

eigen of andere passende arbeid bij de eigen werkgever. Wel dient de werkgever erop bedacht te zijn dat indien is vastgesteld dat de werknemer (minder dan 35% arbeidsongeschikt) daadwerkelijk niet in staat is tot het verrichten van de eigen of andere passende arbeid bij de eigen werkgever en er komt alsnog een passende functie beschikbaar, er slechts rechten aan de 'no-riskpolis' kunnen worden ontleend indien een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangegaan (na rechtsgeldige beëindiging van de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld met wederzijds goedvinden).

Ter afsluiting van deze reactie nog een waarschuwing aan alle werkgevers om niet te snel een arbeidsovereenkomst aan te gaan met een werknemer die na einde wachttijd rechten kan ontleen aan de 'no-riskpolis': uit de wetsgeschiedenis blijkt dat als de werknemer op proef heeft gewerkt bij de nieuwe werkgever tijdens de wachttijd, dit geen belemmering vormt om de 'no-riskpolis' ter beschikking te stellen als de dienstbetrekking na einde wachttijd wordt aangegaan. Is er vóór dat moment echter reeds sprake van een geslaagde reïntegratie door middel van een nieuwe dienstbetrekking, dan is er volgens de regering geen noodzaak om voor die dienstbetrekking nog een 'no-riskpolis' ter beschikking te stellen.<sup>11</sup>

## Het mijnenveld van de internationale arbeidsverhouding II

Welk recht is toepasselijk?

C.B.G. Derks en B.A. Spliet\*

18 Een arbeidsverhouding kent in de praktijk regelmatig internationale aspecten en in dat geval is het de vraag welke rechter bevoegd is kennis te nemen van een (dreigend) conflict en welk recht toepasselijk is. Bovendien moet in voorkomende gevallen worden vastgesteld of er regels van dwingend recht of voorrangsregels van toepassing zijn. Hoewel de regelgeving op dit gebied op het eerste gezicht 'rechttoe rechtaan' lijkt te zijn, blijkt in de praktijk dat er nogal wat hindernissen moeten worden genomen om tot een juist antwoord op de vragen te komen. Zelfs een eenvoudige arbeidszaak kan daarmee veranderen in een mijnenveld. Voor alle duidelijkheid: het mijnenveld kan niet altijd worden omzeild door het doen van een forumkeuze en/of een rechtskeuze. Deze bijdrage bestaat uit twee delen. In het eerste deel<sup>1</sup> is de bevoegdheid van de rechter (rechtsmacht/jurisdictie) aan de orde gekomen. In dit tweede deel gaan wij in op het toepasselijk recht en de bijzondere positie die regels van dwingend recht en voorrangsregels (onder meer uit het BBA) innemen.

### Praktijk

Het systeem van het vaststellen van het toepasselijk recht werkt anders dan het systeem van het vaststellen van de bevoegde rechter. De moeilijkheid bij het bepalen van de bevoegde rechter zit hem met name in het aantal te raadplegen rechtsbronnen, waarbij het niet ondenkbaar is dat een rechtsbron helemaal moet worden doorlopen, om er aan het einde van de rit achter te komen dat die rechtsbron niet de juiste is. Bovendien is het grote obstakel daarbij dat zelfs bij een vrijwel nationale arbeidsverhouding, tóch een vreemde rechter als bevoegde rechter wordt aange-

\* Mevr. mr. C.B.G. Derks en mevr. mr. B.A. Spliet zijn advocaat bij DLA SchutGrosheide te Amsterdam.

1. *ArbeidsRecht* 2005, 63 (verzorgd door C.B.G. Derks).

wezen. Maar feit blijft, dat als goed wordt genavigeerd en de juiste (zij)wegen worden ingeslagen, de bevoegde rechter uiteindelijk kan worden gevonden.<sup>2</sup> Het toepasselijk recht daarentegen kan tot het moment van het vonnis een onzeker aspect blijven, zelfs als door partijen een rechtskeuze is gedaan, omdat de regelgeving, behalve dat hij ingewikkeld is, ook veel ruimte laat voor interpretatie en bovendien dwingende bepalingen kunnen prevaleren. Wij gaan eerst in op de conflictregels en zullen daarna de toepasselijkheid van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna: BBA) behandelen. Ten aanzien van het BBA hebben wij opnieuw aan de hand van voorbeelden een verduidelijking aangebracht, en er wordt afgesloten met de stroomdiagrammen.

### — Het EVO

Voor de beantwoording van de vraag welk recht van toepassing is, is met name het Europees verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst relevant (EVO).<sup>3</sup>

Het EVO is voor Nederland op 1 september 1991 in werking getreden<sup>4</sup> en heeft een universeel toepassingsgebied (formeel toepassingsgebied).<sup>5</sup> Dat betekent dat het door het EVO aangewezen recht van toepassing is, ongeacht de vraag of dit het recht van een van de lidstaten is.<sup>6</sup> Met andere woorden: zodra

een rechter van een lidstaat bevoegd is<sup>7</sup>, moet hij het toepasselijk recht vaststellen aan de hand van het EVO, ongeacht de herkomst van partijen of de plaats van tenuitvoerlegging van de overeenkomst. Als er op grond van het EVO Ethiopisch recht uitrolt, is dat recht van toepassing. Deze systematiek vergt veel van de Nederlandse rechter, die dus niet alleen wordt geacht het Nederlandse recht te kennen, maar ook het recht van andere (meer of minder exotische) staten.<sup>8</sup> Het EVO is materieel van toepassing op overeenkomsten met een internationaal karakter<sup>9</sup> voorzover de overeenkomst is aangegaan ná 1 september 1991<sup>10</sup> (temporeel toepassingsgebied). Hoewel het EVO zich richt op meerdere soorten verbintenissen hebben individuele arbeidsovereenkomsten in art. 6 lid 1 en 2 EVO een bijzondere regeling gekregen, waarbij speciale aandacht uitgaat naar de (bescherming van de) werknemer. In het eerste lid van art. 6 EVO wordt de rechtskeuze beperkt en in het tweede lid is de objectieve verwijzingsregel (de regel die vaststelt welk recht van toepassing is als geen rechtskeuze is gedaan)

2. Het is wel denkbaar dat de rechter zichzelf ten onrechte (on)bevoegd acht.
3. EG-Verbintenissenverdrag van 19 juni 1980, *Trb.* 1980, 156 (rectificatie *Trb.* 1991, 109).
4. Voor de Nederlandse Antillen en Aruba trad het EVO op 1 augustus 1993 in werking. Alle lidstaten van de Europese Unie zijn partij bij het EVO en nieuwe lidstaten van de Europese Unie worden geacht zich aan te sluiten bij het EVO. In tegenstelling tot de EEX-Verordening is de uitleg van het EVO voorbehouden aan de afzonderlijke lidstaten en dus niet aan het Hof van Justitie EG. Een omzetting van het EVO in een verordening is in voorbereiding. In dat kader heeft de Europese Commissie op 14 januari 2003 een Groenboek uitgebracht waarin de plannen met betrekking tot het EVO worden toegelicht (COM/2002/654). Zie voor commentaar op dit Groenboek A.A.H. van Hoek, 'Het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten – een reactie op het Groenboek EVO', *SR* 2003-12. Daarnaast is ook het rapport van M. Giuliano en P. Lagarde relevant, waarin het EVO wordt toegelicht (*PbEG* C282 van 31 oktober 1980). Hierna wordt verwezen naar *Het rapport. Het rapport* is onder meer te raadplegen via [www.europa.eu.int/eur-lex](http://www.europa.eu.int/eur-lex).
5. Art. 2 EVO.
6. Tenzij er op grond van art. 21 EVO voorrang moet worden verleend aan een ander, bijzonder, verdrag.

7. Door een forumkeuze hoeft het niet zo te zijn dat de (Nederlandse) rechter alleen bevoegd is als verweerder woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat. Het EVO heeft dus een (veel) ruimer bereik dan de EEX-Verordening, die in beginsel formeel van toepassing is als verweerder woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat.
8. Vgl. Ktr. Rotterdam 9 juni 1998, *JAR* 1998/146 (toepassing Ethiopisch recht); Ktr. Rotterdam 27 juli 2001, *JAR* 2001/166 (toepassing Gabonees recht, waarbij door de rechter advies werd ingewonnen bij het Asser instituut), Rb. Maastricht 14 januari 1999, *JAR* 2000/203 (toepassing Duits recht); Ktr. 's-Hertogenbosch 9 september 1999, *NIPR* 2000, 36 (rechter gelast comparitie van partijen om Pools recht toe te lichten); Rb. Maastricht 6 juli 2000, *NIPR* 2002, 110 (toepassing Duits recht); Ktr. 's-Gravenhage 27 augustus 2003, *JAR* 2003/215 (voorzieningenrechter wijst vordering af, omdat in het kader van het kort geding te weinig informatie is verstrekt over het in Colombia geldende recht).
9. Dit volgt uit art. 1 lid 1 EVO. Het EVO geeft niet aan wanneer een overeenkomst een internationaal karakter heeft. Volgens Van Lent is de toepassing van het EVO gerechtvaardigd wanneer het internationale element in het kader van het EVO en vanuit collisioneelrechtelijk standpunt relevant en zinvol is, niet van ondergeschikt belang is en ook niet toevallig is. Dit betekent dat de vraag of er sprake is van een situatie met internationale elementen van geval tot geval zal moeten worden bekeken. Vgl. C.E.M.P van Lent, *Internationale intra-concernmobiliteit* (hierna: *Concernmobiliteit*), Deventer 2000, p. 102.
10. Art. 17 EVO. Dit is de dag waarop het EVO in Nederland in werking is getreden. Als de arbeidsovereenkomst vóór die datum is aangegaan, moet aan de hand van het commune internationale privaatrecht het toepasselijk recht worden vastgesteld. Dit loopt in grote lijnen synchroon met de regels uit het EVO.

wezen. Maar feit blijft, dat als goed wordt genavigeerd en de juiste (zij)wegen worden ingeslagen, de bevoegde rechter uiteindelijk kan worden gevonden.<sup>2</sup> Het toepasselijk recht daarentegen kan tot het moment van het vonnis een onzeker aspect blijven, zelfs als door partijen een rechtskeuze is gedaan, omdat de regelgeving, behalve dat hij ingewikkeld is, ook veel ruimte laat voor interpretatie en bovendien dwingende bepalingen kunnen prevaleren. Wij gaan eerst in op de conflictregels en zullen daarna de toepasselijkheid van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna: BBA) behandelen. Ten aanzien van het BBA hebben wij opnieuw aan de hand van voorbeelden een verduidelijking aangebracht, en er wordt afgesloten met de stroomdiagrammen.

