

ANNOTATIE

Daar gaan we weer: wel of geen toestemming vereist voor de opzegging van een internationale arbeidsovereenkomst?

mr. dr. J.H. Even

*Annotatie bij Gerechtshof Amsterdam, 06-05-2014,
ECLI:NL:GHAMS:2014:1635 (AR-2014-0628)*

1. Inleiding

Artikel 6 en 9 BBA worden, in elk geval binnen het arbeidsrecht, beschouwd als de belangrijkste voorbeelden van zogenoemde voorrangregels. Zij zijn van toepassing op de internationale arbeidsovereenkomst als de bij deze artikelen behorende impliciete reikwijdteregel (*scope rule*) daartoe aanleiding geeft, ongeacht het recht dat deze arbeidsovereenkomst beheerst. De artikelen zijn daarentegen niet van toepassing op internationale arbeidsovereenkomsten waarop Nederlands recht van toepassing is, als diezelfde reikwijdteregel aangeeft dat het BBA toepassing mist. Deze situatie bestaat al lang zo. Enkele jaren terug was er (opnieuw) discussie of artikel 6 en 9 BBA nog steeds moeten worden beschouwd als voorrangregels. De Hoge Raad heeft dit bevestigd. Gelijktijdig heeft de Hoge Raad aanpassingen aangebracht in de reikwijdteregel. Nadien is het niet geheel duidelijk wanneer het BBA nu wel en wanneer het nu niet van toepassing is op internationale gevallen. Een aardig voorbeeld van een zaak waarbij moest worden bepaald of het BBA van toepassing was, is de onderhavige. Het Gerechtshof Amsterdam heeft goed onderbouwd, maar met een op plekken opmerkelijke constructie, weergegeven waarom het BBA toepassing miste. Een voor de toekomst relevante vraag is, of met de schrapping van het BBA bij introductie van de Wet werk en zekerheid (WWZ), de preventieve ontslagtoets (van het UWV) nog steeds heeft te gelden als voorrangregel. Ook op die vraag zal in het onderstaande worden ingegaan.

2. Feiten en oordeel

Levy is een Engels bedrijf met hoofdkantoor in Engeland en een vestiging in Amsterdam. Werknemer is een hoogopgeleide Ier. Hij was vanaf maart 2007 in dienst bij Levy, op basis van een overeenkomst voor de duur van een jaar, die nadien diverse malen was verlengd

uiteindelijk tot en met juli 2010. Werknemer verrichtte werkzaamheden ten behoeve van een project bij RBS te Amsterdam. Voordat hij bij Levy kwam werken, woonde en werkte hij in Engeland, waarna hij een aantal maanden in Zwitserland heeft gewoond en gewerkt. In de arbeidsovereenkomst was gekozen voor de toepasselijkheid van Engels recht. In juni 2010 liet RBS Levy weten de inlening van werknemer te staken. Levy deelde de werknemer bij brief van 5 augustus 2010 mee dat zijn arbeidsovereenkomst met ingang van 30 juli 2010 van rechtswege zou eindigen. Werknemer riep de vernietigbaarheid van dit ontslag in en vorderde loondoorbetaling. De kantonrechter wees die vorderingen af. Hij oordeelde dat er weliswaar sprake was van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar dat voor opzegging daarvan geen toestemming van UWV (op grond van art. 6 BBA) was vereist gezien de te geringe mate van betrokkenheid van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland bij de arbeidsovereenkomst. Werknemer ging hiervan in appel. Hij voerde aan dat, voor het antwoord op de vraag of het BBA van toepassing was, het belang van werknemers bij de bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag de nadruk verdiende. De belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt waren in het geding nu de situatie van werknemer zich niet (voldoende) onderscheidde van die van andere werknemers die werkzaam waren in Nederland. Hij deed zijn werk in Nederland, bij Nederlandse bedrijven, Levy hield kantoor in Nederland en werknemer was tijdens zijn werk en daarna in Nederland woonachtig. Na zijn ontslag had hij veelvuldig gesolliciteerd in Nederland. De kantonrechter legde volgens werknemer te veel nadruk op het 'terugvalcriterium'.

Het hof oordeelde dat het van de mate van betrokkenheid van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland en in het bijzonder de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij de arbeidsovereenkomst en het ontslag afhing of het BBA van toepassing was. Het BBA strekte ter bescherming van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland, waarbij met name het in artikel 6 BBA gestelde vereiste zowel in het belang van de betrokken werknemers als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag beoogde te voorkomen. Sinds de wijziging van artikel 6 BBA bij introductie van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid was de bescherming van de werknemer tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag als strekking van artikel 6 BBA nog meer op de voorgrond komen te staan door het vervallen van de vergunningsplicht voor ontslagneming door de werknemer. Bij de totstandkoming van deze wijziging had de regering opgemerkt dat zij de preventieve ontslagtoets wilde handhaven en dat deze belangrijke functies vervulde, niet alleen als algemene, onafhankelijke toets op onredelijk ontslag maar ook als overheidsinstrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag te beschermen, terwijl de ontslagtoets tevens een belangrijk overheidsinstrument vormde om oneigenlijke instroom in de sociale zekerheid tegen te gaan.

