzendbureaus mogen eveneens niet onder deze uitzondering vallen.

Over de maximale duur van de detachering laat de ontwerprichtlijn zich niet precies uit. Wel is het woord 'tijdelijk' een aantal keren te vinden en wordt er soms een relatie gelegd met het werk of de dienst. Maar aangenomen moet worden dat, zodra de dienst is afgelopen ook de detachering zal eindigen. De EG-richtlijnen betreffende het vrij verkeer van werknemers gaan voor tijdelijke werknemers of seizoensarbeiders uit van een termijn van maximaal 1 jaar.<sup>41</sup>

## 5 Afweging sociaalrechtelijke en Europeesrechtelijke aspecten

### 5.1 Algemene kritiek op de ontwerprichtlijn

Ondanks de forse kritiek van een aantal Lid-Staten is het het Italiaanse voorzitterschap toch gelukt de tekst van het 'definitieve voorstel' aangenomen te krijgen volgens de procedure van artikel 189B EG-Verdrag (gekwaliceerde meerderheid van stemmen). Italië was in een eerder stadium samen met het Verenigd Koninkrijk, Portugal en Ierland tegen een richtlijn. In maart 1996 bleken alleen het Verenigd Koninkrijk en Portugal nog tegen de richtlijn. Er was geen blokkerende minderheid meer aanwezig.

Het Verenigd Koninkrijk is een voorbeeld van een land, dat de visie aanhangt dat concurrentie op arbeidsvoorwaarden in een interne markt mogelijk moet zijn, ja zelfs wenselijk is.<sup>42</sup> Dit land lijkt welhaast tegen elke vorm van sociale regelgeving op Europees niveau met

41 Zie bijvoorbeeld Richtlijn 68/360. F.-J. Schöne vindt dat het criterium 'tijdelijkheid' bij diensten moet worden losgelaten. De markt zou dit eisen. Zie zijn dissertatie *Dienstleistungsfreiheit in der EG und deutsche Wirtschaftsaufsicht*, München, 1989, blz. 47-48.

42 Ook de Britse Euro-Commissaris Sir Leon Brittan had zich op een bijeenkomst van de 'Chamber of Commerce and Industry' van Dorset van juli 1991 fel uitgelaten tegen de conceptrichtlijn.

uitzondering van arbeidsomstandigheden. Enkele zuidelijke Lid-Staten waaronder Portugal zijn bang hun 'concurrentievoordeel', onder andere bestaande uit relatief goedkope bouwvakkers, te verliezen en zijn eveneens tegen de richtlijn. Enkele noordelijke Lid-Staten waren tegen de uitzonderingstermijn van één maand voor detacheringen van korte duur, maar nu de uitzonderingen zijn beperkt tot bepaalde welomschreven gevallen, zijn deze staten voor de richtlijn.

Ook in de literatuur is er een behoorlijke kritiek geweest op het voorstel. Steck vindt dat loonverschillen een legitiem onderdeel zijn van de mededinging in de EG.<sup>43</sup> De ontwerprichtlijn gaat volgens haar het kader van coördinatie te buiten, aangezien er door het gunstigheidsprincipe sprake is van een minimumregeling. Het vergelijken van de arbeidsvoorwaarden in het gastland met de eigen arbeidsvoorwaarden zal voor de werkgever/dienstverrichter een enorme bureaucratische activiteit met zich mee brengen. Het voorstel hindert volgens haar daarom het vrije dienstenverkeer. Opgemerkt moet worden dat de werkgever verplicht is de werknemer mededeling te doen over zijn arbeidsvoorwaarden, ook bij uitzending naar een ander land. Dit blijkt uit artikel 4, eerste lid van Richtlijn 91/533 betreffende het verschaffen van informatie over de arbeidsverhouding aan de werknemer.

