

Toepasselijk recht in geval van salary split

Alexis CEUTERICK en Tim BAART

Advocaten bij Laga & Philippe

De rechtsfiguur salary split, die in bedrijven meestal toegepast wordt voor hogere werknemers, is ondertussen een vertrouwd gegeven geworden. Salary splits worden in eerste instantie uitsluitend als een fiscaalrechtelijke aangelegenheid aangezien. Men mag nochtans niet vergeten dat deze rechtsfiguur een grensoverschrijdende tewerkstelling teweegbrengt en dat dit mechanisme implicaties inhoudt op diverse rechtsgebieden. Voornamelijk betreft het hier het sociaal recht, en meer bepaald het arbeidsrecht. Wij spitsen onze aandacht in dit artikel bijgevolg voornamelijk toe op de arbeidsrechtelijke problematiek en meer in het bijzonder op deze wanneer de werkgever een einde maakt aan het dienstverband. Op dat ogenblik is de vraag naar welk ontslagrecht van toepassing is immers prangend.

I. Inleiding

Een salary split geeft meestal aanleiding tot het sluiten van diverse arbeidsovereenkomsten met diverse juridische werkgevers die meestal behoren tot eenzelfde multinationale groep. Het is echter ook mogelijk dat de werknemer slechts door één juridische werkgever in twee landen tewerkgesteld is. Aangezien het gaat om een grensoverschrijdende tewerkstelling zijn de regels van het internationaal privaatrecht van toepassing. De keuze van het toepasselijke recht (en de aanduiding van de bevoegde rechter) in het kader van een salary split komt bijgevolg neer op de toepassing van de regels van het internationaal privaatrecht.

De fiscale en socialezekerheidsvraagstukken worden in dit artikel niet behandeld. (1) Deze aangelegenheden worden respectievelijk geregeld door belastingverdragen en door het internationale socialezekerheidsrecht. Dit recht vertrekt, anders dan het internationaal privaatrecht, van de gelijkwaardigheid van de nationale rechtsorden en is helder en éénvoudig.

Het antwoord op de bovengestelde vraag lijkt in eerste instantie eenvoudig. In de arbeidsovereenkomst (of arbeidsovereenkomsten, afhankelijk van de manier van formaliseren van de salary split) wordt er door de partijen meestal aan gedacht om een keuze te maken betreffende het toepasselijke recht. Ogenschoonlijk heerst de rechtszekerheid hier alom.

Niets is echter minder waar. Aangezien de verschillende rechtsbronnen die de problematiek regelen de rechtsfiguur van een simultane tewerkstelling bij verschillende werkgevers in verschillende landen niet behandelen, is een eenduidige aanduiding van het toepasselijke recht en de bevoegde rechter niet eenvoudig, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de socialezekerheids- en fiscale regelgeving terzake.

De toepasselijke wetgeving regelt inderdaad nergens de problematiek van een werknemer die in verschillende landen tewerkgesteld is bij verschillende werkgevers.

Een eerste element dat invloed heeft op welk recht van toepassing zal zijn, is de bevoegde rechter. Meestal wordt een forumbeding ingevoegd ter aanduiding ervan. De geldigheid daarvan wordt hieronder ook onderzocht.

Daarenboven zal ook de wijze van formalisering van een salary split een invloed hebben op de aanduiding van de bevoegde rechter en het toepasselijke recht. Bijgevolg wordt daarmee in dit artikel ook rekening gehouden.

Hieronder zal in eerste instantie onderzocht worden welke rechter bevoegd is om over het geschil te oordelen. Nadien zal onderzocht worden welk het toepasselijke recht is in geval van ontslag.

(1) Zie hiervoor: J. TRUYTS, J. GOETHALS en T. BAART, «Fiscale, socialezekerheids- en arbeidsrechtelijke aspecten van een salary split», *Or.* 1998, 109-127.

A. Formele concretisering van een salary split

In het merendeel van de gevallen wordt een salary split amper geformaliseerd. Een salary split wordt immers vrijwel steeds georganiseerd in het kader van internationale activiteiten voor eenzelfde sociaal-economische groep. Vaak wordt aan de werknemer louter een brief of zelfs een e-mail gestuurd waarin de modaliteiten worden bevestigd hoe de werknemer in het buitenland zal worden tewerkgesteld bij één of meerdere groepsondernemingen.

Een salary split kan echter ook op andere manieren worden geformaliseerd. De meest voorkomende wijzen van implementatie zijn de volgende:

- Er wordt gewerkt met een bijlage aan de Belgische arbeidsovereenkomst (overstap voltijdse naar deeltijdse tewerkstelling) en er wordt een nieuwe arbeidsovereenkomst voor deeltijdse tewerkstelling gesloten tussen de buitenlandse werkgever en de Belgische werknemer. Hierbij wordt vaak ook een kaderovereenkomst gesloten die de globale tewerkstelling in de verschillende landen regelt.
- Toevoeging van een bijlage aan de arbeidsovereenkomst van de Belgische werknemer die de globale tewerkstelling regelt. Deze werkwijze is ons inziens te vergelijken met de hypothese waarbij een loutere brief wordt gestuurd naar de werknemer. Zoals hieronder zal blijken is deze werkwijze niet zonder gevaar en bijgevolg minder aan te raden.

De wijze van formaliseren zoals in de eerste hypothese komt, zoals gezegd, in de praktijk het meeste voor. Deze werkwijze is echter af te raden.

Indien de salary split niet wordt geformaliseerd door onderscheiden arbeidsovereenkomsten met de verschillende groepsvennootschappen, en indien de werknemer krachtens één arbeidsovereenkomst prestaties blijft leveren, dan rijst de vraag naar het rechtmatige karakter van de dienstverlening aan de andere buitenlandse rechtspersonen die niet de werkgever zijn van de werknemer. (1) Er zou inderdaad sprake kunnen zijn van een verboden terbeschikkingstelling in de zin van de Wet van 24 juli 1987.

Artikel 31 van de Wet van 24 juli 1987 stelt:

«Verboden is de activiteit die ... door een natuurlijke persoon of een rechtspersoon wordt uitgeoefend om door hen in dienst genomen werknemers ter beschikking te stellen van derden die deze werknemers gebruiken en over hen enig gedeelte van het gezag uitoefenen dat normaal aan de werkgever toekomt.» (2)

Zonder hierop verder in te gaan vermelden wij nog dat de sancties op de overtreding van deze wet zowel van civiele als strafrechtelijke aard zijn.

Wat de implementatie betreft, gaat onze voorkeur uit naar het opstellen van verschillende arbeidsovereenkomsten (of bijlagen aan bestaande overeenkomsten) die de nieuwe tewerkstellingsmodaliteiten regelen, aangezien deze werkwijze het meest met de werkelijkheid overeenstemt. (3) Eventueel wordt hierbij, zoals gezegd, een kaderovereenkomst inbegrepen.