In het onderhavige geval was volgens het hof in het bijzonder van belang dat tussen partijen was overeengekomen dat op de arbeidsovereenkomst Engels recht van toepassing was. Dit zou meebrengen dat, als het BBA zou worden toegepast, dit een doorkruising van Engels recht betekende die rechtvaardiging behoefde. Die rechtvaardiging kon volgens het hof slechts daarin worden gevonden dat de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland in zodanige

mate bij het gegeven geval waren betrokken dat de belangen die het BBA beoogde te beschermen, zwaarder moesten wegen dan het belang dat het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke vreemde recht zo volledig mogelijk tot gelding zou komen. Daarbij kwam dan betekenis toe aan de omstandigheid of de werknemer tot een zwakke groep op de arbeidsmarkt behoorde die tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag diende te worden beschermd, aldus het hof.

Er diende te worden beoordeeld wat ten tijde van de ontslagaanzegging naar objectieve maatstaven viel te verwachten, waarbij mede gedragingen van werknemer die dateren van na het ontslag van belang konden zijn. In dit verband overwoog het hof als volgt:

a. Werknemer is een Ierse professional met veel vaardigheden. Hij woonde voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst nimmer in Nederland. Hij studeerde in Engeland en had daar voornamelijk gewerkt. Hij werkte ook kort in Zwitserland.

b. Levy is een Engels bedrijf. Op de arbeidsovereenkomst was Engels recht van toepassing. Werknemer was in het kader van een voor RBS uit te voeren project uitgezonden naar Amsterdam en woonde daar sindsdien in een huurwoning. Hij verdiende een hoog salaris en had hier vrienden gemaakt. Hij was na zijn ontslag gaan reizen. Hij bleef in Amsterdam wonen en had diverse malen gesolliciteerd, hetgeen leidde tot een dienstbetrekking per 1 mei 2012 bij een bedrijf in Amstelveen.

c. De arbeidsovereenkomst was uitdrukkelijk aangegaan in verband met het project van Levy bij RBS en was daaraan gekoppeld. De arbeidsovereenkomst had de strekking dat werknemer slechts een gelimiteerde tijd in Nederland werkzaam zou zijn. De overeenkomst beoogde niet een meer of minder duurzame sociaaleconomische binding van werknemer met Nederland te doen ontstaan. Dit werd onderstreept door het feit dat werknemer deelnam aan een Engelse pensioenregeling.

d. Werknemer sprak, las noch schreef Nederlands.

Dit alles in samenhang beschouwd duidde volgens het hof op een arbeidsovereenkomst die een geringe band had met Nederland en de Nederlandse arbeidsmarkt, op een werknemer die niet tot een zwakke groep op de arbeidsmarkt behoorde, en die weliswaar door zijn verblijf hier enige band met Nederland had gekregen maar niet zodanig dat gezegd kon worden dat hij hier ten tijde van zijn ontslag (sociaaleconomisch) geworteld was geraakt of dat zijn situatie zich niet voldoende onderscheidde van die van andere werknemers die werkzaam waren in Nederland. Dat bracht mee dat tussen het ontslag en Nederland en de Nederlandse arbeidsmarkt ook een dermate geringe band bestond dat ten tijde van het einde van de arbeidsovereenkomst niet zonder meer te verwachten viel dat werknemer op de Nederlandse arbeidsmarkt zou terugvallen. Dit alles bracht mee dat het BBA niet van toepassing was en geen toestemming van het UWV nodig was om de arbeidsovereenkomst te kunnen beëindigen. Van vernietigbaarheid van de opzegging was geen sprake.

3. Juridisch kader

De Nederlandse rechter zal het recht dat van toepassing is op een internationale arbeidsovereenkomst aangegaan op of ná 17 december 2009 vaststellen aan de hand van Verordening 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I). Rome I stelt, als bekend, de vrijheid van partijen tot het kiezen van het recht dat de (arbeids)overeenkomst beheerst voorop. Als geen toepasselijk recht is gekozen, dient het objectief toepasselijke recht aan de hand van artikel 8 Rome I te worden bepaald: de overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land waar of van waaruit de werknemer gewoonlijk werkt; kan dat werkland niet worden vastgesteld, dan is het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen van toepassing; welke beide regels toepassing missen als uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan de hiervoor bedoelde landen, in welk geval het recht van dat andere land van toepassing is.

Er zijn uitzonderingen op de vrijheid zelf het recht te kiezen dat exclusief van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. De belangrijkste is opgenomen in artikel 8 lid 1 Rome I en dient ter bescherming van de zwakker geachte werknemer: de arbeidsovereenkomst wordt weliswaar beheerst door het gekozen recht, maar die keuze mag er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken van het recht dat bij gebreke van een rechtskeuze op de arbeidsovereenkomst van toepassing zou zijn. De rechtskeuze kan er dus niet toe leiden dat de werknemer bescherming verliest die hem wordt verstrekt door dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht. Een andere uitzondering is opgenomen in artikel 9 Rome I en ziet op 'bepalingen van bijzonder dwingend recht', ook wel voorrangregels genoemd. Dat zijn volgens lid 1 bepalingen 'aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst'. De behandelende rechter kan bepalingen van bijzonder dwingend recht van zijn land toepassen. Hij kan dat echter alleen als het te behandelen geval valt onder de werkingssfeer van die voorrangregels ('op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt'). Dat betekent dat de voorrangregel geacht wordt een reikwijdteregel te hebben: pas als een geval binnen die reikwijdteregel valt, kan de voorrangregel worden toegepast.