De Bremense hoogleraar arbeidsrecht Däubler is buitengewoon negatief. Hij spreekt over 'een slag in de lucht'.<sup>44</sup> Het voorstel brengt volgens hem weinig nieuws, veel van wat in de tekst wordt geregeld is ook al op basis van nationaal collisierecht het geval. Het minimumaantal vakantiedagen en het minimumloon zijn de enige nieuwe elementen. Een probleem is de verschillende rechtskracht van cao's in de Lid-Staten. Naar Duits recht hebben loonregelingen en regelingen met betrekking tot vakantiedagen in cao's geen erga omnes werking en verbinden ze alleen de caopartijen.<sup>45</sup> In Frankrijk wordt de binding van de werkgever voldoende geacht en over de werking van cao's in Groot-Brittannië hoeft niet veel gezegd te worden. Een deel van de kritiek van Däubler is niet meer van toepassing sinds de 'definitieve

43 Steck, (1994: 140-141).

44 W. Däubler, 'Der Richtlinienvorschlag zur Entsendung von Arbeitnehmern', blz. 373. Het artikel is in de Nederlandse vertaling terug te vinden in *Sociaalrechtelijke Kronieken*, 1994, 5, p. 195.

45 Däubler (1994: 195).

tekst', dit geldt ook voor de kritiek van Delarue.<sup>46</sup> Algemeen geldende cao's kunnen als cao's in de zin van de richtlijn worden opgevat.

De kritiek van Däubler wat betreft de 'nieuwheid' van de kern van dwingende bepalingen kan ik delen. Veel van de tot de materiële werkingssfeer behorende 'zaken' zijn ook geregeld in andere EG-richtlijnen.<sup>47</sup> Zou het niet beter zijn de bestaande richtlijnen van toepassing te verklaren op werknemers die tijdelijk in het kader van het vrij verkeer van diensten werkzaamheden verrichten op het grondgebied van een andere staat en de materiële werkingssfeer van de ontwerp-richtlijn te beperken tot minimumlonen en bepaalde arbeidsvoorwaarden?

## 5.2 *Eigen visie*

Naar mijn mening verdient een Europese richtlijn detachering met een zo klein mogelijke materiële werkingssfeer toch de voorkeur boven de door Däubler bepleite nationale oplossing. De grote onduidelijkheid en de verschillende meningen over het begrip 'hinderen' van het vrij verkeer van diensten vragen hierom. Oplossingen per Lid-Staat kunnen behoorlijk gaan uiteenlopen. Het EVO met al zijn gebreken zou volledig van toepassing blijven, terwijl alle Lid-Staten dit EVO nog niet hebben geratificeerd. Bij gebreke aan een richtlijn ligt het in de lijn der verwachting dat ook het Hof binnenkort weer zal worden gevraagd een zaak te beslechten op het gebied van de afweging tussen vrij verkeer enerzijds en lonen en arbeidsvoorwaarden anderzijds. Van der Steen wijst er al vast op dat het evenredigheidsbeginsel in dit verband van belang blijft. Er mag door nationale maatregelen geen onevenredige

46 Zie diens artikel in Van Regenmortel, A. en Jorens, Y. *Internationale Detachering*, blz. 209-309.

47 Hier kunnen genoemd worden de Richtlijn 93/104 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, de Richtlijn 92/85 betreffende de bescherming van zwangere vrouwen op het werk en de Richtlijn 94/33 betreffende de bescherming van jongeren op het werk. Wellicht kunnen ook andere bestaande richtlijnen uitdrukkelijk van toepassing verklaard worden op gedetacheerde werknemers in het kader van het vrij verkeer van diensten, zoals bijvoorbeeld Richtlijn 80/987 betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever.

inbreuk op het vrij verkeer van diensten plaatsvinden. De sociale maatregelen mogen ook niet verder gaan dan noodzakelijk is.<sup>48</sup>

Het is natuurlijk denkbaar dat in Europa de sociale partners van meerdere Lid-Staten tot een 'Europese cao' zouden kunnen komen.<sup>49</sup> Het valt sterk te betwijfelen of zonder 'hulp' van de wetgever een wettelijke tekst, zoals die nu tot stand is gekomen, het licht zou hebben gezien. Bovendien verschillen de cao's qua werking per Lid-Staat.

De richtlijn detachering is dus nog niet zo een slechte oplossing. De rechten en arbeidsvoorwaarden die al afdoende in andere (Europese) regelingen vervat zijn behoeven mijns inziens niet te worden opgenomen in de ontwerp-richtlijn. Bescherming van zwangere vrouwen volgt bijvoorbeeld uit een andere richtlijn. Gelijke behandeling op grond van geslacht is eveneens al vereist op grond van andere europees-rechtelijke bepalingen.

