

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/106283>

Please be advised that this information was generated on 2021-10-17 and may be subject to change.

ANNOTATIE

Grenzeloze problemen bij grensoverschrijdende arbeid

De IPR-systematiek van het EVO-Verdrag en de Rome I-Verordening nader beschouwd, HR 3 februari 2012, LJN BS8791, JAR 2012/69 (Schlecker/Boedeker)

F.G. Laagland

1 Inleiding

Werknemers verrichten hun werkzaamheden vaker tijdelijk of permanent in een ander land dan het land van hun indiensttreding. De stap over de grens heeft tot gevolg dat de (reikwijdte van de) arbeidsovereenkomst zich niet langer bevindt onder de glazen stolp van één nationaal rechtsstelsel, maar vanaf dan raakvlakken vertoont met twee of zelfs meer landen, die elk hun eigen normen, waarden en regels kennen inzake het arbeidsrecht. Dit kan tot conflicten leiden, vooral indien het ene rechtsstelsel iets toestaat terwijl een ander rechtsstelsel daaraan beperkingen stelt. De eigenheid van het nationale arbeidsrecht maakt de vraag naar het toepasselijke recht relevant. Dat het antwoord hierop niet altijd eenduidig is te geven, blijkt uit de zaak die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 3 februari 2012. In deze zaak houden een functiewijziging en – belangrijker – de vraag of de toelaatbaarheid daarvan moet worden beoordeeld aan de hand van Nederlands dan wel Duits recht partijen al meer dan zes jaar verdeeld.

In deze annotatie ga ik in op het arrest van de Hoge Raad en bespreek ik de discussie tussen partijen in het licht van het Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO-Verdrag) en de Rome I-Verordening. Bij eerste lezing van het arrest blijft de lezer overigens in een ietwat verwarde toestand achter over het nut en de noodzaak van de procedure. Waarom wordt tot aan de Hoge Raad geprocedeerd over wedertewerkstelling nu de arbeidsovereenkomst toch al is geëindigd? Het arrest van de Hoge Raad staat echter niet op zichzelf. Vanaf halverwege 2006 is tussen partijen een veelvoud aan procedures gevoerd. Om het cassatieberoep in zijn context te kunnen plaatsen is inzicht vereist in de eerder gevoerde procedures, alsmede in de uitkomsten daarvan. Deze uiteenzetting is onderwerp van paragraaf 3. In alle procedures staat wel steeds die ene vraag centraal: is op basis van het EVO-Verdrag Duits of Nederlands recht van toepassing op de arbeidsovereenkomst? Het cassatieberoep en de door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen – zoals die in paragraaf 4 worden uiteengezet – hebben eveneens louter op dit aspect betrekking. De bespreking van deze vraag loopt als een rode draad door de annotatie. Het com-

F.G. Laagland

mentaar in paragraaf 5 is daarom vooral hierop gericht. Speciale aandacht gaat uit naar de invloed en betekenis van de fundamentele verdragsvrijheid inzake het vrije werknemersverkeer. Ik sluit de annotatie af met een indicatie hoe in mijn visie het antwoord op de prejudiciële vragen zou moeten luiden.

2 De feiten

Op 1 december 1979 treedt de in Duitsland woonachtige Boedeker in dienst bij drogisterijketen Schlecker, gevestigd te Duitsland. Boedeker verricht haar werkzaamheden op dat moment in Duitsland. Op 30 november 1994 komen partijen een nieuwe arbeidsovereenkomst overeen, ditmaal voor de functie van *Geschäftsführerin/Vertrieb* (bedrijfsleider). Vanaf 1 maart (of 1 april) 1995 gaat Boedeker in deze functie aan de slag in de Nederlandse vestiging van het bedrijf in Haافتن. De reiskosten voor het woon-werkverkeer tussen Duitsland (woonplaats) en Nederland (werkplek) worden door Schlecker vergoed. Deze situatie duurt elf jaar voort. Op 19 juni 2006 ontvangt Boedeker een brief waarin haar wordt medegedeeld dat haar arbeidsplaats per 30 juni 2006 komt te vervallen en dat zij vanaf 1 juli 2006 als *Bereichsleiterin Revision* (regioleider accountancy) in Dortmund werkzaam zal zijn. Het betreft een zogenoemde *Änderungskündigung* naar Duits recht. Dit komt kort gezegd neer op een wijziging van de arbeidsovereenkomst, met dien verstande dat de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd onder gelijktijdige aanbieding van een nieuwe functie. Het Nederlandse recht is met een dergelijke rechtsfiguur onbekend.¹ Boedeker tekent tegen de wijziging bezwaar aan bij haar werkgever. Wel verschijnt zij op 3 juli 2006 op het werk in Dortmund. Ook dit past binnen de systematiek van het Duitse recht. Anders dan in Nederland heeft de werknemer de mogelijkheid het aanbod te aanvaarden onder het voorbehoud dat de wijziging niet sociaal onrechtvaardig is (§ 2 Satz 1 Kündigungsschutzgesetz). Door te gaan werken stelt Boedeker – ondanks het gemaakte bezwaar – haar arbeidsovereenkomst veilig.

Boedeker laat het er niet bij zitten. De dag erna start zij een procedure bij de kantonrechter te Tiel. Zij vordert dat de kantonrechter voor recht verklaart dat haar arbeidsovereenkomst aan Nederlands recht is onderworpen en dat zij wordt toegelaten tot haar werkzaamheden als *Geschäftsführerin/Vertrieb* in de Nederlandse vestiging te Haافتن. Uit de stukken leid ik af dat Boedeker van mening is dat de functiewijziging op basis van het Nederlandse recht moet worden beoordeeld en dat die beoordeling de toets van artikel 7:611 van het Burgerlijk Wetboek (BW) niet doorstaat. De volgende dag meldt Boedeker zich ziek voor haar werk in Dortmund. Vanaf 16 augustus 2006 ontvangt zij een uitkering uit de Duitse *Krankenkasse*. De arbeidsovereenkomst eindigt vervolgens naar Duits recht tegen 31 januari 2007. De precieze grondslag voor de beëindiging valt uit de stukken niet af te leiden, maar lijkt verband te houden met de *Änderungskündigung*. Wellicht dat Boedeker de nieuwe functie alsnog heeft geweigerd. Hoe het ook zij, in

1 De discussie over de vraag of de Hoge Raad in zijn arrest van 24 december 2010 (JAR 2011/20 en LJN BO2420) het wijzigingsontslag zou hebben aanvaard, blijft hier buiten beschouwing nu buiten twijfel staat dat Schlecker geen ontslagvergunning aan het UWV heeft gevraagd.

de procedure staat vast dat de arbeidsovereenkomst op 31 januari 2007 naar Duits recht rechtsgeldig tot een einde is gekomen.