Dwingend recht (als bedoeld in art. 8 Rome I) en bijzonder dwingend recht (als bedoeld in art. 9) moeten niet met elkaar worden verward. Duidelijk daarover is paragraaf 37 van de considerans Rome I: 'Overwegingen van algemeen belang rechtvaardigen dat de rechters van de lidstaten zich in uitzonderlijke omstandigheden kunnen beroepen op (...) bepalingen van bijzonder dwingend recht. Het begrip "bepalingen van bijzonder dwingend recht" moet worden onderscheiden van de uitdrukking "bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken", en dient met meer terughouding te worden gebezigd.' In de Nederlandse literatuur wordt wel bepleit dat 'dwingende bepalingen' in de arbeidsovereenkomst met name beogen de zwakker geachte individuele werknemer te beschermen ten opzichte van de sterker geachte werkgever: de private verhouding tussen werkgever en werknemer wordt hiermee

beïnvloed. De regels van ‘bijzonder dwingend recht’ dienen daarentegen publieke belangen: niet slechts de individuele werknemer wordt beschermd, maar een grotere groep of een groter goed wordt (eveneens) beschermd. Zie hierover bijvoorbeeld J.H. Even en E. van Kampen, ‘De arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijk perspectief’, *ArA* 2004/1, p. 46-48.

Artikel 6 en 9 BBA als voorrangregels

Op basis van artikel 9 Rome I mag de Nederlandse rechter voorrangregels toepassen op de internationale arbeidsovereenkomst, ongeacht het recht dat deze arbeidsovereenkomst beheerst. Een belangrijk voorbeeld van zo’n voorrangregel is artikel 6 jo. 9 BBA. Vroeger was het BBA een duidelijke voorrangregel. Het BBA droeg zonder meer een belangrijk publiek, sociaaleconomisch element in zich. A-G Eggen omschreef het karakter en strekking van het BBA destijds als volgt (HR 5 juni 1953, *NJ* 1953/613 (Melchers/Nationale Handelsbank)): ‘En met de aanduiding van dit karakter en van deze strekking meen ik – in het onderhavige verband – te mogen volstaan met deze aan te geven als: dienende ter bescherming van de Nederlandse – primair openbare en secundair private – sociaal-economische belangen met betrekking tot de – Nederlandse – arbeidsmarkt in de door de oorlog veroorzaakte buitengewone omstandigheden.’

De bescherming van kort gezegd de Nederlandse arbeidsmarkt kon dus als rechtvaardiging worden opgeworpen om in te breken op het toepasselijke recht: een arbeidsovereenkomst die anderszins onderhevig was aan vreemd recht kon hierdoor ten aanzien van de noodzaak voor een ontslagvergunning toch aan Nederlands recht zijn onderworpen. Hoe verder we in tijd wegbewogen van de Tweede Wereldoorlog, hoe meer de vraag rees of het BBA nog werkelijk de Nederlandse arbeidsmarkt beschermde. Zie hierover C.J.J. van Maanen, ‘Het BBA en het internationaal privaatrecht’, *WPNR* 1981, nr. 5584 en 5585, die meende dat artikel 6 en 9 BBA niet meer als voorrangregel zouden moeten worden beschouwd. De Hoge Raad bleek niet onder de indruk van het fraaie betoog van Van Maanen en oordeelde enkele jaren daarna (HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988/842 (Sorensen/Aramco)): ‘naar moet worden aangenomen, strekt immers het BBA nog steeds ter bescherming van de sociaal-economische verhoudingen in Nederland, waarbij met name het in art. 6 van dat besluit gestelde vereiste zowel in het belang van de betrokken werknemers als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag beoogt te voorkomen.’ Het BBA is volgens de Hoge Raad van toepassing als de Nederlandse arbeidsmarktbelangen bij het ontslag zijn betrokken. Dat was dus de reikwijdteregel van het BBA. De tegenhanger daarvan was dat het BBA toepassing miste als de Nederlandse arbeidsmarktbelangen niet bij het ontslag zijn betrokken, zelfs in het geval dat in de arbeidsovereenkomst voor de toepasselijkheid van Nederlands recht was gekozen (HR 5 juni 1953, *NJ* 1953/613 (Melchers/Nationale Handelsbank)). Dit verschijnsel heet *self-limitation* of *auto-limitation*. Zie hierover A.A.H. van Hoek, ‘De werkingssfeer van het BBA na het NUON-arrest van de Hoge Raad’, *TRA* 2013/2, p. 6.

In de jurisprudentie werd – geïnspireerd door de arresten in PRC/Kampman (HR 7 september 1984, *NJ* 1985/104) en de al genoemde Sorensen/Aramco – voor het antwoord op de vraag of de Nederlandse arbeidsmarkt bij het ontslag was betrokken, vaak gekeken naar de

terugvalpositie van de werknemer: zou deze werknemer na zijn ontslag terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt? Verder bleef in de literatuur en later ook in de jurisprudentie de vraag aan de orde of het BBA nog wel echt van bijzonder dwingend recht was: diende het BBA nog werkelijk ter bescherming van de Nederlandse arbeidsmarkt? Deze vraag bleef mede opkomen doordat de Hoge Raad in Sorensen/Aramco enigszins weifelend had geoordeeld dat artikel 6 BBA 'nog steeds' een voorrangregel was, hetgeen op annotator Schultz in zijn noot in de *NJ* overkwam als 'wij weten het eigenlijk ook niet'.

