

Hoe dwingend is de Nederlandse ontslagbescherming bij arbeidsovereenkomsten naar vreemd recht?

22 *Nederlandse rechters worden steeds vaker geconfronteerd met een arbeidsovereenkomst, waarop vreemd recht van toepassing is. De oorzaak daarvoor moet gezocht worden in de toenemende internationalisering, waardoor ook het aantal arbeidsovereenkomsten met een internationaal aspect toeneemt. De Europese regels over de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke zaken, vervat in de zogeheten EG-Executieverordening (EEX-Verordening of in Euro-jargon, tegenwoordig steeds vaker Brussel I-Verordening genaamd)¹, openen geredelijk de mogelijkheid dat een werkgever en een werknemer, die een arbeidscontract hebben afgesloten naar vreemd recht, toch voor een Nederlandse rechter komen te staan (art. 19 en 20 EEX-Verordening/Brussel I-Verordening). Moet de Nederlandse rechter in die situaties toepassing geven aan het vreemde recht of aan zijn eigen Nederlandse recht?*

1 Inleiding

Over deze materie zijn inmiddels vele boeken en artikelen geschreven, maar wat ons opvalt is dat daarin het ontslagrecht doorgaans slechts een magere behandeling krijgt. Dat is spijtig, want ons inziens bevindt hier een belangrijk element van het probleem van de sociale dumping, zoals wij in par. 6 van dit artikel nader uiteen zullen zetten. Vandaar dat wij in dit artikel eens extra het licht willen werpen op de plaats van het Nederlandse ontslagrecht in arbeidsovereenkomsten met een internationaal aspect, waarbij wij ons met name willen richten op gevallen waarin partijen uitdrukkelijk voor de toepasselijkheid van vreemd recht hebben gekozen. Is er dan nog aanleiding om Nederlands ontslagrecht toe te passen? Wij willen dit vraagstuk mede behandelen tegen de achtergrond van de mogelijke totstandkoming van een EG-Dienstenrichtlijn (Bolkenstein-Richtlijn) en de komende omzetting van het Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO) in een Verordening.

2 Het EVO als kader

De Nederlandse rechter zal bij de vraag welk recht van toepassing is op een geschil over een arbeidsovereenkomst naar vreemd recht toepassing moeten geven aan het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op de verbintenissen uit overeenkomst, kortweg het EVO genaamd (ook de termen EG-Verbintenissenverdrag en EVO-Verdrag worden gebruikt).² De Europese Commissie heeft in december jl. een voorstel ingediend betreffende de omzetting van dit Verdrag in een Verordening van de Europese Unie.³ In dit voorstel worden de bepalingen van het EVO welke centraal staan in onze beschouwing, praktisch ongewijzigd overgenomen. Dat betekent dat – wanneer ons onderzoek over deze materie zou leiden tot bepaalde aanbevelingen ter zake van de tekst

van het EVO – deze aanbevelingen meegenomen kunnen worden in het debat over de meest wenselijke tekst van de komende Europese Verordening.

Het in 1980 gesloten EVO, dat door alle EG-landen geratificeerd is, bepaalt:

‘Het door dit Verdrag aangewezen recht is toepasselijk, ongeacht de vraag of het recht is van een verdragsluitende staat’ (art. 2 EVO).

In het EVO staat voorop dat partijen in een overeenkomst een rechtskeuze kunnen maken voor een bepaald nationaal rechtstelsel (art. 3 EVO). Hebben partijen geen rechtskeuze gemaakt, dan gelden in zijn algemeenheid de regels zoals neergelegd in art. 4 EVO. Maar voor individuele arbeidsovereenkomsten biedt het EVO nog een aparte bepaling, en wel in art. 6 EVO. Dit artikel luidt als volgt:

‘1. Ongeacht artikel 3 kan een 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.