3 De procedures en het procesverloop in feitelijke instanties

De eerste procedure is een kort geding bij de kantonrechter te Tiel. De kantonrechter is het niet eens met Boedeker dat de functiewijziging naar Nederlandse recht moet worden beoordeeld en oordeelt bij vonnis van 4 oktober 2006 tot toepassing van het Duitse recht. Het Duitse recht maakt de zaak dusdanig complex dat de vordering tot wedertewerkstelling wordt afgewezen. In het hiertegen ingestelde hoger beroep komt het Hof Arnhem op 13 februari 2007 tot het oordeel dat de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door Nederlands recht. Deze uitkomst biedt Boedeker alleen weinig soelaas. Op basis van artikel 7:611 BW oordeelt het hof dat voorshands niet blijkt dat de functie van *Bereichsleiterin Revision* in Dortmund niet passend is. De vorderingen van Boedeker worden om die reden alsnog afgewezen.

In de hierna opgestarte bodemprocedure is de kantonrechter te Tiel Boedeker beter gezind. In zijn vonnis van 15 augustus 2007 oordeelt de kantonrechter dat Nederlands recht van toepassing is en verklaart hij voor recht dat Boedeker niet gehouden is de eenzijdige wijziging van haar arbeidsovereenkomst te aanvaarden. Boedeker dient vervolgens een verzoek in tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Bij beschikking van 21 november 2007 verklaart de kantonrechter Boedeker niet-ontvankelijk in haar verzoek indien in de bodemprocedure komt vast te staan dat Duits recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. Dat lijkt mij juist, nu de arbeidsovereenkomst in dat geval rechtsgeldig is geëindigd per 31 januari 2007. Voor het geval het Nederlandse recht bepalend is, ontbindt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met ingang van 15 december 2007 onder toekenning aan Boedeker van een vergoeding ten bedrage van € 557.651,52 bruto. Bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding zal hoogstwaarschijnlijk een (grote) rol hebben gespeeld dat de kantonrechter de wijziging van de arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht niet toelaatbaar heeft geacht. Wederom wordt hoger beroep ingesteld, ditmaal door Schlecker. Begrijp ik het goed, dan neemt Schlecker het standpunt in dat de kantonrechter artikel 7:685 BW ten onrechte (voorwaardelijk) heeft toegepast omdat partijen stilzwijgend een rechtskeuze voor Duits recht hebben gemaakt. Het hof gaat hier inhoudelijk op in en stelt dat het Duitse recht niet van toepassing is. Ik vind deze overweging van het hof lastig te duiden. De kantonrechter heeft zich immers niet uitgelaten over het toepasselijke recht, maar de beoordeling hieromtrent juist expliciet overgelaten aan de rechter in de bodemprocedure. Het hof had het bezwaar van Schlecker in mijn visie dus kunnen (moeten) afdoen met de overweging dat de kantonrechter het toepassingsbereik van artikel 7:685 BW niet te buiten was gegaan nu de arbeidsovereenkomst louter bij toepassing van Nederlandse recht door ontbinding eindigt.

Het is de inhoud van de ontbindingsbeschikking die Schlecker ertoe zal hebben gebracht tegen het vonnis in de bodemprocedure in hoger beroep te gaan. Weder-

F.G. Laagland

tewerkstelling is immers niet meer mogelijk. De arbeidsovereenkomst is hoe dan ook geëindigd: op 31 januari 2007 bij toepassing van Duits recht en (uiterlijk) op 15 december 2007 bij toepassing van Nederlands recht. Echter, alleen op basis van het Nederlandse recht heeft Boedeker eventueel aanspraak op loon tot 15 december 2007 en – belangrijker – de ontbindingsvergoeding van € 557.651,52 bruto. Dit verklaart waarom het in het hoger beroep (en in cassatie) draait om de vraag naar het toepasselijke recht en niet meer om de toepassing daarvan op de concrete casus.

Ook in hoger beroep ontmoet Boedeker met haar standpunt rechterlijk begrip. Met verwijzing naar het feit dat zij vanaf 1995 tot 2006 permanent in Nederland werkzaam was, stelt Boedeker dat haar arbeidsovereenkomst aan het Nederlandse recht onderhevig is. Bepalend daarvoor acht zij artikel 6 lid 2 (a) EVO-Verdrag. Dit artikel bepaalt dat de arbeidsovereenkomst – bij gebreke van een rechtskeuze – wordt beheerst door het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land tewerk is gesteld. Het hof gaat hierin mee. De redenering van Schlecker dat het Duitse recht van toepassing zou zijn, wordt verworpen. Schlecker noemt twee argumenten. Allereerst zou bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst in 1994 impliciet een rechtskeuze voor het Duitse recht zijn gemaakt op grond van artikel 3 EVO-Verdrag. Hiervan kan volgens het hof geen sprake zijn, nu partijen zich ten tijde van het sluiten van de arbeidsovereenkomst niet, althans onvoldoende, bewust waren van een mogelijk grensoverschrijdend aspect. Het is evenmin mogelijk achteraf een stilzwijgende keuze voor het Duitse recht te construeren. Het tweede argument van Schlecker houdt in dat uit het geheel der omstandigheden zou volgen dat de arbeidsovereenkomst nauwer met Duitsland is verbonden en hij bepleit daarom toepassing van de exceptieclausule zoals neergelegd in de slotzin van artikel 6 lid 2 EVO-Verdrag. Hieraan komt bij een permanente tewerkstelling evenwel geen werking toe, volgens het hof.

Het hof bekrachtigt aldus het vonnis van de kantonrechter. Doordat het Nederlandse recht de arbeidsovereenkomst beheerst, kan de *Änderungskündigung* niet als een beëindiging van de arbeidsovereenkomst worden beschouwd. Het hof overweegt ‘noch uit de brief zelf noch de uitleg van Schlecker met betrekking tot de *Änderungskündigung* volgt eenduidig dat hij [Schlecker; FL], in het geval dat Boedeker de aangeboden functie zou weigeren met deze brief een opzegging van de arbeidsovereenkomst heeft beoogd, althans dat Boedeker die brief in dat geval in redelijkheid als een opzegging had moeten begrijpen’.² Deze zinsnede maakt duidelijk dat het hof de beëindiging naar Duits recht niet als een opzegging naar

2 Hof Arnhem 15 december 2009, LJN BL9006, r.o. 3.12.

Nederlands recht beschouwt.³ Dit houdt in dat Boedeker tot de ontbindingsdatum van 15 december 2007 recht heeft op loon (bij ziekte) en daarnaast aanspraak heeft op de vergoeding ten bedrage van € 557.651,52 bruto.