Nuon/Olbrych: artikel 6 en 9 BBA zijn nog steeds voorrangregels

De Hoge Raad bood uitkomst in het arrest Nuon/Olbrych (24 februari 2012, *JAR* 2012/93): of artikel 6 en 9 BBA in een internationaal geval van toepassing waren, hing af van de mate van betrokkenheid van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland en in het bijzonder de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij de arbeidsovereenkomst en het ontslag. Het BBA strekte volgens de Hoge Raad nog steeds ter bescherming van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland. Artikel 6 diende zowel het belang van de betrokken werknemers als dat van de Nederlandse arbeidsmarkt om sociaal ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen. De bescherming van de werknemer tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag was sinds de introductie van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid meer op de voorgrond komen te staan. Van belang was voorts dat de regering in dat verband memoreerde dat de ontslagtoets belangrijke functies vervulde, niet alleen als onafhankelijke toets op onredelijk ontslag, maar ook als overheidsinstrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt, zoals (gedeeltelijk) arbeidsongeschikten en ouderen, tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag te beschermen. De ontslagtoets vormde tevens een belangrijk overheidsinstrument om oneigenlijke instroom in de sociale zekerheid tegen te gaan. Dat wettigde volgens de Hoge Raad de gevolgtrekking dat het belang van de Nederlandse arbeidsmarkt bij het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigd ontslag voor een groot deel samenviel met het belang van de werknemers bij het voorkomen van een zodanig ontslag. Artikel 6 BBA was, zo blijkt hieruit, dus nog steeds een voorrangregel en bedoeld (1) ter bescherming van de werknemer tegen ongerechtvaardigd ontslag, (2) als overheidsinstrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt te beschermen en (3) ter regulering van de instroom in de WW.

Het oordeel van het Hof Amsterdam (in de zaak Nuon/Olbrych) dat moest worden aangenomen dat het doel van het BBA om een aan de werknemer toekomende vorm van bescherming tegen (sociaal) ongerechtvaardigd ontslag te bieden de nadruk verdiende, was volgens de Hoge Raad juist. In deze zaak had het Hof Amsterdam volgens de Hoge Raad bovendien terecht geoordeeld dat artikel 6 BBA van toepassing was. Het ging hier om (1) een werknemer die op grond van een arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht (2) werkzaam was in Amsterdam, zonder vooruitzicht op een structurele tewerkstelling in het buitenland voor (3) een Nederlandse werkgever. Olbrych onderscheidde zich voorts (4) onvoldoende van andere werknemers werkzaam in Nederland, die wel de BBA-bescherming konden invoeren. Daarmee waren de Nederlandse sociaaleconomische verhoudingen in zodanige mate betrokken bij de arbeidsovereenkomst en het ontslag dat toepasselijkheid van het BBA gerechtvaardigd was. Aan dat alles deed niet af de door Nuon gestelde omstandigheden dat zij

ervan mocht uitgaan dat Olbrych na de opzegging van de arbeidsovereenkomst niet in Nederland zou blijven maar zou terugkeren naar de Verenigde Staten en dus niet zou 'terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt' en dat hij werkzaam was op een afdeling met een duidelijk internationaal karakter. Zie hierover uitgebreid W.L. Roozendaal, 'Het BBA dient publiek doel en geldt nog immer als voorrangregel', AR 2012-0169.

Keupink/Haskoning: het BBA heeft nog steeds een self-limiting effect

Dat het BBA – nog altijd – een *self-limiting* effect heeft staat eveneens vast (HR 12 juli 2013, JAR 2013/198 (Keupink/Haskoning)). Keupink was op 1 april 1989 in dienst getreden bij Haskoning op grond van een arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht. Vanaf 1996 was hij uitgezonden naar Roemenië. Begin 2008 deelde Haskoning Keupink mee dat zijn werkzaamheden in Roemenië zouden worden beëindigd. Uiteindelijk had Haskoning de arbeidsovereenkomst zonder ontslagvergunning opgezegd. Volgens het Hof Arnhem hield de toepasselijkheid van Nederlands recht op een internationale arbeidsovereenkomst geen automatische toepasselijkheid van artikel 6 BBA in. Van belang was dat (1) Keupink sinds 1996 was uitgezonden naar Roemenië en daar werkzaam en woonachtig was, (2) Nederlands recht van toepassing was verklaard op de arbeidsovereenkomst, (3) Haskoning de uitzending wenste te beëindigen maar Keupink op dat moment nog geen (concreet) vooruitzicht kon bieden op een specifieke positie in Nederland, (4) in de periode tussen de mededeling dat de werkzaamheden in Roemenië zouden worden beëindigd en het moment dat de arbeidsovereenkomst was opgezegd, Keupink zelf de optie had opengehouden om een andere baan in Roemenië dan wel een baan in Nederland te accepteren, (5) Keupink had getracht in Roemenië een baan te vinden bij een internationaal bedrijf, (6) in de opzeggingsbrief Haskoning zich bereid had verklaard de opzegging in te trekken als Keupink alsnog ervoor koos zijn carrière voor Haskoning in Nederland voort te zetten, (7) Keupink in Roemenië was blijven wonen en hij daar nog steeds woonde en (8) het Nederlandse socialezekerheidsstelsel op Keupink van toepassing was gebleven. Toepassing van het BBA hing volgens het hof af van betrokkenheid van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland en de Nederlandse arbeidsmarkt bij het ontslag van Keupink. Uitgangspunt was dat artikel 6 BBA erop is gericht sociaal onrechtvaardig ontslag te voorkomen. Keupink wenste niet naar Nederland terug te keren. Hieruit volgde dat het belang van de Nederlandse arbeidsmarkt bij de opzegging niet was betrokken. Het hof zag niet eraan voorbij dat bij toepassing van artikel 6 BBA het belang van de arbeidsmarkt gerelativeerd diende te worden en dat het doel om werknemers te beschermen tegen ongerechtvaardigd ontslag een sterkere functie had. Gelet op zijn voornemen in Roemenië te blijven wonen en werken, en het feit dat Keupink daar was blijven wonen, onderscheidde de situatie van hem zich van die van werknemers die werkzaam waren in Nederland. Het viel volgens het hof niet in te zien dat de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland mee zouden brengen dat hij dezelfde bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag krachtens het BBA zou krijgen als in Nederland werkzame werknemers. Kortom: voor de opzegging was volgens het hof geen ontslagvergunning vereist, zodat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig was geëindigd. De Hoge Raad deed het cassatieberoep af onder verwijzing naar artikel 81 Wet RO.