Aan de hand van een standaardvoorbeeld van een salary split, op basis van een frequente werkwijze, schetsen we de problematiek.

Voorbeeld:

Een Belgische werknemer (die woont in België) werkt 50 % in België en 50 % in Nederland. Zijn salaris wordt voor 50 % betaald door een Belgische vennootschap en voor 50 % door een buitenlandse (groeps)-vennootschap.

Hieronder onderzoeken wij welke de bevoegde rechter en wat het toepasselijke recht zou zijn indien de salary split wordt geformaliseerd op de manieren die hierboven werden aangegeven.

Verder gaan wij ervan uit dat de partijen in de arbeidsovereenkomsten gekozen hebben om de ganse arbeidsrelatie te onderwerpen aan de bevoegdheid van een Belgische rechter. Zij kiezen er bovendien voor om de ganse tewerkstelling te onderwerpen aan het Belgische recht.

De werkgever maakt ten slotte een einde aan de tewerkstelling en de werknemer betwist het ontslag voor de rechtbank.

(1) C. ENGELS, «Enkele arbeidsrechtelijke aspecten aangaande de salary split», *J.T.T.* 2000, 386.

(2) Art. 31, § 1. Wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers. *B.S.* 20 augustus 1987.

(3) J. TRUYTS, J. GOETHALS EN T. BAART, «Fiscale, socialezekerheids- en arbeidsrechtelijke aspecten van een salary split», *Or.* 1998, nr. 6-7, 125.

De werknemer heeft in dit geval een hele reeks mogelijkheden. Los van alle regels zijn de volgende mogelijkheden denkbaar, de ene al plausibeler dan de andere:

- a) De werknemer betwist het ontslag voor een Belgische arbeidsrechtbank die oordeelt dat zij bevoegd is. Zij zal vermoedelijk het Belgische recht toepassen voor wat betreft de Belgische arbeidsovereenkomst en het Nederlands recht toepassen op de Nederlandse arbeidsverhouding.
- b) De werknemer betwist het ontslag voor een Belgische arbeidsrechtbank. De rechtbank oordeelt dat zij bevoegd is. Zij zal mogelijk het Belgische ontslagrecht toepassen op de gehele arbeidssituatie.
- c) De werknemer kan ook zijn ontslag betwisten voor een Nederlandse arbeidsrechtbank. De Nederlandse rechter, indien deze zich bevoegd acht, past het Nederlandse ontslagrecht toe op de Nederlandse arbeidssituatie en het Belgische ontslagrecht op de Belgische arbeidsovereenkomst.
- d) De werknemer betwist het ontslag voor een Nederlandse rechtbank. Indien de Nederlandse rechter zich bevoegd acht, zou deze kunnen beslissen het Nederlands ontslagrecht toe te passen op de ganse arbeidssituatie (hoewel ondenkbaar in voornoemd voorbeeld).

1. Bevoegde rechter

De wetgeving ter aanduiding van de bevoegde (nationale) rechter loopt niet gelijk met de regels die de toepasselijke nationale arbeidswetgeving aanduiden.

In België gebeurt de aanduiding van de bevoegde (nationale) rechter door de volgende bronnen:

- EU-verordening 44/2001 (hierna «de Verordening»);
- het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de uitvoering van de beslissingen in burgerlijke en commerciële zaken (hierna «het EEX-verdrag»), alsook het Verdrag van 16 september 1988 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (ook genoemd het EVEX-verdrag, gesloten tussen de lidstaten van de Europese Unie en de landen van de Europese Vrijhandelsassociatie (zoals IJsland Noorwegen en Zwitserland) (1);

- In andere gevallen dient er een beroep gedaan te worden op de bepalingen van het Wetboek van Internationaal Privaatrecht (2) (IPR-wetboek).

Het IPR-wetboek regelt alle aangelegenheden die buiten de werkingssfeer vallen van de EU-verordening en van het EEX en EVEX-verdrag.

De EU verordening herneemt in grote mate de bepalingen van het EEX-verdrag. De tekst van het EEX-verdrag werd echter op een aantal punten herzien en de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie werd zoveel mogelijk geïncorporeerd in de tekst van de verordening. (3)

1.1. Keuze van de rechter

Net zoals de partijen, mits de nodige correcties (zie hieronder), het toepasselijke recht kunnen aanduiden, hebben zij in beginsel ook de mogelijkheid om de bevoegde rechter aan te duiden.

Deze mogelijkheid is echter streng gereguleerd.

Volgens artikel 21 van de Verordening zijn forumbedingen geldig, voorzover deze zijn opgesteld nadat het geschil is ontstaan of wanneer het beding de werknemer toelaat zich te wenden tot een andere rechtbank. Deze regel vindt men ook terug in het EEX-verdrag en geldt op grond van dit verdrag sinds 1 oktober 1997. (4)

Forumbedingen zijn in geval van ontslag bijgevolg pas geldig indien het beding werd opgesteld na het ontslag.

Volgens het Belgisch gemeen recht moet er een onderscheid gemaakt worden tussen geschillen die zijn aangehangig gemaakt vóór of na 1 oktober 2004. Vóór deze datum golden de regels van het Gerechtelijk Wetboek. Vanaf 1 oktober 2004 is het IPR-wetboek van toepassing.

• *Geschillen aangehangig gemaakt vóór 1 oktober 2004*

Volgens artikel 627, 9° van het Gerechtelijk Wetboek is alleen bevoegd de rechter van de plaats waar de mijn, de fabriek, de werkplaats, het magazijn, het kantoor gelegen is en in het algemeen, van de plaats die bestemd is voor de exploitatie van de onderneming, de

(1) Dit verdrag steunt op gelijkaardige principes als het EEX-verdrag en wordt bijgevolg niet afzonderlijk behandeld.

(2) Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, B.S. 27 juli 2004.

(3) I. COUWENBERGH en M. PERTEGAS SENDER, «Recente ontwikkelingen in het Europees bevoegdheids- en executierecht» in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 67-68.

(4) Artikel 17 EEX-verdrag. Zie ook artikel 7 van het Verdrag van 26 mei 1989, dat in België in werking trad op 1 oktober 1997.

uitoefening van het beroep of de werkzaamheid van de vennootschap.

Artikel 630 van het Gerechtelijk wetboek bepaalt dat een overeenkomst die in strijd is met de bepalingen van artikel 627 van het Gerechtelijk Wetboek van rechtswege nietig is, indien deze dagtekent van vóór het geschil. Een bevoegdheidsclausule die dateert van vóór het ontstaan van het geschil is bijgevolg ongeldig.