### Het EVO

Voor de beantwoording van de vraag welk recht van toepassing is, is met name het Europees verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst relevant (EVO).<sup>3</sup>

Het EVO is voor Nederland op 1 september 1991 in werking getreden<sup>4</sup> en heeft een universeel toepassingsgebied (formeel toepassingsgebied).<sup>5</sup> Dat betekent dat het door het EVO aangewezen recht van toepassing is, ongeacht de vraag of dit het recht van een van de lidstaten is.<sup>6</sup> Met andere woorden: zodra

een rechter van een lidstaat bevoegd is<sup>7</sup>, moet hij het toepasselijk recht vaststellen aan de hand van het EVO, ongeacht de herkomst van partijen of de plaats van tenuitvoerlegging van de overeenkomst. Als er op grond van het EVO Ethiopisch recht uitrolt, is dat recht van toepassing. Deze systematiek vergt veel van de Nederlandse rechter, die dus niet alleen wordt geacht het Nederlandse recht te kennen, maar ook het recht van andere (meer of minder exotische) staten.<sup>8</sup> Het EVO is materieel van toepassing op overeenkomsten met een internationaal karakter<sup>9</sup> voorzover de overeenkomst is aangegaan ná 1 september 1991<sup>10</sup> (temporeel toepassingsgebied). Hoewel het EVO zich richt op meerdere soorten verbintenissen hebben individuele arbeidsovereenkomsten in art. 6 lid 1 en 2 EVO een bijzondere regeling gekregen, waarbij speciale aandacht uitgaat naar de (bescherming van de) werknemer. In het eerste lid van art. 6 EVO wordt de rechtskeuze beperkt en in het tweede lid is de objectieve verwijzingsregel (de regel die vaststelt welk recht van toepassing is als geen rechtskeuze is gedaan)

2. Het is wel denkbaar dat de rechter zichzelf ten onrechte (on)bevoegd acht.
3. EG-Verbintenissenverdrag van 19 juni 1980, *Trb.* 1980, 156 (rectificatie *Trb.* 1991, 109).
4. Voor de Nederlandse Antillen en Aruba trad het EVO op 1 augustus 1993 in werking. Alle lidstaten van de Europese Unie zijn partij bij het EVO en nieuwe lidstaten van de Europese Unie worden geacht zich aan te sluiten bij het EVO. In tegenstelling tot de EEX-Verordening is de uitleg van het EVO voorbehouden aan de afzonderlijke lidstaten en dus niet aan het Hof van Justitie EG. Een omzetting van het EVO in een verordening is in voorbereiding. In dat kader heeft de Europese Commissie op 14 januari 2003 een Groenboek uitgebracht waarin de plannen met betrekking tot het EVO worden toegelicht (COM/2002/654). Zie voor commentaar op dit Groenboek A.A.H. van Hoek, 'Het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten – een reactie op het Groenboek EVO', *SR* 2003-12. Daarnaast is ook het rapport van M. Giuliano en P. Lagarde relevant, waarin het EVO wordt toegelicht (*PbEG* C282 van 31 oktober 1980). Hierna wordt verwezen naar *Het rapport. Het rapport* is onder meer te raadplegen via [www.europa.eu.int/eur-lex](http://www.europa.eu.int/eur-lex).
5. Art. 2 EVO.
6. Tenzij er op grond van art. 21 EVO voorrang moet worden verleend aan een ander, bijzonder, verdrag.

7. Door een forumkeuze hoeft het niet zo te zijn dat de (Nederlandse) rechter alleen bevoegd is als verweerder woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat. Het EVO heeft dus een (veel) ruimer bereik dan de EEX-Verordening, die in beginsel formeel van toepassing is als verweerder woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat.
8. Vgl. Ktr. Rotterdam 9 juni 1998, *JAR* 1998/146 (toepassing Ethiopisch recht); Ktr. Rotterdam 27 juli 2001, *JAR* 2001/166 (toepassing Gabonees recht, waarbij door de rechter advies werd ingewonnen bij het Asser instituut), Rb. Maastricht 14 januari 1999, *JAR* 2000/203 (toepassing Duits recht); Ktr. 's-Hertogenbosch 9 september 1999, *NIPR* 2000, 36 (rechter gelast comparitie van partijen om Pools recht toe te lichten); Rb. Maastricht 6 juli 2000, *NIPR* 2002, 110 (toepassing Duits recht); Ktr. 's-Gravenhage 27 augustus 2003, *JAR* 2003/215 (voorzieningenrechter wijst vordering af, omdat in het kader van het kort geding te weinig informatie is verstrekt over het in Colombia geldende recht).
9. Dit volgt uit art. 1 lid 1 EVO. Het EVO geeft niet aan wanneer een overeenkomst een internationaal karakter heeft. Volgens Van Lent is de toepassing van het EVO gerechtvaardigd wanneer het internationale element in het kader van het EVO en vanuit collisioneelrechtelijk standpunt relevant en zinvol is, niet van ondergeschikt belang is en ook niet toevallig is. Dit betekent dat de vraag of er sprake is van een situatie met internationale elementen van geval tot geval zal moeten worden bekeken. Vgl. C.E.M.P van Lent, *Internationale intra-concernmobiliteit* (hierna: *Concernmobiliteit*), Deventer 2000, p. 102.
10. Art. 17 EVO. Dit is de dag waarop het EVO in Nederland in werking is getreden. Als de arbeidsovereenkomst vóór die datum is aangegaan, moet aan de hand van het commune internationale privaatrecht het toepasselijk recht worden vastgesteld. Dit loopt in grote lijnen synchroon met de regels uit het EVO.

opgenomen. Daarmee is de materiële toepasselijkheid van het EVO op arbeidsovereenkomsten gegeven.<sup>11</sup> Het EVO is niet van toepassing op zaken die behoren tot het recht inzake vennootschappen<sup>12</sup> en dat kan gevolgen hebben voor de arbeidsovereenkomst met de statutair directeur.<sup>13</sup> Het EVO is evenmin van toepassing op de rechtspositie van ambtenaren.<sup>14</sup> Wij beperken ons in deze bijdrage tot de internationale individuele privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst. Omdat die doorgaans<sup>15</sup> valt onder de werkingssfeer van het EVO en het commune (Nederlandse) internationaal privaatrecht bovendien in grote lijnen synchroon loopt met het EVO<sup>16</sup>, wordt in deze bijdrage het systeem om te komen tot het toepasselijk recht, uitsluitend aan de hand van het EVO besproken. Omwille van de duidelijkheid wordt de tekst van

de relevante wettelijke bepaling waaraan wordt gerefereerd steeds in een noot integraal weergegeven. De algemene verwijzingsregel voor overeenkomsten is in art. 4 EVO opgenomen, maar in deze bijdrage wordt aan art. 4 geen aandacht besteed. Art. 6 (lid 2) EVO vormt namelijk een verbijzondering van art. 4 EVO en vervangt deze bepaling wat de individuele arbeidsovereenkomst betreft integraal. Art. 6 (lid 1) EVO vormt een aanvulling op art. 3 EVO en wordt wél besproken.

#### — Verwijzingsregels op grond van het EVO: primair partijautonomie (rechtskeuze)

In het EVO staat de partijautonomie centraal in die zin dat wordt vooropgesteld dat de overeenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen (rechtskeuze).<sup>17</sup> Dit volgt ook uit de prominente plaats die de rechtskeuze inneemt in het EVO (art. 3 EVO, direct na de bepaling over het materiële en formele toepassingsgebied).<sup>18</sup> De rechtskeuze geldt ook voor de arbeidsovereenkomst, zij het dat deze wordt beperkt door art. 6 lid 1 EVO. Kortom, volgens de systematiek van het EVO moet allereerst worden vastgesteld of een (geldige) rechtskeuze is gedaan.