4 De conclusie van de A-G en de prejudiciële vragen van de Hoge Raad

In cassatie richt Schlecker zijn pijlen op het oordeel van het hof dat de arbeidsovereenkomst aan Nederlands recht onderhevig is. De cassatiemiddelen concentreren zich kort gezegd op (1) het niet aannemen van de impliciet gemaakte rechtskeuze, en (2) het niet toepassen van de exceptieclausule. A-G Strikwerda concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. Zijn argumentatie wat de rechtskeuze betreft laat zich als volgt samenvatten. Partijen zijn bevoegd tot het maken van een rechtskeuze ongeacht de vraag of de overeenkomst met slechts één land is verbonden. Het doet niet ter zake of bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst al dan niet duidelijk was dat Boedeker in Nederland zou gaan werken. Het hof had Schlecker daarom niet hoeven toelaten tot het bewijs dat bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst vaststond dat Boedeker in Nederland werkzaam zou zijn. Ten aanzien van het niet toepassen van de exceptieclausule stelt de A-G voorop dat de door Schlecker aangevoerde omstandigheden er inderdaad op neerkomen dat de arbeidsovereenkomst in alle relevante opzichten met Duitsland is verbonden, met uitzondering dan van de plaats waar Boedeker ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk haar arbeid verrichtte. Dat neemt evenwel niet weg dat het hof de juiste maatstaf heeft toegepast. De A-G acht daarvoor relevant dat artikel 6 lid 2 (a) EVO-Verdrag is gestoeld op het beschermingsbeginsel. Een permanente of langdurige tewerkstelling verzet zich hierdoor tegen een toepassing van de exceptieclausule, zelfs indien alle overige factoren naar een ander land verwijzen. Nu Boedeker gedurende meer dan tien jaar haar arbeid in Nederland heeft verricht, heeft het hof volgens de A-G geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de door Schlecker aangevoerde aanknopingspunten met Duitsland geen grond opleveren om de arbeidsovereenkomst onderworpen te achten aan Duits recht.

De Hoge Raad komt aan de behandeling van de cassatiemiddelen inzake de impliciete rechtskeuze (nog) niet toe. Hij ziet aanleiding eerst over te gaan tot een bespreking van de exceptieclausule. De Hoge Raad besluit vervolgens aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) twee prejudiciële vra-

3 Indien dit wel zo was, zou de arbeidsovereenkomst ook bij toepassing van Nederlands recht door opzegging zijn geëindigd nu uit het arrest niet blijkt dat Boedeker tijdig de nietigheid van de opzegging heeft ingeroepen met een beroep op het ontbreken van een ontslagvergunning dan wel het opzegverbod tijdens ziekte. Tegen dit oordeel van het hof is geen cassatieklacht gericht, zodat hiervan in cassatie kan worden uitgegaan. Dit heeft er waarschijnlijk mee van doen dat het oordeel te veel verweven is met de feiten. Ook de ontbindingsrechter lijkt er overigens van uit te gaan dat de beëindiging naar Duits recht geen opzegging naar Nederlands recht betreft. De ontbindingsbeschikking kent louter als voorwaarde dat het Nederlandse recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, hetgeen impliceert dat bij toepassing van Nederlands recht de arbeidsovereenkomst niet eerder door opzegging kan zijn geëindigd.

F.G. Laagland

gen voor te leggen over de uitleg van artikel 6 lid 2 EVO. Deze vragen luiden als volgt:

1. Dient het bepaalde in artikel 6 lid 2 EVO aldus te worden uitgelegd dat, indien een werknemer de arbeid ter uitvoering van de overeenkomst niet alleen gewoonlijk maar ook langdurig en zonder onderbreking verricht in hetzelfde land, in alle gevallen het recht moet worden toegepast van dat land, ook al wijzen alle overige omstandigheden op een nauwe verbondenheid van de arbeidsovereenkomst met een ander land?
2. Is voor een bevestigend antwoord op vraag 1 vereist dat de werkgever en de werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, althans bij de aanvang van de arbeid, hebben beoogd, althans zich ervan bewust zijn geweest, dat de arbeid langdurig en zonder onderbreking in hetzelfde land zou worden verricht?

5 Commentaar

De discussie tussen partijen valt te herleiden tot de vraag welk recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. Daarbij geldt in cassatie als uitgangspunt dat het Nederlandse recht een verdergaande bescherming biedt aan Boedeker tegen de door Schlecker toegepaste functiewijziging dan het Duitse recht. Aan de discussie ligt het EVO-Verdrag ten grondslag.⁴ Het gaat meer specifiek om de uitleg van de artikelen 3 en 6 EVO-Verdrag. Het EVO-Verdrag is van toepassing op arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten vóór 17 december 2009. Dat is in de onderhavige casus het geval. Arbeidsovereenkomsten van latere datum zijn onderworpen aan Verordening 593/2008 (hierna: Rome I-Verordening).⁵ Zowel het EVO-Verdrag als de Rome I-Verordening bevat internationaalrechtelijke regels inzake het toepasselijke recht en gaat uit van het principe dat iedere arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht van (een) specifiek(e) land(en). De rechtsbasis is wel verschillend. Het EVO-Verdrag is in tegenstelling tot de Rome I-Verordening niet gebaseerd op het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). De bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie ontleent de Hoge Raad aan een afzonderlijk protocol.⁶

Het EVO-Verdrag zal naarmate de tijd vordert aan belang afnemen. Dat neemt niet weg dat de rechtspraak van het Hof van Justitie grotendeels haar relevantie behoudt. De Rome I-Verordening kent namelijk grote gelijkenis met het EVO-Verdrag. Dit geldt ook voor de artikelen 3 en 6 EVO-Verdrag, waarvan de inhoud

4 Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Trb. 1980, 156), zoals laatstelijk gewijzigd bij het besluit van de EU van 8 november 2007 (PbEU 2007, L 347).

5 Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (PbEG 2008, L 177/1).

6 Eerste protocol van 19 december 1988 bij het EVO-Verdrag (Trb. 1998, 49). Het protocol is in werking getreden op 1 augustus 2004 (Trb. 2004, 187). De bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen in lopende zaken komt alleen toe aan de hoogste rechterlijke instantie van een verdragsstaat.

terugkeert in de artikelen 4 en 8 Rome I-Verordening. Hoewel de tekst van de artikelen niet identiek is, is de inhoud van de verwijzingsregels niet wezenlijk anders. Het merendeel van de wijzigingen is tekstueel van aard of het gevolg van codificatie van rechtspraak. Het antwoord van het Hof van Justitie op de hierover in paragraaf 4 vermelde prejudiciële vragen van de Hoge Raad kan daarom ook dienen bij de uitleg van de artikelen 4 en 8 Rome I-Verordening. Hetzelfde geldt voor mijn hierna volgende commentaar. Voor zover dat niet het geval is, wordt dat uitdrukkelijk vermeld.

