

# Internationaal privaats arbeidsrecht en Rome I

---

Lieven M O N S E R E Z / Tom C L A E Y S

---

Advocaten Laga

*Het doel van dit artikel is een overzicht te geven van de regels van de verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomsten (hierna Rome I) (1). Meer specifiek gaan we in op de regels van Rome I die men moet volgen om te achterhalen welk rechtsstelsel van toepassing is op een grensoverschrijdende arbeidsovereenkomst. Dergelijke regels worden aanwijzings- of collisieregels genoemd.*

*Rome I is een nieuw belangrijk instrument van internationaal privaatrecht. Rome I komt immers in de plaats van het verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomsten, het zogenaamde Verdrag van Rome of EVO (2). Het EVO is het juridisch instrument waarnaar Belgische juristen al meer dan 20 jaar teruggrijpen om te bepalen welk recht van toepassing is op een grensoverschrijdende arbeidsovereenkomst. Rome I bevat grotendeels dezelfde aanwijzings- of collisieregels als het EVO. Rome I betekent dan ook geen radicale breuk met het EVO. In vergelijking met het EVO bevat Rome I wel een aantal nuttige verduidelijkingen (cf. infra).*

*Rome I mag niet verward worden met Rome II (3). Rome II is de Europese verordening die de regels bevat die men moet volgen om te bepalen welk recht van toepassing is op schade die voortvloeit uit een niet-contractuele verbintenis zoals een onrechtmatige daad (in België geregeld door de art. 1382 e.v. van het BW). Met andere woorden, Rome II bevat de aanwijzings- of collisieregels die moeten worden gehanteerd wanneer men het recht moet bepalen op verbintenissen met grensoverschrijdende consequenties die niet uit een overeenkomst voortspuiten.*

Met Rome I wordt een nieuwe belangrijke stap gezet in het internationaal privaats arbeidsrecht. Er moet dan wel eerst verduidelijkt worden wat onder internationaal privaats arbeidsrecht moet worden verstaan. Daarna wordt het toepassingsgebied van Rome I toegelicht. Vervolgens worden de aanwijzings- of collisieregels uiteengezet. Tot slot worden de voornaamste veranderingen in een conclusie samengevat.

## I. Inleiding

Het internationaal privaats arbeidsrecht is dat deel van het internationaal privaatrecht, het IPR, dat betrekking heeft op grensoverschrijdende arbeidsovereenkomsten. Met grensoverschrijdende arbeidsovereenkomsten worden die arbeidsovereenkomsten bedoeld die raakvlakken vertonen, aanknopingspunten («*facteurs de*

*rattachement*») hebben met minstens twee verschillende landen en hun rechtsstelsels. Het internationaal privaats arbeidsrecht heeft bijgevolg enkel betrekking op overeenkomsten die een link hebben met meer dan één rechtsorde.

Voorbeeld: Een werknemer heeft de Belgische nationaliteit, woont in Frankrijk en is verbonden door een arbeidsovereenkomst met een Nederlandse werkgever. Hij is handelsvertegenwoordiger en prospecteert klanten in de Benelux, Frankrijk, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Hij is dan ook vaak op zakenreis («*business trip*»). Wanneer hij niet op zakenreis is, werkt hij thuis, waar hij een kantoor heeft. Daar onderhoudt hij zijn contacten met zijn werkgever en zijn (prospectieve) klanten. Zo stelt hij daar zijn activiteitenverslagen op, die hij per e-mail doorstuurt naar de werkgever.

---

(1) Verord. (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *Pb.L.* 4 juli 2008, afl. 177, 6.

(2) Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *Pb.L.* 9 oktober 1980, afl. 266, 1.

(3) Verord. (EG) nr. 864/2007 van het EP en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *Pb.L.* 31 juli 2007, afl. 199, 40.

Het IPR moet helpen om een antwoord te geven op de volgende drie vragen die naar aanleiding van zo een grensoverschrijdende situatie kunnen rijzen:

- 1) Welke rechter is bevoegd om geschillen te behandelen indien er een betwisting tussen de werkgever en werknemer ontstaat?
- 2) Welk recht is van toepassing op de arbeidsrelatie? Door welk recht wordt de individuele arbeidsovereenkomst beheerst?
- 3) Indien men in een land een veroordeling heeft verkregen, maar dit vonnis of arrest moet in een ander land worden uitgevoerd, wat moet dan worden gedaan om de uitvoering van het vonnis of arrest in dat andere land te verkrijgen?

In dit artikel zal het louter over de tweede vraag gaan. Dit artikel zal het dus alleen hebben over de aanwijzings- of collisieregels van Rome I. Voor de twee andere vragen is het antwoord onder andere terug te vinden in de verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, de zogenaamde EEX-verordening of Brussel I-verordening (1).

## II. Toepassingsgebied

### A. Materieel toepassingsgebied

Enkel de overeenkomsten waarbij uit het recht van verschillende landen moet worden gekozen, worden geregeld door Rome I, aangezien enkel in dergelijke gevallen de vraag rijst welk recht de overeenkomst zal beheersen. Voor de toepassing van Rome I moet het concept «overeenkomst» over de hele Europese Unie (EU) op dezelfde wijze worden begrepen. Daarbij legt het Europese Hof van Justitie (EHvJ) de nadruk op de vrije wil. Opdat er sprake zou zijn van een verbintenis uit een overeenkomst, moet de schuldenaar de verbintenis vrijwillig aangegaan hebben (2).

Niettemin worden sommige verbintenissen die verband houden met een overeenkomst uitdrukkelijk uit het

toepassingsgebied van Rome I gesloten (art. 1 Rome I). Een nieuwigheid in dit verband is de uitsluiting van verbintenissen die voortvloeien uit onderhandelingen voorafgaand aan de sluiting van een overeenkomst. Verbintenissen die voortvloeien uit precontractuele aansprakelijkheid («*culpa in contrahendo*»), worden immers geregeld door artikel 12 van de Rome II-verordening. Dit is bijvoorbeeld de verplichting om een schadevergoeding te betalen, indien contractuele onderhandelingen vroegtijdig worden afgebroken.

Daarnaast worden niet alle aangelegenheden die uit een arbeidsovereenkomst kunnen voortvloeien door het EVO of Rome I gedekt. Om te achterhalen welk recht toepasselijk is op deze aangelegenheden, moet men bijvoorbeeld te rade gaan bij de collisie- of aanwijzingsregels van de verordening nr. 1408/71 inzake de coördinatie van socialezekerheidsstelsels binnen de EU, die vanaf 1 mei 2010 vervangen wordt door de verordening nr. 883/2004. In verband met sociale zekerheid gelden immers andere collisie- of aanwijzingsregels die terug te vinden zijn in hoofdstuk 2 van zowel de verordening nr. 1408/71 als de verordening nr. 883/2004 (3). Conform het arrest Gemeente Steenberg (4) van het EHvJ van 14 november 2002 (5) moet men kijken naar het materiële toepassingsgebied van de verordening nr. 1408/71. Wanneer het gaat om een materie die valt onder één van de sociale risico's opgesomd in artikel 4 van de verordening nr. 1408/71, dan moet conform die verordening bepaald worden welk socialezekerheidsrecht van toepassing is. Deze sociale risico's zijn de volgende: prestaties bij ziekte en moederschap, prestaties bij invaliditeit, uitkeringen bij ouderdom, uitkeringen aan nagelaten betrekkingen, prestaties bij arbeidsongevallen en beroepsziekten, werkloosheidsuitkeringen en gezinsbijslagen. Gaat het om een materie die niet valt onder één van deze sociale risico's, dan bepaalt Rome I onder welk recht een bepaalde arbeidsrechtelijke verbintenis valt.

Indien een Belgische werkgever geconfronteerd wordt met de vraag of hij aan een werknemer die in een andere EU-lidstaat werkt het gewaarborgd loon in geval van ziekte verschuldigd is, moet hij verordening

---

(1) Verord. (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 16 januari 2001, afl. 12, 1.

(2) J. DE MEYER, «Verbintenissen uit grensoverschrijdende overeenkomsten», *NjW* 2008, (854), 856, nr. 10.

(3) Verord. (EG) nr. 883/2004 van het EP en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *Pb.L.* 30 april 2004, afl. 166, 1.

(4) HvJ 14 november 2002, nr. C-271/00, Gemeente Steenberg t. Luc Baaten, *Jur.* HvJ 2002, I, 10489.

(5) Hoewel dit arrest betrekking heeft op het EEX-verdrag, de voorloper van de EEX-verordening, de Verord. nr. 44/2001, kan toch naar dit arrest verwezen worden om het materiële toepassingsgebied van zowel het EVO als Rome I te bepalen. Immers, overweging 7 van de preambule van Rome I stelt dat het materiële toepassingsgebied van Rome I moet stroken met het materiële toepassingsgebied van de EEX-verordening. Met andere woorden, hun materiële toepassingsgebied moet zo veel als mogelijk identiek zijn.

nr. 1408/71 in ogenschouw nemen (1). Deze uitkering wegens ziekte is een van de sociale risico's opgesomd in artikel 4 van verordening nr. 1408/71 en valt als zodanig onder de materiële werkingssfeer van deze verordening. Het feit dat het loon betaald wordt door de werkgever en niet door een ziekenfonds of een overheidsinstantie, doet hieraan geen afbreuk (2). De Belgische werkgever zal dan ook het Belgische gewaarborgd loon in geval van ziekte moeten betalen aan die werknemers die vallen onder de toepassing van de Belgische sociale zekerheid. Indien een Belgische werknemer gewoonlijk werkt in Nederland, om die reden onder de Nederlandse sociale zekerheid valt en dan ziek wordt, moet men naar het Nederlandse recht verwijzen om te achterhalen welke aanspraken de werknemer daar kan laten gelden (3).

Wat de toepassing van de Belgische regels over jaarlijkse vakantie betreft moet juist geen rekening worden gehouden met de verordening nr. 1408/71. Jaarlijkse vakantie is namelijk geen sociaal risico in de zin van deze verordening, want het komt niet voor in de opsomming van artikel 4 van verordening nr. 1408/71. Bijgevolg bepaalt het EVO, straks Rome I, of de Belgische regels over jaarlijkse vakantie als onderdeel van het Belgische arbeidsrecht op een bepaalde grensoverschrijdende situatie van toepassing zijn (4).

## B. Territoriaal toepassingsgebied

Rome I is een wetgevende tekst die de EU aangenomen heeft in het kader van de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken. In een Europese rechtsruimte moeten particulieren en ondernemingen hun rechten overal in de EU ten volle kunnen uitoefenen. Hoofddoel van de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken is dan ook een nauwere samenwerking tussen de rechterlijke overheden van de EU-lidstaten, zodat alle hinderpalen verdwijnen die het gevolg zijn van

onverenigbaarheden tussen de verschillende rechtssystemen (wederzijdse erkenning en uitvoering van rechterlijke beslissingen, toegang tot de rechter en harmonisatie van de nationale wetgevingen).

Evenwel neemt niet elke lidstaat van de EU op dezelfde wijze deel aan de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken. Zo neemt Denemarken daar helemaal geen deel aan. Bijgevolg bindt Rome I Denemarken niet (5). In principe zal een Deense rechter Rome I dan ook niet toepassen. Denemarken kan wel nog altijd de bepalingen van de verordening opnemen in een eigen nationale wet waardoor het *de facto* dezelfde aanwijzings- of collisieregels zou hanteren.

Ierland en het Verenigd Koninkrijk van hun kant beschikken over een opt-out. Ze kunnen beslissen om zich aan te sluiten bij een verordening op het domein van de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken of niet. Zowel Ierland (6) als het Verenigd Koninkrijk (7) hebben zich aangesloten bij Rome I. Van de 27 lidstaten van de Europese Unie zal dus enkel Denemarken Rome I niet toepassen (8).

Daarnaast blijft het EVO gelden voor bepaalde overzeese gebieden van EU-lidstaten (art. 24 § 1 Rome I). Dit is het geval voor de Nederlandse Antillen, Aruba en Gibraltar (9).

## C. Temporeel toepassingsgebied

Rome I is alleen van toepassing op overeenkomsten die na 17 december 2009 zijn gesloten (art. 28 Rome I). Bijgevolg zal het een hele poos duren eer het grootste deel van de arbeidsovereenkomsten onder de toepassing van Rome I zal vallen.

Voor alle arbeidsovereenkomsten die gesloten zijn vanaf 1 januari 1988 (10) tot en met 17 december

(1) S. GEENEN, «De strijd tussen arbeidsrecht en sociale zekerheid», *Soc. Kron.* 1999, 573-578; M. HOUWERZIJL en F. PENNING, «Conflict(erende) regels in het socialezekerheids- en arbeidsrecht», in A. VAN REGENMORTEL, H. VERSCHUEN en V. VERVLIET (ed.), *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's*, Brugge, Die Keure, 2007, 481-553.

(2) HvJ 3 juni 1992, nr. C-45/90, Paletta, *Jur.* HvJ 1992, I, 3423.

(3) Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 4 februari 1998, *Soc. Kron.* 1999, 579.

(4) Arbh. Brussel 25 maart 2005, *Soc. Kron.* 2007, 386; Arbh. Brussel 19 juni 2007, *J.T.T.* 2007, 405; Arbrb. Brussel 6 februari 2008, AR nr. 11310/06, te consulteren via [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

(5) Overweging 46 van de preambule bij Rome I.

(6) Overweging 44 van de preambule bij Rome I.

(7) Met betrekking tot het Verenigd Koninkrijk wekt overweging 45 de indruk dat deze lidstaat, in tegenstelling tot Ierland, gebruik heeft gemaakt van zijn opt-out. Overweging 45 beschrijft echter de toestand zoals die was op 17 juni 2008. Later, bij brief van 24 juli 2008, heeft het Verenigd Koninkrijk laten weten zich toch aan Rome I te willen houden. Het Verenigd Koninkrijk is hiertoe gekomen na een consultatieronde waarbij de overgrote meerderheid van de respondenten zich uitsprak voor de toepassing van Rome I.

(8) Meer informatie: S. FRANCO, «Le règlement «Rome I» sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *J.D.I.* 2009, (41), 48-49, nr. 18.

(9) J. DE MEYER, o.c., *NjW* 2008, (854), 859, nr. 25.

(10) Art. 17 van wet 14 juli 1987 houdende goedkeuring van het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, van het protocol en van twee Gemeenschappelijke Verklaringen, *BS* 9 oktober 1987, 14786.

2009 zal de Belgische rechter zich moeten blijven baseren op het EVO. Het EVO zal dan ook gedurende een lange tijd nog belangrijk blijven voor de rechtspraktijk.

Voor de arbeidsovereenkomsten die afgesloten zijn voor 1 januari 1988 zal de Belgische rechter in principe nog zelfs een beroep moeten doen op de indicïenmethode om het toepasselijk recht te bepalen, wanneer de partijen zelf niet voor een bepaald recht hebben gekozen. Met behulp van een aantal indicïen komt het er dan op aan te bepalen met welk rechtssysteem de arbeidsovereenkomst de nauwste band heeft, naar welk rechtssysteem de meeste indicïen wijzen. Hierbij gaat men er vanuit dat dit dan het rechtssysteem is waarvoor de partijen bij de arbeidsovereenkomst vermoedelijk hebben gekozen. In dit kader moet bijgevolg met een veelheid van factoren rekening worden gehouden zoals de taal van de overeenkomst, de gemeenschappelijke nationaliteit van de werkgever en de werknemer, de munteenheid waarin het loon wordt uitbetaald en de plaats van tewerkstelling (1).