Het betreft een rechtskeuze waardoor partijen het rechtsstelsel dat zonder rechtskeuze op de (arbeids)overeenkomst van toepassing is (het objectief toepasselijk recht), kunnen vervangen door een ander rechtsstelsel. Het EVO legt partijen geen beperking op met betrekking tot het rechtsstelsel dat zij toepasselijk willen verklaren, partijen kunnen dus ook een stelsel kiezen van een land dat geen enkel aanknopingspunt met de (arbeids)overeenkomst heeft.<sup>19</sup> De rechtskeuze kan expliciet of stilzwijgend worden gedaan en kan ook ná de totstandkoming van de (arbeids)overeenkomst worden uitgebracht of worden

11. Overigens is art. 6 EVO niet op alle aspecten van het arbeidsrecht van toepassing, omdat sommige delen een eigen conflictregeling hebben, waaraan voorrang moet worden verleend. Dat neemt niet weg dat deze delen kunnen doorwerken in de arbeidsovereenkomst, meestal in de vorm van voorangsregels. In dat geval vallen ze via art. 7 EVO onder het verdrag. Twistpunten zijn onder meer de regeling van de doorbetaling bij ziekte, de aansprakelijkheid bij arbeidsongevallen, het systeem van ketenaansprakelijkheid bij onderaanneming en de werkstaking. Vgl. 'Internationaal privaatrecht, Toepasselijk recht', de bewerking van art. 1 EVO, aant. 1 e.v. in *Arbeidsovereenkomst* (losbl.), A.A.H. van Hoek (hierna: *Bewerking*).

12. Art. 1 lid 2 sub e) EVO.

13. Volgens Van Hoek brengt deze uitzondering mee dat het conflictenrecht met betrekking tot de rechtspositie van de statutair directeurs niet, of tenminste niet volledig, is opgenomen in het EVO. Volgens Van Hoek wordt de wijze waarop en op welke gronden een statutair directeur van zijn verantwoordelijkheden als directeur kan worden ontheven uitsluitend bepaald door het recht dat van toepassing is op de vennootschap. Als er daarnaast sprake is van een arbeidsovereenkomst met de vennootschap of een ander concernonderdeel, is het EVO volgens Van Hoek wel weer relevant. Vgl. *Bewerking* van art. 1, aant. 3. Ook: *Concernmobiliteit*, p. 110. Anders: M.V. Polak, *Arbeidsverhoudingen in het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1988, p. 47. De vraag rijst hoe de mening van Van Hoek en Van Lent zich verhoudt met de recente '15 april arresten' van de Hoge Raad, waarin de Hoge Raad heeft bevestigd dat een besluit van de AVA om over te gaan tot het ontslag van de statutair directeur, tevens een einde van de arbeidsrechtelijke verhouding met dezelfde vennootschap inhoudt, tenzij uitdrukkelijk anders overeengekomen of een wettelijk ontslagverbod van toepassing is. Vgl. *JAR* 2005/117 (*Unidek Volumebouw B.V.*) en *RvdW* 2005, 55 (*Ciris/Bartelink*).

14. Het EVO geldt immers voor privaatrechtelijke verbintenissen. Vgl. *Bewerking* van art. 1, aant. 1.

15. Voorzover het gaat om de privaatrechtelijke aspecten van de arbeidsovereenkomst, gesloten ná 1 september 1991.

16. Vgl. het *Almati*-arrest (HR 13 mei 1966, *NJ* 1967, 3), het *Mackay II*-arrest (HR 8 juni 1973, *NJ* 1973, 400) en Ktr. Sitard 29 juli 1998, *NIPR* 1998, 308.

17. Art. 3 EVO. Al vóór de inwerkingtreding van het EVO in Nederland vond het beginsel van de partijautonomie erkenning, zoals volgt uit het *Almati*-arrest (HR 13 mei 1966, *NJ* 1967, 3). Door de werking van art. 6 lid 1 EVO is de partijautonomie ten aanzien van arbeidsovereenkomsten verder beknopd dan tot dan toe in Nederland gebruikelijk was.

18. In de EEX-Verordening is het precies andersom. Daarin worden eerst de algemene bevoegdheidsregels geregeld en pas daarna komt de forumkeuze aan de orde.

19. Uit de verdragsgeschiedenis kan worden afgeleid dat alleen een keuze voor een geldend statelijk rechtsstelsel mogelijk is. Uitzondering hierop vormt de keuze voor een verdrag dat eenvormig privaatrecht bevat en niet rechtstreeks toepasselijk is. Deze keuze wordt eveneens aangemerkt als een conflictrechtelijke keuze, maar dan moet het gekozen verdrag wel een zodanige keuze toestaan, althans niet verbieden. Vgl. L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht* (hierna: *Inleiding*), 8ste druk, p. 177, nr. 168.

gewijzigd.<sup>20</sup> Een stilzwijgende (impliciete) rechtskeuze moet volgens het EVO blijken uit de bepalingen van de (arbeids)overeenkomst of uit de omstandigheden van het geval.<sup>21</sup> De rechtskeuze kan betrekking hebben op het geheel van de (arbeids)overeenkomst of slechts op een deel daarvan (bijvoorbeeld uitsluitend op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, terwijl voor het overige het objectief toepasselijk recht geldt).<sup>22</sup> <sup>23</sup> De vraag of tussen partijen overeenstemming bestaat over de rechtskeuze en of deze overeenstemming geldig is, wordt beheerst door de art. 8, 9 en 11 EVO.<sup>24</sup>

#### — Paal en perk aan de rechtskeuze

Het voorgaande neemt niet weg dat er beperkingen worden gesteld aan het effect van een geldige rechtskeuze. Er zijn drie algemene beperkingen (die gelden dus voor alle soorten overeenkomsten die onder het EVO vallen inclusief de arbeidsovereenkomst) en er is één extra beperking die uitsluitend voor individuele arbeidsovereenkomsten geldt.

20. Art. 3 lid 2 EVO. Onder voorbehoud van rechten van derden en met behoud van formele geldigheid.
21. Art. 3 lid 1 EVO. Welke factoren een indicatie vormen en hoe deze moeten worden gewogen, is uit het verdrag niet op te maken. Zie voor een verduidelijking echter A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers, een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht en IPR aan de hand van de detachingsrichtlijn*, Den Haag: Sdu 2000, p. 376 e.v. (hierna: *Internationale mobiliteit van werknemers*). Zie ook Rb. Middelburg 30 augustus 2000, *NIPR* 2001, 195; Ktr. Bergen op Zoom 25 augustus 2004, *JAR* 2005/37 en Ktr. Utrecht 29 december 2004, *JAR* 2005/44.
22. Art. 3 lid 1 laatste volzin EVO. Hiermee erkent het EVO volgens Van Hoek de mogelijkheid van *dépeçage* (het splitsen van een rechtsverhouding in verschillende onderdelen met elk een eigen toepasselijk recht). Volgens Van Hoek moet het afgesplitste onderdeel een voldoende mate van zelfstandigheid bezitten. Vgl. *Bewerking* van art. 3 EVO, aant. 2. Volgens Van Lent geeft art. 3 lid 1 EVO slechts een voorziening voor een partiële rechtskeuze (een onderdeel wordt onderworpen aan de rechtskeuze en de rest van de overeenkomst blijft onderworpen aan de objectieve verwijzingsregels), maar geeft deze bepaling geen uitsluitel over *dépeçage*. Niettemin meent Van Lent dat *dépeçage* is toegestaan (vgl. *Concernmobiliteit*, p. 108 e.v.). Ook Strikwerda concludeert dat art. 3 lid 1 voorziet in een partiële rechtskeuze en dat het onduidelijk is of ook een *dépeçerende* rechtskeuze mag worden gedaan. Strikwerda meent dat niet valt te zien waarom de partiële rechtskeuze wel, maar de *dépeçerende* rechtskeuze niet is toegestaan. Zie *Inleiding*, p. 177, nr. 168.
23. Het is niet toegestaan om bij wijze van partiële rechtskeuze dwingende bepalingen van een gekozen rechtsstelsel uit te sluiten (vgl. Ktr. Terborg 26 augustus 1999, *NIPR* 2001, 27).
24. Art. 3 lid 4 EVO. De bepalingen 8, 9 en 11 EVO blijven verder buiten beschouwing.

#### — Algemene beperking 1: art. 3 lid 3 EVO<sup>25</sup>

Het EVO is, zoals gezegd, materieel van toepassing op overeenkomsten waarbij *uit het recht van verschillende landen moet worden gekozen* (internationaliteitsvereiste). Ondanks dit vereiste voorziet het EVO<sup>26</sup> erin dat partijen een geldige rechtskeuze kunnen doen, zelfs als op het tijdstip van de keuze alle elementen van de overeenkomst zijn verbonden met één land.

De beperking zit hem hierin dat *déze* vorm van rechtskeuze er niet toe kan leiden dat partijen zich onttrekken aan de dwingende bepalingen<sup>27</sup> <sup>28</sup> die volgens het recht van dat éne land gelden. Doordat het EVO in deze bepaling voorziet, lijkt het internationaliteitsvereiste uit art. 1 lid 1 EVO wat de rechtskeuze betreft te worden verlaten en het materiële toepassingsbereik dus te worden uitgebreid. Het EVO zou immers dan ook kunnen gelden voor puur nationale overeenkomsten.