Op grond van sommige rechtspraak kon op basis van dit artikel de aanwijzing van een buitenlandse rechtbank in de overeenkomst worden betwist, wanneer de uitvoering van de arbeidsovereenkomst hoofdzakelijk gelokaliseerd is in België en indien de Belgische wet de arbeidsovereenkomst beheerst. (1)

• *Geschillen aanhangig gemaakt na 1 oktober 2004*

Het IPR-wetboek wijzigt weinig aan de inhoud van de vroegere regels.

Artikel 97, § 3 van het IPR-wetboek bepaalt inderdaad ook dat een forumbeding ten vroegste tot stand kan komen na het ontstaan van het geschil.

Nieuw is hetgeen verwoord wordt in artikel 6, § 2 van het IPR-wetboek. Volgens dit artikel hebben de Belgische rechtbanken de mogelijkheid om hun uit een forumbeding voortvloeiende bevoegdheid af te wijzen indien de zaak geen betekenisvolle band met België heeft.

Praktische uitwerking

Voor wat betreft het voorbeeld dat wij hierboven hebben gegeven, moet bijgevolg besloten worden dat de rechtskeuze die de partijen hebben gemaakt op het ogenblik dat zij de arbeidsovereenkomst hebben getekend, of de salary split hebben geformaliseerd, geen uitwerking zal krijgen.

Er dient bijgevolg te worden uitgezocht welke rechter bevoegd is op basis van de bevoegdheidsaanwijzende regels.

1.2. Bevoegdheid zonder forumbeding

• *Regels volgens het EEX-verdrag en de Verordening*

Het EEX-verdrag

Volgens artikel 2 van het EEX-verdrag wordt, bij gebrek aan keuze, een algemene bevoegdheid toegekend aan de rechtscolleges van de Staat waar de verweerder zijn woonplaats heeft. Het maakt in dit geval niet uit of de verweerder een onderdaan is van die Staat of niet.

Artikel 5, 1 van het EEX-verdrag geeft de partijen een bijkomende keuzemogelijkheid. Dit artikel bepaalt immers dat de eiser de verweerder, die een woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, in een andere verdragsluitende staat kan dagvaarden voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis, die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of uitgevoerd moet worden.

Indien de werknemer voor één werkgever tewerkgesteld is in verschillende landen, is volgens het Europese Hof van Justitie de plaats waar de werknemer het belangrijkste deel van zijn arbeidsverplichtingen vervult doorslaggevend (2) bij de bepaling van de plaats van gewoontelijke tewerkstelling. In dit geval moet onderzocht worden welk de arbeidstijd is die de werknemer in elk van deze landen besteedt aan zijn arbeidsprestaties alsook waar het kantoor is gelegen van waaruit de betrokkene zijn beroepsactiviteit organiseert en waarnaar hij terugkeert na elke buitenlandse beroepsreis. Indien het zwaartepunt moeilijk kan worden vastgesteld, kan de eiser de zaak aanhangig maken bij het gerecht van één van de plaatsen die met evenveel recht de voornaamste plaats van arbeid kan genoemd worden. (3)

Indien de werknemer kiest voor de plaats van de vestiging van de werkgever, dan kan hij de vestiging kiezen op het ogenblik van zijn indienstneming ofwel op het moment van de inleiding van de vordering. (4)

Artikel 5, 1 van het EEX-verdrag heeft ons inziens in het kader van een salary split ogenschijnlijk weinig betekenis, ervan uitgaande dat er verschillende arbeidsovereenkomsten in verschillende landen bestaan. Elke arbeidsovereenkomst wordt immers in het betreffende land uitgevoerd.

(1) Arbh. Luik 8 november 1996. *J.T.T.* 1997, 150.

(2) H.v.J. 13 juli 1993, nr. C-125/92. H.v.J. 9 januari 1997, nr. C-383/95. H.v.J. 10 april 2003, nr. C-437/00.

(3) Concl. Adv. Gen. Jacobs. H.v.J. 1989, nr. C - 125/92.

(4) B. DE GROOTE. «Verdrag van San Sebastian en Lugano in werking in België: het internationaal procesrecht grondig gereviseerd», *T.P.R.* 1998, nr. 154.

Het Hof van Justitie heeft zich in de zaak *Pugliese* (1) echter uitgesproken over de volgende feiten:

Een werknemster was tewerkgesteld bij een Italiaanse werkgever. Wanneer de werknemster na enige tijd ter beschikking werd gesteld aan een Duitse werkgever, vroeg de werknemster aan haar Italiaanse werkgever buitengewoon verlof. De werknemster ging met de Duitse werkgever een tweede arbeidsovereenkomst aan.

Hoewel de situatie die in dit geschil voorlag geen salary split betrof, is deze wel te vergelijken met een salary split (die zuiver geformaliseerd is). Verschillend in deze zaak is wel het gegeven dat de arbeidsovereenkomst met de Italiaanse werkgever geschorst was gedurende de tewerkstelling in Duitsland.

Mevrouw Pugliese vorderde sommen van haar Italiaanse werkgever voor een Duitse rechtbank aangezien Duitsland haar plaats van gewoontelijke tewerkstelling was.

Volgens het Hof dient er voor de bepaling van de plaats waar de werknemer het belangrijkste deel van zijn verplichtingen vervult, onderzocht te worden of er een band bestaat tussen de twee arbeidsovereenkomsten.

Van belang in dit arrest is dat het Hof stelt dat wanneer een werknemer twee verschillende werkgevers heeft, de eerste werkgever kan opgeroepen worden voor het gerecht van de plaats waar de werknemer zijn arbeid voor de tweede werkgever verricht, indien de eerste werkgever ten tijde van de sluiting van de tweede overeenkomst zelf een belang heeft bij de uitvoering van de prestatie die de werknemer voor de tweede werkgever zal verrichten.

Bij de beoordeling van dit belang geeft het Hof de volgende criteria ten voorbeeld (overweging 24):

- het feit dat de sluiting van de tweede overeenkomst reeds was gepland toen de eerste overeenkomst werd gesloten;
- het feit dat de eerste overeenkomst is gewijzigd in verband met de sluiting van de tweede overeenkomst;
- het bestaan van een organieke of economische band tussen de twee werkgevers;
- het feit dat er tussen de twee werkgevers een overeenkomst is die een kader schept voor het naast elkaar bestaan van de twee overeenkomsten;

- het feit dat de eerste werkgever gezag blijft uitoefenen over de werknemer;
- het feit dat de eerste werkgever de duur kan bepalen van de diensttijd van de werknemer bij de tweede werkgever.

Volgens het Hof dient er in algemene zin te worden geoordeeld, rekening houdend met alle omstandigheden van het concrete geval.