Door het Wetboek van Internationaal Privaatrecht van 16 juli 2004 is het belang van de indicïenmethode als methode om het toepasselijk recht op een arbeidsovereenkomst te bepalen echter sterk afgenomen. Artikel 127 van het wetboek bepaalt namelijk dat het wetboek het recht bepaalt dat van toepassing is op de rechtshandelingen en de rechtsfeiten die zich voordoen na de inwerkingtreding van het wetboek. Het Wetboek van Internationaal Privaatrecht is in werking getreden op 1 oktober 2004 (art. 140). Bijgevolg moet men het Wetboek van Internationaal Privaatrecht in acht nemen om te bepalen welk recht van toepassing is op een ontslag dat gegeven is na 1 oktober 2004 met betrekking tot een grensoverschrijdende arbeidsovereenkomst die bijvoorbeeld al in 1978 is aangegaan (2). Met betrekking tot het toepasselijk recht op

overeenkomsten verwijst artikel 98, § 1 van het Wetboek van Internationaal Privaatrecht naar het EVO. Bijgevolg moet men het EVO hanteren om te bepalen welk recht van toepassing is op een ontslag dat na 1 oktober 2004 is gegeven in België.

### III. Artikelsgewijze bespreking van de collisie- of aanwijzingsregels

Net zoals het EVO bevat Rome I met betrekking tot de individuele arbeidsovereenkomsten een aantal belangrijke afwijkingen op het principe van de vrije rechtskeuze. Deze afwijkingen zijn ingegeven door de bekommernis om de belangen van de werknemer als zwakkere contractspartij te beschermen (3).

#### A. Artikel 2: het universeel karakter

Net zoals artikel 2 van het EVO drukt artikel 2 van Rome I het zogenaamde universele karakter uit. Hiermee wordt bedoeld dat het recht dat volgens Rome I het contract regelt niet noodzakelijk het recht moet zijn van een land dat gebonden is door Rome I (4). Ook wanneer Rome I bijvoorbeeld het Deens, Turks of Japans recht aanwijst, moet de rechter dat recht toepassen (5).

Het is evenmin vereist dat het conform het EVO of Rome I aangewezen recht enige band vertoont met het contract of met de partijen, noch dat de contractpartners enig belang hebben bij de toepassing van het gekozen recht (6). De Belgische rechter zal dan ook steeds Rome I toepassen, ook als hij met een Deense, Turkse of Japanse partij te maken heeft (7). Zo maakte het arbeidshof te Luik toepassing van Rwandees recht omdat werkgever en werknemer hiervoor hadden ge-

- 
- (1) Zie hierover O. DEBRAY en D. ECTORS, «La mobilité internationale: problématique de la loi applicable aux contrats de travail», in O. DEBRAY en D. ECTORS (ed.), *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 2001, (1), 3-10; J. ERAUW, «Het op internationale arbeidscontracten toepasselijke recht» en «Het imperatief arbeidsrecht – vooral dat van België», in *Aanwerven, Tewerkstellen, Ontslaan*, ATO 1987, I, 701-200 t.e.m. 701-310 en 701-500 t.e.m. 701-750; B. MASSANT, F. TILLEMANS en H. VAN HOOGENBEMT, «Het recht toepasselijk op grensoverschrijdende arbeidsrelaties», *Or.* 1990, (185), 191-193.
  - (2) Arbrb. Brussel 6 februari 2008, AR nr. 11310/06, te consulteren via [www.juridat.be](http://www.juridat.be).
  - (3) M. GIULIANO en P. LAGARDE, «Rapport betreffende het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst», Senaat, *Gedr. St.* 1985-86, nr. 362/1, 42 (hierna het rapport Giuliano-Lagarde genoemd): «In beide gevallen bestond namelijk behoefte aan een regeling die toegespitst is op de onderhavige onderwerpen, waarbij de ene partij overwicht heeft op de andere; door middel van een dergelijke regeling zou de partij die in sociaal-economisch opzicht in de contractuele relatie de zwakkere is, tegelijkertijd beter worden beschermd.»
  - (4) Rapport Giuliano-Lagarde, Senaat, *Gedr. St.* 1985-86, nr. 362/1, 14 en 22.
  - (5) S. FRANCO, *o.c.*, *J.D.I.* 2009, (41), 47, nr. 14.
  - (6) I. COUWENBERG, «De lex contractus onder het Europees Overeenkomstenverdrag», in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Europese IPR Verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 210, nr. 7.26.
  - (7) C. DENEVE, *Grensoverschrijdende conflicten in het arbeidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 35; C. VAN DER PLAS, «Verbintenissen uit overeenkomst: van EVO-verdrag naar Rome I-verordening», *NTER* 2008, (318), 319.

kozen, hoewel Rwanda het EVO niet onderschreven heeft (1).

## B. Artikel 3: rechtskeuze door partijen

De hoeksteen van de collisieregeling van Rome I is, net zoals bij het EVO, het principe dat de partijen zelf mogen kiezen welk recht op hun contractuele relatie van toepassing is (2). Deze keuzevrijheid is zeer ruim, doch kent enkele beperkingen. Afgezien van één nieuwheid (*cf. infra*) verschilt artikel 3 van Rome I nauwelijks van artikel 3 van het EVO.

### 1. *Expliciete versus impliciete rechtskeuze*

Het is niet vereist dat partijen uitdrukkelijk een rechtskeuze hebben gedaan. Partijen kunnen immers ook impliciet voor een bepaald recht gekozen hebben. Deze impliciete rechtskeuze moet wel duidelijk blijken uit de bepalingen van de overeenkomst en/of uit de uitvoering die aan de overeenkomst wordt gegeven (art. 3 § 1 Rome I).

Een voorbeeld van een impliciete of stilzwijgende rechtskeuze is een verwijzing in de arbeidsovereenkomst naar de Belgische arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 (3). De impliciete rechtskeuze moet helder zijn (4). Bij twijfel, hoe gering ook, kan er geen sprake zijn van een impliciete rechtskeuze (5). De rechter moet volledig overtuigd zijn van het feit dat er een impliciete rechtskeuze bestaat (6).

Zo werd het arbeidshof te Antwerpen geconfronteerd met een geval waarbij enkel met betrekking tot uitvindingen in dienstverband uitdrukkelijk werd verwezen naar het recht van de staat Californië. Voor de rest van hun arbeidsverhouding hadden werkgever en werknemer geen rechtskeuze gedaan. Aldus kon niet met voldoende zekerheid besloten worden dat partijen hun

arbeidsovereenkomst volledig hadden willen onderwerpen aan het recht van de staat Californië (7).

Van zijn kant was het arbeidshof te Bergen overtuigd dat partijen impliciet hadden gekozen voor het Franse recht. Het loon van de werknemer werd immers betaald in Franse frank, de werknemer was onderworpen aan de Franse fiscaliteit, de werknemer viel eveneens onder de Franse sociale zekerheid en op sommige tijdstippen hielden werkgever en werknemer zich aan bepaalde voorschriften van het Franse arbeidsrecht (8).

### 2. *Wijziging van de rechtskeuze*

Het recht waarvoor men gekozen heeft, kan in de loop van de contractuele relatie gewijzigd worden (art. 3 § 2 Rome I). Zo kan men bij een detachering overeenkomen dat het recht van het gastland van toepassing is gedurende de tijdelijke tewerkstelling, terwijl het recht van het land van herkomst weer van toepassing zal zijn bij de terugkeer van de werknemer.

Men kan eveneens in de loop van de overeenkomst opteren voor de toepassing van het nationaal recht van een bepaald land, zelfs indien men bij aanvang van de contractuele relatie geen rechtskeuze heeft gemaakt (9).

### 3. *Dépeçage*

Men kan eveneens bedingen dat bepaalde delen van de overeenkomst door één recht worden beheerst, terwijl andere delen van de overeenkomst onder de toepassing van het recht van een ander land vallen (art. 3 § 1 laatste zin Rome I). Dit noemt men *dépeçeren* of *dépeçage*.

De rechtsleer staat traditioneel terughoudend t.o.v. dergelijke gesplitste rechtskeuze. Men is ervoor bevreesd dat de toepassing van verschillende regels uit

---

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

(2) Overweging 11 van de preambule bij Rome I bevestigt dit principe uitdrukkelijk.

(3) Rapport Giuliano-Lagarde, Senaat, *Gedr. St.* 1985-86, nr. 362/1, 26: «*Evenzo kunnen verwijzingen in een overeenkomst naar bepaalde artikelen van de Franse Code civil elke twijfel wegnemen omtrent de vaste intentie van de partijen het Franse recht te kiezen, ook al is die keuze niet uitdrukkelijk gedaan.*»

(4) C. ENGELS, «Arbeidsovereenkomsten met een internationaal aspect», in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Europese IPR Verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 239, nrs. 8.9 en 8.10.

(5) Rapport Giuliano-Lagarde, Senaat, *Gedr. St.* 1985-86, nr. 362/1, 27: «*Het is in ieder geval duidelijk dat de zin die zojuist is geciteerd, de rechter in geen geval de bevoegdheid verleent, de partijen een rechtskeuze toe te dichten wanneer zij niet de stellige bedoeling hebben gehad een dergelijke keuze te doen.*»

(6) J. DE MEYER, *o.c.*, *NjW* 2008, (854), 860-861, nr. 34; C. DENEVE, *o.c.*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 43.

(7) Arbh. Antwerpen 19 november 2001, *R.W.* 2003-04, 821.

(8) Arbh. Bergen 8 februari 1999, *J.T.T.* 1999, 370.

(9) Rapport Giuliano-Lagarde, Senaat, *Gedr. St.* 1985-86, nr. 362/1, 28: «*De keuze mag zowel plaatsvinden op het ogenblik van de totstandkoming van de overeenkomst als daarvoor of daarna.*»

verschillende rechtsstelsels tot te veel complicaties zal leiden (1). Nochtans kan men bij arbeidsovereenkomsten een nuttig gebruik van *dépeçage* maken om bijvoorbeeld bij een detachering een aantal zaken te laten vallen onder het recht van het land waar men tijdelijk werkt (2). Zo kan men bepalen dat een werknemer tijdens zijn tijdelijke tewerkstelling in een ander land voor een aantal aspecten, zoals arbeidsduur, zondagsarbeid en feestdagen, onderworpen zal zijn aan de wetgeving van dat land. Zo valt deze werknemer onder dezelfde regels als zijn collega's die altijd in dat land werken.

#### 4. Rechtskeuze voor het recht van «derde» landen, vreemd aan de overeenkomst

Partijen kunnen ten slotte kiezen voor het recht van een ander land dan een lidstaat van de Europese Unie en zelfs voor het recht van een land waarmee de overeenkomst geen uitstaans heeft. Deze keuzevrijheid wordt echter beperkt, indien de rechtskeuze het enige grensoverschrijdende element is (3). Immers, wanneer het gekozen recht het enige element is dat verband houdt met een land, terwijl alle andere aanknopingspunten verwijzen naar een ander land, mag men niet afwijken van de dwingende bepalingen van het recht van dat andere land (art. 3 § 3 Rome I). Stel bijvoorbeeld dat alle aanknopingsfactoren in verband met de arbeidsrelatie verwijzen naar België en het enige element dat naar een ander recht verwijst de rechtskeuze van partijen is (bv. Japans recht), dan zullen de dwingende bepalingen van het Belgische recht toch van toepassing blijven.

Deze beperking is ingegeven door een bescherming van de belangen van de zwakkere contractspartij (4). Een keuze voor een vreemd recht mag er niet toe leiden dat die zwakkere partij de dwingende bescherming van het normaal toepasselijke recht zou verliezen (5).

Een nieuwigheid van Rome I is het feit dat men door middel van een keuze voor een niet-EU recht niet mag afwijken van dwingende EU-bepalingen (art. 3 § 4 Rome I). Welke impact deze bepaling in de praktijk zal hebben, dient afgewacht te worden (6).

### C. Artikel 8: het normaal toepasselijk recht op individuele arbeidsovereenkomsten

Wanneer de werknemer en de werkgever niet gekozen hebben voor een bepaald recht dat van toepassing is op hun arbeidsrelatie, dan moet men te rade gaan bij artikel 8 van Rome I om te bepalen welk recht als normaal toepasselijk recht van toepassing zal zijn op deze arbeidsovereenkomst. Hierbij hanteert artikel 8 van Rome I hetzelfde stramen als artikel 6 van het EVO.

Verricht de werknemer zijn arbeid gewoonlijk in eenzelfde land, dan is het recht van dat land van toepassing (art. 6 § 2 a) EVO en art. 8 § 2 Rome I). Wanneer de werknemer daarentegen zijn arbeid niet gewoonlijk in eenzelfde land verricht, is het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen van toepassing (art. 6 § 2 b) EVO en art. 8 § 3 Rome I). Deze alternatieve aanknopingspunt kan dus slechts een rol spelen, wanneer er geen land van gewoontelijke tewerkstelling zou zijn. Ten slotte kan in bepaalde omstandigheden gebruik worden gemaakt van de zogenaamde «ontsnappingsclausule». Indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer verbonden is met een ander land dan het land van gewoontelijke tewerkstelling of het land van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen, moet het recht van dat andere land worden toegepast. Dan kan dus afgeweken worden van de normale criteria van het land van gewoontelijke tewerkstelling en van het land van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen (art. 6 § 2 *in fine* EVO en art. 8 § 4 Rome I).

Daarnaast bevat artikel 8 van Rome I dezelfde afwijking op het principe van de vrije rechtskeuze als artikel 6 van het EVO. De rechtskeuze die gemaakt wordt in de arbeidsovereenkomst mag er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming zou verliezen van de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht (art. 6 § 1 EVO en art. 8 § 1 Rome I). Hoe verhouden de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht zich dan tot de bepalingen van het gekozen recht (*cf. infra*)?

(1) I. COUWENBERG, *o.c.*, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Europese IPR Verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 207, nr. 7.19.

(2) S. NERINCKX, «Bijzondere vraagstukken bij de toepassing van het Belgisch arbeidsrecht op grensoverschrijdende werknemers», *T.S.R.* 2004, (593), 616, nr. 25.

(3) J. DE MEYER, *o.c.*, *NjW* 2008, (854), 862, nr. 39.

(4) O. DEBRAY en D. ECTORS, *o.c.*, in O. DEBRAY en D. ECTORS (ed.), *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 2001, (1), 19.

(5) Rapport Giuliano-Lagarde, Senaat, *Gedr. St.* 1985-86, nr. 362/1, 30: «De groep ... blijft bij het beginsel dat de keuze door partijen van buitenlands recht, terwijl alle andere elementen van het geval op het tijdstip van de keuze met een enkel land zijn verbonden, de dwingende bepalingen van het recht van dit land onverlet laat.»

(6) S. FRANCO, *o.c.*, *J.D.I.* 2009, (41), 54-55, nr. 30.

Gezien deze grote gelijkenissen mag aangenomen worden dat artikel 6 van het EVO en artikel 8, § 1 van Rome I op dezelfde wijze mogen worden geïnterpreteerd. Daarnaast zijn de tekstwijzigingen die artikel 8, § 1 van Rome I bevat in vergelijking van artikel 6 van het EVO eerder bedoeld als bijkomende verduidelijkingen, zonder dat de inhoud en de draagwijdte van de in deze artikelen vermelde aanwijzings- of collisieregels fundamenteel worden veranderd (*cf. infra*).