Volgens Strikwerda wordt het internationaliteitsvereiste echter niet aangetast.<sup>29</sup> Volgens Giuliano en Lagarde moet er wel enige rechtvaardiging bestaan voor een keuze van buitenlands recht.<sup>30</sup> Wij kunnen ons niet voorstellen dat die rechtvaardiging bestaat bij een puur nationale arbeidsovereenkomst, hetgeen impliceert dat het materiële toepassingsbereik niet wordt uitgebreid. Van Lent lijkt ook de mening te zijn toegedaan dat het materiële toepassingsbereik niet wordt uitgebreid en dat het EVO niet van toepassing kan worden op een zuiver nationale arbeidsverhouding door het doen van een rechtskeuze.<sup>31</sup> Van Hoek beslecht de discussie pragmatisch, nu zij concludeert dat het toepassen van het EVO op puur nationale situaties niet tot onredelijke uitkomsten leidt.<sup>32</sup> Kortom, mocht 'per ongeluk' het EVO worden toe-

25. Integrale tekst: 'De keuze door partijen van een buitenlands recht, al dan niet gepaard gaande met de aanwijzing van een buitenlandse rechter, laat, wanneer alle overige elementen van het geval op het tijdstip van deze keuze met een enkel land zijn verbonden, onverlet de bepaling waarvan volgens het recht van dat land niet bij overeenkomst mag worden afgeweken, hierna "dwingende bepalingen" te noemen.'
26. Art. 3 lid 3 EVO.
27. Onder dwingende bepalingen worden in het EVO verstaan bepalingen waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken. Op het begrip 'dwingende bepalingen' komen wij later uitgebreid terug.
28. Voor de toepassing van deze bepaling is de uitleg van het begrip 'internationale verbintenis' belangrijk. Immers, afhankelijk van het internationale karakter kunnen dwingende bepalingen wel of niet opzijgezet worden door de rechtskeuze.
29. Vgl. L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, Praktijkreeks IPR 11, 2de druk Kluwer 1995, nr. 210 en *Inleiding*, p. 178 e.v.
30. Zie *Het rapport*, p. 16.
31. Vgl. *Concernmobiliteit*, p. 105 e.v.
32. Vgl. *Bewerking* van art. 1, aant. 2.

gepast op een puur nationale arbeidsovereenkomst, dan zal dat niet tot toepassing van vreemd recht leiden door de werking van het EVO.

Wat ons betreft is de beperkende bepaling van art. 3 lid 3 EVO ook functioneel voor de (arbeids)overeenkomst die gedurende de looptijd 'van kleur ver-schiet', dus is begonnen als zuiver nationale of zeer beperkt internationale overeenkomst, maar op het moment waarop het toepasselijk recht moet worden vastgesteld, een onmiskenbaar internationaal karakter heeft. Immers, art. 3 lid 3 EVO gaat ervan uit dat alle overige elementen van het geval *op het tijdstip van deze keuze* met een enkel land zijn verbonden. Het is goed mogelijk dat de arbeidsovereenkomst ná dat tijdstip een internationaal karakter krijgt en dat behoudt tot het moment dat moet worden vastgesteld of het EVO, en meer in het bijzonder art. 3 lid 3, van toepassing is. Het is voorstelbaar dat de dwingende bepalingen van het land waarmee het geval oorspronkelijk uitsluitend was verbonden dan door de rechtskeuze kunnen heenbreken.

#### Algemene beperking 2: art. 7 EVO<sup>33</sup>

Art. 7 EVO vormt een tweede *algemene* beperking van de rechtskeuze en ziet op de bijzonder dwingende bepalingen, oftewel de voorrangregels.<sup>34</sup>

#### Eerste lid: toepassing recht van derde landen

Op grond van het eerste lid van art. 7 EVO kan ondanks het recht dat de overeenkomst beheerst (onder meer door een rechtskeuze), gevolg worden toegekend aan de dwingende bepalingen van het recht van een ander land waarmee het geval nauw verbonden is.

den is.<sup>35 36</sup> Vereist is dat de dwingende bepalingen volgens het recht van dat andere land toepasselijk zijn en aldaar de status van voorrangregel hebben. Bij de beslissing of aan die dwingende (buitenlandse) bepalingen gevolg moet worden toegekend, wordt rekening gehouden met de aard en de strekking van de bepalingen en met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing van de bepalingen zouden voortvloeien.<sup>37</sup> Het eerste lid van art. 7 EVO heeft dus betrekking op het toepassen van *buitenlandse* regels (anders dan het gekozen recht). Het is aan de rechter de dwingende bepaling(en) al dan niet toe te passen.<sup>38</sup>

#### Tweede lid: toepassing recht land van de bevoegde rechter

Het tweede lid van art. 7 EVO ziet op de toepassing van *binnenlandse* regels, namelijk de dwingende bepalingen van het land van de rechter aan wie het geschil is voorgelegd (*lex fori*). Deze dwingende bepalingen kunnen worden toegepast, ongeacht het recht dat op de overeenkomst toepasselijk is (onder meer door de rechtskeuze). Voor toepassing van binnenlandse voorrangregels is voldoende dat zij 'het geval dwingend beheersen'.<sup>39</sup>

#### Algemene beperking 3: art. 16 EVO<sup>40</sup>

De laatste algemene beperking van de rechtskeuze vloeit voort uit art. 16 EVO. Bepalingen van een door partijen gekozen rechtsstelsel kunnen op grond van dit artikel door de rechter terzijde worden gesteld, indien de toepassing daarvan kennelijk onverenigbaar is met de dwingende bepalingen van het recht van een ander land.

33. Integrale tekst: '(1) Bij de toepassing ingevolge dit Verdrag van het recht van een bepaald land kan gevolg worden toegekend aan de dwingende bepalingen van het recht van een ander land waarmee het geval nauw is verbonden, indien en voor zover deze bepalingen volgens het recht van dit laatstgenoemde land toepasselijk zijn, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Bij de beslissing of aan deze dwingende bepalingen gevolg moet worden toegekend, wordt rekening gehouden met hun aard en strekking, alsmede met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing van deze bepalingen zouden voortvloeien. (2) Dit Verdrag laat de toepassing onverlet van de bepalingen van het recht van het land van de rechter die ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht, het geval dwingend beheersen.'

34. In Nederland worden voorrangregels omschreven als dwingende bepalingen die dermate zwaarwegende belangen dienen, dat hun toepassing in internationale gevallen niet afhankelijk mag worden gesteld van het resultaat van de verwijzing. Hierna wordt nog specifiek ingegaan op de aard en toepassing van voorrangregels.

35. Het eerste lid van art. 7 EVO is gebaseerd op het Nederlandse *Alnati*-arrest (HR 13 mei 1966, *NJ* 1967, 3). In dit arrest (van vóór het EVO), besliste de Hoge Raad dat de rechtskeuze niet kan afdoen aan de mogelijkheid, dat met bijzonder dwingend recht van een land, waarmee de overeenkomst nauw is verbonden, rekening moet worden gehouden.

36. Het is onduidelijk wanneer sprake is van nauwe verbondenheid (zie *Concernmobiliteit*, p. 136 en *Inleiding* p. 73, nr. 82). In het rapport wordt aangegeven dat er sprake moet zijn van een werkelijke band. Als voorbeeld wordt genoemd dat de overeenkomst in het andere land moet worden uitgevoerd of wanneer een partij zijn verblijfplaats of zijn hoofdvestinging in dat andere land heeft.

37. Art. 7 lid 1 EVO.

38. Op grond van art. 22 EVO kunnen lidstaten zich het recht voorbehouden art. 7 lid 1 niet toe te passen. Nederland heeft geen voorbehoud gemaakt.

39. Het eerste lid van art. 7 stelt meer eisen aan de toepasbaarheid dan het tweede lid van art. 7. Vgl. ook *Inleiding*, p. 73 e.v., nr. 82.

40. Integrale tekst: 'De toepassing van een bepaling van het door dit Verdrag aangewezen recht kan slechts terzijde worden gesteld indien deze toepassing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het land van de rechter.'

is met de openbare orde van het land van de rechter.<sup>41</sup> Tot zover de algemene beperkingen, dus de beperkingen die worden gesteld aan de rechtskeuze, ongeacht het soort verbintenis. Daarnaast voorziet het EVO in *bijzondere* beperkingen aan de rechtskeuze, onder meer als een rechtskeuze in een individuele arbeidsovereenkomst is opgenomen.<sup>42</sup>

#### — Bijzondere beperking voor de arbeidsovereenkomst: art. 6 lid 1 EVO<sup>43</sup>

Zoals aangegeven kan ook ten aanzien van arbeidsovereenkomsten een rechtskeuze worden gedaan op basis van art. 3 EVO.<sup>44</sup> Echter, de rechtskeuze wordt in een arbeidsovereenkomst, naast de algemene beperkingen, extra beperkt door de werking van art. 6 lid 1 EVO dat (uitsluitend) ziet op individuele<sup>45</sup> arbeidsovereenkomsten. De beperking houdt in dat de rechtskeuze er niet toe kan leiden dat de *werknemer*<sup>46</sup> de bescherming verliest die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het rechtsstelsel dat bij het ontbreken van een rechtskeuze van toepassing zou zijn (lees: het objectief toepasselijk recht).<sup>47</sup> Het is onduidelijk of de hiërarchie van twee rechtstelsels (het gekozen recht enerzijds en het objectief toepasselijk recht anderzijds), gebaseerd moet worden

op het 'begunstigingsbeginsel'. Dit beginsel gaat ervan uit dat de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijk recht de rechtskeuze op grond van art. 6 lid 1 EVO alleen maar kunnen doorbreken als zij daadwerkelijk *gunstiger* zijn voor de werknemer.<sup>48</sup> Hiermee zijn de beperkingen aan de rechtskeuze – die relevant zijn voor de arbeidsovereenkomst – besproken en gaan wij verder in op de wijze waarop het toepasselijk recht moet worden vastgesteld als een rechtskeuze ontbreekt (de objectieve verwijzingsregel). Voor de arbeidsovereenkomst is daarvoor, zoals gezegd, art. 6 lid 2 EVO, waarin een getrappt systeem is opgenomen, relevant.