Verplicht en van openbare orde zijn veiligheid op de werkplek en de arbeidstijden. Ten aanzien van dit soort rechten zou een volledig en absoluut non-discriminatiebeginsel moeten gelden. Tijdelijke werknemers worden gelijk behandeld met de eigen onderdanen/werknemers van de Lid-Staat. Elk onderscheid is onaanvaardbaar. Het opnemen in de ontwerp-richtlijn is niet echt nodig, het nationale arbeidsrecht kan zich hier doorzetten ook ten aanzien van tijdelijk op het grondgebied gedetacheerde werknemers in het kader van het vrij verrichten van diensten. In de ontwerp-richtlijn wordt expliciet aangegeven, dat de Lid-Staten hun bepalingen van openbare orde buiten de 'dwingende kern' mogen blijven toepassen op een gelijke manier op nationale ondernemingen en die uit andere landen (artikel 3, tiende lid, eerste gedachtenstreepje).

Blijven over de minimumlonen en bepaalde arbeidsvoorwaarden als betaalde vakantiedagen. Deze horen inderdaad in de ontwerp-richtlijn thuis. Hogere lonen dan de minimumlonen mogen uiteraard betaald blijven worden. Wat de vakantiedagen betreft, moet wel gewaakt worden voor coördinatieproblemen. Wellicht is een comparatief onder-

48 I. van der Steen, 'Detachering en arbeidsrecht'. In: *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 1995, blz. 53.

49 Volgens D. Corbey (werkzaam bij de Hout en Bouwbond FNV) zijn op Europees niveau de sociale partners in de bouwsector het eens geworden over de wenselijkheid van een goede detacheringsrichtlijn. Zie *NRC Handelsblad*, 10 april 1995.

zoek hier nodig. Verschillen de nationale wetgeving van de Lid-Staten werkelijk zodanig dat een regeling in een richtlijn noodzakelijk is? Men moet hier mijns inziens de noodzakelijkheid en de coördinatieproblemen afwegen.

Een dergelijke oplossing, een richtlijn met een weinig omvangrijke materiële werkingssfeer, zou recht doen aan de afweging die het Hof van Justitie heeft gemaakt. Het dilemma dat Davies in zijn artikel schetst zou hiermee minder scherp kunnen worden gemaakt. De integriteit van het nationale arbeidsrecht blijft zoveel mogelijk in stand, terwijl het dienstenverkeer zich vrij kan blijven ontwikkelen.

### 5.3 *Praktische knelpunten*

De regeling in de richtlijn leidt ook tot enige praktische knelpunten. Een punt dat Däubler heeft genoemd wil ik hier eveneens noemen. Hoe moet de berekening van vakantiedagen verlopen? Is er sprake van anticumulatie? Hoe zit het met het recht op het doorschuiven van vakantiedagen? In Duitsland is dit bijvoorbeeld beperkt mogelijk. Steck heeft al gewezen op de activiteiten die de werkgever moet ondernemen, hij zal een studie moeten maken van het in het gastland geldende arbeidsrecht. Dit zal praktische hindernissen kunnen opleveren. Coördinatie kan er in dit verband toe leiden dat het Hof van Justitie zal moeten worden ingeschakeld.

Een ander knelpunt is dat er geen maximumtermijn is gesteld aan de duur van de detachering. Er wordt alleen een relatie gelegd met het werk of de dienst. Zodra het werk is afgerond of de dienst is verricht, is de detachering afgesloten. Een geruisloze overgang van grensoverschrijdende vrije dienstverrichting naar vestigingsrecht met andere geldende voorwaarden kan zo mogelijk zijn. Gezien het discontinue karakter van veel bouwactiviteiten zal dit in deze sector geen noemenswaardige problemen hoeven opleveren.