### 1. Het land van gewoonlijke tewerkstelling

Het eerste aanknopingspunt om met betrekking tot individuele arbeidsovereenkomsten het normaal toepasselijke recht te bepalen, zowel onder artikel 6 van het EVO als artikel 8 van Rome I, is het land van gewoonlijke tewerkstelling.

#### 1.1. Een beknopte voorgeschiedenis

Om uit te maken welk land het land van gewoonlijke tewerkstelling is, kan men zich laten leiden door de rechtspraak van het EHvJ met betrekking tot de vraag welke rechter bevoegd is om geschillen te behandelen in het geval van een betwisting tussen werkgever en werknemer, de eerste vraag waarover het internationaal privaatsrecht zich buigt (*cf. supra*). Deze rechtspraak velde het EHvJ met betrekking tot artikel 5, lid 1 van het EEX-verdrag, de voorloper van de EEX- of Brussel I-verordening<sup>(41)</sup> <sup>(42)</sup>.

Normaliter moet de verweerder in een rechtszaak gedagvaard worden voor een rechtbank van de lidstaat waar hij zijn woonplaats heeft (art. 2 EEX-verdrag). In bepaalde gevallen is het evenwel mogelijk om de verweerder voor de rechtbank van een andere lidstaat op te roepen. Zo kan men de verweerder oproepen voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd (art. 5 1<sup>o</sup> EEX-verdrag). De oorspronkelijke versie van artikel 5, lid 1 van het EEX-verdrag bepaalde evenwel niet wat men in het kader van een arbeidsovereenkomst moest begrijpen onder de verbint-

tenis die aan de eis ten grondslag ligt. Het werd aan het EHvJ overgelaten om dit begrip in te vullen. Hiervoor heeft het EHvJ zich laten leiden door artikel 6 van het EVO. Aangezien het normaal toepasselijke recht op een individuele arbeidsovereenkomst het recht van het land van gewoonlijke tewerkstelling is (art. 6 EVO), moeten eveneens de hoven en rechtbanken van het land van gewoonlijke tewerkstelling bevoegd zijn om kennis te nemen van vorderingen die uit die arbeidsovereenkomst voortvloeien.

Het voorgaande blijkt duidelijk uit het arrest Ivenel/Schwab van 26 mei 1982 (1). In dit arrest sloot het EHvJ zich aan bij de wens dat geschillen op het gebied van internationale arbeidsovereenkomsten zo veel mogelijk worden gebracht voor de gerechten van het land waarvan de wet voor het betrokken contract moet gelden (2). In latere arresten voegde het EHvJ eraan toe dat men best de rechters van het land van gewoonlijke tewerkstelling bevoegd maakt, omdat die plaats al bepalend is voor de toepassing van regels van dwingend recht en van collectieve arbeidsovereenkomsten die de werknemer bescherming bieden (3). De bevordering van een goede rechtsgang stond het EHvJ dus voor ogen: de partijen weten meteen welke rechter bevoegd is en welk recht van toepassing is en de rechter kan zo meestal zijn eigen recht toepassen. Een goede wettelijke bescherming voor de werknemer verloor het EHvJ evenwel nooit uit het oog (4).

Men mag voorts aannemen dat een werknemer de nauwste band zal hebben met het land waar hij gewoonlijk werkt. Het komt dan ook gepast voor dat de rechters van dit land bevoegd zijn om kennis te nemen van geschillen waar de werknemer bij betrokken is (5). Om dezelfde reden mag het recht van dit land als het normaal toepasselijke recht voor een individuele arbeidsovereenkomst beschouwd worden (6).

Het is bijgevolg niet verwonderlijk dat overweging 7 (7) van de preambule van Rome I vermeldt dat bij de interpretatie van Rome I rekening gehouden dient te worden met de interpretatie van het EHvJ van

(1) HvJ 26 mei 1982, nr. 133/81, Roger Ivenel t. Helmut Schwab, *Jur.* HvJ 1982, 1891 (hierna het arrest Ivenel genoemd).

(2) Arrest Ivenel, § 12.

(3) Zie b.v. HvJ 13 juli 1993, nr. C-125/92, Mulox IBC Ltd. t. H. Geels, *Jur.* HvJ 1993, I, 4075, § 15 (hierna het arrest Mulox genoemd).

(4) Arrest Ivenel, § 14.

(5) Arrest Ivenel, § 15.

(6) Adv.Gen. D. RUIZ-JARABO COLOMER, concl. bij HvJ 16 oktober 2008, nr. C-310/07, Holmqvist, *Jur.* HvJ 2008, I, 7871, § 55.

(7) Met de overwegingen uit de preambule mag men rekening houden om de betekenis van bepaalde artikelen uit een verordening te interpreteren. De overwegingen hebben immers juist als voornaamste doel om bepaalde gevoelige bepalingen uit een verordening of een richtlijn te duiden en zelfs te verantwoorden (H. KENFACK, «Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles («Rome I»)», navire stable aux instruments efficaces de navigation?», *J.D.I.* 2009, (3), 9, nr. 8). § 10 van het Interinstitutioneel Akkoord van 22 december 1998 betreffende de gemeenschappelijke richtsnoeren voor de redactionele kwaliteit van de communautaire wetgeving (*Pb.C.* 17 maart 1999, afl. 73, 1) omschrijft dit als volgt: «De overwegingen hebben tot doel de essentiële bepalingen van het regelgevend gedeelte beknopt te motiveren, zonder de bewoordingen daarvan te herhalen of te parafaseren.»

gelijkaardige bepalingen in andere Europese IPR-instrumenten. De interpretatie van de bepalingen van de Rome I-verordening moet zoveel mogelijk stroken met de interpretatie van de EEX-verordening en diens voorganger, het EEX-verdrag. De link tussen artikel 5, lid 1 van het EEX-verdrag en artikel 6 van het EVO kan trouwens eveneens teruggevonden worden in de Belgische rechtspraak (1).

### 1.2. Een kwantitatief en een kwalitatief criterium

In zijn arresten heeft het EHvJ er meermaals op gewezen dat er moet worden nagegaan in welk land de werknemer in feite de met zijn werkgever overeengekomen werkzaamheden verricht. Om die plaats te bepalen moet men zowel een kwantitatief als een kwalitatief criterium hanteren :

- Het kwantitatief of temporeel criterium: In welk land heeft de werknemer het grootste deel van zijn arbeidstijd doorgebracht ?
- Het kwalitatief criterium: In welk land heeft de werknemer het werkelijke centrum van zijn beroepswerkzaamheden ondergebracht? In welk land is het belangrijkste deel van de arbeid verricht door de werknemer te situeren? Waar is de voornaamste arbeidsplaats gelegen?

Met betrekking tot het kwantitatieve criterium heeft het EHvJ de meeste duiding verschaft in het arrest Weber van 27 februari 2002 (2). Volgens het Hof moet men nagaan op welke plaats de werknemer het grootste deel van zijn arbeidstijd heeft doorgebracht. Hierbij moet men rekening houden met de gehele duur van de arbeidsverhouding. Men mag aldus niet enkel oog hebben voor de laatste periode van de arbeidsverhouding. Volgens het louter kwantitatief criterium is het land van gewoontelijke tewerkstelling bijgevolg het land waar het grootste deel van de arbeidstijd gepresteerd werd tijdens de gehele duur van de arbeidsbetrekking (3).

Het toepasselijke recht moet inderdaad bepaald worden op het moment dat het geschil ontstaat (4). Om bijvoorbeeld te bepalen in welk land de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht, moet men de uitvoering van de arbeidsovereenkomst bekijken op het ogenblik

waarop het geschil ontstaat (5). Het recht dat in het begin op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, hoeft immers niet noodzakelijk hetzelfde te zijn als het recht dat moet worden toegepast in geval van ontslag. Het is best denkbaar dat het op het moment van het ontslag een ander recht toepasselijk is geworden (6).

Het kwalitatieve criterium is terug te vinden in de arresten Mulox van 13 juli 1993 en Rutten van 9 januari 1997 (7) van het EHvJ. Volgens beide arresten is het werkelijke centrum van de beroepswerkzaamheden het kantoor van waaruit de werknemer werkte wanneer hij niet op zakenreis was, van waar hij op zakenreis vertrok en waarnaar hij terugkeerde, waar hij de contacten met de klanten en de opdrachtgevers onderhield per telefoon, per fax, waar hij zijn rapporten en andere verslagen ten behoeve van zijn werkgever opstelde, enz. (8) Advocaat-generaal Jacobs had het in dit verband steevast over een «gewone standplaats» (9).

In de meeste gevallen zullen het kwantitatieve criterium en het kwalitatieve criterium in dezelfde richting wijzen. Het land waar de meeste arbeidstijd wordt gepresteerd zal veelal tegelijkertijd het land zijn waar het werkelijke centrum van de beroepswerkzaamheden is gelegen. In de zaak Rutten was het bijvoorbeeld zo dat de betrokken werknemer de meeste arbeidstijd had gepresteerd in het land waar hij tevens zijn kantoor had (10).

De benadering van het EHvJ in de zaken Mulox en Rutten werd toegepast door het arbeidshof te Brussel in een arrest van 21 november 2007, niet alleen om te bepalen welke rechter bevoegd is maar ook om te bepalen welk recht van toepassing is. De zaak betrof een handelsvertegenwoordiger die voor een Nederlandse onderneming prospecteerde in Frankrijk en de Benelux. Daarbij vertrok hij telkens vanuit zijn woonplaats in België. Daardoor kon zijn woonplaats in België beschouwd worden als het werkelijke centrum van zijn beroepswerkzaamheden. Daar België het land van gewoontelijke tewerkstelling was, kon het geschil voor een Belgische rechtbank worden gebracht. Om dezelfde reden was het Belgisch recht toepasselijk (11).

(1) Arbh. Antwerpen 19 november 2001, *R.W.* 2003-04, 821.

(2) HvJ 27 februari 2002, nr. C-37/00, Herbert Weber t. Universal Ogdan Services Ltd, *Jur.* HvJ 2002, I, 2013 (hierna het arrest Weber genoemd).

(3) Arrest Weber, §§ 50 t.e.m. 52.

(4) C. ENGELS, *o.c.*, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Europese IPR Verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 241, nr. 8.15.

(5) S. NERINCKX, *o.c.*, *T.S.R.* 2004, (593), 605, nr. 12.

(6) C. ENGELS, «Enkele arbeidsrechtelijke bedenkingen aangaande de salary split», *J.T.T.* 2000, (385), 387.

(7) HvJ 9 januari 1997, nr. C-383/95, P.W. Rutten t. Cross Medical Ltd, *Jur.* HvJ 1997, I, 57 (hierna het arrest Rutten genoemd).

(8) Arrest Mulox, § 25 en arrest Rutten, § 25.

(9) Adv.Gen. F.G. JACOBS, concl. bij arrest Weber, § 41, § 49 en § 56.

(10) Adv.Gen. F.G. JACOBS, concl. bij arrest Rutten, § 39.

(11) Arbh. Brussel 21 november 2007, *J.T.T.* 2008, 93.

1.3. *Wat als het kwantitatieve en het kwalitatieve criterium naar een ander land wijzen?*

Wat moet men echter doen als het kwantitatieve criterium en het kwalitatieve criterium niet naar hetzelfde land wijzen? Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een werknemer pas kort voor het einde van zijn beroepsloopbaan in een land (land B) is gaan werken, terwijl hij de rest van zijn carrière in een ander land (land A) had doorgebracht.

Normaliter is het recht van land A het normaal toepasselijke recht wegens de lange duur van de tewerkstelling aldaar, zodat dit land kan doorgaan als het land van gewoontelijke tewerkstelling (toepassing van louter het kwantitatief criterium). Niettemin kan in bepaalde omstandigheden land B het land van gewoontelijke tewerkstelling zijn en het recht van land B dus het normaal toepasselijke recht, niettegenstaande de korte duur van de tewerkstelling aldaar. Dit is het geval wanneer het de bedoeling van werkgever en werknemer was om de werknemer duurzaam tewerk te stellen in land B, maar dit voornemen werd bijvoorbeeld doorkruist door ziekte of een ongeval waardoor de werknemer blijvend arbeidsongeschikt is geworden en het contact beëindigd is wegens medische overmacht. In geval van tegenstrijdigheid tussen het kwantitatieve criterium en het kwalitatieve criterium haalt het kwalitatieve criterium in principe de bovenhand (1).

Dit punt maakt het EHvJ in het arrest Weber van 27 februari 2002. Men moet rekening houden met het recht van land B, wanneer werkgever en werknemer de duidelijke wil hadden dat de werknemer duurzaam zijn beroepsactiviteiten in land B zou gaan verrichten. In dergelijk geval moet land B beschouwd worden als het nieuwe land van gewoontelijke tewerkstelling, zelfs indien de totale duur van de tewerkstelling in land A veel langer is dan de effectieve tewerkstelling in land B. Er moet echter altijd sprake zijn van arbeid in land B. Wanneer er geen enkele arbeid in land B is verricht, dan kan land B inderdaad maar moeilijk doorgaan als het nieuwe land van gewoontelijke tewerkstelling. Het voornemen van de partijen om het centrum van de beroepswerkzaamheden van de werknemer naar land B over te nemen moet toch al enige concrete uitvoering hebben gekregen in de vorm van arbeidsprestaties die de werknemer in land B heeft geleverd (2).

1.4. *Wat als men geen toepassing kan maken van het kwantitatieve criterium?*

Wat moet men doen als men geen toepassing kan maken van het kwantitatieve criterium? Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer men 1/3 van zijn arbeidstijd telkens in drie verschillende landen presteert.

In dergelijk geval moet men alleen het kwalitatieve criterium in aanmerking nemen. Dan moet nagegaan worden in welk land het belangrijkste deel van de arbeid verricht door de werknemer kan worden gelokaliseerd (3). In dat land kan dan de voornaamste arbeidsplaats gesitueerd worden (4). Men moet op zoek gaan naar de plaats waar of van waaruit de werknemer hoofdzakelijk zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervult (5).

Deze zienswijze heeft de wetgever in artikel 8, § 2 van Rome I overgenomen. Artikel 6, § 2 van het EVO bepaalde dat het land van gewoontelijke tewerkstelling het land was «waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht». Artikel 8, § 2 van Rome I beschouwt niet alleen «het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht» als het land van gewoontelijke tewerkstelling. Ook «het land van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht» kan nu doorgaan als het land van gewoontelijke tewerkstelling. Dit laatste is het geval als een werknemer in verschillende landen werkt en er geen land is waar het grootste deel van de arbeidstijd wordt doorgebracht. In dergelijk geval moet nagegaan worden of de werknemer over een «gewone standplaats» beschikt.

Dat het begrip «gewone standplaats» wel degelijk aan de basis lag van deze tekstwijziging, blijkt uit het volgende citaat van het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie dat uiteindelijk geleid heeft tot de Rome I-verordening<sup>(66) (67)</sup>: «Deze wijziging maakt het bijvoorbeeld mogelijk de regel toe te passen op personeel dat werkzaam is aan boord van vliegtuigen, indien er een vaste plaats is van waaruit het werk wordt georganiseerd en waar dat personeel andere verplichtingen jegens zijn werkgever vervult (inchecken, veiligheidscontrole).»

Op deze wijze werd de rechtspraak van het EHvJ over de interpretatie van artikel 5, lid 1 van het EEX-ver-

(1) Adv.Gen. F.G. JACOBS, concl. bij arrest Weber, § 56.

(2) Arrest Weber, § 53 en 54.