#### — Objectieve verwijzingsregels: art. 6 lid 2 EVO<sup>49</sup>

Het kunnen bepalen van de objectieve verwijzingsregels is cruciaal. Als een rechtskeuze ontbreekt kan op die wijze het toepasselijk recht (dwingend en niet dwingend) worden vastgesteld. Als wél een rechtskeuze is gedaan, blijft voor arbeidsovereenkomsten het objectief toepasselijk recht relevant in het kader van de dwingende bepalingen. Het systeem luidt als volgt.

Vooropgesteld wordt dat er over alle aanknopingsfactoren uit art. 6 lid 2 EVO discussie bestaat.<sup>50</sup> Hierdoor heeft het toch al complexe leerstuk een

41. Fundamentele beginselen van Nederlands recht mogen nooit worden geschonden (vgl. A.A.H. van Hoek, *T&C Arbeidsrecht*, EVO, art. 17).

42. Er zijn ook bijzondere beperkingen ten aanzien van de consumentovereenkomst in het EVO opgenomen (art. 5 EVO).

43. Integrale tekst: 'Ongeacht artikel 3 kan de rechtskeuze van partijen in een arbeidsovereenkomst er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat ingevolge het tweede lid van het onderhavige artikel bij gebreke van een rechtskeuze op hem van toepassing zou zijn.'

44. In tegenstelling tot bij de EEX-Verordening hoeft de keuze niet te worden gedaan ná het ontstaan van het geschil. Mede hierdoor wordt de partijautonomie onderstreept. Dit betekent niet dat de werknemer minder bescherming geniet dan bij de EEX-Verordening. Via de werking van art. 3 lid 3, art. 7 en art. 6 lid 1 EVO, wordt de werknemer beschermd. Het systeem is dus anders dan in de EEX-Verordening, maar ook in het EVO wordt ervan uitgegaan dat de werknemer een zwakkere partij is die bescherming verdient.

45. Art. 6 doelt op de *individuele* arbeidsovereenkomst. Een internationale CAO valt weliswaar onder het EVO, maar niet onder art. 6. Het toepasselijk recht op de CAO moet in beginsel worden bepaald aan de hand van art. 3 (in geval van een rechtskeuze) en art. 4 (algemene verwijzingsregels bij gebreke van een rechtskeuze) EVO. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor een optieovereenkomst (vgl. Ktr. Amsterdam 21 juli 2005, *RAR* 2005, 91).

46. Net zoals in de EEX-Verordening wordt vanuit de beschermingsgedachte een onderscheid gemaakt tussen de werknemer en de werkgever.

47. Het objectief toepasselijk recht wordt voor de individuele arbeidsovereenkomst geregeld in art. 6 lid 2 EVO.

48. In het algemeen wordt uitgegaan van dit begunstigingsbeginsel. Vgl. onder meer *Bewerking* van art. 6, aant. 1. Zie ook Z. Even & E. van Kampen, *ArA* 2004-1, *Concernmobilititeit*, p. 140 e.v. en Th. van Oorschot, *SR* 1993, p. 134 e.v. Anders: *Inleiding*, p. 184, nr. 175.

49. Integrale tekst: 'Ongeacht artikel 4 wordt de arbeidsovereenkomst, bij gebreke van een rechtskeuze overeenkomstig artikel 3, beheerst door: a) 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 te werk is gesteld, of b) het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze niet in een zelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, tenzij uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, in welk geval het recht van dat andere land toepasselijk is.'

50. Voor een uiteenzetting van de discussie over de aanknopingsfactoren in art. 6 lid 2 verwijzen wij naar *Inleiding*, *Bewerking*, *Internationale mobiliteit van werknemers*, *Concernmobilititeit*, *Het rapport* en naar Z. Even & E. van Kampen, 'De arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijk perspectief. Drie kernvragen voor de Nederlandse jurist', *ArA* 2004-1, A.A.H. van Hoek, 'Het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten – een reactie op het Groenboek EVO', *SR* 2003, 88, E. Nunes, 'De plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht' nader beschouwd', *Ondernemingsrecht* 1999-12 en Th. van Oorschot, 'Internationale arbeidsverhoudingen en het (Nederlandse) internationaal privaatrecht', *SR* 1993, 6, p. 132.

extra onzeker karakter, omdat de uitkomst van tevoren niet goed kan worden ingeschat.<sup>51</sup>

#### Aanknoping 1a: land van werkplek (art. 6 lid 2 sub a)

Zonder rechtskeuze wordt de arbeidsovereenkomst beheerst door het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht.<sup>52</sup> Dit geldt nog steeds als de werknemer tijdelijk<sup>53</sup> in een ander land tewerkgesteld is.

#### Aanknoping 1b: land van vestiging werkgever (art. 6 lid 2 sub b)

Als er geen land kan worden aangewezen waar de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht<sup>54</sup>, moet worden teruggevallen op het recht van het land van de vestiging<sup>55</sup> van de werkgever.<sup>56 57</sup>

51. Omdat het Hof van Justitie EG geen bevoegdheid heeft zich over de uitleg uit te laten, wordt de onzekere situatie voorlopig niet opgeheven. Er kan weliswaar aansluiting worden gezocht bij de uitspraken over bepaalde vergelijkbare begrippen in de EEX-Verordening en het EEX-Verdrag, maar dit blijft een houtje-touwtjeoplossing. Vgl. ook A.A.H. van Hoek, 'Het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten – een reactie op het Groenboek EVO', *SR* 2003-12.
52. Hoewel de formulering lijkt op die van art. 19 lid sub a van de EEX-Verordening, is hij niet helemaal hetzelfde. In de EEX-Verordening wordt ook gesproken van '(...) of voor het gerecht van de laatste plaats waar de werknemer zijn werk gewoonlijk heeft verricht', terwijl in het EVO uitsluitend wordt uitgegaan van de plaats waar de werkzaamheden (nog steeds) gewoonlijk worden verricht. Voor het vaststellen van de werkplek wordt aansluiting gezocht bij de jurisprudentie die hierover bestaat ten aanzien van de bevoegdheidsvraag. Vgl. noot 37 in deel I van deze bijdrage.
53. Ook het begrip 'tijdelijk' roept vragen op. Er is geen eenduidige periode waarin nog wel en waarna niet meer van tijdelijkheid wordt gesproken. In het algemeen mag het verblijf in het andere land niet langer duren dan één à twee jaar (vgl. *Bewerking* van art. 6, aant. 8 en 12).
54. Hierdoor is het systeem getrapd. Als hoofdregel geldt sub a en pas als dat niet tot een oplossing leidt kan het toepasselijk recht worden vastgesteld aan de hand van sub b. De opties gelden dus niet als alternatief. De systematiek is vergelijkbaar met art. 19 lid 2 sub a en b van de EEX-Verordening. Vgl. ook Ktr. 's-Hertogenbosch 11 december 2003, *JAR* 2004/105.
55. In het algemeen wordt in de Nederlandse IPR-rechtspraak de vestiging van de werkgever vereenzelvigd met de (statutaire) zetel van de rechtspersoon met wie de arbeidsovereenkomst is gesloten.
56. Ook dit is vergelijkbaar met de bepaling in art. 19 lid 2 sub b van de EEX-Verordening, behalve dat de EEX-Verordening uitgaat van de plaats waar de vestiging zich bevindt of *bevond* en het EVO dat onderscheid niet maakt.
57. Van Hoek geeft aan dat uit een analyse van IPR-rechtspraak blijkt, dat de Nederlandse rechter in concernsituaties op zoek gaat naar de formele werkgever, zijnde de wederpartij bij de arbeidsovereenkomst (vgl. *Bewerking* van art. 6, aant. 10).

#### Aanknoping 2: tenzij ... (art. 6 lid 2 laatste volzin)

Als uit het geheel van de omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, kan van de vaste aanknopingspunten (land werkplek dan wel land vestiging werkgever) worden afgeweken.<sup>58</sup> In dat geval is het recht van dat andere, nauwer verbonden, land van toepassing.<sup>59</sup> De Rechtbank Maastricht heeft geoordeeld dat deze bepaling restrictief moet worden uitgelegd. Volgens de rechtbank kan de exceptieclausule alleen tot toepassing komen als er in een ander land, ten opzichte van het land waar de werkzaamheden worden verricht, een feitelijk geografisch evident aanknopingsoverwicht bestaat.<sup>60</sup>

#### — Het begrip 'dwingende bepalingen' en het onderscheid tussen art. 6 lid 1 en 7 EVO

Zowel in art. 3 lid 3, art. 7 en art. 6 lid 1 EVO wordt gesproken over het begrip 'dwingende bepalingen'. Zoals volgt uit art. 3 lid 3 EVO wordt met dwingende bepalingen bedoeld op de bepalingen waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken. Deze uitleg geldt ook voor art. 6 lid 1 en art. 7 EVO. Daar waar de dwingende bepalingen van art. 6 lid 1 EVO zien op de bescherming van de werknemer, hoeft dat bij voorrangsregels, zoals bedoeld in art. 7 EVO, niet per definitie het geval te zijn. Bovendien 'breken' de dwingende bepalingen van art. 6 lid 1 EVO alleen door de rechtskeuze heen en gaat het om dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht. De bijzonder dwingende bepalingen van art. 7 EVO daarentegen, kunnen zowel door de rechtskeuze als door het objectief toepasselijke recht heenbreken. In art. 7 wordt in tegenstelling tot art. 6 EVO bedoeld op de dwingende bepalingen van derde (nauw verbonden) landen (lid 1) en dwingende bepalingen van het land van de rechter (lid 2). Art. 7 EVO voorziet er niet in dat er dwingende bepalingen kunnen worden toegepast van het (gekozen of objectief) toepasselijke recht. Het is onduidelijk of deze ook onder art. 7 lid