Een derde potentieel knelpunt ligt in de sfeer van de handhaving. Dit is eigenlijk te summier geregeld in de richtlijn. De handhaving door de nationale bevoegde instanties en de samenwerking tussen die instanties heeft in de 'definitieve versie' aandacht gekregen in de artikelen 4 en 5. Deze handhaving moet gezien de jurisprudentie van het Hof op een niet-discriminatoire manier geschieden en sancties



moeten evenredig aan de overtreding zijn. De Lid-Staten hebben het volste recht om tegen misbruik op te treden, maar de handhaving moet niet zo strikt zijn dat het vrij verkeer van diensten erdoor in feite onmogelijk wordt gemaakt. Over de controlebevoegdheid is een duidelijke uitspraak gedaan door de AG Tesauro in de zaak *Vander Elst*.<sup>50</sup> Voor werknemers die uit derde landen afkomstig zijn stelt hij een mededelingsplicht voor aan de regering van de Lid-Staat waar de dienst wordt verricht. Bewijs dat er sprake is van een regelmatig arbeidscontract in de Lid-Staat van herkomst van de dienstverrichter zou door deze kunnen worden overlegd. De daaropvolgende controles moeten een formeel karakter hebben en mogen het dienstenverkeer niet onmogelijk maken. Een dergelijke samenwerking zou de controle in goede banen kunnen leiden zonder het dienstenverkeer al te veel te hinderen.

Een ander knelpunt kan ontstaan wanneer de in de definitieve tekst omschreven uitzonderingen onvoldoende duidelijk zijn voor de betrokken ondernemers. Wat zijn werken van 'geringe omvang' (*faible ampleur*) (artikel 3, vijfde lid)? Wanneer is het in elkaar zetten en het installeren van een goed onmisbaar voor het in werking stellen van het geleverde goed (artikel 3, tweede lid)? Deze knelpunten zullen vooral op een lokaal niveau moeten worden opgelost. Hier zal enige flexibiliteit betracht dienen te worden.

50 Zie *Jur.* 1994, I-3815 en 3816.

## Belangrijkste literatuur

- Däubler, W., 'Der Richtlinienvorschlag zur Entsendung von Arbeitnehmern. Ein Mittel zur Abwehr von Sozialem Dumping?'. In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1993. Een vertaling is te vinden in *Sociaalrechtelijke Kronieken*, 1994, 5, blz. 193-196.
- Davies, P., 'Market Integration and Social Policy in the Court of Justice'. In: *Industrial Law Journal*, 1995.
- Delarue, R., 'Detachering en sociale dumping: een theoretische benadering'. In: Van Regenmortel, A. en Jorens, Y. (red.) *Internationale Detachering*, Brugge, 1993.
- Desmazières de Séchelles, A., 'Free movement of workers and freedom to provide services'. In: H.G. Schermers ed. *Free Movement of Persons. Legal Problems and Experiences*, 1993.
- Druésne, G., 'Liberté de prestation des services et travailleurs salariés. Les arrêts Webb et Seco de la Cour de Justice des Communautés européennes'. In: *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1983.
- Houte, Y.A.E. van, 'Detacheren en ter beschikking stellen; de wetgeving en de realiteit'. In: *Sociaal Recht*, 1995.
- Limberghen, G. van, 'Internationale detachering'. Van Regenmortel, A. en Jorens, Y. (red.), Brugge, 1993.' In: *Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 1995.
- Khan, D-E, 'Annotatie bij het arrest Vander Elst.' In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1994.
- Mortelmans, K., 'Omgekeerde discriminatie en het gemeenschapsrecht'. In: *Sociaal-Economisch Wetgeving*, 1979.
- Ooik, R. van, 'Vrij verkeer onderdanen derde landen in dienst van Europese werkgevers'. In: *Migrantenrecht*, 1995.
- Rodière, P., 'Annotatie bij het arrest Rush Portuguesa.' In: *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1990.
- Steck, B., 'Geplante Entsende-Richtlinie nach Maastricht ohne Rechtsgrundlage?'. In: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1994.
- Strikwerda, L., *Inleiding tot het Nederlandse Internationale Privaatrecht*. 4e druk, 1995.
- Verschueren, H., 'Het arrest Rush Portuguesa. Een nieuwe wending aan het vrij verkeer van werknemers in het Europese Gemeenschapsrecht'. In: *Migrantenrecht*, 1990.