(3) Adv.Gen. F.G. JACOBS, concl. bij arrest Mulox, § 35 en Adv.Gen. F.G. JACOBS, concl. bij arrest Weber, § 53.

(4) Adv.Gen. F.G. JACOBS, concl. bij arrest Mulox, § 32 en § 37.

(5) Arrest Mulox, § 24 en arrest Rutten, § 23.

drag in de tekst van de Rome I-verordening geïntegreerd (1).

### 1.5. *Wat als men geen toepassing kan maken van het kwantitatieve én kwalitatieve criterium?*

Wat moet ten slotte gedaan worden als men geen toepassing kan maken van het kwantitatieve en van het kwalitatieve criterium bij gebrek aan een gewone standplaats?

Dit is bijvoorbeeld het geval bij echte nomadische werknemers. Dit zijn werknemers die kort in een land werken (land A), daarna onmiddellijk naar een ander land gaan (land B) om daar kort te werken, vervolgens weer een korte arbeidsprestatie in een ander land verrichten (land C), enz. Deze werknemers beschikken evenmin over een gewone standplaats, dit is een echte thuisbasis, bijvoorbeeld in land D, waarnaar ze stelselmatig terugkeren tussen hun opdrachten in de andere landen door (landen A, B en C) en waar ze eveneens bepaalde verplichtingen tegenover de werkgever nakomen.

In dergelijke gevallen moet men kijken naar het recht van het land waar de vestiging zich bevindt die de echte nomadische werknemer in dienst heeft genomen (2). Hoe dan ook is het aantal gevallen waarin toepassing moet worden gemaakt van dit aanknopingspunt heel beperkt. Dit was trouwens de bedoeling van de Europese Commissie (3): door «*het land van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht*» eveneens als land van gewoontelijke tewerkstelling aan te merken hoopte ze dat minder vaak gebruik zou worden gemaakt van het criterium van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen (4).

## 2. *Het land van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen*

Het aanknopingspunt van het land van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen lijkt aldus beperkt te blijven tot die hypothesen waarin het niet mogelijk is te achterhalen in welk land het belangrijkste deel van de arbeidsprestaties van de werknemer te situeren is. De arbeidsrechtbank te Brussel werd al met zo een geval geconfronteerd. Ze had te maken met een

zaak die linken had met België en Bulgarije. Omdat ze niet kon bepalen waar het belangrijkste deel van de arbeid kon worden gesitueerd, besloot de rechtbank om toepassing te maken van het recht van het land van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen. Die vestiging lag in België, waardoor Belgisch recht van toepassing was (5).

Opdat het recht van het land van de vestiging toepasselijk zou zijn, is het nodig dat het om een werkelijke vestiging gaat. Het afsluiten van een arbeidsovereenkomst in een buitenlands hotel heeft geen invloed op het toepasselijke recht (6).

Bovendien is vereist dat de werknemer werkelijk tewerkgesteld wordt door die vestiging en dat zij niet enkel de plaats is waar het contract is ondertekend. Het louter afsluiten van de arbeidsovereenkomst op de hoofdzetel om enkel en alleen in het buitenland te gaan werken voor andere vestigingen, blijft zonder gevolg (7).

## 3. *Het land waarmee de arbeidsovereenkomst kennelijk de nauwste band heeft*

Artikel 8, § 4 van Rome I (voorheen art. 6 § 2 *in fine* EVO) is een «ontsnappingsclausule» die slechts in uitzonderlijke gevallen mag worden toegepast. Bijgevolg moet ze strikt geïnterpreteerd worden. Overweging 16 van de preambule van Rome I bepaalt immers dat de toepassing van de collisie- of aanwijzingsregels van deze verordening in hoge mate voorspelbaar moet zijn.

Deze strikte interpretatie wordt kracht bijgezet door de toevoeging van het bijvoeglijk naamwoord «kennelijk». In artikel 6, § 2, *in fine* van het EVO stond er: «*tenzij uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land*». In artikel 8, § 4 van Rome I staat er: «*indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land*». Dus alleen voor die arbeidsovereenkomsten waarvan manifest vaststaat dat ze de nauwste band hebben met een ander land dan het land van gewoontelijke tewerkstelling en/of het land van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen, kan het recht van dit andere land als het normaal toepasselijke recht worden gezien.

(1) S. FRANCO, *o.c.*, *J.D.I.* 2009, (41), 65, nr. 48.

(2) Adv.Gen. F.G. JACOBS, concl. bij arrest Weber, § 51.

(3) EUROPESE COMMISSIE, «Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbin-

(4) H. KENFACK, *o.c.*, *J.D.I.* 2009, (3), 36, nr. 54.

(5) Arbrb. Brussel 10 juni 2008, *J.T.T.* 2008, 357.

(6) H. STORME en S. BOUZOUMITA, *o.c.*, *NjW* 2005, (290), 307, nr. 51.

(7) H. STORME en S. BOUZOUMITA, *o.c.*, *NjW* 2005, (290), 307, nr. 51.

#### 4. Een aantal concrete gevallen van toepassing van artikel 8, §§ 2 t.e.m. 4 van Rome I

Aan de hand van de hierboven geschetste aanwijzingsregels van artikel 8, §§ 2 tot en met 4 van Rome I kan nu bepaald worden welk recht het normaal toepasselijke recht zal zijn op arbeidsovereenkomsten in de volgende gevallen van internationale tewerkstelling: detachering, transfer, simultane tewerkstelling, nomadische werknemers en grensarbeid.

##### 4.1. Detachering

Eerst ter verduidelijking: met een detachering wordt hier een detachering conform de EU-verordeningen nr. 1408/71 en nr. 883/2004 bedoeld. Hierbij gaat een werknemer tijdelijk in een ander land werken, maar hij blijft verbonden met zijn oorspronkelijke werkgever (organische band) en het is niet de bedoeling om langer dan (straks) 24 maanden in dat andere land te werken. Met de onderneming in het andere land waar de werknemer effectief gaat werken, sluit de werknemer geen overeenkomst af (1).

Zowel artikel 6 van het EVO als artikel 8 van Rome I bepalen dat een tijdelijke detachering naar een ander land niet verhindert dat het recht van het land van gewoontelijke tewerkstelling van toepassing blijft. Hiermee wil men rechtszekerheid bieden en manipulaties door de partijen vermijden.

Het EVO bevatte echter geen definities van de begrippen «gewoontelijk» of «tijdelijk», waardoor de onzekerheid groot bleef. Verschillende oplossingen werden geformuleerd (2):

- Een eerste oplossing zou kunnen bestaan in een tijdsbepaling. Het begrip «tijdelijk» slaat dan op een bepaalde periode. De vraag blijft dan vanaf wanneer een tewerkstelling niet meer tijdelijk is.
- Een andere oplossing zou erin kunnen bestaan te kijken naar het belang van de activiteiten. Gewoontelijke arbeid wordt dan geplaatst tegenover occasionele arbeid. Zo heeft een occasionele reis naar het buitenland geen invloed op het toepasselijke recht.
- Anderen stelden dan weer voor tijdelijk tegenover definitief te plaatsen. Bij een tijdelijke tewerkstelling in het buitenland staat op voorhand vast dat de werknemer op een bepaald moment naar de oorspronkelijke werkgever terugkeert.

Er moet bijgevolg naar de intentie van de partijen worden gekeken. Deze intentie zou dan onder meer kunnen worden afgeleid uit de arbeidsovereenkomst (is er b.v. een terugkeergarantie opgenomen in de arbeidsovereenkomst?) en de instructies van partijen.

Overweging 36 van de preambule van Rome I (3) lijkt nu aan deze controversie een einde te maken. Deze overweging verwijst immers naar de intentie van de partijen om uit te maken of er sprake is van een tijdelijke of een definitieve tewerkstelling in een ander land:

- Wordt er van de werknemer verwacht dat hij na de voltooiing van zijn taak in een ander land (land B) opnieuw arbeid in het land van herkomst (land A) verricht, dan is er sprake van een detachering die geen invloed heeft op de toepassing van het recht van het land van gewoontelijke tewerkstelling, *in casu* het recht van het land van herkomst (land A).
- Wordt er daarentegen niet van de werknemer verwacht dat hij na voltooiing van zijn taak in het andere land (land B) opnieuw arbeid in het land van herkomst (land A) verricht, dan kan aangenomen worden dat er geen sprake is van detachering. In dergelijk geval valt de arbeidsrelatie onder de toepassing van het recht van het andere land (land B) dat beschouwd moet worden als het nieuwe land van gewoontelijke tewerkstelling in plaats van het land van herkomst (land A).

Andermaal treffen we het samenspel aan van het kwantitatieve en het kwalitatieve criterium die in het geval van een detachering beide in dezelfde richting wijzen:

- De werknemer zal normaliter maar een beperkt deel van zijn loopbaan in het land van tijdelijke tewerkstelling doorbrengen (het kwantitatieve criterium).
- Zulks is ook de echte intentie van de werknemer en de werkgever (het kwalitatieve criterium).

Zo wordt in een arrest van het arbeidshof te Brussel van 9 januari 2009 (4) verwezen naar het kwalitatieve criterium om finaal te beslissen dat er geen sprake is van een detachering. In de voorliggende zaak werd de werknemer vanuit Turkije opeenvolgend naar verschillende landen uitgezonden zonder dat hij terugkeerde naar het land van herkomst (een zgn. kettindingetache-

(1) Arbh. Antwerpen 7 juni 1995, *Soc. Kron.* 1995, 500.

(2) H. STORME en S. BOUZOUMITE, *o.c.*, *NJW* 2005, (290), 306-307, nr. 50.

(3) «(36) Met betrekking tot individuele arbeidsovereenkomsten dient het verrichten van arbeid in een ander land als tijdelijk te worden aangemerkt wanneer van de werknemer wordt verwacht dat hij na de voltooiing van zijn taak in het buitenland opnieuw arbeid in het land van herkomst verricht. Het sluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst met de oorspronkelijke werkgever of met een werkgever die tot dezelfde groep van bedrijven behoort als de oorspronkelijke werkgever, mag niet beletten dat de werknemer geacht wordt zijn arbeid tijdelijk in een ander land te verrichten.»

(4) Arbh. Brussel 9 januari 2009, AR nr. 48.697, te consulteren via [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

ring). Het arbeidshof was eveneens van oordeel dat uit het feit dat de werknemer een overeenkomst voor onbepaalde tijd met een onderneming in België, het laatste ontvangende land, kon worden afgeleid dat het niet de bedoeling was om slechts een korte tijd in België te werken. Het was integendeel de bedoeling dat de werknemer duurzaam in België zou gaan werken. Bovendien was de organische band met de Turkse werkgever niet behouden: de werknemer had slechts heel sporadische contacten meer met zijn Turkse werkgever. Volgens het arbeidshof is, bij een opeenvolging van verschillende plaatsen waar de werknemer gewoonlijk werkt, het de actuele plaats van tewerkstelling, dit is de laatste plaats van tewerkstelling, die in aanmerking moet worden genomen, op voorwaarde dat die wijziging ondersteund wordt door de duidelijke wil van de partijen. Het arbeidshof kwam dan ook tot de conclusie dat de plaats van gewoontelijke tewerkstelling België geworden was en dat de arbeidsovereenkomst onder Belgisch recht viel (1).

#### 4.2. Transfer

In het geval van een transfer wordt de werknemer door de werkgever of onderneming die gevestigd is in de uitzendende staat (land A), naar het buitenland gezonden. De arbeidsrelatie met de oorspronkelijke werkgever wordt beëindigd of opgeschort. Een nieuwe arbeidsrelatie komt tot stand met de werkgever in de ontvangende staat (land B). In de praktijk wordt het transferscenario veelal toegepast in geval van een langdurige of permanente internationale tewerkstelling (2).

In veel gevallen zal het kwantitatieve criterium overeenstemmen met het kwalitatieve criterium, omdat de werknemer na de transfer een substantieel deel van zijn loopbaan in het nieuwe land (land B) zal doorbrengen. Het kwantitatieve criterium kan soms echter haaks staan op het kwalitatieve criterium, zoals bijvoorbeeld in het geval waarin door ziekte onverwachts een einde komt aan de tewerkstelling in het nieuwe land (land B). In dergelijk geval zal het kwalitatieve criterium toch primeren. Dan zal het nieuwe land toch als het nieuwe land van gewoontelijke tewerkstelling worden aangemerkt en zal het recht van dat land als het nieuwe normaal toepasselijke recht worden gezien. Uiteraard

moet er wel al enige arbeid in het nieuwe land verricht zijn. Zoniet kan dit land bezwaarlijk doorgaan als het nieuwe land van gewoontelijke tewerkstelling (3).

#### 4.3. Simultane tewerkstelling

In het scenario van de simultane tewerkstelling levert de werknemer arbeidsprestaties in twee of meer verschillende staten, al dan niet voor verschillende werkgevers. De werknemer heeft, naar gelang van de omstandigheden, één of meer arbeidsrelaties (4).

Indien er één werkgever is, wordt slechts één arbeidsovereenkomst gesloten. Deze arbeidsovereenkomst regelt de totaliteit van de activiteiten van de werknemer voor de desbetreffende werkgever (5).

In dit geval moet aan de hand van het kwantitatieve en het kwalitatieve criterium nagegaan worden waar de voornaamste arbeidsplaats van de werknemer is (6). Dan kan het land waar deze voornaamste arbeidsplaats gelegen is, beschouwd worden als het land van gewoontelijke tewerkstelling. Dan is het recht van dat land het normaal toepasselijke recht. Dit is bijvoorbeeld het geval, wanneer men voor 90 % in een bepaald land werkt en eveneens in dat land woont en onder de sociale zekerheid van dat land valt (7). Kan er echter geen plaats worden bepaald waar het belangrijkste deel van de arbeid van de werknemer te situeren is, moet men kijken naar de staat van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen (8).

In geval van verscheidene werkgevers dienen zich verschillende opties aan. Een eerste optie bestaat erin een arbeidsovereenkomst voor een deeltijdse betrekking af te sluiten met elke afzonderlijke onderneming die betrokken is bij de simultane tewerkstelling. Een tweede optie is een «globale» arbeidsovereenkomst die gesloten wordt tussen de werknemer en alle ondernemingen waar hij voor gaat werken en die de volledige tewerkstelling regelt. Ter uitvoering van deze «globale» overeenkomst of kaderovereenkomst kunnen dan nog afzonderlijke arbeidsovereenkomsten met iedere afzonderlijke werkgever aangegaan worden (9).

- 
- (1) Zie eveneens C. DELMARCELLE, «Conséquences d'un «faux détachement» et rappel sur les indemnités d'expatriation», *Expat News*, september 2009, 3-5.
  - (2) S. NERINCKX, *o.c.*, *T.S.R.* 2004, (593), 595, nr. 1 en 602, nr. 6.
  - (3) S. NERINCKX, *o.c.*, *T.S.R.* 2004, (593), 604, nr. 12.
  - (4) S. NERINCKX, *o.c.*, *T.S.R.* 2004, (593), 595, nr. 1.
  - (5) S. NERINCKX, *o.c.*, *T.S.R.* 2004, (593), 626, nr. 34.
  - (6) Adv.Gen. F.G. JACOBS, concl. bij arrest Mulox, § 35.
  - (7) S. NERINCKX, *o.c.*, *T.S.R.* 2004, (593), 628, nr. 36.
  - (8) Arbh. Antwerpen 19 november 2001, *R.W.* 2003-04, 823.
  - (9) S. NERINCKX, *o.c.*, *T.S.R.* 2004, (593), 626, nr. 35.