Op dit arrest is vanuit de rechtsleer veel kritiek gekomen, aangezien het begrip «belang van de werknemer» niet strookt met de tekst van artikel 5, 1 EEX-verdrag (2). De draagwijdte van het arrest is bijgevolg niet duidelijk, des te meer omdat het begrip «belang van de eerste werkgever» vreemd is aan de vroeger door het Hof van Justitie gehanteerde begrippen.

De Verordening

De internationale bevoegdheid voor hoofdvorderingen van een werknemer betreffende de verbintenissen uit zijn arbeidsovereenkomst wordt geregeld door artikel 19 van de Verordening.

Artikel 19 bepaalt dat de werkgever met woonplaats op het grondgebied van een lidstaat geroepen kan worden voor de gerechten van de lidstaat waar hij woonplaats heeft of in een andere lidstaat:

- a) voor het gerecht van de plaats waar de werknemer gewoonlijk werkt of voor het gerecht van de laatste plaats waar hij gewoonlijk heeft gewerkt; of
- b) wanneer de werknemer niet in eenzelfde land gewoonlijk werkt of heeft gewerkt, voor het gerecht van de plaats waar zich de vestiging bevindt of bevond die de werknemer in dienst heeft genomen.

Deze opsomming is te vergelijken met de mogelijkheden die de werknemer heeft overeenkomstig artikel 5 van het EEX-verdrag.

• *Regels volgens het Belgisch gemeen recht*

Het IPR-wetboek zal slechts in een beperkt aantal gevallen toepassing vinden. Voor een vordering die, zoals *in casu*, uitgaat van de werknemer zullen de regels van dit wetboek slechts van toepassing zijn indien de werkgever geen woonplaats heeft in de lidstaten van de Verordening, noch in Denemarken, noch in een lidstaat van het EVEX-verdrag. Bovendien mag de werkgever geen nevenvestiging exploiteren in België waarmee het geschil verband houdt.

(1) H.v.J. 10 april 2003, *Pugliese*, C-437/00, *Jur.* 2003, I-03573.

(2) A. HUET, «Bespreking van het arrest *Pugliese*», *J.D.I.* 2004, 635.

Wat betreft de toepassing van het Belgisch gemeen recht moet ook hier weer een onderscheid gemaakt worden naargelang het geschil aanhangig gemaakt is vóór of na 1 oktober 2004.

Geschillen aanhangig gemaakt vóór 1 oktober 2004

Volgens artikel 635, 3^o Gerechtelijk Wetboek konden vreemdelingen gedagvaard worden voor de Belgische rechtbanken indien de verbintenis die ten grondslag ligt aan de vordering, in België ontstaan is, uitgevoerd is of moet worden.

Een gedeeltelijke uitvoering in België is voldoende. (1)

Voor geschillen inzake opzeggingstermijnen houdt men rekening met de plaats waar de werknemer wordt tewerkgesteld. (2) Betwistingen betreffende de betaling van de opzeggingsvergoeding worden gelokaliseerd op de plaats waar het loon moet worden uitbetaald. (3) Ook voor vorderingen met betrekking tot het loon geldt de plaats van uitbetaling van het loon. De betaling van het loon op een Belgische rekening is voldoende voor de internationale rechtsmacht van de Belgische rechter. (4)

Geschillen aanhangig gemaakt na 1 oktober 2004

De Wet van 15 juli 2004 heeft de artikelen 635, 636 en 638 Gerechtelijk Wetboek opgeheven.

Vorderingen betreffende arbeidsovereenkomsten kunnen worden gesteund op artikel 5 van het IPR-wetboek. Volgens § 1 van dit artikel is de Belgische rechter bevoegd indien de verweerder zijn woon- of gewone verblijfplaats heeft in België. De Belgische rechter is ook bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen betreffende de exploitatie van de nevenvestiging van een rechtspersoon die geen woonplaats heeft in België, indien deze vestiging zich in België bevindt bij de instelling van de vordering (§ 2).

De Belgische rechtbanken zijn volgens artikel 96, 1^o van het IPR-wetboek ook bevoegd voor contractuele verbintenissen die in België zijn ontstaan of die in België worden uitgevoerd of moeten worden uitge-

voerd. Zo wordt volgens artikel 97 § 2 van hetzelfde wetboek een arbeidsovereenkomst in België uitgevoerd als de werknemer zijn werk gewoonlijk in België verricht ten tijde van dat het geschil ontstaat. (5) Het is ook hier niet vereist dat de werknemer zijn arbeid uitsluitend in België verricht. (6)

1.3. Samenvatting toegepast op salary split

De kernvraag is of de Belgische werknemer zijn Belgische werkgever kan dagvaarden in Nederland of zijn Nederlandse werkgever in België?

Indien aan de salary split werd vorm gegeven door het sluiten van afzonderlijke arbeidsovereenkomsten met verschillende werknemers, dient de plaats van gewoontelijke tewerkstelling bepaald te worden voor elke afzonderlijke arbeidsovereenkomst. In dat geval zijn er dus evenveel fora als dat er lidstaten zijn waar de werknemer gewoonlijk tewerkgesteld is. Ons inziens kan in dat geval de Nederlandse werkgever niet in België worden gedagvaard en de Belgische werkgever niet in Nederland. Nochtans zou op basis van het arrest Pugliese besloten kunnen worden dat de Belgische werkgever in Nederland zou kunnen worden gedagvaard, indien deze ten tijde van de sluiting van de tweede overeenkomst (met de Nederlandse werkgever) zelf een belang heeft bij de uitvoering van de prestatie die de werknemer voor de tweede werkgever zal verrichten.

Daarnaast bepaalt artikel 6, lid 1 van de Verordening (net zoals art. 6.1 EEX-verdrag) dat indien er meer dan één verweerder is (*in casu*: verschillende werkgevers) de zaak kan gebracht worden voor het gerecht van de woonplaats van een hunner, op voorwaarde dat er tussen de vorderingen een zo nauwe band vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onvereenigbare beslissingen worden gegeven. Artikel 18 van de Verordening bepaalt echter dat voor wat betreft de individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst de bevoegdheid geregeld wordt door afdeling 5 van de Verordening. Uitzondering wordt gemaakt voor de artikelen 4 en 5, punt 5. Artikel 6 wordt volgens sommige auteurs aldus uitgesloten. (7) Volgens andere au-

(1) Arbh. Brussel 29 november 1983. *J.T.T.* 1985. 192; Arbh. Brussel 15 januari 1986. Rechtspr. Arb. Br. 1986. 120.

(2) J. ERAUW. «De internationale bevoegdheid volgens Belgisch gemeen recht» in *Aanwerven, tewerkstellen en ontslaan*. Antwerpen, Kluwer.