2. Ongeacht artikel 4 wordt de arbeidsovereenkomst bij gebreke van een rechtskeuze overeenkomstig art. 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 tewerk 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 eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht,

tenzij uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander

* MEVR. MR. DR. E.J.A. FRANSSSEN WERKT ALS UNIVERSITAIR DOCENTE SOCIAAL RECHT AAN DE UNIVERSITEIT MAASTRICHT EN ALS ADVOCATE BIJ VONDENHOFF SIJBEN ADVOCATEN TE HEERLEN. PROF. DR. A.T.J.M. JACOBS IS HOOGLERAAR SOCIAAL RECHT EN SOCIALE POLITIEK AAN DE UNIVERSITEIT VAN TILBURG.

land, in welk geval het recht van dat andere land toepasselijk is.'

Wanneer een Nederlandse rechter geconfronteerd wordt met een arbeidsovereenkomst waarop uitdrukkelijk vreemd recht van toepassing is verklaard, moet hij zich dus in de eerste plaats afvragen of Nederlands recht van toepassing zou zijn geweest als partijen geen rechtskeuze hadden gemaakt. Die vraag moet hij beantwoorden op basis van art. 6 lid 2 EVO.

De Nederlandse rechter moet dan primair bezien of er een plaats is waar de werknemer 'gewoonlijk zijn arbeid verricht'. Als zo'n plaats niet aanwijsbaar is, moet er gekeken worden waar de vestiging zich bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen. Maar daaroverheen moet de rechter dan nog weer de vraag toetsen met welk land de arbeidsovereenkomst het nauwst verbonden is.

Over al die vragen kan men uitvoerig discussiëren⁴, maar deze vraag laten wij, zoals hiervoor aangegeven, in dit artikel buiten beschouwing. Wij gaan ervan uit, dat de werknemer gewoonlijk in Nederland heeft gewerkt c.q. de vestiging van indienstneming zich in Nederland bevindt en dat uit het geheel van de omstandigheden niet is gebleken dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land.⁵

In dat geval moet de Nederlandse rechter, ondanks het feit dat partijen vreemd recht hebben gekozen, toch de dwingende bepalingen van Nederlands recht toepassen, die de werknemer een bepaalde 'bescherming' zouden bieden en welke hij zou verliezen als ze niet op hem worden toegepast (art. 6 lid 1 EVO).

Na deze eerste exercitie moet de rechter nog een tweede exercitie volvoeren: op basis van art. 7 lid 2 EVO moet de rechter ook de bepalingen van het Nederlandse recht toepassen die – ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke vreemd recht – 'het geval dwingend beheersen'.⁶ Art. 7 lid 2 EVO luidt:

'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.'

Ten slotte kan de rechter ook nog, op basis van art. 7 lid 1 EVO, de dwingende bepalingen van het vreemde recht toepassen. Dit is echter een uitzonderlijk aspect dat we in dit artikel niet zullen bespreken.

Zowel art. 6 lid 1 EVO als art. 7 lid 2 EVO noopt de rechter ertoe om zich steeds af te vragen welke regels van het Nederlandse ontslagrecht te beschouwen zijn als 'dwingende bepalingen' die hij moet toepassen, ook al is er een rechtskeuze gemaakt voor vreemd recht.

Daarmee rijst de vraag: wat zijn dwingende bepalingen? Het EVO definieert dwingende bepalingen in art. 3 lid 3, namelijk:

'De bepalingen, waarvan volgens het recht van dat land niet bij overeenkomst mag worden afgeweken.'

Het artikel zegt niets over de vraag of er een verschil is tussen de dwingende bepalingen van art. 6 lid 1 EVO of van art. 7 lid 2 EVO. Om die vraag te kunnen beantwoorden, moeten

we terugvallen op een leerstuk dat is ontwikkeld binnen het Franse internationale privaatrecht en dat ook door het Duitse Bundesarbeitsgericht is aanvaard. Volgens dit leerstuk moeten twee verschillende doelen onderscheiden worden om paal en perk te stellen aan de partijautonomie in het arbeidsrecht.

Het eerste doel betreft het beschermen van zwaarwegende, bovenindividuele belangen. Deze regels worden vaak 'voor-rangsregels' genoemd. Regels met dit doel, zijn regels waarvan individuele contractspartijen nimmer mogen afwijken.⁷ Het tweede doel betreft het beschermen van een zwakkere contractspartij. Regels met dit doel, zijn regels waarvan individuele contractspartijen wel mogen afwijken indien een afwijking gunstiger is voor de zwakkere partij.