# Ontwerprichtlijn detachering

*Hieronder volgt de tekst van de ontwerprichtlijn detachering. De tekst was bij het ter perse gaan van deze bundel nog niet gepubliceerd en nog niet officieel in het Nederlands vertaald.*

## Directive 'Détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services'

### *Article premier Champ d'application*

1. La présente directive s'applique aux entreprises établies dans un Etat membre qui, dans le cadre d'une prestation de services transnationales, détachent des travailleurs, conformément au paragraphe 3, sur le territoire d'un Etat membre.
2. La présente directive ne s'applique pas aux entreprises de la marine marchande en ce qui concerne le personnel navigant.
3. La présente directive s'applique dans la mesure où les entreprises visées au paragraphe 1 prennent l'une des mesures transnationales suivantes:
  - a) détacher un travailleur, pour leur compte et sous leur direction, sur le territoire d'un Etat membre, dans le cadre d'un contrat conclu entre l'entreprise d'envoi et le destinataire de la prestation de services opérant dans cet Etat membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement; ou

- b) détacher un travailleur sur le territoire d'un Etat membre, dans un établissement ou dans une entreprise appartenant au groupe, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement; ou
  - c) détacher, en tant qu'entreprise de travail intérimaire ou en tant qu'entreprise qui met un travailleur à disposition, un travailleur à une entreprise utilisatrice établie exerçant son activité sur le territoire d'un Etat membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise de travail intérimaire ou l'entreprise qui met un travailleur à disposition et le travailleur pendant la période de détachement.
4. Les entreprises établies dans un Etat non membre ne peuvent pas obtenir un traitement plus favorable que les entreprises établies dans un Etat membre.

## *Article 2*

### *Définition*

- 1. Aux fins de la présente directive, on entend par travailleur détaché tout travailleur qui pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat sur le territoire duquel il travaille habituellement.
- 2. Aux fins de la présente directive, la notion de travailleur est celle qui est d'application dans le droit de l'Etat membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché.

## *Article 3*

### *Conditions de travail et d'emploi*

- 1. Les Etats membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises visées à l'article 1er paragraphe 1 garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire les conditions de travail et d'emploi concernant les matières visées ci-après qui, dans l'Etat membre sur le territoire duquel le travail est exécuté, sont fixées:
  - par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, et/ou

- par des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale au sens du paragraphe 3 dans la mesure où elles concernent les activités visées à l'annexe:
  - i) les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos;
  - ii) la durée minimale des congés annuels payés;
  - iii) les taux de salaire minimum, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires; le présent point ne s'applique pas aux régimes complémentaires de retraite professionnels;
  - iv) les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire;
  - v) la sécurité, la santé et l'hygiène au travail;
  - vi) les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et de l'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes;
  - vii) l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non discrimination.

Aux fins de la présente directive, la notion de taux de salaire minimum visée au premier alinéa point iii) est définie par la législation et/ou la pratique nationale(s) de l'Etat membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché.

2. Dans le cas de travaux de montage initiale et/ou de première installation d'un bien, qui forment partie intégrante d'un contrat de fourniture de biens, qui sont indispensables pour la mise en fonctionnement du bien fourni et qui sont exécutés par les travailleurs qualifiés et/ou spécialisés de l'entreprise de fourniture, les dispositions du paragraphe 1 points ii) et iii) ne s'appliquent pas, lorsque la durée du détachement n'est pas supérieure à huit jours.

Le premier alinéa ne s'applique pas aux activités dans le domaine de la construction visées à l'annexe.

3. Les Etats membres peuvent, après consultation des partenaires sociaux, conformément aux us et coutumes de chaque Etat membre, décider de ne pas appliquer les dispositions du paragraphe 1 point iii) dans les cas visés à l'article 1er paragraphe 3 points a) et b) lorsque la durée du détachement n'est pas supérieure à un mois.