5.1 De IPR-systematiek in verhouding tot de verdragsvrijheid van artikel 45 VWEU

Voordat ik inga op de rechtsvragen die spelen in het arrest van de Hoge Raad, sta ik stil bij een aspect dat niet in cassatie aan de orde wordt gesteld, maar zeker een bespreking waard is: de interactie tussen het IPR en het VWEU. Zoals gezegd, bevat het EVO-Verdrag IPR-regels inzake het recht dat van toepassing is op overeenkomsten. De uniforme verwijzingsregels beogen rechtszekerheid te brengen. De specifieke IPR-regels voor de arbeidsovereenkomst zijn daarnaast gestoeld op een beschermingsgedachte. Dat hierdoor is ingeboet op de rechtszekerheid, bewijst de casus die aan het onderhavige arrest van de Hoge Raad ten grondslag ligt. De discussie tussen Boedeker en Schlecker woedt inmiddels zes jaar en nog steeds staat niet vast aan de hand van welk recht de functiewijziging en de daarmee samenhangende beëindiging van de arbeidsovereenkomst moeten worden beoordeeld. Wedertewerkstelling – waar het Boedeker in eerste instantie om te doen was – is allang geen optie meer. De arbeidsovereenkomst is inmiddels op basis van beide rechtsstelsels geëindigd en ik stel me zo voor dat de discussie over het toepasselijke recht daarbij een belangrijke rol heeft gespeeld. Hoewel de discussie zich in onderhavige casus richt op de uitleg van de artikelen 3 en 6 EVO-Verdrag, bestaat in de praktijk eveneens onduidelijkheid over de toepassing van artikel 7 EVO-Verdrag en de daarin neergelegde systematiek van voorrangregels. De Rome I-Verordening neemt al deze onduidelijkheden niet weg. Kort en goed: met hun stap over de grens begeven werknemers zich in een wirwar van regels waarbij lang niet altijd op voorhand is aan te geven welk nationaal recht de (deelaspecten van de) arbeidsovereenkomst beheerst.

Het is denkbaar dat de complexe verwijzingsystematiek uit het EVO-Verdrag werknemers ervan weerhoudt in het buitenland werkzaam te zijn.⁷ Dat brengt mij tot artikel 45 VWEU. Artikel 45 VWEU vormt een van de fundamentele grondbeginselen binnen de EU en is van toepassing op werknemers die toetreden tot de arbeidsmarkt van een andere lidstaat. Het artikel wordt doorgaans ingeroepen door werknemers die een dienstverband wensen aan te gaan dan wel zijn aangegaan in een andere lidstaat dan de lidstaat van hun herkomst. Ook Verordening 2434/92 betreffende het vrije verkeer van werknemers is gericht op de aan-

7 Indien is vastgesteld dat een bepaalde regel naar zijn aard geschikt is migrerende werknemers te benadelen, hoeft niet statistisch te worden vastgesteld dat de regeling daadwerkelijk die uitwerking heeft alvorens van een belemmering van artikel 45 VWEU te kunnen spreken.

F.G. Laagland

vaarding van arbeid in een andere lidstaat dan de lidstaat van herkomst.⁸ Het gaat bij Boedeker om een wat atypische situatie; zij gaat op verzoek van de werkgever langdurig in Nederland werken, terwijl haar werkgever in Duitsland gevestigd blijft. Er is geen sprake van uitzending of detachering.⁹ Dan moet het gaan om een tewerkstelling voor beperkte duur, en Boedeker is ruim tien jaar in Nederland werkzaam geweest. Mijns inziens moet een dergelijke situatie onder het bereik van artikel 45 VWEU worden geschaard. Bij een permanente en langdurige tewerkstelling in een ander land dan het land waar de werknemer zijn dienstverband heeft, treedt de persoon immers eveneens als werknemer toe tot de arbeidsmarkt van een andere lidstaat. Dat Verordening 2434/92 op deze situatie niet van toepassing is, maakt dit niet anders. De verordening betreft een nadere concretisering van artikel 45 VWEU en laat onverlet dat het toepassingsbereik van artikel 45 VWEU ruimer is.

Maar levert dit Boedeker iets op? Juridisch geformuleerd: kan het VWEU ertoe leiden dat een conflictregel uit het EVO-Verdrag buiten werking wordt gesteld omdat de toepassing daarvan het vrije werknemersverkeer belemmert? Artikel 45 VWEU staat in de weg aan maatregelen die het gebruik van het vrije verkeer van werknemers minder aantrekkelijk maken,¹⁰ tenzij de beperkende maatregel kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de wettelijke gronden of de *rule of reason*.¹¹ Artikel 45 VWEU heeft rechtstreekse werking,¹² zodat het mogelijk is nationale regels aan het verdragsrecht te toetsen (de zogenaamde rechtmatigheids-

- 8 Verordening 2434/92 van de Raad van 27 juli 1992 tot wijziging van het tweede deel van Verordening (EEG) nr. 1612/68 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap.
- 9 Bij een (kortdurende) tewerkstelling die erop was gericht dat de werknemer na voltooiing van zijn taak weer naar het land van herkomst terug zou keren, was de detachingsrichtlijn op de arbeidsovereenkomst van Boedeker van toepassing geweest. De verhouding tussen de detachingsrichtlijn (gebaseerd op het vrije dienstenverkeer) en het EVO-Verdrag blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.
- 10 HvJ EG 31 maart 1993, zaak C-19/92 (Kraus); HvJ EG 9 september 2003, zaak C-285/01 (Baubaud); HvJ EG 5 oktober 2004, zaak C-442/02 (CaixaBank France). Daaraan doet niet af dat de conflictregel als zodanig niet direct discrimineert op grond van nationaliteit, zie: HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93 (Bosman).
- 11 Directe discriminerende maatregelen kunnen louter worden gerechtvaardigd door de wettelijke gronden zoals genoemd in artikel 45 lid 3 VWEU. Maatregelen die indirect discrimineren zijn ook gerechtvaardigd met een beroep op de *rule of reason*. Voor een succesvol beroep hierop is vereist dat de maatregel een legitiem doel nastreeft en zijn rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. De beperking moet voorts geschikt zijn ter bereiking van het ermee beoogde doel en mag niet verder gaan dan met het oog daarop noodzakelijk is. Deze uitzondering wordt ook wel de Cassis de Dijon-uitzondering genoemd, naar het arrest van het Hof van Justitie waarin de rechtvaardigingsgrond voor het eerst werd geformuleerd (HvJ EG 20 februari 1978, zaak C-120/78).
- 12 Het Hof van Justitie overwoog dit voor het eerst in HvJ EEG 4 april 1974, zaak C-167/73 (Commissie/Frankrijk) en heeft dat later bevestigd in o.a. HvJ EEG 4 december 1974, zaak C-41/74 (Van Duyn).