Bondig samengevat kan men stellen dat de regelingen die voornamelijk in het teken staan van het contractuele evenwicht onder art. 6 lid 1 EVO vallen en dat regels die boven-individuele belangen dienen onder art. 7 lid 2 EVO vallen. Dit verschil in herkomst zou dan vervolgens moeten leiden tot verschil in toepassingskracht.

Immers, de dwingende bepalingen in de zin van art. 7 lid 2 EVO moet de rechter in elk geval toepassen. De dwingende bepalingen in de zin van art. 6 lid 1 EVO moet de rechter enkel toepassen, wanneer niet-toepassing zou betekenen dat de werknemer een stukje bescherming zou verliezen dat deze bij toepassing zeker zou hebben genoten. A.A.H. van Hoek stelde vast dat het bij de normen van art. 6 lid 1 EVO aankomt op een gunstigheidvergelijking.⁸ 'Dit betekent echter niet dat het gekozen recht in zijn geheel moet wijken; enkel het aspect met de minst gunstige regeling moet wijken', schrijft R. Blanpain.⁹ Het gevolg is dan echter wel dat verschillende aspecten van een en dezelfde arbeidsovereenkomst geregeerd worden door verschillende rechtsordeningen. Van een dergelijke 'dépeçage' moet men traditioneel in het internationaal privaatrecht van verschillende landen niets hebben¹⁰, hetgeen verklaart dat sommigen wel kritiek hebben gehad op de opname van deze formule in het EVO¹¹ en dat er ook een school is in het Nederlandse internationaal privaatrecht die ontkent dat dwingende bepalingen die onder art. 6 lid 1 EVO ingeroepen worden een gunstigheidstest moeten doorstaan. Een aantal schrijvers is van mening dat het objectief toepasselijke recht (dus het recht dat van toepassing zou zijn als er geen rechtskeuze zou zijn gemaakt) en de dwingende bepalingen daarvan altijd van toepassing zijn, ook als het gekozen recht toevallig voor de werknemer gunstiger blijkt te zijn.¹²

Wij vragen ons echter af of die opvatting houdbaar is, gelet op de gekozen bewoordingen in art. 6 lid 1 EVO. De gekozen constructie past dan misschien minder in het internationaal privaatrecht, maar past goed in de systematiek van het arbeidsrecht, waar bij strijdigheid van normen uit verschillende rechtsbronnen vaak de voorrang wordt gegeven aan de voor de werknemer meest gunstige bepalingen (gunstighedsbeginsel).

Er zijn dus meerdere punten van onzekerheid: welke Nederlandse bepalingen zijn dwingende bepalingen die een Nederlandse rechter moet toepassen, ook als er voor vreemd recht gekozen is? Hoeveel verschil maakt het of een bepaling dwingend is in de zin van art. 6 lid 1 EVO of in de zin van art. 7 lid 2 EVO. En als dat verschil maakt, onder welke van die twee artikelen zou zo'n dwingende bepaling dan gerangschikt moeten worden?

3 Bronnen van wijsheid

Helaas bestaat over al deze vragen nog weinig zekerheid. Nu het om een Europees Verdrag gaat, dat buiten de openbaarheid tot stand is gekomen, zijn er weinig voorbereidende stukken waar men houvast aan heeft. Het enige stuk waar men houvast aan heeft, is het rapport Giuliano/Lagarde.¹³ In dat rapport worden bijvoorbeeld de wetsbepalingen met betrekking tot opzegtermijnen genoemd als bepalingen in de sfeer van art. 6 lid 1 EVO. Veel meer vindt men er niet. Het Groenboek, dat in 2003 door de Europese Commissie over het EVO is gepubliceerd¹⁴, noemt als arbeidsrechtelijke regels die onder art. 7 EVO vallen: de regels betreffende veiligheid en hygiëne op de arbeidsplaats, minimumloon, betaalde vakantie of ziekteverlof. Opvallend afwezig in die opsomming is nu juist het zeer cruciale ontslagrecht! Moet men concluderen dat het ontslagrecht in de ogen van de Europese Commissie dus helemaal niet onder art. 7 EVO valt?