In de eerste optie moet normaliter voor ieder contract afzonderlijk worden bepaald welk recht van toepassing is (1). Zo besliste het arbeidshof te Antwerpen in het geval van een ontslagen werknemer, die een Belgische en een Nederlandse arbeidsovereenkomst had, dat in het kader van de beëindiging van de Belgische arbeidsovereenkomst en de daarbij horende begroting van de Belgische opzeggingsvergoeding alleen rekening mag worden gehouden met de Belgische bezoldiging (2).

Wanneer echter een nauwe band tussen die verschillende overeenkomsten bestaat, kunnen al die overeenkomsten toch onder de toepassing van één enkel recht vallen. In het arrest Pugliese van 10 april 2003 somt het Europese Hof van Justitie een aantal relevante factoren op (3):

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

Uit deze elementen kan men immers afleiden dat de eerste werkgever zelf een belang heeft bij de uitvoering van de arbeid die de werknemer voor de tweede werkgever zal verrichten (4).

Ook de Belgische arbeidsrechtbanken blijken vrij snel te besluiten tot het bestaan van één enkele arbeidsrelatie (5). Men veronderstelt dan dat het in wezen gaat om een en dezelfde tewerkstelling die, conform het kwantitatieve en het kwalitatieve criterium, in één land

kan worden gelokaliseerd. Het recht van dat land zal dan als het recht van het land van gewoonlijke tewerkstelling gelden voor de twee arbeidsovereenkomsten, net zoals de rechters van dat land eveneens bevoegd zijn om kennis te nemen van geschillen in verband met de beide arbeidsovereenkomsten.

In de tweede optie, die van de «globale» arbeidsovereenkomst, moet andermaal de voornaamste arbeidsplaats bepaald worden aan de hand van het kwantitatieve en het kwalitatieve criterium. Men moet nagaan waar het zwaartepunt van de arbeidsrelatie gelegen is. Het recht van het land waar het zwaartepunt gelegen is zal het normaal toepasselijke recht zijn (6).

#### 4.4. *Nomadische werknemers*

Voor nomadische werknemers, dit zijn werknemers die hun arbeid in meerdere landen uitvoeren zoals handelsvertegenwoordigers, piloten en stewardessen, moet men eerst nagaan of ze een gewone standplaats hebben. Het recht van het land waar ze hun gewone standplaats hebben zal het normaal toepasselijke recht zijn, vermits het gaat om het recht van het land van gewoonlijke tewerkstelling. Pas als echt vaststaat dat nomadische werknemers geen gewone standplaats hebben, kan toepassing gemaakt worden van het aanknopingspunt van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen.

In een vonnis van de arbeidsrechtbank te Charleroi (7) werd geoordeeld dat er een gewoonlijke tewerkstelling is in België, indien de activiteiten van het boordpersoneel van een Ierse luchtvaartmaatschappij worden aangevan en beëindigd in een Belgische luchthaven. Met andere woorden, hun gewone standplaats moet dan in België gelokaliseerd worden. Hieruit volgde dat de Belgische rechtbanken bevoegd waren om kennis te nemen van het geschil, sinds België beschouwd moest worden als het land van gewoonlijke tewerkstelling.

Hoewel de arbeidsrechtbank hierover niet moest oordelen, kan het Belgische recht in dat geval eveneens als het normaal toepasselijke recht worden aangezien.

---

(1) A. CEUTERICK en T. BAART, «Toepasselijk recht in geval van salary split», *Or.* 2005, (117), 122.

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

(3) HvJ 10 april 2003, nr. C-437/00, G. Pugliese t. Finmeccanica, *Jur.* HvJ 2002, I, 3573 (hierna het arrest Pugliese genoemd).

(4) Arrest Pugliese, § 23 en Adv.Gen. F.G. JACOBS, concl. bij arrest Pugliese, § 63 en § 66.

(5) A. CEUTERICK en T. BAART, *o.c.*, *Or.* 2005, (117), 127.

(6) A. CEUTERICK en T. BAART, *o.c.*, *Or.* 2005, (117), 127-128.

(7) Arbrb. Charleroi 21 maart 2005, *J.T.T.* 2005, 263, noot.

België is immers het land van gewoonlijke tewerkstelling, omdat hun gewone standplaats daar gesitueerd is (1).

#### 4.5. Grensarbeid

Grensarbeid betreft de situatie waarbij een werknemer woont in een land (land A) en werkt in een ander land (land B). Normaliter zal het normaal toepasselijke recht op diens arbeidsovereenkomst het recht van land B zijn. Zowel het kwantitatieve criterium als het kwalitatieve criterium wijzen in die richting.

Niettemin kan toch niet worden uitgesloten dat in bepaalde gevallen toch het recht van land A als het normaal toepasselijke recht moet worden aangezien. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de werknemer werkt voor een werkgever die eveneens in land A gevestigd is (2). Als dan de werknemer ook nog bepaalde werkzaamheden in land A uitvoert, kan zeker geargumenteed worden dat zijn arbeidsovereenkomst kennelijk een nauwere band vertoont met land A dan met land B, zodat men toepassing zou kunnen maken van artikel 8, § 4 van Rome I (voorheen art. 6 § 2 *in fine* EVO).

#### 5. De bepalingen van het normaal toepasselijk recht waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken (art. 8 § 1 Rome I)

Zoals al eerder opgemerkt bevat artikel 8 van Rome I dezelfde afwijking op het principe van de vrije rechtskeuze als artikel 6 van het EVO. De rechtskeuze die gemaakt wordt in de arbeidsovereenkomst mag er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming zou verliezen van de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht. Het dwingend recht van het normaal toepasselijke recht gaat boven de bepalingen van het gekozen recht wanneer de bepalingen van dit dwingend recht de werknemer beter beschermen dan het recht van de rechtskeuze, bijvoorbeeld door een langere opzeggingstermijn voor de werknemer te bepalen (3).

Vraag is echter hoe men de verhouding tussen de rechtsregels van het gekozen recht en die van het

dwingend recht moet zien. Het antwoord op deze vraag hangt nauw samen met de conceptie die men heeft van het begrip «dwingend recht» (4).

Als men als dwingend recht beschouwt «het geheel van bepalingen die een zekere maatschappelijke ordening betreffen op het Belgische grondgebied in de mate dat zij essentieel aanvaardde waarden in België beschermen», dan zijn uitsluitend de bepalingen van het Belgische recht van toepassing op de tewerkstelling in België. De bepalingen van het Belgische arbeidsrecht moeten dan in principe gelden voor iedereen die in België werkzaam is, ook al is die tewerkstelling van (zeer) korte duur. Het gekozen recht moet in die optiek buiten beschouwing blijven en het Belgische arbeidsrecht moet onverkort kunnen gelden.

Anders is het wanneer aanvaard wordt dat bepalingen van het dwingend arbeidsrecht er in de eerste plaats zijn om de werknemers als zwakkere maatschappelijke groep te beschermen. In dit tweede geval is het dan logisch dat het Belgische dwingende arbeidsrecht wordt opzijgezet wanneer het gekozen recht de werknemer beter beschermt of minstens een gelijkaardige bescherming verschaft.

Deze tweede stelling sluit beter aan bij de filosofie van het arbeidsrecht. Men zal steeds de best mogelijke bescherming van de werknemer betrachten, zoals die bepaald wordt door het gekozen recht en/of het dwingende recht. Deze tweede stelling is eveneens terug te vinden in de preambule van Rome I. Conform overwegingen 23 en 35 uit de preambule van Rome I moeten partijen die als zwakker worden beschouwd, zoals de werknemer, beschermd worden door aanwijzings- of collisieregels die voor hun belangen gunstiger zijn dan de algemene regels. In het bijzonder mag de werknemer niet de bescherming verliezen die hem wordt geboden door bepalingen waarvan niet of enkel in zijn voordeel kan worden afgeweken bij overeenkomst. Met andere woorden, de bepalingen van het gekozen recht zijn het minimum aan bescherming ten voordele van de werknemer. Pas wanneer de dwingende regels van het normaal toepasselijke arbeidsrecht een betere be-

(1) Dergelijke rechtspraak kan men b.v. al in Engeland vinden. Zo besliste het Employment Appeal Tribunal in een vonnis van 3 april 2008, in de zaak *Hunt t. United Airlines*, dat men voor nomadische werknemers moest nagaan waar hun gewone standplaats gelegen is (§ 25): «*In the case of peripatetic employees, ..., the most helpful test is – where was the employee based at the relevant time?*» Daarmee volgde het Employment Appeal Tribunal dezelfde zienswijze als de House of Lords in een arrest van 26 januari 2006 in de zaak *Serco t. Lawson e.a.* (§ 29): «*A man's base is the place where he should be regarded as ordinarily working, even though he may spend days, weeks or months working overseas.*»

(2) C. DENEVE, o.c., Antwerpen, Intersentia, 2001, 46.

(3) Rapport Giuliano-Lagarde, Senaat, *Gedr. St.* 1985-86, nr. 362/1, 42: «*De bepalingen die ingevolge het tweede lid toepasselijk zijn, prevaleren boven die van het gekozen recht en worden in plaats daarvan toegepast, voor zover deze bepalingen de werknemer beter beschermen dan het gekozen recht, bijvoorbeeld door een langere opzeggingstermijn toe te staan.*»

(4) C. DENEVE, o.c., Antwerpen, Intersentia, 2001, 63-64.

scherming aan de werknemer verschaffen, moet men die dwingende regels toepassen (1).

Dit betekent dan ook dat het Belgische dwingende arbeidsrecht pas in tweede instantie aan bod kan komen als werkgever en werknemer voor een bepaald recht hebben gekozen. Eerst moet het deugdelijk vaststaan dat het Belgische recht aan de werknemer een betere bescherming biedt, voordat het Belgische recht in de plaats van het gekozen recht kan komen (2).

Deze interpretatie stemt ten volle overeen met de intentie van de Europese Commissie om ook inzake individuele arbeidsovereenkomsten het principe van de vrije rechtskeuze, met andere woorden van de wilsautonomie van werkgever en werknemer om het op hen toepasselijke recht te kiezen, als uitgangspunt te nemen. Om die reden is in artikel 8 van Rome I het recht voor de contractspartijen om voor een bepaald recht te kiezen veel meer beklemtoond dan in artikel 6 van het EVO. De eerste zin van de eerste paragraaf van het nieuwe artikel 8 maakt heel duidelijk dat de basis van het collisierecht met betrekking tot de individuele arbeidsovereenkomst het recht is dat door werkgever en werknemer zelf is gekozen: «*Een individuele arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat de partijen overeenkomstig artikel 3 hebben gekozen.*»

Aldus is ook inzake arbeidsovereenkomsten het gekozen recht de basis. De dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht hebben pas een rol te spelen, wanneer ze echt een bijkomende bescherming aan de werknemer bieden (3). Indien het gekozen recht een grotere bescherming biedt, dan moet de door de partijen gemaakte keuze gerespecteerd worden (4). Hoe moet men echter bepalen welk rechtstelsel voor de werknemer de beste bescherming biedt (5)? Moet men bijvoorbeeld de voorkeur geven aan een hoge opzeggingstermijn of -vergoeding zoals in België of aan een systeem zoals in Nederland waar de werkgever eerst om een toelating moet vragen om een werk-

nemer te ontslaan, maar waarbij de opzeggingstermijnen aan de lage kant liggen? Bijgevolg dient steeds een grondige studie te gebeuren van de verschillende rechtstelsels, waarbij deze in hun geheel worden bestudeerd (6).

Zo vergeleek het arbeidshof te Bergen bepaalde regels van het gekozen recht, het Franse recht, met bepaalde regels van het normaal toepasselijke recht, het Belgische recht. Het ging om de regels met betrekking tot het ontslag om dringende redenen. Het arbeidshof te Bergen besloot dat de procedure m.b.t. de dringende reden in het Franse recht even beschermend, zo niet nog meer beschermend is voor de werknemer dan de procedure volgens het Belgisch recht. Zo is de werkgever in Frankrijk verplicht om de werknemer eerst te horen voordat hij tot een ontslag kan overgaan (7). Deze mening van het arbeidshof te Bergen werd gedeeld door de arbeidsrechtbank te Nijvel. De arbeidsrechtbank kende wel de Belgische opzeggingstermijn van zes maanden toe, omdat die langer en dus voor de werknemer voordeliger was dan de Franse opzeggingstermijn van een maand (8).

#### **D. Artikel 9: Bepalingen van bijzonder dwingend recht**

Naast de regels van het recht dat door de partijen bij een arbeidsovereenkomst is gekozen en naast de dwingende regels van het normaal toepasselijke recht dat conform artikel 8 van Rome I van toepassing is, dient soms bijkomend rekening te worden gehouden met de regels van andere rechtstelsels.

Enerzijds gaat het om de bepalingen van bijzonder dwingend recht van het land van de rechter (art. 9 § 2 Rome I). De rechter is verplicht om deze bepalingen toe te passen in een geding dat voor hem aanhangig is (*cf. infra*).

Anderzijds kan het gaan om de bepalingen van bijzonder dwingend recht van een land waarmee de arbeids-

(1) C. DENEVE, «Aanduiding van de toepasselijke arbeidswetgeving. Arbeiden zonder grenzen of ondernemen zonder banden?», *T.S.R.* 2004, (547), 567-568, nr. 19.

(2) C. ENGELS, «Arbeidsovereenkomsten en toepasselijk recht», *Soc. Kron.* 2000, (157), 162-163.

(3) Rapport Giuliano-Lagarde, Senaat, *Gedr. St.* 1985-86, nr. 362/1, 42: «*Wanneer het recht dat op grond van het tweede lid 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 toepasselijk zijn, prevaleren boven die van het gekozen recht en worden in plaats daarvan toegepast, voor zover deze bepalingen de werknemer beter beschermen dan het gekozen recht, bijvoorbeeld door een langere opzeggingstermijn toe te staan.*»

(4) C. ENGELS, *o.c.*, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Europese IPR Verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 245, nr. 8.22.

(5) O. DEBRAY en D. ECTORS, *o.c.*, in O. DEBRAY en D. ECTORS (ed.), *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 2001, (1), 20-21.

(6) A. CEUTERICK en T. BAART, *o.c.*, *Or.* 2005, (117), 126; H. STORME en S. BOUZOUMITA, *o.c.*, *NjW* 2005, (290), 307-308, nr. 55.

(7) *Arbh. Bergen* 8 februari 1999, *J.T.T.* 1999, 370.

(8) *Arbrb. Nijvel* 9 maart 2006, *J.T.T.* 2007, 65, noot.

overeenkomst een nauwe band heeft (art. 9 § 3 Rome I). Daarbij kan men denken aan het gastland, met name het land waar een werknemer tijdelijk werkt in het kader van een detachering. De toepassing van deze bepalingen is facultatief. Dit houdt in dat een rechter niet verplicht is om die regels toe te passen in een concrete rechtszaak (*cf. infra*).

Een analoge bepaling was reeds vervat in artikel 7 van het EVO. Toen ging het eveneens om bepalingen van bijzonder dwingend recht. Dit begrip werd evenwel niet gedefinieerd in het EVO. Daarin brengt artikel 9 van Rome I verandering, vermits paragraaf 1 van dit artikel het begrip nu wel definieert. Om het belang van deze betekenisvolle tekstwijziging in te schatten is het nodig om de hele evolutie qua interpretatie van het begrip «bepalingen van bijzonder dwingend recht», zowel op Belgisch als op Europees niveau, te schetsen.