58. Art. 4 lid 5 EVO kent een vergelijkbare ontsnappingsmogelijkheid.
59. Het voert te ver in deze bijdrage uitvoerig bij deze bepaling stil te staan, maar het zal duidelijk zijn dat ook deze bepaling de regeling *bepaald niet 'waterdicht' maakt*.
60. Rb. Maastricht 6 juli 2000, *NIPR* 2002, 110. Vgl. ook Pres. Rb. Zutphen 21 juli 1992, *NIPR* 1992, 401; Rb. Maastricht 14 januari 1999, *JAR* 2000/203; Ktr. 's-Hertogenbosch 9 september 1999, *NIPR* 2000, 36; Rb. Middelburg 30 augustus 2000, *NIPR* 2001, 195; Rb. Groningen 29 maart 2002, *Prg.* 2002, nr. 5943; Ktr. 's-Hertogenbosch 11 december 2003, *JAR* 2004/105 en Ktr. Utrecht 29 december 2004, *JAR* 2005/44.



1 EVO vallen, of dat sprake is van een lacune in het EVO.<sup>61 62</sup>

Semi-dwingende bepalingen<sup>63</sup> en bepalingen van aanvullend recht breken niet door een rechtskeuze of (in geval van art. 7 EVO) het objectief toepasselijke recht heen, omdat daarvan kan worden afgeweken bij schriftelijke overeenkomst. Ten aanzien van driekwart dwingend recht<sup>64</sup> bestaat er discussie of dit wél of níét onder het begrip 'dwingende bepalingen' in de zin van het EVO valt.<sup>65</sup>

Dwingend recht is niet alleen te vinden in het arbeidsovereenkomstenrecht, maar ook in bijzondere wetten, zoals de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Hoewel wij deze bijdrage uitermate geschikt vonden om een uitputtende opsomming te geven van (bijzonder) dwingende bepalingen in de zin van het EVO, blijkt dit een onmogelijke opgave. Dit wordt enerzijds veroorzaakt doordat dwingende bepalingen in de wet niet steeds direct 'herkenbaar' zijn en anderzijds, omdat de dwingendheid ook kan afhangen van de omstandigheden van het geval. Kortom, eenzelfde bepaling kan in de ene zaak als dwingend worden bestempeld en in de andere zaak niet. Voor de praktijk is het onbevredigend dat van tevoren niet met zekerheid kan worden vastgesteld welke bepalingen (uitputtend) vallen onder (bijzonder) dwingende bepalingen in de zin van het EVO en welke niet. Die onzekerheid staat bovendien op gespannen voet met het beginsel van de partijautonomie waarop het EVO is gestoeld.

De (bijzonder) dwingende bepalingen waarnaar wij in elk geval wél kunnen verwijzen<sup>66</sup> zijn de volgende:

61. Vgl. *Bewerking* van art. 6, aant. 6. Dit wordt wat de individuele arbeidsovereenkomst betreft opgelost via art. 6 lid 1 EVO.
62. Dit artikel leent zich niet voor een uitgebreidere uiteenzetting over de verhouding tussen art. 6 lid 1 en art. 7 EVO.
63. Bepalingen waarvan bij schriftelijke overeenkomst mag worden afgeweken. Bijvoorbeeld de art. 7:619, 7:628 lid 5, 7:637 lid 1, 7:672 lid 6 BW.
64. Recht waarvan uitsluitend bij CAO kan worden afgeweken of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan. Bijvoorbeeld de art. 7:634 lid 3, 7:668a lid 5, 7:670 lid 12, 7:672 lid 5 en 7 BW.
65. Volgens Van Hoek (Vgl. *Bewerking* van art. 6, aant. 2 en *Internationale mobiliteit van werknemers*, p. 390 e.v.), vallen driekwart dwingende bepalingen wél onder het begrip 'dwingende bepalingen' in de zin van het EVO. Van Lent daarentegen meent dat driekwart dwingend recht geen dwingend recht is in de zin van art. 3 lid 3 EVO (Vgl. *Concernmobiliteit*, p. 133). De Kantonrechter te 's-Gravenhage heeft de opvatting van Van Hoek gevolgd in de uitspraak van 6 oktober 1998, *NIPR* 1999, 73.
66. Met dank aan Van Hoek, *T&C Arbeidsrecht*, p. 734 en 742 e.v.

- art. 7:634-642, 7:645, 7:646-648, 7:658 en 7:670 lid 2 BW<sup>67</sup>;
- art. 7:659 lid 2 BW<sup>68</sup>;
- art. 7:662 BW<sup>69</sup>;
- art. 7:670, 7:672, 7:681 BW<sup>70</sup>;
- art. 7:685 BW<sup>71</sup>;
- Algemene wet gelijke behandeling;
- Arbeidsomstandighedenwet 1998;
- Arbeidstijdenwet;
- BBA;
- Wet AVV;
- Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag;
- WOR.

Tot zover de (bijzonder) dwingende bepalingen en de onzekerheid daarvan. Wij sluiten af met de bijzondere positie die het BBA inneemt.

#### — Toepasselijkheid BBA

Toepassing van Nederlands recht op grond van het EVO betekent niet per definitie toepassing van het BBA.<sup>72</sup> Andersom geldt dat toepassing van buitenlands recht niet per definitie het achterwege laten van het BBA inhoudt. Het antwoord is relevant, omdat het doorslaggevend is voor de vraag of de arbeidsverhouding mét of zónder toestemming van de CWI kan worden opgezegd.

Het BBA heeft een zogenaamde *eigen reikwijdte-regel*<sup>73</sup>, die zit 'ingebakken' in het BBA zelf. Deze reikwijdte-regel voorziet erin dat het BBA toegepast moet worden als het een arbeidsverhouding betreft waarbij de sociaal-economische verhoudingen in Nederland en in het bijzonder van de Nederlandse arbeidsmarkt zijn betrokken.<sup>74</sup> Welk recht er op die arbeidsverhouding van toepassing is, speelt in beginsel

67. Vakantiewetgeving, gelijke behandeling, arbeidsongeval en opzegverbod wegens/tijdens zwangerschap. Volgt uit de Wet Arbeidsvoorwaarden Grensoverschrijdende Arbeid (WAGA), *Stb.* 1999, 554. De WAGA is ter uitvoering van de Detacheringsrichtlijn (richtlijn nr. 96/71/EG, *PbEG* 1997, l 18/1) in 1999 in Nederland ingevoerd.
68. In dit artikel is bepaald dat de rechtsvordering tot nakoming van de arbeidsverplichting van de werknemer onder de bepaling van een dwangsom of gijzeling niet is toegestaan (vgl. Hof 's-Gravenhage 19 december 1995, *NIPR* 1996, 402).
69. Overgang onderneming. Vgl. *Bewerking* van art. 7, aant. 6.2.
70. Opzegverbod, opzegtermijnen resp. kennelijk onredelijk ontslag. Volgt uit Ktr. 's-Gravenhage 6 oktober 1998, *NIPR* 1999, 75.
71. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Vgl. Ktr. Haarlem 2 december 1994 *Prg.* 1995, nr. 4225 en *NIPR* 1995, 391.
72. HR 5 juni 1953, *NJ* 1953, 613 (*Melchers*).
73. Ook wel scope-rule genoemd.
74. HR 5 juni 1953, *NJ* 1953, 613 (*Melchers*), Ktr. Amsterdam 24 augustus 1955, *NJ* 1956, 115, HR 8 januari 1971, *NJ* 1971, 129 (*Mackay I*) en HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 842 (*Sörensen/Aramco*), HR 18 januari 1991, *NJ* 1991, 296 (*Sanchez/Iberia*).

geen rol. Aan de hand van de feitelijke situatie zal per geval moeten worden beoordeeld of de sociaal-economische verhoudingen (ook wel: belangen) van de Nederlandse arbeidsmarkt zijn betrokken en of op basis daarvan het BBA van toepassing is.