(3) Arbh. Luik 5 januari 1983. *J.L.* 1983. 241.

(4) Cass. 25 mei 1987. *J.T.T.* 1987. 353.

(5) Toelichting. *Parl. St.* Senaat BZ 2003. nr. 3/27-1. 123.

(6) Toelichting. *Parl. St.* Senaat BZ 2003. nr. 3/27-1. 122-123.

(7) K. BROECKX. «Wat voor nieuws brengt de EEX-verordening?». *NjW* 2003. 191.

teurs kan de werknemer alle werkgevers, die in het geschil betrokken zijn, dagvaarden voor dezelfde rechter. (1)

Bovendien wordt door sommige auteurs de stelling verdedigd dat het enkele feit dat er afzonderlijke arbeidsovereenkomsten zijn aangegaan bij een gesplitste bezoldiging en een simultane tewerkstelling bij onderscheiden vennootschappen van een zelfde groep, niet noodzakelijk uitsluit dat toch wordt besloten tot het bestaan van één enkele arbeidsrelatie. (2) Veelal gebeurt dit omdat de gezagsuitoefening door de verschillende ondernemingen door elkaar loopt, hetzij omdat de activiteiten van de werknemer in de groepsondernemingen op elkaar zijn afgestemd of gelijkaardig zijn, hetzij omdat het loonpakket van de werknemer globaal is vastgelegd of bepaalde voordelen worden toegekend rekening houdend met de globale tewerkstelling. (3)

Het gevolg van het feit dat de globale arbeidsrelatie in aanmerking wordt genomen wordt, bestaat erin dat er toch wordt gezocht naar de plaats van gewoontelijke tewerkstelling. Volgens artikel 19 tweede lid, a van Verordening nr. 44/2001 geldt dat als de globale arbeidsrelatie in aanmerking wordt genomen, voor de bepaling van de plaats van gewoontelijke tewerkstelling rekening gehouden wordt met alle arbeidsprestaties voor de verschillende werkgevers die bij de salary split betrokken zijn. In dit geval zou slechts één forum bevoegd zijn voor de volledige arbeidsrelatie. (4)

In het voorbeeld dat wij boven hebben gesteld, zou ons inziens de Belgische rechtbank bevoegd zijn in dit geval. Aangezien de werknemer in België woont en onderworpen is aan de Belgische sociale zekerheid (zie hieronder voor de gehanteerde criteria) ligt het zwaartepunt van de arbeidsrelatie immers in België. De werknemer zou bijgevolg de Nederlandse werkgever kunnen dagvaarden voor de Belgische rechtbank. Het lijkt ons minder waarschijnlijk dat de Nederlandse rechter bevoegd zou zijn volgens deze redenering, maar het valt niet uit te sluiten dat hij zich bevoegd acht.

• *Het toepasselijke recht*

De bepaling van het toepasselijke recht in het kader van internationale wetsconflicten die volgen uit (arbeids)overeenkomsten wordt in België geregeld door het Europese Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna genoemd «EVO»).

De materiële regels van dit verdrag werden in het Belgische recht overgenomen door de Wet van 4 juli 1987. (5) Dit betekent dat alle internationale wetconflicten met betrekking tot verbintenissen uit overeenkomsten in België worden geregeld door de bepalingen van het EVO en dit voor de overeenkomsten die werden gesloten vanaf 1 januari 1988. Het recht dat van toepassing was op overeenkomsten van vóór deze datum wordt hieronder niet onderzocht.

Artikel 98 van het IPR-wetboek bepaalt dat het recht dat van toepassing is op de contractuele verbintenissen vastgesteld wordt door het EVO.

Voor de volledigheid wordt hier nog vermeld dat de Europese commissie plannen heeft om het EVO om te zetten in een communautair instrument, m.n. een verordening. (6)

Algemeen principe: wilsautonomie

Volgens het EVO geldt de wilsautonomie van de partijen. Artikel 3, § 1 van het verdrag bepaalt inderdaad dat de (arbeids)overeenkomst beheerst wordt door het recht dat de partijen hebben gekozen. Deze rechtskeuze moet uitdrukkelijk gebeuren of moet voldoende blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval.

De partijen hebben op basis van dit verdrag bovendien de mogelijkheid om verschillende rechtsstelsels toepasselijk te verklaren op de verschillende aspecten van de arbeidsovereenkomst (de zogenoemde *dépeçage*). Voorwaarde hiervoor is wel dat de keuze een logische samenhang vertoont, zonder dat dit tot tegenstrijdige resultaten aanleiding geeft. Het is bijgevolg mogelijk dat in een arbeidsovereenkomst een niet-concurrentie-

(1) S. DEMELLEMEESTER en R. DUJARDIN, «Enige procesrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling», cursus VUB Studiedag Grensoverschrijdende tewerkstelling d.d. 7 mei 2004, 17 (voetnoot 62).

(2) Arbh. Brussel 11 september 1984, *J.T.T.* 1986, 262.

(3) S. DEMELLEMEESTER, «Enige procesrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling», cursus VUB Studiedag Grensoverschrijdende tewerkstelling d.d. 7 mei 2004, 17.

(4) S. DEMELLEMEESTER, «Enige procesrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling», cursus VUB Studiedag Grensoverschrijdende tewerkstelling d.d. 7 mei 2004, 17.

(5) *B.S.* 9 oktober 1987. Hierna wordt echter steeds verwezen naar «het EVO». Goedkeuring door België van de laatste versie van het verdrag op 25 april 2004 (*B.S.* 17 juni 2004).

(6) Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede over de modernisering ervan, *COM* (2003) 75 def.

beding onderworpen wordt aan het Nederlandse recht en dat de beëindiging van de overeenkomst door de partijen wordt onderworpen aan het Belgische recht.

In het hierboven gestelde voorbeeld kunnen de partijen bijvoorbeeld in de overeenkomst opnemen dat het Belgische recht van toepassing zal zijn op de gehele arbeidsovereenkomst. Aangeraden wordt ook dat de partijen in de arbeidsovereenkomst met de Nederlandse werkgever aanduiden dat de beëindiging van het contract zal geschieden naar Belgisch recht. Indien een kaderovereenkomst wordt gesloten, hetgeen aangewezen is, moet deze voorzien dat het Belgische recht van toepassing zal zijn.

Correcties

De wilsautonomie van de partijen wordt in het verdrag echter beperkt door diverse bepalingen. Hieronder volgt een overzicht.

Artikel 6.1 van het EVO bepaalt dat de rechtskeuze van de partijen er niet toe mag leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat van toepassing zou zijn bij gebreke aan rechtskeuze. Volgens deze bepaling dienen de volgende zaken steeds te worden onderzocht:

- het toepasselijke recht bij gebreke aan rechtskeuze;
- welke bepalingen van dat recht van dwingende aard zijn;
- welke van deze dwingende bepalingen meer bescherming bieden of gunstiger zijn voor de werknemer.