toets).¹³ Het is alleen de vraag of de inhoud van het EVO-Verdrag als internationaal verdrag kan worden getoetst aan artikel 45 VWEU. Deze vraag is minder lastig te beantwoorden voor de Rome I-Verordening. Dit betreft een verordening die door de Uniewetgever is vastgesteld; het gaat kort gezegd om secundair Unierecht. Secundair Unierecht is van een lagere orde dan de fundamentele verdragsvrijheden uit het VWEU, hetgeen een toetsing aan artikel 45 VWEU mogelijk maakt. Het Hof van Justitie heeft in het *Tedeschi*-arrest evenwel geoordeeld dat bij volledige harmonisatie op een bepaald terrein het regime van de harmonisatiereguleer het toetsingskader voor een beperking op de verdragsvrijheden vormt.¹⁴ Hieruit kan worden afgeleid dat met de Rome I-Verordening is voldaan aan de bescherming van werknemers tegen de complicaties van het uiteenlopen van nationale rechtsstelsels op een wijze dat dit belang en de zwaarte van de inbreuk op het vrij werknemersverkeer in een redelijke verhouding tot elkaar staan. De belangenafweging is als het ware verdisconteerd in de Rome I-Verordening. Het argument dat de Rome I-Verordening door haar complexiteit niet voldoet aan de voorwaarden van de *rule of reason* en om die reden buiten toepassing moet worden gesteld, heeft daarom weinig kans van slagen.¹⁵ Hoewel kan worden vermoed dat de uitkomst voor het EVO-Verdrag niet anders zal zijn, kan hierop niet dezelfde techniek worden toegepast. Het EVO-Verdrag onderscheidt zich van de Rome I-Verordening in die zin dat het een internationaal verdrag betreft waarbij de Europese Unie zelf geen partij is. Hoe moet het dan wel? Het is vaste rechtspraak dat een lidstaat zijn autonome bevoegdheden in overeenstemming met het gemeenschapsrecht dient uit te oefenen.¹⁶ Dat geldt in mijn visie op gelijke wijze bij het aangaan van een internationaal verdrag zoals het EVO-Verdrag, nu het IPR een onderwerp betreft dat valt binnen het kader van het VWEU.¹⁷ Nu de lidstaten het EVO-Verdrag zijn aangegaan op een moment dat zij reeds gebonden waren aan (de voorloper van) het VWEU, kan worden gesteld dat

- 13 Indien de rechtmatigheid van een nationale bepaling in een geschil tussen burgers aan de orde wordt gesteld, wordt dat wel de 'processuele horizontale werking' ofwel 'indirecte horizontale werking' van het Unierecht genoemd. Kenmerkend hieraan is dat de Europese bepaling via de voorrang van het Unierecht de nationale bepaling bij strijd buiten toepassing stelt en daarmee indirect de rechtsverhouding tussen particulieren reguleert. Deze wijze van doorwerking moet worden onderscheiden van de 'directe horizontale werking', waarbij de Europese bepaling rechtstreeks de inhoud van de particuliere rechtsverhouding reguleert. Zie over dit onderscheid uitgebreid: Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 28.
- 14 HvJ EG 5 oktober 1977, zaak C-5/77 (*Tedeschi*). In dit arrest ging het om volledige harmonisatie via een richtlijn. Aangenomen kan worden dat de *Tedeschi*-leer analoog kan worden toegepast op unificatie via verordeningen.
- 15 Strikt genomen kan de rechtmatigheid van de Rome I-Verordening via een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie worden voorgelegd. Het vergt evenwel een creatieve geest om (met succes) te kunnen betogen dat artikel 45 VWEU bij de totstandkoming van de Rome I-Verordening per abuis over het hoofd is gezien en in de belangenafweging ten onrechte buiten beschouwing is gelaten.
- 16 HvJ EG 18 december 2007, zaak C-341/05 (*Laval un Partneri Ltd./Svenska Byggnadsarbetareförbundet and Others*). Naar analogie op het gebied van het socialezekerheidsrecht: HvJ EG 28 april 1998, zaak C-120/95 (*Decker*) en HvJ EG 28 april 1998, zaak C-158/96 (*Kohll*).
- 17 Het IPR is bij het Verdrag van Amsterdam als onderwerp in het toenmalige EG-Verdrag opgenomen.

F.G. Laagland

het VWEU voorgaat op het later gesloten EVO-Verdrag. Dit maakt een toetsing van het EVO-Verdrag aan artikel 45 VWEU mogelijk. Ik acht de kans evenwel minimaal dat het Hof van Justitie zal oordelen dat de complexe systematiek van de artikelen 3, 6 en 7 EVO-Verdrag een niet te rechtvaardigen belemmering vormt op het vrije werknemersverkeer. Ik heb hiervoor een aantal argumenten. Allereerst biedt het buiten toepassing stellen van de betreffende bepalingen uit het EVO-Verdrag de werknemers geen beter alternatief. Dan herleeft het IPR-recht van iedere individuele lidstaat en neemt de wirwar aan nationale regels louter toe. Ten tweede keert de systematiek van het EVO-Verdrag terug in de Rome I-Verordening en wordt de Rome I-Verordening geacht toelaatbaar te zijn (zie hiervoor). Een laatste argument van geheel andere aard is dat het Hof van Justitie de lidstaten met een dergelijk oordeel dwingt hun verplichtingen uit het EVO-Verdrag te schenden, hetgeen kan leiden tot een aansprakelijkheidsstelling door derde verdragsstaten. Dat doet vermoeden dat het Hof van Justitie bij de toetsing naar alle waarschijnlijkheid uiterst omzichtig te werk zal gaan.

In lijn met de Rome I-Verordening ben ik aldus van mening dat de complexe IPR-systematiek uit het EVO-Verdrag niet in strijd is met het vrije werknemersverkeer. Dat neemt niet weg dat bij de uitleg van het Verdrag – meer specifiek het hanteren van bepaalde aanknopingspunten – indirecte werking kan uitgaan van het VWEU en dat het Unierecht via die weg correcties kan aanbrengen op de toepassing van de conflictregel als zodanig.¹⁸ Ik kom hier in paragraaf 5.3 op terug.

5.2 De relevantie van een stilzwijgende rechtskeuze

Schlecker benadrukt in de verschillende procedures steeds het standpunt dat partijen stilzwijgend een rechtskeuze hebben gemaakt voor Duits recht. Ook in cassatie zijn de eerste twee cassatiemiddelen gericht tegen het oordeel van het hof dat van een stilzwijgende rechtskeuze geen sprake is. Zoals gezegd, laat de Hoge Raad zich over dit punt niet uit. In navolging van de kantonrechter en het hof gaat de A-G hier wel inhoudelijk op in. Deze benadering doet vermoeden dat een stilzwijgende rechtskeuze bepalend is voor de uitkomst van het geding in de stand waarin het zich thans bevindt. Ik plaats daar vraagtekens bij. Naar mijn mening doet het niet (meer) ter zake of partijen al dan niet een rechtskeuze zijn overeengekomen. Ik leg dit uit.