Uit de uitgebreide jurisprudentie hierover kan worden afgeleid dat rechters bij de beoordeling of de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt zijn betrokken uiteenlopende criteria hanteren. Niettemin kan uit de criteria worden afgeleid dat de belangrijkste vraag is of de werknemer na het ontslag terugvalt op de Nederlandse arbeidsmarkt. Anders gezegd: ligt het voor de hand dat de werknemer in Nederland op zoek gaat naar een nieuwe werkkring, of zal hij juist buiten Nederland op zoek gaan naar een andere baan? Uit de jurisprudentie<sup>75</sup> kan worden afgeleid dat de vraag of de werknemer terugvalt op de Nederlandse arbeidsmarkt, moet worden beoordeeld op het moment van het ontslag. Dat wil zeggen: had het ten tijde van het ontslag voor de werkgever duidelijk moeten zijn dat de werknemer zou terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt? Als deze vraag bevestigend wordt beantwoord, is dit een belangrijke aanwijzing dat het BBA van toepassing is. Of de werknemer daadwerkelijk terugvalt op de Nederlandse arbeidsmarkt is minder relevant. Mocht de werknemer op het moment van ontslag níét, maar in een later stadium wél terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt, dan hoeft het BBA niet van toepassing te zijn.<sup>76</sup>

Hoewel het terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt door rechters als een belangrijk criterium wordt aangemerkt, is niet gezegd dat het BBA per definitie van toepassing is als de werknemer terugvalt op de Nederlandse arbeidsmarkt.<sup>77</sup> Ook andere elementen kunnen namelijk een rol spelen. Hierbij valt te denken aan<sup>78</sup>:

- de plaats van de werkzaamheden;

- de zetel van de werkgever;
- de plaats waar de arbeidsovereenkomst is afgesloten;
- de woonplaats van de werknemer;
- of de werknemer een pied-à-terre in Nederland heeft aangehouden;
- de nationaliteit van de werknemer;
- de rechtskeuze;
- waar en in welke valuta de werknemer wordt betaald<sup>79</sup>;
- de lengte van het verblijf in Nederland<sup>80</sup>;
- of de werknemer onder het Nederlandse sociale-zekerheidsstelsel valt.<sup>81</sup>

De genoemde criteria dienen uiteraard altijd in hun onderlinge samenhang te worden gezien, zodat een eenduidig antwoord op de vraag wanneer het BBA van toepassing is, niet te geven is.

#### — Spreekende voorbeelden

##### Vraag en antwoord of het BBA van toepassing is op de arbeidsverhouding met ...<sup>82</sup>

1. een Belgische actrice, die in België woont en in dienst is bij een Nederlandse werkgever en acteert in een Nederlandse soap.<sup>83</sup> De rechter weegt de volgende elementen mee bij de vraag of het BBA van toepassing is: het is een Nederlandse werkgever, de werkzaamheden worden in Nederland verricht en (tot de euro) de actrice werd uitbetaald in Nederlandse gulden. Het belangrijkste criterium is echter of de werkneemster terugvalt op de Nederlandse arbeidsmarkt. Nu de werkneemster al 12 jaar werkzaam is in Nederland, in Nederland bekendheid geniet en zij bovendien is aangewezen op de Nederlandstalige markt, die in Nederland groter is dan in België, is het *denkbaar* dat de werkneemster terugvalt op de Nederlandse arbeidsmarkt. Het BBA is van toepassing.
2. een Italiaanse werkneemster die in Nederland werkt voor het Italiaans Cultureel Instituut voor

75. *Sörensen/Aramco* en *Sanchez/Iberia*, vgl. noot 70. Zie voor een recente uitspraak waarin de rechter van mening is dat het terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt als uitgangspunt dient te worden genomen, Ktr. Amsterdam 8 november 2005, *JAR* 2005/319.

76. Rb. Amsterdam 18 juni 1986, rolnr. 85.3204 (n.n.g.).

77. Vgl. Th. van Oorschot, 'De Internationale arbeidsverhoudingen en het (Nederlandse) internationale privaatrecht', *SR* 1993-6 en C.E.M. van den Boom, *De ontslagpraktijk van het arbeidsbureau*, Deventer: Kluwer 1992, p. 41.

78. Vgl. Th. van Oorschot, 'Internationale arbeidsverhoudingen en het (Nederlandse) internationaal privaatrecht', *SR* 1993-6, p. 136, G.J.J. van Maanen, 'Het BBA en internationaal privaatrecht', *WPNR* 1981-5584 en 5585, p. 796, C.E.M. van den Boom, *De ontslagpraktijk van het arbeidsbureau*, Deventer: Kluwer, p. 40, J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, *De ontslagpraktijk van de CWI*, Deventer: Kluwer 2003, p. 37.

79. Voor Europa minder belangrijk geworden na de invoering van de euro.

80. Bij dit laatste criterium wordt aangenomen dat hoe langer iemand in een bepaald land werkt hoe nauwer het verband tussen de werknemer en het land waar hij zijn werkzaamheden verricht wordt geacht; vgl. C.J.J. van Maanen, 'Het BBA en het internationale privaatrecht', *WPNR* 5584.

81. Ktr. Amsterdam 8 november 2005, *JAR* 2005/319.

82. Het is niet zinvol dit soort voorbeelden te hanteren voor het toepasselijk recht. Zoals is gebleken is dit in te grote mate afhankelijk van het geval en op basis van de bestaande jurisprudentie zijn geen hoofdlijnen ontwikkeld. Aan de hand van de jurisprudentie kan ten aanzien van het BBA daarentegen wel een lijn worden ontdekt.

83. Vgl. Ktr. Amsterdam 8 november 2005, *JAR* 2006/3.

Nederland op basis van een arbeidsovereenkomst met de Republiek van Italië.<sup>84</sup>

Nu het BBA niet van toepassing is op werknemers in dienst van de overheid, geldt het BBA ook niet voor werknemers die in dienst zijn van een buitenlandse overheidsinstelling. Of in Italië een ontslag door de overheid met net zoveel waarborgen is omkleed als in Nederland is daarbij, anders dan de kantonrechter meende, van ondergeschikt belang. Het BBA is niet van toepassing op deze arbeidsverhouding.

3. een Spaanse werknemer die in Spanje een overeenkomst heeft gesloten met een Spaanse werkgever, maar die gedurende acht jaar werkzaamheden heeft verricht in Nederland.<sup>85</sup>

Nu de arbeidsovereenkomst is gesloten tussen twee Spaanse partijen, de werknemer een functie bekleedde die alleen door werknemers met de Spaanse nationaliteit mochten worden uitgevoerd, de werknemer ondergeschikt was aan zijn Spaanse superieuren en door hen werd geïnstrueerd en het ten tijde van de ontslagaanzegging niet de verwachting was dat de werknemer zou terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt, werd het BBA niet van toepassing geacht. De lange termijn dat de werknemer in Nederland werkzaam was, was daarbij van ondergeschikt belang.

4. een Taiwanese werkneemster die in dienst is bij een Taiwanese werkgever en van daaruit wordt uitgezonden naar Nederland om te werken voor een dochteronderneming in Rotterdam.<sup>86</sup>

Nu de werkzaamheden van de Taiwanese werkneemster in Nederland worden uitgevoerd, het dienstverband is aangegaan met een Nederlandse werkgever toen de werkneemster al een paar jaar in Nederland werkte, zij in Nederland woonde en Nederlands recht expliciet van toepassing is verklaard, dient het BBA op deze arbeidsverhouding te worden toegepast. Dat er een gezagsrelatie was tussen het hoofdkantoor in Taiwan en de werkneemster deed daar niets aan af.

#### Routekaart

Zodra de jurist in de praktijk te maken krijgt met een internationale arbeidsovereenkomst, zal hij in elk geval bedacht moeten zijn op de volgende aspecten.

- Is het EVO van toepassing?
- Met welke landen is de arbeidsovereenkomst (in meer of mindere mate) verbonden?
- Is een geldige rechtskeuze gedaan (expliciet of stilzwijgend) en, zo ja, welk recht is gekozen?
- Wat is het objectief toepasselijke recht?

- Zijn er dwingende bepalingen aan de orde, van Nederlands of buitenlands recht?
- Is het BBA van toepassing?

#### Conclusie

Bij (puur) nationale arbeidsovereenkomsten is het toepasselijke recht geen onderwerp van discussie. Zodra de arbeidsovereenkomst echter internationale trekken vertoont (door uitzending naar het buitenland, door het gedeeltelijk verrichten van werkzaamheden in het buitenland, enz.), wordt het toepasselijke recht onderwerp van een discussie die lang kan duren en hoog kan oplopen, om nog maar te zwijgen van de complexiteit van het vergaren van kennis en het toepassen van vreemd recht. Het vinden van de juiste rechtsbron is doorgaans niet het probleem, vanwege het ruime toepassingsbereik van het EVO. De juristen zullen zich echter een weg moeten banen door het EVO, en zelfs als een rechtskeuze is gedaan, zullen zij in staat moeten zijn het objectief toepasselijke recht vast te stellen en dwingende bepalingen daaruit moeten kunnen distilleren. De objectieve verwijzingsregels kennen echter zo veel 'open einden', dat in geen enkel geval alle mijnen van tevoren kunnen worden ontdekt, laat staan onklaar gemaakt kunnen worden. De volgende onderwerpen lenen zich (bijvoorbeeld) voor discussie:

- de bepalingen in de overeenkomst of de omstandigheden van het geval die een stilzwijgende rechtskeuze aannemelijk maken (art. 3 lid 1 EVO);
- het internationaliteitsvereiste in art. 1 lid 1 en art. 3 lid 3 EVO;
- het begunstigingsbeginsel dat kan volgen uit art. 6 lid 1 EVO;
- de begrippen 'plaats waar de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht' en 'tijdelijk' in art. 6 lid 2 sub *a* EVO;
- het begrip 'vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen' in art. 6 lid 2 sub *b* EVO;
- de 'tenzij'-clausule in de laatste volzin van art. 6 lid 2 EVO;
- het begrip 'nauwe verbondenheid' uit art. 7 lid 1 EVO;
- de reikwijdte van het begrip 'dwingende bepalingen' in art. 3 lid 3 jo. art. 6 lid 1 en art. 7 EVO;
- het verschil tussen dwingende bepalingen van art. 6 lid 1 en bijzonder dwingende bepalingen (voorrangsregels) van art. 7 EVO en de verhouding tussen art. 6 lid 1 en art. 7 EVO.