Hieruit volgt dat elke rechter die over een vordering uit een arbeidsovereenkomst moet oordelen, steeds zal moeten nagaan welk recht van toepassing zou zijn bij gebreke aan rechtskeuze.

Het toepasselijke recht bij gebreke aan rechtskeuze

Wat het toepasselijke recht is bij gebreke aan rechtskeuze voor wat betreft arbeidsovereenkomsten, wordt door het EVO in artikel 6.2, eerste lid bepaald. Dit artikel stelt dat van toepassing is het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land tewerkgesteld is, of,

het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht.

Toegepast op ons voorbeeld zou dit, ons inziens, het volgende resultaat geven:

Voor wat betreft de Belgische arbeidsovereenkomst moet uitgezocht worden wat de dwingende bepalingen zijn naar Belgisch recht. Voor de Nederlandse arbeidsovereenkomst dient nagegaan te worden wat de dwingende bepalingen zijn naar Nederlands recht.

Volgens sommige auteurs moet in het geval van salary split met verschillende contracten het recht toegepast worden van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen (1), aangezien er geen land is waar de werknemer zijn arbeid gewoonlijk verricht. Deze stelling kan ons inziens alleen worden aangenomen als men de tewerkstelling bij meerdere werkgevers beschouwd als één globale tewerkstelling.

Artikel 6.2 *in fine* bepaalt dat, indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer verbonden is met een ander land, het recht van dat land van toepassing is.

Is de arbeidsovereenkomst tussen de Belgische werknemer en de Nederlandse vennootschap nauwer verbonden met België dan met Nederland? Indien ja (er zijn elementen die hiervoor pleiten, zie hieronder) dan moet er gekeken worden naar de dwingende bepalingen volgens Belgisch recht.

Zoals hierboven blijkt rijzen bij de bepaling van het toepasselijke recht in geval er geen rechtskeuze werd gedaan, diverse vragen. Zoals gezegd voorziet het EVO immers niet in bepalingen waarbij een werknemer tewerkgesteld is bij meerdere werkgevers. De werknemer verricht in dit geval zijn arbeid gewoonlijk uit in de verschillende staten waar hij werkt. Dit veroorzaakt ons inziens geen probleem. Wel is het mogelijk dat een rechter oordeelt dat de arbeidsovereenkomst, zoals vermeld in artikel 6, 2 *in fine* nauwer is verbonden met een bepaald land. Artikel 6, 2, *in fine* EVO is echter een uitzonderingsbepaling die strikt

(1) O. DEBRAY, D. ECTORS, «La mobilité internationale: problématique de la loi applicable aux contrats de travail», *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, Editions du jeune barreau de Bruxelles, 2001, 17.

dient te worden geïnterpreteerd. (1) In dit geval lijkt ons haar toepassing uitgesloten.

Om uit te maken met welk land een arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden kunnen de volgende elementen uitsluitend geven (2):

- taal van het contract;
- incorporatie van rechtsfiguren die eigen zijn aan een bepaald rechtstelsel;
- plaats van betaling van het loon;
- toepasselijk sociaal zekerheidsstelsel en vakantie-stelsel;
- gemeenschappelijke nationaliteit van de partijen;
- plaats waar de overeenkomst wordt ondertekend;
- duur van de tewerkstelling in het buitenland;
- plaats van de (oorspronkelijke) aanwerving;
- vestigingsplaats van de zetel van de onderneming;
- enz.

Uit de rechtspraak blijkt dat deze elementen niet individueel mogen worden beoordeeld. Het is de samenhang tussen de verschillende elementen die uitmaakt met welk land een arbeidsovereenkomst het nauwste is verbonden. (3)

Indien de salary split is geformaliseerd door een Belgische arbeidsovereenkomst, gevolgd door een brief die de buitenlandse tewerkstelling aankondigt, oefent de werknemer zijn arbeid niet gewoonlijk uit in één land. Bijgevolg dient volgens artikel 6, 2 EVO het recht toegepast te worden van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen.

We vermelden hierbij dat de rechtbank die de zaak moet behandelen mogelijk geneigd zal zijn om de arbeidsrelatie het nauwst verbonden te achten met zijn

eigen recht en de eigen (dwingende) regels zal toepassen. (4)

Bepalingen van dwingend recht

Of een rechtsregel uit een in toepassing van het EVO toepasselijk verklaard rechtstelsel inderdaad dwingend is, moet worden beoordeeld door dat recht zelf en niet volgens de *lex fori*. (5) De Belgische arbeidswetgeving geeft hier alleszins geen uitsluitend over het al dan niet dwingende karakter van de regels.

Volgens de Belgische rechtspraak kan men de volgende regelgeving als dwingend beschouwen. (6) Het betreft onder andere de bepalingen van de Arbeidswet van 16 maart 1971 met bepalingen betreffende de arbeidsduur, de regels betreffende het loon (o.a. Loonbeschermingswet 12 april 1965), enz.

De rechtspraak is ook unaniem over het feit dat de regels betreffende de beëindiging van arbeidsovereenkomsten van dwingend recht zijn. (7) Zo wordt artikel 82 van de Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten als een politiewet aangezien niet alleen voor wat betreft de minimum opzeggingstermijnen, maar ook wat betreft § 3 dat voorziet dat wanneer het jaarloon van een bediende een bepaald bedrag overschrijdt (8), de door de werkgever en de bediende in acht te nemen opzeggingstermijn bij ontstentenis van overeenkomst gesloten tussen de partijen ten vroegste op het ogenblik waarop de opzeg wordt gegeven door de rechter moet worden vastgesteld. (9)

In haar arrest van 3 februari 2003 oordeelde het Hof van Cassatie dat de rechter die op grond van de keuze van partijen voor een vreemde wet de in acht te nemen opzeggingstermijn beperkt, artikel 82 van de arbeids-

(1) Luik 3 april 2003, *J.L.M.B.* 2004, 413.

(2) B. MASSANT en F. TILLEMAN, «Grensoverschrijdende arbeidsrelaties in het internationaal privaatrecht» in *Werken zonder grenzen. Fiscale en juridische aspecten grensoverschrijdende tewerkstelling*, nrs. 33-54; B. DUBOIS, «De internationale arbeidsovereenkomst. Arbeidsrechtelijke en procesrechtelijke aspecten» in C. SAELAERT, (ed.), *Tewerkstelling van werknemers in het buitenland*, Kluwer, Antwerpen, 1988, 6-9.