Conclusie

Het voorgaande brengt het volgende met zich. Artikel 6 BBA is nog steeds een voorrangregel. De maatstaf voor toepassing ervan is nog altijd gelegen in de betrokkenheid van de sociaaleconomische verhouding in Nederland en in het bijzonder de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij de arbeidsovereenkomst en het ontslag. Bij de uitwerking hiervan is het terugvalcriterium niet doorslaggevend. Een nadruk is gelegd op de bescherming van de werknemer tegen (sociaal) ongerechtvaardigd ontslag. Ook kan worden gekeken naar de positie van de betrokken werknemer: onderscheidt die zich van de positie van andere werknemers werkzaam in Nederland (onderscheidscriterium)? Als er een voldoende betrokkenheid van de Nederlandse arbeidsmarktbelangen is, is artikel 6 BBA van toepassing, ook al wordt de arbeidsovereenkomst beheerst door vreemd recht. Als die belangen onvoldoende zijn betrokken, dan is het BBA niet van toepassing, ook niet als Nederlands recht voor het overige van toepassing is.

4. Analyse

Het door het Hof Amsterdam neergelegde juridische kader voor het al of niet toepassen van het BBA in de onderhavige zaak sluit naadloos aan bij dat van de Hoge Raad inzake Nuon/Olbrych. Dat is dus weinig verrassend. De invulling van de reikwijdteregel is interessanter. Het hof stelde vast dat het inbreken op het toepasselijke Engelse recht rechtvaardiging behoefde. Het oordeelde vervolgens dat het BBA niet van toepassing was vanwege (1) de geringe band die de arbeidsovereenkomst had met Nederland en de Nederlandse arbeidsmarkt, (2) de omstandigheid dat werknemer niet tot een zwakke groep op de arbeidsmarkt behoorde, terwijl (3) de werknemer weliswaar door zijn verblijf hier enige band met Nederland heeft gekregen maar niet zodanig dat gezegd kon worden dat hij hier ten tijde van zijn ontslag (sociaaleconomisch) geworteld was geraakt of (4) dat zijn situatie zich niet voldoende onderscheidde van die van andere werknemers die werkzaam waren in Nederland. Dat bracht volgens het hof (5) mee dat tussen het ontslag en Nederland en de Nederlandse arbeidsmarkt ook een dermate geringe band bestond dat ten tijde van het einde van de arbeidsovereenkomst niet zonder meer te verwachten viel dat werknemer op de Nederlandse arbeidsmarkt zou terugvallen.

De opmaat voorafgaande aan de toetsing of artikel 6 BBA van toepassing is – er wordt ingebroken op het toepasselijke Engelse recht dus er moet een voldoende rechtvaardiging daarvoor zijn, zie alinea 3.12 van het betrokken arrest – verbaast. Niet omdat die gedachtegang onjuist zou zijn – deze is juist en is vrijwel een kopie van overweging 3.2.2 van de Hoge Raad in het arrest Sorensen/Aramco – maar omdat hetzelfde hof ‘gewoon’ Nederlands dwingend recht op de arbeidsovereenkomst toepaste. Er werd in het arrest namelijk getoetst aan diverse (materiële) bepalingen van het Nederlandse BW (bijv. art. 7:611 en 7:655 BW). Ook had het er alle schijn van (hoewel dat niet met zoveel woorden door het hof werd benoemd) dat de Nederlandse ketenregeling van artikel 7:668a BW was toegepast. Klaarblijkelijk was het Hof Amsterdam (in navolging van de kantonrechter) van mening dat Nederlands recht objectief van toepassing was, en dus dat het Nederlandse dwingende recht moest worden gehanteerd.

Het ligt voor de hand te veronderstellen dat de Nederlandse rechters hebben geoordeeld dat Nederland het gewoonlijke werkland was voor werknemer. In zo'n situatie hoeft toepassing van het (ook) Nederlandse BBA helemaal geen bijzondere rechtvaardiging en geldt eerder andersom dat het achterwege laten van die toepassing rechtvaardiging verdient. Niet voor niets oordeelde A-G Franx in zijn conclusie bij het arrest Sorensen/Aramco: 'Het komt mij voor, dat wonen en werken in Nederland – als gecumuleerde betrokkenheidsfactoren – niet onder alle omstandigheden voldoende zijn voor de vereiste betrokkenheid, hoewel die cumulatie zonder twijfel een sterke indicatie daarvoor oplevert. Die indicatie is zo sterk dat het oordeel dat niettemin betrokkenheid van de Nederlandse arbeidsmarkt niet in voldoende mate bestaat, betrekkelijk uitvoerig zal moeten worden gemotiveerd.' Het wonen en werken in Nederland was hier aan de orde. Hier komt bij dat het ongebruikelijk is dat Nederlands recht objectief toepasselijk wordt bevonden, terwijl het BBA niet van toepassing is. Dat was vóór het Nuon/Olbrych-arrest reeds zo (zie Even en Van Kampen 2004, p. 56-57), maar zou na het Nuon/Olbrych-arrest niet anders hoeven te zijn gezien de nadruk die de Hoge Raad heeft gelegd op de bescherming van de werknemer, welke bescherming nu juist ook wordt beoogd bij het toepassen van het recht van het gewoonlijke werkland (zie Van Hoek 2013, p. 8-11). De onderhavige uitspraak is in die zin dus atypisch.