Schlecker beroept zich op artikel 3 EVO-Verdrag. Dit artikel stelt de partijautonomie voorop en bepaalt dat partijen zelf het recht mogen aanwijzen dat op hun arbeidsovereenkomst van toepassing is. De rechtskeuze kan expliciet, maar ook stilzwijgend geschieden. Een rechtskeuze is niet absoluut. Zij kan er nimmer toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van het recht dat zonder die rechtskeuze op de arbeidsovereenkomst van toepassing zou zijn geweest. Dit recht – ook wel het objectief toepasselijke recht genoemd – wordt bepaald aan de hand van de verwijzingsregels uit artikel 6 EVO-Verdrag. De bescherming geldt alleen wat de dwingende bepalingen uit het betreffende recht

18 A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers* (diss. UvA), Den Haag: Sdu 2000, p. 348-349.

betreft.¹⁹ De rechtsregels van regelen en aanvullend recht worden beheerst door het recht van de rechtskeuze. Voor de volledigheid noem ik dat zowel het gekozen als het objectief toepasselijke recht kan worden doorbroken door de hiervoor reeds genoemde voorrangregels van artikel 7 EVO-Verdrag. Het gaat daarbij om dwingende regels van algemeen belang die een zelfstandig internationaal geldingsbereik hebben.

De systematiek maakt duidelijk dat een rechtskeuze voor Duits recht alleen gevolgen heeft voor het regelende dan wel aanvullende recht. Zodra een bepaling een dwingendrechtelijk karakter heeft, wordt het toepasselijke recht bepaald door het recht waarnaar artikel 6 EVO-Verdrag verwijst. Dit onderscheid is irrelevant indien artikel 6 EVO-Verdrag het Duitse recht als uitkomst kent. Dan is het Duitse recht op de regelende en dwingende aspecten van de arbeidsovereenkomst van toepassing, ongeacht een stilzwijgende rechtskeuze voor het Duitse recht.²⁰ Interessant(er) is de situatie dat artikel 6 EVO-Verdrag naar het Nederlandse recht verwijst. In dat geval is de arbeidsovereenkomst aan verschillende rechtstelsels onderworpen. Daar zal het betoog van Schlecker ook op zijn gericht. Zijn betoog doet alleen voorkomen alsof een eventuele rechtskeuze voor Duits recht het Nederlandse recht in het geheel opzijzet. Dat is niet correct. Wat de arbeidsovereenkomst van Boedeker betreft, zijn in dat geval de dwingende bepalingen uit het Nederlandse en de aanvullende bepalingen uit het Duitse recht van toepassing. De rechtskeuze voor Duits recht is daarom alleen relevant indien het betreffende deelaspect waarover discussie bestaat niet dwingendrechtelijk aan het Nederlandse recht is onderworpen. En daar gaat het fout.

Bedacht moet worden dat het Boedeker oorspronkelijk ging om wedertewerkstelling in haar functie als *Geschäftsführerin/Vertriebin* de Nederlandse vestiging van het bedrijf in Haften. Zowel de kortgedingprocedure als de bodemprocedure in eerste aanleg was gericht op de juridische toelaatbaarheid van de functiewijziging. Een functiewijziging wordt naar Nederlands recht beoordeeld aan de hand van artikel 7:611 BW. Het is onduidelijk in hoeverre artikel 7:611 BW van dwingend recht is bij een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst.²¹ Ervan uitgaande dat dit niet het geval is, zou de rechtskeuze ertoe hebben geleid dat – ondanks de uitkomst van artikel 6 EVO-Verdrag – de functiewijziging op basis van Duits recht moest worden beoordeeld. In die stand van de procedure is het argument van Schlecker nog te begrijpen. De situatie ligt ondertussen alleen anders. De toelaatbaarheid van de functiewijziging is niet langer onderwerp van

19 Dwingende bepalend worden in artikel 3 lid 3 EVO-Verdrag omschreven als bepalingen waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken. De vraag of een specifieke arbeidsrechtelijke regeling dwingend of aanvullend is, wordt beantwoord door het rechtstelsel waaruit de regel afkomstig is.

20 Met uitzondering van toepassing van artikel 7 EVO-Verdrag.

21 Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III* 2010, nr. 392 zijn van mening dat de norm dat partijen in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, in ons rechtstelsel van zo fundamenteel belang is dat zij – zowel in haar aanvullende als in haar beperkende functie – als dwingend recht moet worden beschouwd.

F.G. Laagland

het geding.²² Het gaat thans om de vraag op basis van welk recht de arbeidsovereenkomst tot een einde is gekomen. Het Nederlandse ontslagrecht – meer specifiek de wijze waarop de arbeidsovereenkomst tegen de wil van de werknemer kan worden beëindigd – is binnen ons rechtsstelsel van zo fundamenteel belang dat het naar mijn mening moet worden gekwalificeerd als dwingend recht. Artikel 7:685 BW wordt ook in literatuur en rechtspraak onder het bereik van artikel 6 EVO-Verdrag geschaard.²³ Het artikel wordt in combinatie met toepassing van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) zelfs wel beschouwd als voorrangsregel in de zin van artikel 7 EVO-Verdrag.²⁴ Dit maakt duidelijk dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet door het gekozen recht wordt beheerst. Een eventueel impliciete rechtskeuze voor Duits recht doet voor de uitkomst van het geding dus niet ter zake.

Nu de cassatiemiddelen inzake de rechtskeuze niet tot cassatie kunnen leiden en evenmin nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechts-eenheid of de rechtsontwikkeling, kan de Hoge Raad deze klachten onbesproken laten met verwijzing naar artikel 81 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO). Het eerste cassatiemiddel is desondanks een bespreking waard. Schlecker klaagt dat het hof hem niet heeft toegelaten tot het bewijs dat partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst wisten dat Boedeker in Nederland werkzaam zou zijn. De A-G concludeert dat dit middel tevergeefs is voorgesteld. Volgens de A-G is het bewijs hiertoe niet doorslaggevend, nu partijen ook bevoegd waren tot een rechtskeuze indien de arbeidsovereenkomst met slechts één land was verbonden. Hoewel dit strikt genomen juist is (zie artikel 3 lid 3 EVO-Verdrag), lees ik het cassatiemiddel anders. Het hof overweegt niet dat partijen geen rechtskeuze konden maken (zoals de A-G lijkt aan te nemen), maar dat de arbeidsovereenkomst vanwege het ontbreken van een grensoverschrijdend element op het moment van sluiten niet kan worden gebruikt ter onderbouwing van de stelling dat een rechtskeuze zou zijn gemaakt. Deze redenering van het hof onderschrijf ik. Een stilzwijgende rechtskeuze veronderstelt een reële partijwil, zodat is vereist dat partijen de conflictenrechtelijke probleemstelling hebben onderkend en ook daadwerkelijk hebben beoogd een keuze te maken voor een bepaald recht.²⁵ De door Schlecker genoemde aanwijzingen in de arbeidsovereenkomst kunnen daarom alleen ter indicatie dienen wanneer partijen zich bij het

22 Voorts staat in cassatie vast dat de functiewijziging naar Nederlands recht niet tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft geleid. Tegen dit oordeel van het hof is immers geen klacht gericht (zie hiervoor noot 3).