### 1. Wat zijn bepalingen van bijzonder dwingend recht?

Een synoniem voor bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn voorrangregels. Het gaat om die bepalingen van een bepaald rechtsstelsel die niet buiten spel mogen worden gezet, omdat deze regels dermate fundamenteel zijn dat ze altijd voorrang moeten krijgen boven het normaal toepasselijke recht. Voorrangregels worden in België gemeenzaam «wetten van politie en veiligheid» of «politiewetten» genoemd. Voor een goed begrip is het nodig om een onderscheid te maken tussen de verschillende voorrangregels of politiewetten.

#### 1.1. Administratieve en beschermende politiewetten

Er zijn twee soorten voorrangregels, administratieve politiewetten (regels van openbare orde) en beschermende politiewetten (regels van dwingend recht) (1).

- *Administratieve politiewetten*

Administratieve politiewetten zijn regels van openbare orde waaraan de wetgever een zekere internationale uitwerking geeft of wilt geven. Het gaat om wettelijke

bepalingen waarvan de naleving ook IPR-gewijs vereist is voor het behoud van de politieke, economische en sociale ordening van de nationale samenleving.

Administratieve politiewetten dienen dan ook een fundamenteel openbaar belang. Dit brengt mee dat ze van toepassing moeten zijn op alle rechtsverhoudingen die een band, zelfs maar een zeer incidentele, hebben met het land dat deze administratieve politiewetten heeft uitgevaardigd. Ook is er in principe geen plaats voor de toepassing van een ander recht: dit andere recht wordt helemaal door de administratieve politiewet opzijgeschoven.

Omgekeerd is er ook geen ruimte voor toepassing van de administratieve politiewet in het buitenland. De administratieve politiewet geldt enkel voor rechtsverhoudingen of die delen van rechtsverhoudingen die uitsluitend in het land zelf gelokaliseerd zijn (geen extraterritoriale toepassing).

- *Beschermende politiewetten*

Beschermende politiewetten zijn regels die particuliere belangen, namelijk die van sociaal-economisch zwakkere partijen, moeten beschermen en die volgens de wetgever van toepassing moeten zijn op alle rechtsverhoudingen die een voldoende nauwe band hebben met het land dat die beschermende politiewetten heeft uitgevaardigd. Een wetgever die de belangen van bepaalde zwakkere partijen wil behartigen, zal zich immers in beginsel niet inlaten met relaties die maar een zeer marginale band met het land hebben. Een zuiver incidentele band met het land in kwestie zal dan ook niet leiden tot de toepassing van de beschermende politiewetten, in tegenstelling tot de administratieve politiewetten. Tevens zal, naast de beschermende politiewet, ook nog ruimte zijn voor de toepassing van het normaal toepasselijke recht, dit opnieuw in tegenstelling tot de administratieve politiewetten die geen ruimte laten voor toepassing van vreemd recht.

Bovendien komen Belgische beschermende politiewetten voor toepassing in het buitenland in aanmerking (wel extraterritoriale toepassing). Zo blijft in geval van detachering vanuit België (detachering outbound Bel-

---

(1) J. DE CEUSTER, «Het arbeidsrechtelijk statuut van Belgen tewerkgesteld in het buitenland en van buitenlanders tewerkgesteld in België», in M. RIGAUX (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 2*, Antwerpen, Kluwer, 1987, (319), 341-346, nrs. 444-453; C. DENEVE, *o.c.*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 51-52; C. DENEVE, *o.c.*, *T.S.R.* 2004, (547), 562-567, nrs. 17-18; P. FRANCESCakis, «Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflits de lois», *R.C.D.I.P.* 1966, 1-18; L. FRANCOIS en P. GOTHOT, «Principaux problèmes touchés par l'arrêt du 27 mars 1968: La notion de subordination (droit interne belge) (I); Le droit international privé du louage de services ou, si l'on préfère, de la relation de travail (droit social international belge) (II)», noot onder Cass. 27 maart 1968, *R.C.J.B.* 1970, (86), 100-103, nrs. 15-18; A. NUYS, «L'application des lois de police dans l'espace», *R.C.D.I.P.* 1999, 31-74 en 245-265; R. PARIJS en C. VAN BIGGENHOUT, «Internationaal privaatrecht, finaliteitsbeschermende wetten en arbeidsrecht», *R.W.* 1979-80, 2629-2646; H. STORME en S. BOUZOU-MITA, *o.c.*, *NjW* 2005, (290), 308-309, nrs. 57-61; A. VAN REGENMORTEL, «Enkele bedenkingen bij de betekenis en de draagwijdte van het begrip openbare orde in het sociaal recht», *T.S.R.* 1997, (3), 18-19, nr. 13.

gië) de voldoende nauwe band met België als land van herkomst bestaan.

### 1.2. Het begrip «wetten van politie en veiligheid» in de Belgische rechtspraak

De houding van de Belgische rechtspraak tegenover voorrangsregels in het arbeidsrecht is helder geworden sinds het Vendo-arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 1975 (1). Sindsdien wordt duidelijk geopteerd voor de beschermende politiewetten. Worden immers beschouwd als «wetten van politie en veiligheid» van het Belgische arbeidsrecht: die regels van het Belgisch arbeidsrecht die van dwingend recht zijn en die de werknemer, de sociaal-economisch zwakkere partij, beschermen.

Wat de territoriale toepassingsfeer van de Belgische arbeidsrechtelijke politiewetten betreft, oordeelde het Hof van Cassatie in een arrest van 4 december 1989 (2) dat die enkel van toepassing zijn op werknemers die gewoonlijk in België arbeid verrichten. De meeste rechtsleer interpreteert dit arrest zo dat een tewerkstelling in België toch al een zekere duur of een zekere standvastigheid moet hebben voordat die onder de toepassing van de Belgische arbeidsrechtelijke politiewetten komt. Er moet dan ook een voldoende nauwe band met België zijn. Dit ligt volkomen in de lijn van de normale ruimtelijke werkingssfeer van beschermende politiewetten (*cf. supra*).

In het tot nu toe laatste arrest van het Hof van Cassatie over de Belgische arbeidsrechtelijke wetten van politie en veiligheid worden zowel de ruime materiële invulling van dit begrip als de ruimtelijke werkingssfeer ervan bevestigd. In één zin legt het Hof van Cassatie in een arrest van 27 maart 2006 (3) het verband tussen beide zaken: «*En matière de contrat de travail, les dispositions légales qui organisent la protection des travailleurs et qui ont un caractère impératif sont des lois de police et de sûreté; elles obligent les employeurs pour les travailleurs qu'ils occupent habituellement en Belgique.*»

Hiermee hanteert het Hof van Cassatie ten volle het concept van de beschermende politiewetten («*lois de police protectrices*»): het gaat om alle dwingende bepalingen van het arbeidsrecht die de belangen van de werknemers, de zwakkere sociaal-economische partij,

beschermen, maar opdat die bepalingen op een bepaalde arbeidsrelatie van toepassing zijn, is wel vereist dat die arbeidsrelatie een voldoende nauwe band heeft met België in de vorm van een tewerkstelling in België van een zekere duur en met een zekere standvastigheid.

Zo werden onder andere de volgende wettelijke bepalingen aanvaard als «wetten van politie en veiligheid»: de bepalingen van bij koninklijk besluit algemeen verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten, de wetten betreffende de jaarlijkse vakantie, de arbeidswet van 16 maart 1971, de loonbeschermingswet van 12 april 1965, de uitzendarbeidwet van 24 juli 1987, artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet over het ontslag om dringende reden, de artikelen 65 en 86 van dezelfde wet die betrekking hebben op het concurrentiebeding, de bepalingen van dezelfde wet over de minimale opzeggingstermijnen voor bedienden en de wettelijke bepalingen aangaande het statuut van handelsvertegenwoordiger (4).

### 1.3. Het EVO en de voorrangsregels

Het was de bedoeling van het EVO om paal en perk te stellen aan de ongebreidelde toepassing van voorrangsregels of wetten van politie en veiligheid. Voorrangsregels doorkruisen immers het opzet zelf van het EVO. De opstellers van het EVO vonden het nodig dat men in alle landen zo veel mogelijk dezelfde collisie- of aanwijzingsregels zou toepassen, zodat in al die landen tot hetzelfde toepasselijke recht zou kunnen worden besloten. De toepassing van het EVO zou moeten leiden tot zekere en voorspelbare resultaten qua toepasselijk recht. Een ruime toepassing van eigen voorrangsregels of wetten van politie en veiligheid staat dit streven in de weg. Dergelijke ruime toepassing zorgt er immers voor dat, naast het op basis van de collisieregels aangewezen toepasselijk recht en het door de partijen gekozen recht, steeds rekening moet worden gehouden met de bepalingen van twee of zelfs meer bijkomende rechtstelsels. Bovendien kunnen bepaalde wetten van politie en veiligheid het normaal toepasselijke recht zelfs helemaal opzijzetten (*cf. supra*). Het was dan ook zeker niet de bedoeling van de opstellers van het EVO dat een overvloed van dwingende bepalingen uit diverse rechtstelsels op een zelfde zaak zou worden toegepast, ook niet onder het mom van de bescherming van de werknemer. In dat

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

(2) Cass. 4 december 1989, *J.T.T.* 1990, 77; in die zin eveneens: Arbrb. Brussel 22 april 1998, *J.T.T.* 1998, 435.

(3) Cass. 27 maart 2006, *J.T.T.* 2006, 294, noot.

(4) Wetsontwerp tot omzetting van de Richtl. nr. 96/71/EG van het EP en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, en tot invoering van een vereenvoudigd stelsel betreffende het bijhouden van sociale documenten door ondernemingen die in België werknemers ter beschikking stellen, Kamer, *Gedr. St.* 2001-02, nr. 1441/001, 6-7.

geval zou de voorspelbaarheid en dus de rechtszekerheid totaal verloren gaan (1).

Om die reden kreeg artikel 7 van het EVO, dat de problematiek van de voorrangregels behandelt, het opschrift «bepalingen van bijzonder dwingend recht» mee. Daarmee gaf de Europese wetgever te kennen dat bepalingen van «gewoon» dwingend recht in principe niet volstaan om als voorrangregel te kunnen worden toegepast. Deze lijn werd evenwel niet doorgetrokken in paragrafen 1 en 2 van het eigenlijke artikel. Daarin had men het enkel over «dwingende bepalingen». Aldus bleef er onzekerheid bestaan over welke bepalingen nu eigenlijk door bijvoorbeeld het land van tijdelijke tewerkstelling konden worden toegepast op gedetacheerde werknemers, bepalingen van «gewoon» dwingend recht (beschermende politiewetten) of bepalingen van «bijzonder» dwingend recht (administratieve politiewetten). Zo konden de rechters in de verschillende lidstaten nog altijd hun eigen interpretatie aan het begrip «bepalingen van bijzonder dwingend recht» geven (2).

Het is dan ook niet verwonderlijk dat de lagere rechtspraak in België verschillend reageerde op artikel 7 van het EVO. Sommige rechters perkten de ruimte voor de toepassing van «wetten van politie en veiligheid» in. Andere rechters bleven een ruime invulling geven aan dit begrip en hielden dus vast aan het concept van de beschermende politiewetten (3).

Omdat artikel 7 van het EVO geen einde kon maken aan de onzekerheid over de toepassing van de bepalingen van bijzonder dwingend recht, hebben sommige landen een voorbehoud gemaakt ten aanzien van de toepassing van artikel 7, § 1 van het EVO, de voorloper van artikel 9, § 3 van Rome I. Meer bepaald gaat het om Duitsland, Ierland, Luxemburg, Portugal en het Verenigd Koninkrijk (4). Bijgevolg moeten de rechtbanken uit die landen geen acht slaan op de bepalingen van bijzonder dwingend recht van een land waarmee de arbeidsovereenkomst een nauwe band zou kunnen hebben.

#### 1.4. De detachingsrichtlijn en de voorrangregels

De volgende Europese poging om paal en perk te stellen aan de ongebreidelde toepassing van voorrangregels of wetten van politie en veiligheid is de detachingsrichtlijn, de richtlijn nr. 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (5).

Deze richtlijn had immers als doel te bepalen welke bepalingen van bijzonder dwingend recht een gastland mag toepassen ten aanzien van werknemers die naar dit land worden gedetacheerd. Met andere woorden, de detachingsrichtlijn moest nadere invulling geven aan artikel 7, § 1 van het EVO. De detachingsrichtlijn vormt dus een aanvulling van artikel 7 van het EVO en zou meer duidelijkheid en zekerheid moeten brengen (6). Deze verhouding tussen artikel 7 van het EVO en de detachingsrichtlijn blijkt uit een aantal overwegingen uit de preambule van de detachingsrichtlijn. Overweging 10 wijst erop dat artikel 7 van het EVO bepaalt dat, onder bepaalde voorwaarden, behalve aan het toepasselijk verklaard recht tegelijk gevolg kan worden toegekend aan de dwingende bepalingen van het recht van een ander land, met name dat van een lidstaat op het grondgebied waarvan de werknemer tijdelijk is tewerkgesteld. Overwegingen 13 en 14 voegen eraan toe dat de richtlijn een harde kern van dergelijke dwingende bepalingen van het gastland moet afbakenen. Dit moet de werkgevers meer zekerheid geven over de wetten van het gastland waarmee ze rekening moeten houden tijdens de tijdelijke tewerkstelling van hun werknemers op het grondgebied van het gastland.

Die zekerheid die artikel 7 van het EVO klaarblijkelijk niet kon bieden (*cf. supra*), wil artikel 3, § 10 van de detachingsrichtlijn verschaffen. Het gastland mag op gedetacheerde werknemers enkel bepalingen van (interne) openbare orde toepassen. Aldus knoopt de detachingsrichtlijn aan bij het begrip «administratieve politiewetten» die eveneens regels van (interne) openbare orde zijn.

- 
- (1) Rapport Giuliano-Lagarde, Senaat, *Gedr. St.* 1985-86, nr. 362/1, 47: «Dit lid werd in het verdrag opgenomen omdat sommige delegaties in ieder geval de regels van het recht van het land van de rechter die ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht het geval dwingend beheersen (m.n. regels inzake mededingingsrecht, consumentenbescherming en sommige regels van vervoersrecht) onverlet wilden laten.»
  - (2) O. DEBRAY en D. ECTORS, *o.c.*, in O. DEBRAY en D. ECTORS (ed.), *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 2001, (1), 25.
  - (3) H. STORME en S. BOUZOUMITA, *o.c.*, *NjW* 2005, (290), 310, nr. 63.
  - (4) M. TRAEEST, «De detachering van werknemers in het internationaal privaatrecht na de Europese Richtl. van 16 december 1996», *R.W.* 1998-99, (1339), 1342, voetnoot 31.
  - (5) Richtl. nr. 96/71/EG van het EP en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *Pb.L.* 21 januari 1997, afl. 18, 1.
  - (6) H. STORME en S. BOUZOUMITA, *o.c.*, *NjW* 2005, (290), 313, nr. 73; M. TRAEEST, *o.c.*, *R.W.* 1998-99, 1339-1346.