Er werd door het hof (naar het mij lijkt) een grote nadruk gelegd op het feit dat het hier ging om een 'sterke' werknemer. Opvallend was namelijk dat het hof in alinea 3.12 als gezegd overweging 3.2.2 van de Hoge Raad in het arrest Sorensen/Aramco had overgenomen (zie hierboven; de inbreuk op het toepasselijk recht behoeft rechtvaardiging) en daaraan had toegevoegd dat daarbij betekenis toekwam aan de omstandigheid of de 'werknemer tot een zwakke groep op de arbeidsmarkt behoort die tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag dient te worden beschermd'. Bescherming van een dergelijke categorie werknemers rechtvaardigt dus klaarblijkelijk de inbreuk op Engels recht. De omschrijving van de werknemer als 'sterke professional' prijkte vervolgens ook op het lijstje van omstandigheden die meebrachten dat een te geringe band bestond tussen het ontslag enerzijds en Nederland en de Nederlandse arbeidsmarkt anderzijds. Deze door het hof aangelegde nadruk is ook wel verklaarbaar in het licht van het Nuon/Olbrych-arrest, waarin de Hoge Raad immers als juist had aanvaard dat het doel van het BBA om een aan de werknemer toekomende vorm van bescherming tegen (sociaal) ongerechtvaardigd ontslag te bieden de nadruk verdient. Ik heb ook wel begrip voor dit criterium, omdat hoog opgeleide en goedverdienende (*inbound*) *expats* zodoende onder omstandigheden weggehouden kunnen worden van de bescherming die het BBA biedt en die voor hen eigenlijk niet zo nodig is, terwijl bijvoorbeeld de *inbound* werknemers in de landbouw en vleesverwerkende industrie, die vaak wel bescherming behoeven, hierop een beroep kunnen doen. Zie hierover ook Van Hoek 2013, p. 8. Ik heb uitdrukkelijk de woorden 'onder omstandigheden' toegevoegd, omdat ik rechtens geen aanleiding zie het BBA (uitsluitend) te koppelen aan een inkomensgrens. Wel merk ik op dat *expats* relatief vaak over een arbeidsvoorwaardenpakket beschikken dat nauwer verband houdt met het land van herkomst dan Nederland als werkland (waardoor dat andere recht en niet Nederlands recht op grond van art. 8 lid 4 Rome I van toepassing zou zijn) en dergelijke *expats* (mede daardoor) niet goed zijn te vergelijken met de andere werknemers binnen het bedrijf in Nederland, die

wel BBA-bescherming genieten. Onder die omstandigheden zie ik niet snel aanleiding artikel 6 en 9 BBA te moeten toepassen.

Ook in de onderhavige zaak waren er andere redenen, buiten de omstandigheid dat het hier om een sterke werknemer ging, het BBA niet toe te passen, waaronder de naar mijn mening relevante punten dat de arbeidsovereenkomst slechts een geringe band had met Nederland en het gebrek aan worteling van de werknemer in Nederland (hoewel ik dit een lastig meetbaar criterium vind, en ik de opmerking van het hof dat werknemer de Nederlandse taal niet machtig was vanuit discriminatie-oogpunt gevaarlijk vind). Volledigheidshalve heeft het Hof Amsterdam ook nog het terugvalcriterium erbij gehaald. Dit geeft al met al een eindoordeel dat naar mijn mening in cassatie standhoudt en ik ook kan begrijpen. Toch blijft de uitkomst van deze zaken slecht te voorspellen. *Hard and fast rules* blijven helaas uit.

5. Een blik naar de toekomst: de WWZ

Zoals bekend, zal het BBA met ingang van 1 juli 2015 komen te vervallen. De preventieve ontslagtoets blijft echter gehandhaafd. Deze wordt in het BW opgenomen. Het UWV zal nog steeds een ontslagvergunning moeten verstrekken bij, kort gezegd, ontslag vanwege langdurige ziekte en om bedrijfseconomische redenen (het nieuwe art. 7:671a lid 1 jo. 7:669 lid 3, onderdelen a en b BW). Toestemming voor ontslag om bedrijfseconomische redenen kan, onder voorwaarden, ook worden belegd bij een cao-ontslagcommissie in plaats van bij het UWV (het nieuwe art. 7:671a lid 2 BW). De beëindiging van de arbeidsovereenkomst op andere gronden – waarvoor nu als bekend nog gewoon een ontslagvergunning kan worden gevraagd – wordt in de toekomst als hoofdregel exclusief belegd bij de kantonrechter in een ontbindingsprocedure (en sommige werknemers zijn nog steeds uitgezonderd van de bescherming die de preventieve toets verleent).