23 Ktr. Amsterdam 27 maart 2007, RAR 2007/77 en Ktr. Haarlem 2 december 1994, Prg. 1995/4115. Voor de literatuur wordt verwezen naar: Van Hoek 2000, p. 404-406. Anders: M.E.L. Fikkers in haar annotatie bij het arrest van het Hof Den Bosch van 1 februari 2006 in SR 2006, 30.

24 Ktr. Amsterdam 25 september 1991, Prg. 1992/3619. Zie ook Van Hoek 2000, p. 405.

25 A.P.M.J. Vonken, Groene Serie bijzondere overeenkomsten IPR, artikel 3 EVO-Verdrag, aant. 2.1.

aangaan daarvan bewust waren van een grensoverschrijdende situatie.²⁶ In dat licht bezien had het hof Schlecker moeten toelaten tot het bewijs hiertoe en had het eerste cassatiemiddel – indien de rechtskeuze van invloed zou zijn geweest voor de discussie tussen partijen – naar mijn mening wel tot vernietiging moeten leiden. Dit geldt temeer nu niet valt uit te sluiten dat de omstandigheden uit de arbeidsovereenkomst een stilzwijgende rechtskeuze kunnen construeren. Uit het arrest blijkt dat de overeenkomst onder meer verwijst naar dwingende bepalingen uit het Duitse recht, in de Duitse taal is opgesteld en de betaling van het salaris (tot invoering van de euro) in Duitse marken plaatsvond. Met name de verwijzing naar dwingende bepalingen uit een bepaald rechtsstelsel wordt doorgaans beschouwd als een relevante indicatie.²⁷

5.3 De verwijzingsystematiek van artikel 6 EVO-Verdrag

Het voorgaande toont aan dat de uitkomst van de toets van artikel 6 EVO-Verdrag bepaalt op basis van welk recht de arbeidsovereenkomst van Boedeker is geëindigd. Uit het bij het EVO-Verdrag verschenen toelichtende rapport van Giuliano en Lagarde blijkt dat artikel 6 is ontworpen om te voldoen aan 'de behoefte aan een regeling die toegespitst is op de onderhavige onderwerpen, waarbij de ene partij overwicht heeft op de andere zodat de partij die in sociaal-economisch opzicht in de contractuele relatie de zwakkere is tegelijkertijd beter wordt beschermd'.²⁸ De ratio van artikel 6 EVO-Verdrag is aldus gelegen in de werknemersbescherming. Het artikel kent in zijn tweede lid verschillende aanknopingscriteria. Als eerste wordt aangeknoopt bij het land waar (of vanuit waar)²⁹ de arbeid gewoonlijk wordt verricht (sub a). Als niet gewoonlijk in (of vanuit) een en hetzelfde land wordt gewerkt, wordt aansluiting gezocht bij de plaats van vestiging van de werkgever (sub b). Voorts bepaalt de slotzin dat wanneer uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, het recht van dat andere land van toepassing is (exceptieclausule).

- 26 Een andere uitleg zou werkgevers de mogelijkheid bieden via de inhoud van de arbeidsovereenkomst een stilzwijgende rechtskeuze te construeren voor situaties dat een werknemer gedurende het dienstverband (onverwacht) naar het buitenland gaat. Wanneer de werknemer bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst ervan uitgaat dat hij in het land van indiensttreding werkzaam zal zijn, zal hij niet snel protesteren tegen de taal van de overeenkomst, een verwijzing naar dwingende bepalingen of een daarin neergelegde standaardclausule inzake een rechts- of forumkeuze voor het land waarbinnen hij verwacht werkzaam te zijn en te blijven. Of van een stilzwijgende rechtskeuze sprake is, moet in mijn visie worden bepaald aan de hand van het moment waarop duidelijk wordt dat de arbeidsovereenkomst een internationaal aspect verkrijgt of uit omstandigheden die zich na dat moment voordoen. Alleen dan kan van een impliciete partijwil aan de kant van de werknemer sprake zijn.
- 27 Kamerstukken II 1988/89, 21 059, nr. 3, p. 8 en A.P.M.J. Vonken, Groene Serie bijzondere overeenkomsten IPR, artikel 3 EVO-Verdrag, aant. 2.3.2. onder a en f. Van Hoek 2000, p. 384-385 stelt echter vast dat Nederlandse rechters in arbeidszaken niet snel een impliciete rechtskeuze ten gunste van buitenlands recht maken en in het arbeidsovereenkomst opgenomen verwijzingen naar specifieke rechtsregels zelden doorslaggevend achten.
- 28 Toelichtend rapport van M. Giuliano & P. Lagarde, PbEG C 282, 31 oktober 1980.
- 29 Deze toevoeging op de tekst van artikel 6 EVO-Verdrag volgt uit de rechtspraak. De toevoeging is expliciet in artikel 8 Rome I-Verordening neergelegd.

F.G. Laagland

De prejudiciële vragen van de Hoge Raad richten zich op de afbakening tussen het aanknopingscriterium van sub a en de exceptieclausule in het geval dat een werknemer langdurig en permanent in één land is tewerkgesteld en alle overige aanknopingspunten naar een ander land verwijzen. Het Hof van Justitie heeft zich hierover niet eerder uitgelaten. Rechtspraak is er wel met betrekking tot de verhouding tussen de aanknopingscriteria van sub a en sub b. In het arrest Koelzsch van 15 maart 2011 overweegt het Hof van Justitie dat aanknoping bij de vestiging van de werkgever (sub b) eerst dan is toegestaan als er geen werkland of standplaats valt te identificeren (sub a).³⁰ Daarbij moet de aanknoping bij het werkland of de standplaats in het geval dat de werknemer zijn werkzaamheden in meer dan één land verricht, zo worden uitgelegd dat het land (vanuit) waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht het land is waar hij – rekening houdend met alle elementen die de werkzaamheden kenmerken – het belangrijkste deel van zijn verplichtingen jegens de werkgever verricht. In relatie tot sub b moet het aanknopingscriterium van sub a dus zo ruim mogelijk worden uitgelegd. Het Hof van Justitie heeft dit andermaal benadrukt in het arrest Voogsgeerd van 15 december 2011.³¹

De uitkomst van het arrest Koelzsch kan niet zomaar op de verhouding tussen sub a en de exceptieclausule worden toegepast. Een belangrijk verschil zit hem in de tekst van artikel 6 EVO-Verdrag. In de formulering van sub b is bepaald dat het recht van het land waar de vestiging zich bevindt, bepalend is maar alleen ‘wanneer deze [de werknemer; FL] niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht’. In artikel 8 lid 3 Rome I-Verordening is een gelijkkluidende formulering terug te vinden. Met andere woorden: de tekst maakt duidelijk dat sub a in rangorde boven sub b staat. Een dergelijke rangorde ontbreekt in verhouding tot de exceptieclausule. In plaats daarvan valt uit de tekst eerder af te leiden dat de exceptieclausule op gelijke voet staat met het aanknopingscriterium van sub a en eerder als een (tweede) hoofdregel moet worden beschouwd.