Een bijkomende aanwijzing dat enkel administratieve politiewetten kunnen worden toegepast door het gastland ten aanzien van aldaar gedetacheerde werknemers, is verklaring 10 bij de detachingsrichtlijn die is opgenomen in de notulen van de Raad van de Europese Unie (1). Deze verklaring handelt over de interpretatie van artikel 3, § 10 van de detachingsrichtlijn, meer bepaald over de duiding van het concept «openbare orde»: «*De Raad en de Commissie hebben verklaard: De woorden «bepalingen van openbare orde» dienen te worden beschouwd als betrekking hebbend op bindende bepalingen waarvan niet mag worden afgeweken en die gelet op hun aard en doel beantwoorden aan de dwingende eisen van algemeen belang. Deze bepalingen kunnen met name een verbod van dwangarbeid inhouden of de rol van de overheid bij het toezicht op de naleving van de wetgeving inzake de arbeidsvoorwaarden bepalen.*»

Voor de verwijzing naar «de dwingende eisen van algemeen belang» wijst erop dat de bescherming van louter private belangen zoals «gewoon» dwingend recht niet zal volstaan. Er moeten belangwekkende openbare belangen, zoals het verbod op dwangarbeid, mee gemoeid zijn.

Een laatste aanwijzing dat wel degelijk administratieve politiewetten worden bedoeld in het kader van de detachingsrichtlijn, is de overweging 14 uit de preambule van deze richtlijn. Die bepaalt dat een harde kern van duidelijk omschreven bepalingen van toepassing is «*ongeacht de duur van de terbeschikkingstelling van de werknemer*». Voor administratieve politiewetten is eveneens maar een band, zelfs een zeer zijdelingse, met het betrokken land vereist. Aldus sluit de territoriale werkingssfeer van de wetten van politie en veiligheid conform de detachingsrichtlijn aan bij dat van de administratieve politiewetten.

Men kan dan ook besluiten dat het al sinds eind 1996 op het Europese niveau vaststaat dat alleen arbeidsrechtelijke normen van openbare orde, zijnde administratieve politiewetten, door het gastland op gedetacheerde werknemers kunnen worden toegepast. Dit is zeker het geval voor werknemers die uit een andere EU-lidstaat worden gedetacheerd.

### 1.5. De dienstenrichtlijn en de voorrangsregels

Ook de dienstenrichtlijn (2) bevestigt dat het gastland enkel administratieve politiewetten mag toepassen op werknemers die naar dit land worden gedetacheerd. Conform overweging 86 van de preambule van de dienstenrichtlijn mogen enkel arbeidsrechtelijke normen van openbare orde worden gehandhaafd ten aanzien van gedetacheerde werknemers. Deze overweging bevestigt aldus nogmaals dat het louter beschermen van private belangen niet volstaat om arbeidsrechtelijke normen op vanuit een andere EU-lidstaat gedetacheerde werknemers toe te passen. Er moeten redenen van openbare orde, dit zijn redenen die verband houden met de staatsorganisatie of het collectief belang, voorhanden zijn.

### 1.6. Rome I en de voorrangsregels

Artikel 9 van Rome I gaat verder op het pad dat werd ingeslagen met de detachingsrichtlijn en de dienstenrichtlijn. Artikel 9, § 1 van Rome I hanteert immers de omschrijving van administratieve politiewetten om het begrip «*bepalingen van bijzonder dwingend recht*» te definiëren: «*Bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening van toepassing is op de overeenkomst.*»

Deze nauwe definitie van «bepalingen van bijzonder dwingend recht» was nodig om ervoor te zorgen dat alle lidstaten van de Europese Unie, met uitzondering van Denemarken (*cf. supra*), dezelfde collisie- of aanwijzingsregels zouden hebben. Te dien einde moesten alle voorbehouden die sommige EU-lidstaten hadden gemaakt ten aanzien van artikel 7, § 1 van het EVO uit de weg worden geruimd (3). Daarom was het nodig om de toepassing van de voorrangsregels of de bepalingen van bijzonder dwingend recht verregaand aan banden te leggen (4).

Dit sterke beperkende effect werd verkregen door zich te laten inspireren door het arrest van het EHvJ in de zaken Arblade en Leloup van 23 november 1999 (5).

---

(1) Deze verklaring is niet gepubliceerd in het *Pb.EG*. Ze wordt wel geciteerd in EUROPESE COMMISSIE, «The Implementation of the Directive No. 96/71/EC», COM (2003) 458, 13. Ze is woordelijk weergegeven in § 3 van het arrest Commissie/Luxemburg (*cf. infra*).

(2) Richtl. nr. 2006/123/EG van het EP en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.L.* 27 december 2006, afl. 376, 36.

(3) S. FRANCO, *o.c.*, *J.D.I.* 2009, (41), 56, nr. 33.

(4) O. LANDO en P. NIELSEN, «The Rome I Regulation», *CML Rev* 2008, (1687), 1721.

(5) HvJ 23 november 1999, nr. C-369/96 en C-376/96, Arblade en Leloup, *Jur.* HvJ 1999, I, 8453 (hierna het arrest Arblade/Leloup genoemd).

Conform dit arrest mag het gastland zijn «wetten van politie en veiligheid» maar in twee gevallen toepassen op werkgevers die gevestigd zijn in een andere EU-lidstaat en die werknemers tijdelijk in het gastland tewerkstellen: het gekozen of het normaal toepasselijke recht bevat een regel die in strijd is met een bepaald openbaar belang van het gastland of het gekozen of het normaal toepasselijke recht waarborgt een bepaald openbaar belang van het gastland niet of in onvoldoende mate. Omdat er openbare belangen mee gemeoid moeten zijn, kan er maar sprake zijn van echte «wetten van politie en veiligheid», indien het gaat om administratieve politiewetten, wettelijke regels van (interne) openbare orde (1): «*De uitdrukking "wetten van politie en veiligheid" moet aldus worden verstaan dat zij ziet op nationale bepalingen aan de inachtneming waarvan zoveel belang wordt gehecht voor de handhaving van de politieke, sociale of economische organisatie van de betrokken lidstaat, dat zij moeten worden nageleefd door eenieder die zich op het nationale grondgebied van deze lidstaat bevindt, en voor elke daarin gesitueerde rechtsbetrekking.*» Let op de grote gelijkenis met artikel 9, § 1 van Rome I. Merk eveneens op dat de territoriale werkingssfeer eveneens overeenstemt met die van de administratieve politiewetten: wetten van politie en veiligheid moeten worden nageleefd door iedereen die zich op het nationale grondgebied van de lidstaat bevindt.

Een zelfde zienswijze heeft het EHvJ toegepast in een arrest van 19 juni 2008, Commissie t. Luxemburg (2). Daarin hanteert het EHvJ dezelfde definitie van het begrip «wetten van politie en veiligheid» als in het arrest Arblade en Leloup (3). Het EHvJ voegt er echter nog een belangrijke verduidelijking aan toe: opdat een wet echt beschouwd kan worden als een «wet van politie en veiligheid», volstaat het niet dat ze de openbare orde zou raken. Er moet echt sprake zijn van «*een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving*» (4). De zuiver private belangen van zwakkere contractspartijen zoals werknemers zijn dus zeker niet voldoende om van een wet een «wet van politie en veiligheid» te

maken. Er moet (veel) meer op het spel staan. Een wet van «politie en veiligheid» moet een algemeen belang beschermen dat de louter particuliere belangen overstijgt (5). Er moet een belang in het geding zijn dat dermate vitaal of essentieel is dat men niet kan toelaten dat vreemd recht op het eigen grondgebied zou worden toegepast (6).

Bijzonder dwingend recht in de zin van Rome I is dus eigenlijk een heel specifieke categorie van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken. Zij onderscheiden zich door hun grote waarde voor de fundamentele van de maatschappij (7).

#### 1.7. Het begrip «wetten van politie en veiligheid» in de wet van 5 maart 2002

Ten slotte moet melding worden gemaakt van de wet van 5 maart 2002 die de detacheringrichtlijn in het Belgische recht omzet (8). Volgens artikel 5, § 1, eerste lid van de wet van 5 maart 2002 worden «*alle wettelijke, bestuursrechtelijke en conventionele bepalingen die de loon-, arbeids- en tewerkstellingsvoorwaarden regelen en die strafrechtelijk beteugeld worden*» beschouwd als de Belgische arbeidsrechtelijke politiewetten. Hiermee heeft de Belgische wetgever een ruime invulling gegeven aan het begrip politiewetten dat in de richting gaat van de beschermende politiewetten («gewoon» dwingend recht). Immers, bijna alle bepalingen van het Belgische arbeidsrecht, op de arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 na, voorzien zijn van strafsancities. Aldus is toch bijna het gehele Belgische arbeidsrecht van toepassing op werknemers die naar België worden gedetacheerd. Als gastland blijft België in het arbeidsrecht nog altijd een heel ruime invulling geven aan het begrip «wetten van politie en veiligheid» (9).

De memorie van toelichting van het wetsontwerp bevestigt dat de wetgever zo veel mogelijk aansluiting zocht bij de ruime invulling van de arbeidsrechtelijke politiewetten van de Belgische rechtspraak. Eerst merkt de memorie van toelichting op dat in het arbeidsrecht het begrip «wetten van politie en veilig-

(1) Arrest Arblade/Leloup, § 30.

(2) HvJ 19 juni 2008, nr. C-319/06, Commissie t. Luxemburg, *Jur.* HvJ 2008, I, 4323 (hierna het arrest Commissie/Luxemburg genoemd).

(3) Arrest Commissie/Luxemburg, § 29.

(4) Arrest Commissie/Luxemburg, § 50.

(5) A. VAN REGENMORTEL, *o.c.*, *T.S.R.* 1997, (3), 18-19, nr. 13.

(6) R. PARIJS en C. VAN BUGGENHOUT, *o.c.*, *R.W.* 1979-80, (2629), 2639 en 2645.

(7) J. DE MEYER, *o.c.*, *NjW* 2008, (854), 866, nr. 64.

(8) Wet 5 maart 2002 tot omzetting van Richtl. nr. 96/71/EG van het EP en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, en tot invoering van een vereenvoudigd stelsel betreffende het bijhouden van sociale documenten door ondernemingen die in België werknemers ter beschikking stellen, *BS* 13 maart 2002 (3e ed.), 10638.

(9) O. DEBRAY en D. ECTORS, *o.c.*, in O. DEBRAY en D. ECTORS (ed.), *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 2001, (1), 33; S. NERINCKX, *o.c.*, *T.S.R.* 2004, (593), 623, nr. 29.

heid» traditioneel door de Belgische rechtspraak en door een deel van de rechtsleer ruim is geïnterpreteerd. Dit komt erop neer dat bijna alle dwingende bepalingen van het Belgische arbeidsrecht als wetten van politie en veiligheid worden aangezien (1). Het wetsontwerp wil deze traditionele interpretatie zo veel mogelijk overnemen (2): «*Dit ontwerp herneemt bijgevolg hetzelfde beginsel van algemene toepassing dat momenteel voorkomt in artikel 3 van het Burgerlijk Wetboek, maar verduidelijkt de inhoud ervan.*» Niettemin moet er toch ook een criterium gezocht worden om een onderscheid te maken tussen bepalingen van openbare orde die België conform de detachingsrichtlijn op gedetacheerde werknemers mag toepassen (cf. supra) en bepalingen van «gewoon» dwingend recht die België niet meer mag toepassen op gedetacheerde werknemers. Dergelijk onderscheid kan men, volgens de memorie van toelichting, maken op basis van het feit of een bepaling van het arbeidsrecht strafbaar is gesteld of niet (3): «*Daar een dergelijke uitbreiding enkel mogelijk is voor zover het gaat om bepalingen van openbare orde, wordt in het wetsontwerp beroep gedaan op een algemeen en objectief criterium. ... Er kan moeilijk worden betwist dat bepalingen die strafrechtelijk gesanctioneerd worden bepalingen van openbare orde zijn.*»

Nochtans kan wel serieus betwist worden dat alle bepalingen die strafrechtelijk beteugeld zouden zijn bepalingen van openbare orde zouden zijn. Zo besliste het Hof van Cassatie al in twee arresten uit de jaren 80 dat artikel 23 van de loonbeschermingswet van 12 april 1965, het artikel dat bepaalt wat ingehouden kan worden op het loon, niet van openbare orde is, maar wel van dwingend recht (4). Nochtans staan er strafsancities op de niet-naleving van artikel 23 van de loonbeschermingswet (art. 42 1° loonbeschermingswet).

Ook de rechtsleer deelde sinds de jaren '90 meer en meer de mening dat niet alle bepalingen waar strafsancities op staan van openbare orde zijn. Er is inder-

daad een standpunt binnen de rechtsleer die voorhoudt dat een bepaling noodzakelijkerwijze van openbare orde moet worden beschouwd, wanneer er strafsancities aan verbonden zijn. Deze stelling blijkt evenwel stilaan plaats te maken voor een tweede zienswijze. Volgens die interpretatie zijn strafbepalingen niet altijd een indicatie dat een bepaalde rechtsregel van openbare orde is. Straffen kunnen immers ook de effectieve naleving van rechtsregels nastreven die louter particuliere belangen beschermen, zodat, ondanks de aanwezigheid van deze strafsancities, de reglementering niet als van openbare orde kan worden beschouwd (5). Het feit dat zoveel sociaalrechtelijke bepalingen voorzien zijn van strafsancities is hier uiteraard niet vreemd aan (6).

Evenwel heeft de Belgische wetgever bij de omzetting van de detachingsrichtlijn bij de wet van 5 maart 2002 niet aangeknoopt bij de ruimtelijke werkingssfeer van beschermende politiewetten. Beschermende politiewetten zijn maar van toepassing op rechtsverhoudingen die een zekere nauwe band met het grondgebied hebben. In verband met tewerkstelling veronderstelt dit dat toch al gedurende een zekere periode (bv. 6 maanden) in België arbeid is verricht. De Belgische wetgever heeft echter voor de ruimtelijke werkingssfeer van de wet van 5 maart 2002 aangeknoopt bij die van de administratieve politiewetten (regels van openbare orde). Zo staat in de memorie van toelichting van de wet van 5 maart 2002 te lezen (7): «*Ook de werknemers die, ongeacht hun nationaliteit, één arbeidsprestatie leveren, worden hier geïndiceerd.*»

De Belgische wetgever heeft aldus met betrekking tot de Belgische arbeidsrechtelijke politiewetten een amalgaam gemaakt. Het materiële toepassingsgebied is dat van de beschermende politiewetten (regels van dwingend recht). Het territoriale toepassingsgebied is dat van de administratieve politiewetten (regels van openbare orde). Dergelijk amalgaam is echter in strijd met het Europees recht, zowel met de detachingsrichtlijn als met Rome I (8).

(1) Wetsontwerp tot omzetting van Richtl. nr. 96/71/EG van het EP en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, en tot invoering van een vereenvoudigd stelsel betreffende het bijhouden van sociale documenten door ondernemingen die in België werknemers ter beschikking stellen, Kamer, *Gedr. St.* 2001-02, nr. 1441/001, 5.

(2) Kamer, *Gedr. St.* 2001-02, nr. 1441/001, 13.

(3) Kamer, *Gedr. St.* 2001-02, nr. 1441/001, 11.

(4) Cass. 10 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 852; Cass. 14 maart 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 917.

(5) A. VAN REGENMORTEL, «Enkele bedenkingen bij de betekenis en de draagwijdte van het begrip openbare orde in het sociaal recht», *T.S.R.* 1997, (3), 54, nrs. 61-62.

(6) A. VAN REGENMORTEL, «Enkele bedenkingen bij de betekenis en de draagwijdte van het begrip openbare orde in het sociaal recht», *T.S.R.* 1997, (3), 55, nrs. 63.

(7) Kamer, *Gedr. St.* 2001-02, nr. 1441/001, 16.