(3) V. VANNES, «Droit applicable au contrat de travail en présence d'éléments d'extranéité», *J.T.T.* 1981, 239.

(4) B. DUBOIS, «Het Europese Verdrag betreffende het toepasselijke recht op verbintenissen uit overeenkomst, meer bepaald ten aanzien van internationale arbeidsovereenkomsten», *R.W.* 1980-81, 1702.

(5) C. ENGELS, «Arbeidsovereenkomsten en toepasselijk recht», *Soc. Kron.* 2000, 4, 165.

(6) Deze wetten zouden ook te beschouwen zijn als wetten van politie en veiligheid, zie B. MASSANT en F. TILLEMAN, «Grensoverschrijdende arbeidsrelaties in het internationaal privaatrecht» in *Werken zonder grenzen. Fiscale en juridische aspecten grensoverschrijdende tewerkstelling*, nrs. 58-63.

(7) Cass. 17 maart 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 986, *Bull.* 1986, 895; *J.T.T.* 1986, 502; *Pas.* 1986, I, 895; *R.C.J.B.* 1988, 495; *R.W.* 1986-87, 899; *Soc. Kron.* 1986, 200; *T.S.R.* 1986, 358.

(8) Cass. 25 juni 1975, *Arr. Cass.* 1975, 1146; Cass. 3 juni 1985, *Soc. Kron.* 1985, 181.

(9) Cass. 9 februari 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 766; *J.T.T.* 1987, 266.

overeenkomstenwet schendt. (1) Daarvoor is het voldoende dat er sprake is van een gedeeltelijke en korte tewerkstelling op het Belgische grondgebied. (2)

Ook artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet, betreffende het ontslag om dringende reden wordt aangezien als zijnde van dwingend recht. (3)

De bepalingen die de meeste bescherming bieden
Welk recht biedt de meeste bescherming?

Terecht wordt de vraag gesteld dat het vergelijken van losstaande regels uit verschillende rechtssystemen niet zonder gevaar is. (4) Zo kan men de link leggen met Nederland alwaar een eenzijdig ontslag (anders dan om dringende reden) formeel meer geregeld is dan in België. Eens het ontslag echter toegestaan wordt door de kantonrechter, schrijft de wet eerder kortere opzeggingstermijnen voor. In België verloopt een ontslag zonder bijzondere formaliteiten. De opzegtermijnen zijn echter aanzienlijk langer. In welk geval is de werknemer nu beter beschermd? Voor beide systemen zijn argumenten aan te halen.

Een regeling kan op het eerste gezicht voordeliger zijn dan een andere, terwijl dit in verhouding tot andere regels eventueel niet langer geldt.

Bijgevolg dient steeds een grondige studie te gebeuren van de verschillende rechtssystemen, waarbij deze in hun geheel worden bestudeerd.

Correcties betreffende het recht van de bevoegde rechter

Artikel 16 en voornamelijk artikel 7 van het EVO geven het belang aan van de bevoegde rechter die over de zaak zal beslissen.

Artikel 7.1 van het EVO bepaalt dat er gevolg kan worden toegekend aan de dwingende bepalingen van

het recht van een ander land waarmee het geval nauw is verbonden (5), indien en voorzover deze bepalingen volgens het recht van het laatst genoemde land toepasselijk zijn, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Artikel 7 omschrijft deze bepalingen als van «bijzonder dwingend recht». Met andere woorden betreft het hier de wetten van veiligheid en politie. (6)

Volgens het Hof van Cassatie worden in het kader van het arbeidsrecht wetten van politie en veiligheid als volgt omschreven (7):

«(...) inzake arbeidsovereenkomsten (zijn) de wettelijke bepalingen die de bescherming van de werknemers regelen en die gebiedend zijn, in de zin van artikel 3, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek, wetten van politie en veiligheid.» (8)

Het verdrag laat echter na te omschrijven wat men onder deze nauwe band moet verstaan. Men gaat ervan uit dat uit dat het moet gaan om een werkelijke band en niet zo maar een willekeurige band. (9)

Vroeger bepaalde het hierboven vernoemde artikel 3 B.W. dat de wetten van veiligheid en politie van toepassing zijn indien er sprake is van een voldoende binding met de Belgische rechtsorde. Dit was volgens de rechtspraak het geval indien de arbeidsovereenkomst geheel of gedeeltelijk in België wordt uitgevoerd (10) en wanneer de bediende regelmatig voor een belangrijk deel in België is tewerkgesteld. (11)

Bovendien zal artikel 7, 1 EVO slechts toepassing mogen vinden in de volgende gevallen (12):

- de dwingende bepaling van een ander land moeten internationale toepassing vereisen;
- de aard en de inhoud van de dwingende bepalingen moeten een internationale toepassing rechtvaardigen;
- bij de beslissing of aan de dwingende bepalingen gevolg moet worden toegekend, moet rekening

(1) Cass. 3 februari 2003, R.W. 2003-04, 499, noot G. VAN LIMBERGHEN, «Opzeggingstermijnen voor hogere bedienden en internationale arbeidsovereenkomsten: een triptiek van cassatiearresten».

(2) C. ENGELS, «Internationale arbeidsovereenkomst» in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Europese IPR-verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 253.

(3) Arbh. Brussel 24 mei 1983, R.W. 1983-84, 254.

(4) Voor een samenvatting van deze kritiek: C. ENGELS, «Arbeidsovereenkomsten en toepasselijk recht», *Soc. Kron.* 2000, 4, 162.

(5) Dit criterium is dan ook het onderscheid tussen artikel 7, lid 1 en artikel 6, laatste paragraaf. Artikel 6 vereist.

(6) C. ENGELS, «Arbeidsovereenkomsten en toepasselijk recht», *Soc. Kron.* 2000, 4, 164.

(7) Cass. 25 juni 1975, *Arr. Cass.* 1975, 1146.

(8) Artikel 3 B.W. werd door artikel 139, 1^o van de Wet van 16 juli 2004 opgeheven.

(9) Rapport Giuliano en Lagarde, «Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst», *Publ. nr. C 282*, 31 oktober 1980, 270.

(10) Arbrb. Brussel 20 mei 1987, *Rechtspr. Arb. Br.* 1987, 238.

(11) Arbh. Gent 21 december 1988, *J.T.T.* 1987, 315.

(12) Rapport M. GIULLIANO en P. LAGARDE, 26-27.

gehouden worden met de gevolgen die uit de toepassing of de niet-toepassing zouden volgen.

Het is bijgevolg niet de bedoeling dat verschillende bepalingen uit verschillende rechtstelsels toegepast worden op het geval. Met artikel 7, 1 EVO dient bijgevolg zuinig te worden omgesprongen.