4. Les Etats membres peuvent, conformément aux législations et/ou pratiques nationales, prévoir qu'il peut être dérogé aux dispositions du paragraphe 1 point iii) dans les cas visés à l'article 1er paragraphe 3 points a) et b), ainsi qu'à une décision d'un Etat membre au sens du paragraphe 3, par voie de conventions collectives au sens du paragraphe 8 concernant un ou plusieurs secteurs d'activité, lorsque la durée du détachement n'est pas supérieure à un mois.
5. Les Etats membres peuvent prévoir l'octroi d'une dérogation aux dispositions du paragraphe 1 points ii) et iii) dans les cas visés à l'article 1er paragraphe 3 points a) et b) en raison de la faible ampleur des travaux à effectuer.  
Les Etats membres qui font usage de la faculté visée au premier alinéa fixent les modalités auxquelles les travaux à effectuer doivent répondre pour être considérés comme de 'faible ampleur'.
6. La durée du détachement est calculée sur une période de référence d'une année après son commencement.  
Lors du calcul de celle-ci, la durée d'un détachement éventuellement accompli par un travailleur à remplacer est prise en compte.
7. Les dispositions des paragraphes 1 à 6 ne font pas obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs.  
Les allocations propres au détachement sont considérées comme faisant partie du salaire minimum, dans la mesure où elles ne sont pas versées à titre de remboursement des dépenses effectivement encourues à cause du détachement, telles que les dépenses de voyage, de logement, ou de nourriture.
8. On entend par conventions collectives ou sentences arbitrales, déclarées d'application générale, les conventions collectives ou les sentences arbitrales qui doivent être respectées par toutes les entreprises appartenant au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territorial de celles-ci.  
En l'absence d'un système de déclaration d'application générale de conventions collectives ou de sentences arbitrales au sens du premier alinéa, les Etats membres peuvent, s'ils décident ainsi, prendre pour base:
  - les conventions collectives ou sentences arbitrales qui ont un effet général sur toutes les entreprises similaires appartenant

au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territorial de celles-ci, et/ou

- les conventions collectives qui sont conclues par les organisations des partenaires sociaux les plus représentatives au plan national et qui sont appliquées sur l'ensemble du territoire national pour autant que leur application aux entreprises visées à l'article 1er paragraphe 1 garantisse, quant aux matières énumérées au paragraphe 1 du présent article, une égalité de traitement entre ces entreprises et les autres entreprises visées au présent alinéa se trouvant dans une position similaire.

Il y a égalité de traitement, au sens du présent article, lorsque les entreprises nationales se trouvant dans une situation similaire

- sont soumises, au lieu d'activité ou dans le secteur concernés, aux mêmes obligations, en ce qui concerne les matières énumérées au paragraphe 1, que les entreprises visées par les détachements et
  - se voient imposer lesdites obligations avec les mêmes effets.
9. Les Etats membres peuvent prévoir que les entreprises visées à l'article 1er paragraphe garantissent aux travailleurs au sens de l'article 1er paragraphe 3 point c) le bénéfice des conditions qui sont applicables aux travailleurs intérimaires dans l'Etat membre sur le territoire duquel le travail est exécuté,
  10. La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres, dans le respect du traité, imposent aux entreprises d'autres Etats, d'une façon égale:
    - des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées au paragraphe 1, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public;
    - des conditions de travail et d'emploi fixées dans des conventions collectives ou sentences arbitrales au sens du paragraphe 8 et concernant des activités autres que celles visées à l'annexe.

#### *Article 4*

#### *Coopération en matière d'information*

1. Aux fins de la mise en oeuvre de la présente directive, les Etats membres, conformément aux législations et/ou pratiques nationales, désignant un ou des bureaux de liaison ou une ou des instances nationales compétentes.



2. Les Etats membres prévoient une coopération entre les administrations publiques qui, conformément à la législation nationale, sont compétentes pour la surveillance des conditions de travail et d'emploi visées à l'article 3. Cette coopération consiste en particulier à répondre aux demandes d'informations motivées de ces administrations publiques relatives à la mise à disposition transfrontalière de travailleurs, y compris en ce qui concerne des abus manifestes ou des cas d'activités transfrontalières présumées illégales.

La Commission et les administrations publiques visées au premier alinéa collaborent étroitement en vue d'examiner les difficultés qui pourraient surgir dans l'application de l'article 3 paragraphe 10.

L'assistance administrative réciproque est fournie à titre gracieux.