(8) H. STORME en S. BOUZOUMITA, o.c., *NjW* 2005, (290), 313, nr. 76.

## 2. Wanneer moet een rechter de voorrangsregels van zijn eigen recht toepassen?

Conform § 2 van artikel 9 van Rome I beperkt niets in de verordening de toepassing van de bepalingen van bijzonder dwingend recht van de rechter bij wie de zaak aanhangig is.

Een rechter zal er zich wel degelijk moeten van vergewissen dat het gaat om bepalingen van bijzonder dwingend recht en niet om bepalingen van «gewoon» dwingend recht (1). Zo niet handelt hij in strijd met de definitie van artikel 9, § 1 van Rome I (*cf. supra*). De toepassing van een bepaling van bijzonder dwingend recht moet immers uitzonderlijk blijven (2).

## 3. Wanneer kan men de voorrangsregels van het recht van een ander land toepassen?

Conform § 3 van artikel 9 van Rome I kunnen de bepalingen van bijzonder dwingend recht van een ander land dan het land van gewoontelijke tewerkstelling op een arbeidsovereenkomst worden toegepast. Dan moeten wel bepaalde verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien in dat land worden nagekomen of zijn nagekomen. Dergelijke eis stelt artikel 7, § 1 van het EVO niet. Daar volstaat het dat een geval nauw verbonden is met het land waarvan men de bepalingen van bijzonder dwingend recht wil toepassen. In de praktijk interpreteerde men die vereiste nauwe band al echter zo dat minstens een deel van de overeenkomst moest worden uitgevoerd in dat andere land. Alleen dan kon er immers sprake zijn van een «werkelijke» band met dat land (3). Zo besliste de arbeidsrechtbank te Brussel dat toch minstens enige betekenisvolle arbeid in België moest worden gepresteerd. Af en toe verslag brengen op de hoofdzetel in België kon hiervoor niet doorgaan (4).

Net als artikel 7, § 1 van het EVO geeft artikel 9, § 3 van Rome I dus de mogelijkheid voor het gastland om bepaalde regels toe te passen op werknemers die tijdelijk naar zijn grondgebied komen werken. De toepas-

sing van de voorrangsregels van het recht van het land van detachering is echter geen automatisme:

- Ten eerste moet het gaan om administratieve politiewetten en niet om beschermende politiewetten (*cf. supra*).
- Ten tweede kan een rechter altijd de toepassing van de bepalingen van bijzonder dwingend recht van het gastland weigeren, want deze toepassing is facultatief. De rechter beschikt over een beoordelingsvrijheid (5). De rechter moet aan een belangenafweging doen. Een rechter zou bepalingen van bijzonder dwingend recht enkel mogen toepassen, wanneer hun niet-toepassing kennelijk onredelijk of onbillijk zou zijn (6).

Bovendien is door een nieuwe restrictie, een restrictie die artikel 9, § 3 van Rome I bevat en artikel 7, § 1 van het EVO niet, nog minder ruimte voor de toepassing van de voorrangsregels van een ander land (7). Artikel 9, § 3 van Rome I vereist dat de bepalingen van bijzonder dwingend recht de tenuitvoerlegging van de overeenkomst onwettig moeten maken. In dit verband kan men denken aan het klassieke geval van een exportverbod: indien een partij op basis van zijn eigen recht gebonden is door een exportverbod en in weerwil daarvan toch exporteert, dan kan de overeenkomst om die reden alsnog onwettig worden verklaard, ook door een rechter van een ander land dan het land dat het exportverbod heeft uitgevaardigd en waar de partij in kwestie is gevestigd. Artikel 9, § 3 van Rome I lijkt dan ook maar enkel meer voor negatieve doeleinden te kunnen worden gebruikt (8): het kan enkel worden aangewend om contracten onuitvoerbaar te verklaren en dus niet om aan werknemers bijkomende rechten toe te kennen (9).

De toepassing van de voorrangsregels van het gastland met de bedoeling om aan de gedetacheerde werknemers een betere bescherming te bieden, een praktijk die de Belgische rechtspraak op basis van artikel 7, § 1 van het EVO baseerde (*cf. supra*), lijkt aldus niet meer gebaseerd te kunnen worden op artikel 9, § 3 van het EVO.

(1) H. STORME en S. BOUZOUMITA, *o.c.*, *NjW* 2005, (290), 309, nr. 59.

(2) H. KENFACK, *o.c.*, *J.D.I.* 2009, (3), 37, nr. 55.

(3) Rapport Giuliano-Lagarde, Senaat, *Gedr. St.* 1985-86, nr. 362/1, 45: «De groep ... oordeelde dat voor de verbondenheid met het andere land niet elke willekeurige band toereikend is, doch dat er sprake moet zijn van een werkelijke band. Een geval is bijvoorbeeld "werkelijk" met een ander land verbonden wanneer de overeenkomst in dat andere land moet worden uitgevoerd ...»

(4) Arbrb. Brussel 22 april 1998, *J.T.T.* 1998, 435, noot.

(5) I. COUWENBERG, *o.c.*, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Europese IPR verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 233, nr. 7.77.

(6) H. STORME en S. BOUZOUMITA, *o.c.*, *NjW* 2005, (290), 308, nr. 57.

(7) H. KENFACK, *o.c.*, *J.D.I.* 2009, (3), 38, nr. 57.

(8) S. FRANCO, *o.c.*, *J.D.I.* 2009, (41), 56, nr. 33.

(9) O. LANDO en P. NIELSEN, *o.c.*, *CML Rev* 2008, (1687), 1722; C. VAN DER PLAS, *o.c.*, *NTER* 2008, (318), 328.

#### 4. Praktische gevolgen voor de Belgische rechtsorde

Al sinds 1996 staat het binnen de Europese Unie, met artikel 3, § 10 van de detachingsrichtlijn in combinatie met verklaring 10 bij dezelfde richtlijn, vast dat enkel een essentieel belang, zoals het verbod op dwangarbeid, dat de zuiver particuliere belangen ver overstijgt, kan verantwoorden dat bepaalde wettelijke regels als «wetten van politie en veiligheid» van toepassing kunnen worden verklaard op gedetacheerde werknemers. Het EHvJ houdt hier streng de hand aan, zoals blijkt uit de arresten Arblade en Leloup en Commissie t. Luxemburg.

Deze strikte interpretatie van het begrip «wetten van politie en veiligheid» wordt bevestigd door Rome I. Overweging 37 van deze verordening vermeldt uitdrukkelijk dat men spaarzaam gebruik moet maken van de exceptie van internationale openbare orde. Om redenen van rechtszekerheid en voorspelbaarheid mag men immers maar zo weinig mogelijk afwijken van het normaal toepasselijke recht.

Zoals hierboven blijkt is België geenszins spaarzaam met het begrip «wetten van politie en veiligheid» omgesprongen. Rome I bevestigt echter de tendens die al geruime tijd op Europees niveau wordt uitgedrukt, in zowel wetgeving als in de rechtspraak van het EHvJ, dat dergelijk uitgebreid gebruik van «wetten van politie en veiligheid» om de zwakkere partij te beschermen niet langer op zijn plaats is (1). Er moet veel meer op het spel staan dan de louter private belangen van een zwakkere contractpartij zoals de werknemer. Het begrip «openbare orde» of «wetten van politie en veiligheid» mag niet meer zo genereus worden ingevuld door de nationale wetgever zoals de Belgische wetgever met de wet van 5 maart 2002 heeft gedaan, nota bene ter omzetting van de detachingsrichtlijn (2).

#### E. Artikel 21: de internationale openbare orde van het forum

Naast de bepalingen van interne openbare orde in de zin van artikel 9 van Rome I moet men eveneens re-

kening houden met de bepalingen van internationale openbare orde (art. 21 Rome I). De exceptie van internationale openbare orde, die eveneens voorzien is in artikel 16 van het EVO, bestaat al lang in het IPR. Ze is wel aan strenge voorwaarden onderworpen. Ze mag alleen worden ingeroepen, wanneer een rechter in een concreet geval vaststelt dat de toepassing van een bepaalde regel van het aangewezen recht kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van zijn land (3). Het resultaat van de toepassing van de buitenlandse rechtsregel moet dus een manifeste inbreuk zijn op de openbare orde van het land van de rechter (4).

Volgens het Belgische Hof van Cassatie (5) is een bepaling alleen dan van internationale openbare orde, «wanneer de wetgever door de bepalingen van die wet een beginsel heeft willen vastleggen dat, naar zijn oordeel, essentieel is voor de gevestigde morele, politieke en economische orde en dat, om die reden, noodzakelijkerwijze elke toepassing in België van een tegengestelde of verschillende regel van vreemd recht uitsluit, ook al is die volgens de gebruikelijke regels van de wetsconflicten van toepassing». Volgens het Hof van Cassatie zijn de bepalingen met betrekking tot de minimale opzeggingstermijnen alvast niet van internationale openbare orde (6).

Net zoals voor de bepalingen van bijzonder dwingend recht bepaalt overweging 37 van de preambule van Rome I dat men spaarzaam gebruik moet maken van de exceptie van internationale openbare orde. Het is overigens onduidelijk wat het verschil is tussen de «internationale openbare orde» van artikel 21 van Rome I en «bepalingen van bijzonder dwingend recht» van artikel 9 van Rome I. De omschrijving van bijzonder dwingend recht in artikel 9, § 1 van Rome I ligt immers zeer dicht bij wat men traditioneel onder «openbare orde» verstaat (7). Het verbod op dwangarbeid, waarnaar de verklaring nr. 10 bij de detachingsrichtlijn verwijst (*cf. supra*), wordt niet voor niets door de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) aangemerkt als één van de vier meest fundamentele nor-

(1) H. KENFACK, *o.c.*, *J.D.I.* 2009, (3), 37, nr. 56.

(2) A. DEFOSSEZ, «Détachement des travailleurs, ordre public et dumping social, suite et certainement pas fin ...», noot onder HvJ 19 juni 2008, nr. C-319/06, Commissie t. Luxemburg, *Rev. Dr. Ulg.* 2008, (602), 611-612.

(3) I. COUWENBERG, *o.c.*, in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (ed.), *Europese IPR verdragen*, Leuven, Acco, 234, nr. 7.80.

(4) Rapport Giuliano-Lagarde, Senaat, *Gedr. St.* 1985-86, nr. 362/1, 66.

(5) Cass. 4 mei 1950, *Arr. Cass.* 1950, 557; Cass. 27 februari 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 887.

(6) Cass. 17 november 1990, *T.S.R.* 1991, 21. Zie eveneens Arbh. Antwerpen 19 november 2001, *R.W.* 2003-04, 821.

(7) J. DE MEYER, *o.c.*, *NjW*, 2008, (854), 866, nr. 8.

men van het arbeidsrecht, als één van de vier meest fundamentele sociale grondrechten (1).

## F. Artikel 23: verhouding tot andere Europese bepalingen

Artikel 20 van het EVO en artikel 23 van Rome I maken duidelijk dat het EVO en Rome I de *lex generalis* zijn. Deze *lex generalis* moet wijken wanneer in andere Europese juridische teksten, in verordeningen of richtlijnen, specifieke bepalingen rond het op een contract toepasselijk recht voorkomen (2).

Zo moet men met betrekking tot detacheringen binnen de EU eerst kijken naar de detachingsrichtlijn die als een *lex specialis* kan worden beschouwd betreffende dat domein. Immers, de detachingsrichtlijn bevat eigen regels over de wettelijke en andere bepalingen die een gastland van toepassing mag verklaren op werknemers die naar dit land worden gedetacheerd. Aldus dient op het Europese niveau met betrekking tot detacheringen enkel rekening te worden gehouden met de detachingsrichtlijn om na te gaan welke regels het gastland mag opleggen aan gedetacheerde werknemers en hun werkgevers.

## IV. Conclusie

Tegenover het EVO is Rome I geen revolutie. Er is veeleer sprake van een evolutie. Het recht dat door de partijen bij de arbeidsovereenkomst wordt gekozen, blijft de basis. In vergelijking met het EVO is het gekozen recht onder Rome I zelfs nog meer het beginpunt. Zo staat het onder Rome I duidelijker vast dat de dwingende bepalingen van het recht van het land dat toepasselijk zou zijn geweest bij gebrek aan rechtskeuze pas mogen worden toegepast, wanneer het vaststaat dat deze bepalingen een bijkomende bescherming voor de werknemer betekenen.

Wat het normaal toepasselijk recht betreft, het recht dat van toepassing is bij gebrek aan rechtskeuze en waarvan de dwingende bepalingen eveneens van toepassing kunnen zijn naast het gekozen recht, moet in de meerderheid der concrete gevallen gezocht worden naar een land van gewoonlijke tewerkstelling. Zelfs voor de meeste werknemers die constant op de baan

zijn kan een land van gewoonlijke tewerkstelling worden gelokaliseerd. Dit heeft te maken met het feit dat niet alleen een kwantitatief, maar ook een kwalitatief criterium moet worden toegepast. Dit kwalitatieve criterium doet, naast het kwantitatieve criterium, een detachering juist onderscheiden van een transfer.

De grootste wijziging van Rome I in vergelijking met het EVO is ongetwijfeld dat de mogelijkheden van het gastland om zijn wetten van politie en veiligheid in concrete zaken toe te passen verregaand aan banden worden gelegd. Er kan pas sprake zijn van een wet van politie en veiligheid of van een bepaling van bijzonder dwingend recht, wanneer er sprake is van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving. Daar komt nog bij dat artikel 9, § 3 van Rome I de bepalingen van bijzonder dwingend recht van het gastland de tenuitvoerlegging van de overeenkomst alleen onwettig moeten maken. Ook hier is er echter meer sprake van een evolutie dan een revolutie, vermits de detachingsrichtlijn al in 1996 duidelijk maakte dat de term «wetten van politie en veiligheid» niet meer zo breed mocht worden uitgelegd als voorheen. Ten slotte moet eigenlijk op basis van artikel 23 van Rome I (voorheen art. 20 EVO) hoe dan ook de voorrang worden gegeven aan de detachingsrichtlijn als *lex specialis*.

Ten slotte, wat het voorbeeld onder punt I betreft, zijn we op basis van het kwantitatief en kwalitatief criterium van mening dat het recht van Frankrijk van toepassing is. Het kwantitatieve criterium zal in dit voorbeeld het Franse recht aanwijzen als het toepasselijke recht, aangezien de werknemer in Frankrijk klanten prospecteert en in Frankrijk administratieve werkzaamheden uitvoert als hij niet op «business trip» is. De werknemer zal bijgevolg het grootste deel van zijn arbeidstijd in Frankrijk doorbrengen. Het kwalitatief criterium zal in ons voorbeeld eveneens het Franse recht aanwijzen als het toepasselijke recht aangezien de werknemer in Frankrijk een kantoor heeft waar hij na elke «business trip» terugkeert en waar hij contacten onderhoudt met zijn werkgever en klanten. Tevens stelt de werknemer op deze plaats de activiteitenverslagen op en verricht hij hier zijn administratie. Het is dan ook duidelijk dat dit het werkelijk centrum van zijn beroepsactiviteiten is, zodat zijn gewone standplaats in Frankrijk gelegen is.

(1) IAO, «Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work», 1998.

(2) Rapport Giuliano-Lagarde, Senaat, *Gedr. St.* 1985-86, nr. 362/1, 68: «Wat hun inhoud betreft, hebben die communautaire bepalingen voorrang boven het verdrag, welke voor bijzondere gebieden regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot verbintenissen uit overeenkomst bevatten.»