Toegepast op ons voorbeeld van hierboven geeft dit het volgende. Indien er voor Belgisch recht gekozen zou zijn voor de Nederlandse arbeidsovereenkomst zou de Nederlandse rechter die de zaak zou behandelen hier een opening kunnen vinden om het Nederlandse ontslagrecht toe te passen, aangezien de arbeidsovereenkomst (gedeeltelijk) in Nederland wordt uitgevoerd.

Artikel 7.2 EVO bepaalt bovendien dat het EVO de toepassing onverlet laat van de bepalingen van het recht van het land van de rechter die **ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht**, het geval dwingend beheersen.

Ten slotte bepaalt artikel 16 EVO dat de toepassing van het door het EVO aangewezen recht slechts terzijde kan worden geschoven indien deze toepassing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het land van de rechter. Algemeen wordt aanvaard dat men hieronder de «internationaal privaatrechtelijke openbare orde» verstaat. Dit begrip is minder ruim dan de interne openbare orde.

Het Hof van Cassatie (1) stelde in verband met de artikelen 39 en 81 van de Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, dat deze bepalingen in zoverre ze minimum opzeggingstermijnen en -vergoedingen aanbelangen, niet van internationale openbare orde zijn. Volgens het arrest raakt een wet de internationale openbare orde, wanneer haar bepalingen wegens het essentiële karakter van de beginselen die ze bevat, de toepassing in België uitsluit van enige andere regel uit het vreemde recht, zelfs indien dit toepasselijk is krachtens de gewone regels inzake wetsconflicten.

Artikel 3.3 EVO

Ten slotte bepaalt artikel 3.3 van het EVO dat de keuze door de partijen van een buitenlands recht, al dan niet gepaard gaande met de aanwijzing van een buitenlandse rechter, er niet toe mag leiden dat de bepalingen geschonden worden waarvan volgens het recht van dit land niet bij overeenkomst mag worden afgeweken (de «dwingende bepalingen»).

Wat arbeidsovereenkomsten betreft, zou de toepassing van het hierboven besproken artikel 6, lid 1 wellicht tot hetzelfde resultaat leiden als de toepassing van dit artikel. (2) Bijgevolg wordt er hier niet verder op ingegaan.

Samenvatting toegepast op salary split

In principe bestaan er verschillende arbeidsovereenkomsten die elk volgens een afzonderlijk recht worden beheerst.

Voor elk van de overeenkomsten dient te worden nagegaan welke het toepasselijke recht is. In geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomsten zullen de volgens het nationale recht toepasselijke beëindigingsregels afzonderlijk moeten worden toegepast. (3) Zo dient er bij de berekening van de opzeggingsvergoeding, zo er verschillende arbeidsovereenkomsten bestaan, enkel rekening gehouden te worden met de Belgische bezoldiging in geval van beëindiging van de Belgische arbeidsovereenkomst. (4)

Nochtans belet het feit dat afzonderlijke arbeidsovereenkomsten werden aangegaan niet dat er wordt besloten tot het bestaan van één enkele arbeidsrelatie. Uit de rechtspraak blijkt dat de Belgische arbeidsrechtbanken vrij snel besluiten tot het bestaan van één enkele arbeidsrelatie. (5) In de rechtsleer vindt men bij sommige auteurs de stelling terug dat indien de salary split wordt geformaliseerd door meerdere contracten (bij ondernemingen die met elkaar verbonden zijn), de rechter zal dienen na te gaan waar zich het zwaartepunt van de arbeidsovereenkomsten situeert. (6)

Indien de salary split geformaliseerd wordt door slechts één arbeidsovereenkomst zal ons inziens ook

(1) Cass. 17 december 1990. *J.T.T.* 1991, 258.

(2) C. ENGELS, «Arbeidsovereenkomsten en toepasselijk recht», *Soc. Kron.* 2000, 4, 163.

(3) C. ENGELS, «Enkele arbeidsrechtelijke aspecten aangaande de salary split», *J.T.T.* 2000, 288.

(4) Arbh. Antwerpen 18 september 1992, *Soc. Kron.* 1994, 347.

(5) S. DEMEULEMEESTER, «Enige procesrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling», cursus seminarie VUB, 2004, 17; P. DE KOSTER, «Arbeidsrechtelijke aspecten van de techniek van de gesplitste bezoldiging» in *Werken zonder grenzen. Fiscale en juridische aspecten grensoverschrijdende tewerkstelling*, nrs. 167-168.

(6) G. DE FROY, C. DENEVE en C. DOCCLO, «Gelijktijdige tewerkstelling in meerdere landen», *Fiscale documentatie Vandewinckele*, nr. 96/34, 31 december 1996, 6.2.

veelal besloten worden tot één globale tewerkstelling, waarbij *in casu* het zwaartepunt gelegen zal zijn in België.

Indien de salary split niet werd geformaliseerd via verschillende arbeidsovereenkomsten en er dus één globale arbeidsovereenkomst werd behouden, bestaat de kans dat de rechter bij de berekening van de opzeggingsvergoeding rekening houdt met het globale bezoldigingspakket, in plaats van met uitsluitend de bezoldiging die overeenstemt met de Belgische prestaties. (1)

Ons lijkt het aangewezen voor elke arbeidsrelatie na te gaan welke het toepasselijke recht is. Indien de partijen een voorkeur hebben gegeven aan de toepassing van een bepaald rechtssysteem, zal de rechter eventueel de nodige correcties dienen door te voeren.

II. Besluit

Zoals hierboven mag blijken, heerst in geval van simultane tewerkstelling in verschillende landen heel

wat onduidelijkheid. De partijen die naar goede gewoonte in het document dat de salary split implementeert een forumbeding opnemen, alsook bepalen welk het toepasselijke recht zal zijn kunnen bij het einde van de arbeidsovereenkomst bedrogen uitkomen. Veelal zal dit in het nadeel zijn van de werkgever. Die loopt, in geval van geschil, immers het risico dat er plots een veelheid van verplichtingen bovenkomen op basis van verschillende wetgevingen, die hij niet had voorzien.

Het is bijgevolg aan te raden in het kader van een salary split om de arbeidsovereenkomst zoveel mogelijk te stofferen met elementen die duidelijk het door de partijen gewenste recht relevant maken.

Rechtszekerheid zal men echter helaas nooit bereiken, aangezien uitkomst wordt bepaald door hoe de salary split is geformaliseerd en welke rechter het geschil zal beoordelen. Eens het toepasselijke recht is aangeduid, kan ook dit doorkruist worden door allerlei dwingende bepalingen die de werknemer meer bescherming bieden of die de rechter volgens de wetgeving van zijn land niet naast zich neer kan leggen.

(1) C. ENGELS, «Enkele arbeidsrechtelijke aspecten aangaande de salary split», *J.T.T.* 2000, 288.