Juist bij een internationale arbeidsverhouding is het ongewenst dat er zoveel onduidelijkheden bestaan. Ons devies is om er het beste van te maken en een eigen koers te varen, die het gunstigste is voor de partij die wordt bijgestaan. Het is bijvoorbeeld raad-

84. Vgl. Rb. Amsterdam 26 mei 1993, *JAR* 1993/147.

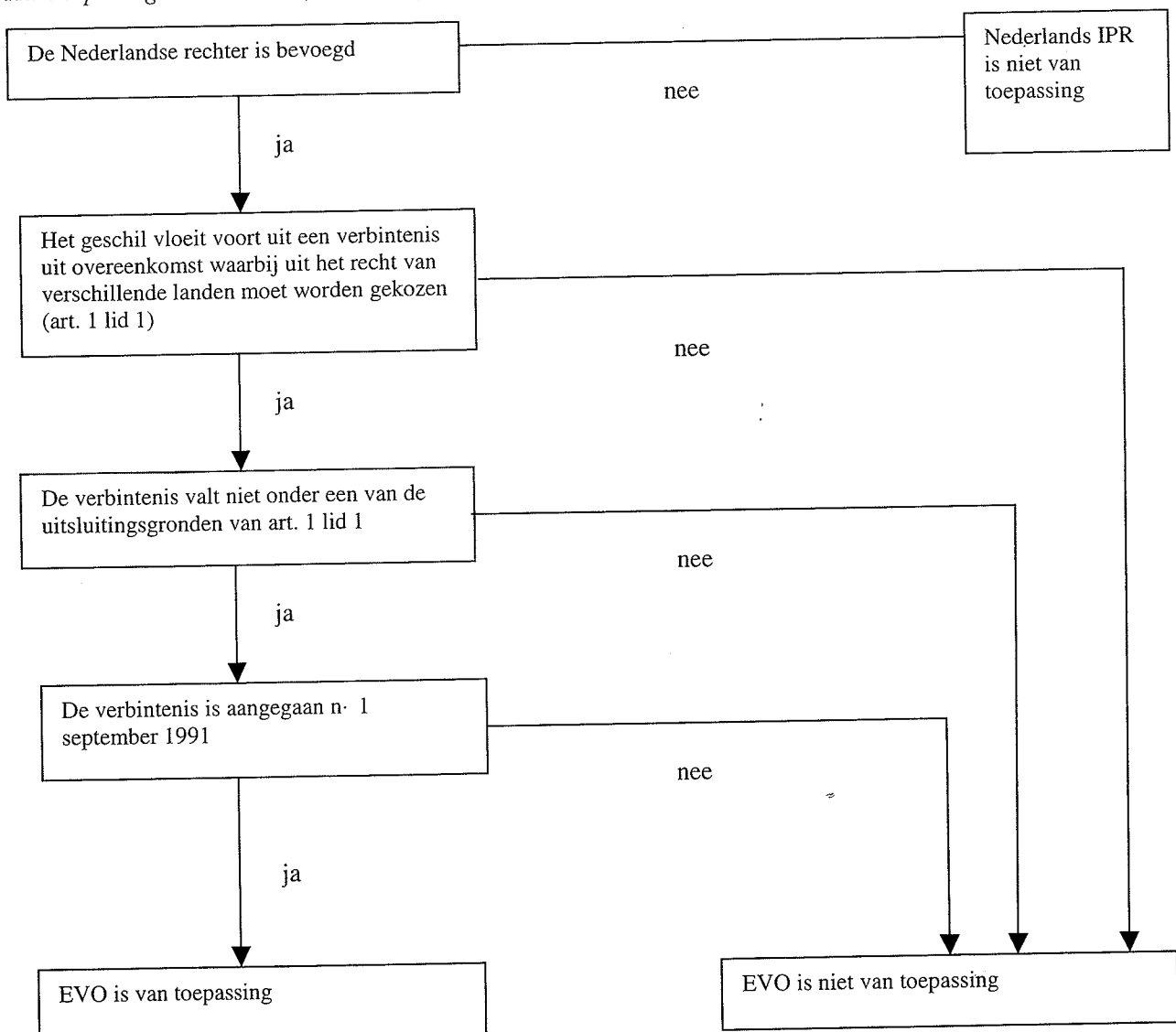
85. *Sanchez/Iberia*, zie noot 74.

86. Vgl. Hof 's-Gravenhage 2 september 2005, *JAR* 2005/250.

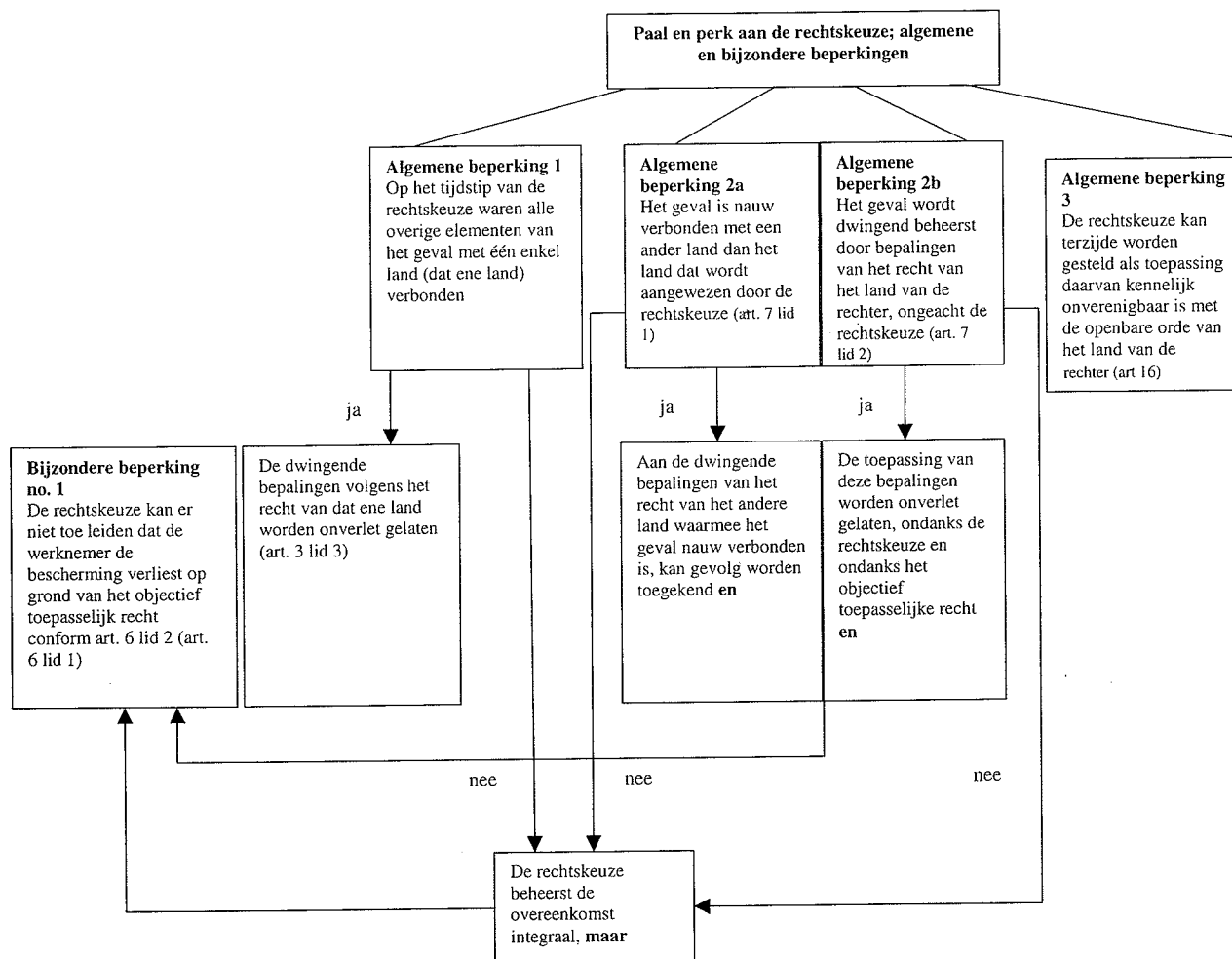
zaam geen expliciet onderscheid tussen art. 6 lid 1 en art. 7 EVO te maken, maar dit onderscheid in het midden te laten en in het algemeen te stellen dat er dwingende bepalingen gelden. Het verdient verder de voorkeur de discussie zo snel mogelijk aan de rechter over te laten en een bevoegde rechter op te zoeken die zijn eigen recht kan toepassen. Hetzelfde geldt voor de toepassing van het BBA: afhankelijk van het belang van de partij die wordt bijgestaan, kan vóór of juist tégen de toepasselijkheid van het BBA worden gepleit. In dat opzicht wordt in het kader van 'elk nadeel heb z'n voordeel'<sup>87</sup> gebruikgemaakt van de onduidelijkheden en wordt erop gerekend dat ook rechters kampen met de vele open einden van het EVO.

Voor een samenvattend overzicht wordt verwezen naar de (stroom)diagrammen IIa, IIb en IIc die bij dit artikel zijn gevoegd.

*IIa Toepassingsbereik EVO (materieel, formeel en temporeel) naar Nederlands IPR.*



*Iib Verwijzingsregels in geval van een rechtskeuze in een individuele arbeidsovereenkomst op basis van het EVO.*



*IIc Verwijzingsregels van een individuele arbeidsovereenkomst bij gebreke van een rechtskeuze op basis van het EVO.*