Dat neemt niet weg dat de overwegingen uit het arrest Koelzsch wel een indicatie bieden over de denkrichting van het Hof van Justitie, en in het verlengde daarvan het mogelijke antwoord op de eerste prejudiciële vraag van de Hoge Raad. Relevant acht ik overweging 42, waarin het Hof van Justitie opmerkt:

‘Aangezien de doelstelling van artikel 6 van het verdrag van Rome van 1980 een passende bescherming van de werknemer is, volgt daaruit dat deze bepaling moet worden opgevat als een waarborg dat eerder het recht van de staat waarin hij zijn beroepswerkzaamheden verricht, van toepassing is dan dat van de staat van de zetel van de werkgever. De werknemer oefent zijn economische en sociale functie immers in eerstgenoemde staat uit en, zoals de advocaat-generaal in punt 50 van haar conclusie heeft beklemtoond, zijn arbeid ondergaat ook in die staat de invloed van het politieke en het bedrijfsklimaat. Bijgevolg moet de eerbiediging van de in het recht van dat land gel-

30 HvJ EU 15 maart 2011 (Koelzsch), zaak C-29/10, JAR 2011/114 en NJ 2011/246 m.nt. M.V. Polak.

31 HvJ EU 15 december 2011 (Voogsgeerd), zaak C-384/10.

dende voorschriften ter bescherming van de arbeid zo veel mogelijk worden gewaarborgd.'

Ik leid hieruit af dat de beschermingsgedachte die aan artikel 6 EVO-Verdrag ten grondslag ligt, het best wordt gewaarborgd indien de arbeidsovereenkomst is onderworpen aan het recht van het land waar de werknemer zijn werkzaamheden verricht. Dit element lijkt van een dusdanig groot gewicht dat het de overige elementen opzijzet, hetgeen doet vermoeden dat bij een permanente tewerkstelling sub a te allen tijde prevaleert ten opzichte van de exceptieclausule.

Een nadere indicatie hiertoe ontleen ik aan het VWEU. Indien het Hof van Justitie zou oordelen dat de exceptieclausule ondanks permanente tewerkstelling in één land ertoe leidt dat het rechtsstelsel van een ander land de dwingende aspecten van de arbeidsovereenkomst beheerst, ontstaat een conflict met het discriminatieverbod uit artikel 45 VWEU (zie paragraaf 5.1. over de toepasselijkheid hiervan). De toepassing van het Duitse recht wordt dan gebaseerd op de Duitse nationaliteit van Boedeker en de daarmee verwante aanknopingsfactoren dat zij in Duitsland woonachtig is en daar haar dienstverband heeft.³² Dat terwijl zij wat de inhoud van haar arbeidsrelatie betreft geheel gelijk is aan haar Nederlandse collega's. Een dergelijke uitleg is moeilijk te verenigen met artikel 45 VWEU, dat migrerende werknemers een gelijke of gelijkwaardige positie garandeert ten opzichte van nationale werknemers. Hoewel het EVO-Verdrag als zodanig de toets aan het VWEU doorstaat (zie wederom paragraaf 5.1), valt niet uit te sluiten dat van het vrije werknemersverkeer invloed uitgaat bij de uitleg van artikel 6 EVO-Verdrag. Dit geldt temeer nu het Hof van Justitie ten opzichte van beide verdragen de hoogste rechterlijke instantie is en het arrest ook van invloed zal zijn voor de uitleg van de Rome-I Verordening.³³

6 Afronding

Het blijft lastig te voorspellen hoe het Hof van Justitie op een prejudiciële vraag antwoord zal geven. Toch wil ik een voorzichtige poging wagen. Gezien vorenstaande argumenten verwacht ik dat het antwoord op de eerste prejudiciële vraag zal luiden dat artikel 6 EVO-Verdrag zo moet worden uitgelegd dat bij een langdurige en permanente tewerkstelling in hetzelfde land het recht van dat land altijd het objectieve recht betreft. Dat alle overige omstandigheden op een nauwe verbondenheid van de arbeidsovereenkomst met een ander land wijzen, maakt dat niet anders. Daarmee verkrijgt het aanknopingscriterium van sub a dus een dwingende betekenis bij een permanente en langdurige tewerkstelling. Voorts acht ik irrelevant of partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst of de aanvang van de arbeid hebben beoogd, althans zich ervan bewust zijn geweest,

32 De door Schlecker genoemde elementen die naar het Duitse recht verwijzen, kunnen tot deze drie hoofdaspecten worden teruggebracht.

33 Het Hof van Justitie heeft bij secundair Unierecht eerder onderstreept dat de uitleg daarvan mede wordt gekleurd door primair Unierecht. Zie o.a. HvJ EG 17 april 2007, zaak C-470/03 (A.G.M.-COS.met).

F.G. Laagland

dat de arbeid langdurig en zonder onderbreking in hetzelfde land zou worden verricht. Dat is een antwoord op de tweede prejudiciële vraag. Overigens lijkt de Hoge Raad met deze tweede prejudiciële vraag de strekking van de verschillende cassatiemiddelen door elkaar te halen. De klacht van Schlecker dat het hof hem niet heeft toegelaten tot het bewijs dat partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst wisten dat Boedeker in Nederland werkzaam zou zijn, richt zich namelijk op de stilzwijgende rechtskeuze en niet op de toepassing van artikel 6 EVO-Verdrag. Hoe het ook zij, bij toepassing van artikel 6 EVO-Verdrag komt aan deze omstandigheid mijns inziens geen belang toe. Het valt niet te rechtvaardigen dat de uitkomst van artikel 6 EVO-Verdrag anders is alleen omdat een werknemer – zoals dat het geval is bij Boedeker – een paar maanden in Duitsland heeft gewerkt alvorens tien jaar lang permanent in Nederland te zijn tewerkgesteld. Bovendien zou dat de werkgever mogelijkheden bieden de uitkomst van artikel 6 EVO-Verdrag in een door hem gewenste richting te beïnvloeden. Een dergelijke uitkomst kan niet zijn beoogd, gezien de beschermingsgedachte die aan artikel 6 EVO-Verdrag ten grondslag ligt.

Ten slotte nog dit. Het is maar de vraag of Boedeker bij winst in cassatie ook het eindspel zal winnen. Schlecker is inmiddels failliet. Indien Boedeker niet reeds met succes tot executie van de ontbindingsvergoeding is overgegaan, valt te betwijfelen of zij haar aanspraak hierop nog geldend kan maken. De complexe regeling inzake het toepasselijke recht breekt Boedeker in dat geval andermaal op.