3. Chaque Etat membre prend les mesures appropriées pour que les informations concernant les conditions de travail et de l'emploi visées à l'article 3 soient généralement accessibles.
4. Chaque Etat membre communique aux autres Etats membres et à la Commission les bureaux de liaison et/ou les instances compétentes visés au paragraphe 1.

### *Article 5*

#### *Mesures*

Les Etats membres prennent des mesures adéquates en cas de non-respect de la présente directive.

Ils veillent en particulier à ce que les travailleurs et/ou leurs représentants disposent de procédures adéquates aux fins de l'exécution des obligations prévues par la présente directive.

### *Article 6*

#### *Compétence judiciaire*

Pour faire valoir le droit aux conditions de travail et d'emploi garanties à l'article 3, une action en justice peut être intentée dans l'Etat membre sur le territoire duquel le travailleur est ou était détaché, sans préjudice, le cas échéant, de la faculté d'intenter, conformément aux conventions internationales existantes en matière de compétence judiciaire, une action en justice dans un autre Etat.

*Article 7*  
*Mise en oeuvre*

1. Les Etats membres adoptent les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le ...<sup>1</sup>  
Ils en informent immédiatement la Commission.
2. Lorsque les Etats membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les Etats membres.

*Article 8*  
*Réexamen par la Commission*

Au plus tard le...<sup>2</sup>, la Commission réexamine les modalités d'application de la présente directive, en vue de proposer au Conseil, en tant que de besoin, les modifications nécessaires.

*Article 9*

Les Etats membres sont destinataires de la présente directive.

ANNEXE

Les activités visées à article 3 paragraphe 1 deuxième tiret englobent toutes les activités dans le domaine de la construction qui visent la réalisation, la remise en état, l'entretien, la modification ou l'élimination de construction, et notamment les travaux suivants:

1. Excavation
2. Terrassement
3. Construction
4. Montage et démontage d'éléments préfabriqués
5. Aménagement ou équipement
6. Transformation
7. Rénovation

1 Date: trois ans après l'adoption de la présente directive.

2 Date: cinq ans après l'adoption de la présente directive.

8. Réparation
9. Démantèlement
10. Démolition
11. Maintenance
12. Entretien - Travaux de peinture et de nettoyage
13. Assainissement

(Bijlage II niet opgenomen)

## Over de auteurs

H. van Hoogenbemt is als advocaat werkzaam bij Loeff Claey's Verbeke te Brussel.

E.P. Jansen is als advocaat werkzaam bij Loeff Claey's Verbeke te Rotterdam.

F.J.L. Pennings is als universitair hoofddocent werkzaam aan de KUB te Tilburg.

W. Rauws is deeltijds hoofddocent Universiteit Antwerpen (UIA en UFSIA) en advocaat te Antwerpen.

H. Voogtsgeerd is als universitair docent werkzaam aan de RU Groningen.



# Reeks van de Vereniging voor Arbeidsrecht

- 1 Mevr.mr. M.J.E.H. Raetsen en prof. mr. J.J.M. van der Ven,  
De internationale Arbeidsorganisatie van 1919 tot 1979;  
opmerkingen over toen en nu.  
ISBN 90 14 02854 7
- 2 Prof.mr. M.C Burkens, prof. dr. W. Driehuis en prof. dr. J. van  
den Doel, Werkgelegenheid: recht of beleid?  
ISBN 90 14 02863 6
- 3 Prof.mr. B. Wachter, Ontwikkelingen op het gebied van de  
medezeggenschap, mede in Europees verband.  
ISBN 90 14 02949 7
- 4 Prof.dr. R. Blanpain, Richtlijnen voor multinationale ondernemin-  
gen. De Oeso verklaring van 21 juni 1976.  
ISBN 90 14 03031 2
- 5 Mr. L.H. van den Heuvel, Rechten van werknemers bij  
faillissement.  
ISBN 90 14 03103 3
- 6 Mr. A.W. Govers en mevr. mr. A.E. Bosscher, Gelijkheid van  
vrouw en man in het Europees sociaal recht.  
ISBN 90 14 03149 1
- 7 Prof.mr. P. Verloren van Themaat, Economisch recht, sociaal  
recht en economische orde, een terreinverkenning.  
ISBN 90 14 03178 5
- 8 Mr. H.J. de Bijll Nachenius, Artikel 27, Wet op de ondernemingsra-  
den, enige kritische kanttekeningen.  
ISBN 90 14 03352 4