Hebben deze veranderingen gevolgen voor het bovenstaande? Anders gezegd, wordt in de toekomst de preventieve ontslagtoets nog steeds als voorrangregel beschouwd? De wetgever meent van niet. In de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 75) staat het volgende: 'Momenteel is het mogelijk dat op een arbeidsverhouding die door vreemd recht wordt beheerst, het BBA moet worden toegepast. Doorslaggevend daarbij is of de sociaal-economische belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij de internationale arbeidsverhouding zijn betrokken. Met het vervallen van het BBA en de overige wijzigingen van het ontslagrecht is dit niet langer het geval. Er zal immers geen sprake van toepasselijkheid van titel 10 van boek 7 van het BW [zijn].'

De werknemer die in Nederland werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst naar vreemd recht zal volgens de wetgever dus geen beroep kunnen doen op toepassing van de preventieve toets. Het Nederlandse arbeidsrecht is immers niet van toepassing. Dit is een enigszins curieuze redenering. De situatie is nu immers niet anders: op een arbeidsovereenkomst naar vreemd recht, waarop het BBA op basis van de gebruikelijke conflictrechtelijke verwijzingsregels niet van toepassing is, kan het BBA toch van toepassing zijn, vanwege het bijzondere karakter van het BBA als voorrangregel. Op welke plek in het

Nederlandse recht een bepaling staat – in een apart besluit of in het BW – is niet relevant voor het antwoord op de vraag of die bepaling een voorrangsregel is. Een inhoudelijke toetsing van de betrokken bepaling moet uitmaken of het om een voorrangsregel gaat of niet. Een bepaling is een voorrangsregel als dat uit het doel en de strekking van die regel blijkt: daaruit moet volgen dat het een bepaling van openbaar belang is die steeds moet worden toegepast als deze voldoende nauw is betrokken bij de onderhavige kwestie, ongeacht het recht dat de onderliggende overeenkomst beheerst. Uit het arrest Nuon/Olbrych blijkt dat artikel 6 BBA is bedoeld (1) ter bescherming van de werknemer tegen ongerechtvaardigd ontslag, (2) als overheidsinstrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt te beschermen en (3) ter regulering van de instroom in de WW. Vanwege dit doel en deze strekking is het een voorrangsregel. Blijven dit doel en deze strekking onder de WWZ ongewijzigd?

Wat een fundamentele wijziging in het nieuwe ontslagrecht is, is dat de preventieve ontslagtoets bij bedrijfseconomische ontslagen niet meer bij uitsluiting is belegd bij overheidsinstanties. Deze toets kan ook worden belegd bij een cao-ontslagcommissie, in welk geval bovendien door de sociale partners zelf selectiecriteria mogen worden ontworpen voor het vaststellen van boventalligheid, waarbij kan worden afgeweken van afspiegeling (is dat een voorbeeld van de ‘overige wijzigingen’ waaraan de wetgever refereert in het hierboven aangehaalde citaat waarin de conclusie wordt getrokken dat de in het BW gezette preventieve toets geen voorrangsregel meer is?). Ik merk op dat de overheid hierdoor de controle kwijt is over ‘wie wordt ontslagen’ en dat hierdoor de bescherming van zwakkere groepen werknemers bij een reorganisatie niet meer wettelijk is geborgd (ik breng in herinnering dat destijds het oude anciënniteitsbeginsel is geschrapt ten gunste van afspiegeling mede omdat kwetsbare groepen op de arbeidsmarkt door toepassing van uitsluitend anciënniteit te weinig werden beschermd). Deze voorgestelde wijziging is wat mij betreft een indicatie dat er geen openbare belangen (meer) in het spel zijn. Het Hof van Justitie oordeelde in het kader van de Detacheringsrichtlijn dat de sociale partners geen bepalingen van openbare orde kunnen vaststellen (HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (Laval), punt 84 en HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie/Luxemburg), punt 64-66). Dergelijke belangrijke kwesties kunnen niet worden geprivatiseerd, zo lijkt de gedachte. In dezelfde zin Van Hoek, die bij de beoordeling dat artikel 6 en 9 BBA voorrangsregels zijn mede belang hecht aan de omstandigheid dat het BBA bevoegdheden toekent aan een overheidsorgaan (Van Hoek 2013, p. 6). Er lijkt dus minder nadruk op de bescherming van zwakke werknemers: dit wordt immers niet meer volledig gecontroleerd door de overheid, maar deels door de cao-ontslagcommissie die van afspiegeling afwijkende selectiecriteria kan toepassen. Die commissie wordt evenzeer deels verantwoordelijk voor de regulering van de instroom in de WW. Beide elementen, die thans artikel 6 en 9 BBA mede tot voorrangsregel maken, zijn onder het nieuwe ontslagrecht minder pregnant aanwezig. De bescherming van de werknemer (het derde en laatste element) wordt daarnaast naar mijn mening al ‘gedekt’ door artikel 8 Rome I. Dat artikel is geschreven ter bescherming van de werknemer, en kan ertoe leiden dat, ondanks een keuze voor vreemd recht, Nederlands dwingend recht toch van toepassing is. Als Nederlands dwingend recht van toepassing is, is ook de dwingende ontslagbescherming van toepassing. Daarvoor hebben we geen voorrangsregels nodig. Dit lijkt bovendien de opvatting van de wetgever in de geciteerde

uitlating in de memorie van toelichting (de ontslagregels zijn van toepassing als Nederlands recht de arbeidsovereenkomst beheerst).