De met een \* gemerkte uitgaven zijn nog voorradig

- 9 Mr. B. Madlener, Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het pensioenstelsel.  
ISBN 90 14 03439 3
- 10 Drs. A.T.J.M. Jacobs, De rechtstreekse werking van internationale normen en het sociaal recht.  
ISBN 90 6092 191 7
- 11 J.H. Sikkes, Medezeggenschap in overheidsdienst; geschiedenis wettelijke voorschriften en praktijk.  
ISBN 90 6092 203 4
- 12 Prof.mr. P.F. van der Heijden, Het ontslagrecht op de snijtafel.  
ISBN 90 6092 262 X
- 13 Prof.mr. M.G. Rood en mr. M.J. van der Ven, Flexibele arbeidsrelaties.  
ISBN 90 6092 308 1
- 14 Drs. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Herziening van het ontslagrecht.  
ISBN 90 6092 388 X
- 15 Prof.mr. L.J.M. de Leede, De verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden.  
ISBN 90 6092 407 X
- 16 Werkgroep Herziening Ontslagrecht, Commentaar op SER-advies 88/12.  
ISBN 90 6092 437 1
- 17 Mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.  
ISBN 90 6092 671 4
- 18 Prof.mr. P.F. van der Heijden (red.), Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht.  
ISBN 90 6092 678 1

De met een \* gemerkte uitgaven zijn nog voorradig

19 Dr. H.G. de Gier en prof. mr. A.J.C.M. Geers, Arbeidsverhoudingen en kwaliteit in ondernemingen.  
ISBN 90 6092 772 9

20 Prof.dr. M. Rigaux en mr. T. van Peijpe, Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht.  
ISBN 90 6092 782 6

21 M.J.M. Verheul, Sanctiebegrip en sanctie samenloop in de sociale zekerheid.  
ISBN 90 6092 826 1

\* 22 Dr. S. Klosse, Bevordering van arbeidsparticipatie ofwel: Werk boven 'wig' of 'wig' boven werk.  
ISBN 90 6092 843 1

\* 23 Prof.mr. P.F. van der Heijden (red.), Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst. Enkele eclectische beschouwingen.  
ISBN 90 6092 876 8

\* 24 Mrs. A.A. Duk, L.C.J. Sprengers, E.M. Veldstra, R.J.G.M. Widdershoven, A.L. Asscher, Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid.  
ISBN 90 312 1416 2



Met het vervallen van de binnengrenzen in de EU en de toenemende internationale contacten komt het steeds vaker voor dat een werknemer voor een bepaalde periode in een andere Lid-Staat gaat werken.

In deze bundel is, in een samenwerkingsverband tussen de Nederlandse en Vlaamse Verenigingen voor Arbeidsrecht, de problematiek van de tewerkstelling over de grenzen in kaart gebracht.

In de eerste bijdrage wordt ingegaan op de contractuele aspecten van tewerkstelling over de grenzen. Welk arbeidsrecht is van toepassing? Wanneer is welke cao mogelijk van toepassing? Welke problemen spelen er in concreto met cao's?

In de tweede bijdrage komen de publiekrechtelijke aspecten van de internationale tewerkstelling aan de orde.

De derde bijdrage betreft de tewerkstelling in vennootschapsgroepen. Tewerkstelling in vennootschapsgroepen is juridisch nog nauwelijks onderzocht, maar het wordt steeds belangrijker, omdat er meer internationale vennootschappen ontstaan.

In deze bijdragen wordt ingegaan op zowel de Belgische als Nederlandse aspecten van de behandelde vraagstukken.

In de laatste bijdrage worden de Europeesrechtelijke aspecten van internationale tewerkstelling besproken. Hier komt met name de jurisprudentie over het vrije verkeer van diensten aan de orde en de ontwerprichtlijn detachering. De tekst van de richtlijn is in de bundel opgenomen.