Natuurlijk valt hier ook wat tegenin te brengen. De wetgever hecht duidelijk nog aan de preventieve toets die dan ook blijft bestaan. En het is verder zo dat sociale partners in (algemeen verbindend verklaarde) cao's algemene belangen kunnen dienen (de systematiek van de Detacheringsrichtlijn is daarop zelfs afgestemd). Bovendien wordt hier en daar in de wetsgeschiedenis nog steeds gerefereerd aan de sociaaleconomische verhoudingen die door de preventieve toets worden beschermd. Zo wordt door de wetgever bijvoorbeeld bij de bespreking van bedrijfseconomische redenen de situatie genoemd dat een werkgever vaste werknemers wil ontslaan en vervangen door goedkopere (al dan niet flexibele) arbeidskrachten. Dan zou volgens de wetgever toestemming moeten worden onthouden, omdat er feitelijk geen sprake zou zijn van het vervallen van arbeidsplaatsen. De wetgever voegt toe dat de hiermee tegelijkertijd aan de 'sociaal-economische verhoudingen binnen Nederland' bescherming wordt geboden (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 44*). Het beschermen van de sociaaleconomische verhoudingen binnen Nederland is nu juist hetgeen het BBA tot een voorrangsregel heeft gemaakt.

Dat neemt niet weg dat als de wetgever – zij het met een wat curieuze motivering – aangeeft dat de preventieve toets niet meer als voorrangsregel geldt (hetgeen op zichzelf genomen al een belangrijk gezichtspunt is dat de preventieve toets niet meer als voorrangsregel geldt) en slechts van toepassing is als het Nederlands recht ook anderszins van toepassing is, gecombineerd met het feit dat die toets kan worden geprivatiseerd, alsmede met de omstandigheid dat bij het kwalificeren van bepalingen als voorrangsregels terughoudendheid dient te worden betracht, ik neig naar de conclusie dat de preventieve ontslagtoets zijn status van voorrangsregel zal gaan verliezen. Dit verlies acht ik overigens niet groot. De bescherming kan en moet in zo'n situatie worden opgevangen over de band van artikel 8 Rome I.

Maar wat betekent dat voor gevallen waar Nederlands recht is gekozen, terwijl de binding met Nederland slechts gering is? Moet dan de preventieve toets worden toegepast? Denk bijvoorbeeld aan de zaak Keupink/Haskoning. Zuiver geredeneerd zie ik geen reden de (naar mijn mening onder het nieuwe ontslagrecht 'slechts') dwingende bepaling van de preventieve toets anders te banaderen dan de andere dwingendrechtelijke bepalingen uit het BW. Ik zie rechtens dus geen aanleiding om de betrokken bepaling te ontdoen van haar bijzonder dwingendrechtelijke karakter, onder instandhouding van het *self-limiting* effect dat artikel 6 BBA heeft. Uiteraard is dit in de praktijk soms lastig, met name als een niet-Nederlandse rechter zich in zo'n geval moet bekreunen over het wel of niet ontbinden van de arbeidsovereenkomst (bij een persoonlijke reden tot ontslag), maar het is een gevolg van de keuze van de Nederlandse wetgever: het ontslagrecht wordt 'opgelost' over de band van artikel 8 Rome I (in combinatie met art. 3 dat ziet op de rechtskeuze), zonder aanpassing van de tekst voor internationale gevallen. Ik vind deze keuze overigens spijtig – en mogelijk belemmerend voor de vrijheid van diensten en personen (ik laat hierbij uitdrukkelijk in het midden of hiervoor een afdoende rechtvaardiging valt aan te dragen) – en zou ervoor voelen de preventieve ontslagtoets te beperken voor situaties waarin het Nederlandse recht objectief

toepasselijk is op grond van artikel 8 Rome I. Wat mij betreft wordt de preventieve ontslagtoets ten aanzien van de internationale arbeidsovereenkomsten dus wettelijk beperkt tot gevallen waarin Nederlands recht objectief toepasselijk is. Zolang dat niet wettelijk is geregeld (en ik ga er overigens van uit dat dit niet wettelijk wordt geregeld) zie ik niet snel mogelijkheden te kiezen voor Nederlands recht, zonder toepassing van de preventieve ontslagtoets. Dit lijkt mij bijvoorbeeld niet mogelijk door een partiële rechtskeuze, waarin wordt bepaald dat Nederlands recht van toepassing is met uitzondering van de preventieve toets. Op die wijze wordt de vereiste samenhang van het gekozen recht naar mijn smaak wel erg verstoord (zie, in een overigens aanmerkelijk extremere situatie, de Kantonrechter Terborg die de rechtskeuze voor Nederlands recht met uitzondering van de dwingendrechtelijke bepalingen niet toestond: Ktr. Terborg, *NIPR* 2001/27).

Ik concludeer. Het arrest Nuon/Olbrych heeft bevestigd dat artikel 6 jo. 9 BBA nog steeds een voorrangsregel is. Uit de Keupink/Haskoning-zaak volgt dat deze voorrangsregel nog steeds een *self-limiting* effect heeft. Beide arresten hebben daarentegen slechts beperkte rechtszekerheid geboden met betrekking tot het antwoord op de vraag wanneer artikel 6 en 9 BBA van toepassing zijn op een internationale arbeidsovereenkomst, wat hun exacte reikwijdteregel is. Met die onzekerheid moeten we het tot 1 juli 2015 doen. Dan komt een nieuwe situatie. Volgens de wetgever is de preventieve ontslagtoets dan geen voorrangsregel meer. Vanaf dan geldt de preventieve ontslagtoets slechts, maar dan ook steeds, als de arbeidsovereenkomst is onderworpen aan Nederlands recht.