In het voorstel voor de omzetting van het EVO in een EU-Verordening onthoudt de Europese Commissie zich totaal van elke concretisering van de term 'dwingende bepalingen' op het vlak van het arbeidsrecht, zodat we daar dus ook niets wijzer van worden.

Wie houvast hoopt te vinden in rechterlijke uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (Hof van Justitie EG), komt bedrogen uit, omdat het Protocol, dat het Hof van Justitie EG voor de interpretatie van het EVO bevoegd heeft verklaard, pas recentelijk in werking is getreden. Daarom zijn er nog geen uitspraken ter zake van het Hof van Justitie EG.

Tot dusverre moet alle wijsheid komen van nationale wetgevers, rechters en literatuur.

Indertijd is in de memorie van toelichting (MvT) op de Goedkeuringswet EVO door de Nederlandse regering uitdrukkelijk gesteld dat wanneer het gekozen recht de werknemer eenzelfde of hoger niveau van bescherming biedt, het gekozen recht van toepassing blijft. En onder de dwingende bepalingen werden genoemd, naast het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA 1945), de dwingende bepalingen van het Burgerlijk Wetboek waarin de werknemer tegenover de werkgever wordt beschermd.¹⁵ In de 'Nota Sociale Dimensie Europa 1992' werden als dwingende bepalingen onder andere 'de ontslagrechtbepalingen, waaronder de preventieve toetsing' genoemd.¹⁶

Uit de expliciete wettekst van art. 1 van de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (Waga)¹⁷ uit 1999 en uit de memorie van toelichting bij die wet¹⁸ blijkt dat die wet nagenoeg het hele ontslagrecht buiten beschouwing laat voor wat betreft de aanwijzing van dwingend recht op werknemers die tijdelijk in Nederland arbeid verrichten en wier arbeidsovereenkomst wordt beheerst door ander recht dan het Nederlandse recht.

Ten slotte zijn er, wat Nederland betreft, een paar uitspraken gedaan door lagere rechters en wordt er in de rechtsgeleerde schriftuur het een en ander over gezegd. Wij zullen daar in de volgende paragrafen dieper op ingaan.

Men kan zich afvragen of al die voorbeelden een exacte weergave zijn van het onderscheid tussen bepalingen, die bovenindividuele belangen dienen en die welke voornamelijk in het teken staan van het contractuele evenwicht. Van Hoek heeft er dan ook terecht op gewezen dat dit op het eerste gezicht heldere systeem niet consequent is doorgevoerd

in allerhande internationale en ook Nederlandse documenten die over deze beide EVO-bepalingen gaan.¹⁹

Sommige auteurs hebben wel geprobeerd om meer heldere criteria te verschaffen, bijvoorbeeld door te suggereren dat het bij de wettelijke normen die onder art. 7 EVO thuishoren per definitie gaat om 'publiekrecht'.²⁰ Onder de normen die onder art. 6 lid 1 EVO zouden vallen, zou het dan om dwingend privaatrecht gaan. Maar ook dat onderscheid lijkt ons niet echt verhelderend. Is de Nederlandse Wet op de ondernemingsraden (WOR) bijvoorbeeld publiekrecht of dwingend privaatrecht?

4 Artikel 6 BBA 1945, (wat voor) een dwingende wettelijke bepaling?

Het Nederlandse ontslagrecht heeft een duaal karakter. Het kent een reeks bepalingen die opgenomen zijn in het Burgerlijk Wetboek. Naast deze bepalingen staat het publiekrechtelijke art. 6 BBA 1945, dat een toestemming van het Centrum voor Werk en Inkomen (CWI) vereist voor elk door de werkgever te verlenen ontslag, afgezien van enkele vormen van beëindiging van de arbeidsverhouding en van ontslag van enkele bijzondere groepen werknemers.

Omdat art. 6 BBA 1945 jarenlang zo'n overheersende plaats innam in het Nederlandse ontslagrecht zijn de meeste rechtsgechillen en juridische beschouwingen over het toepassen van het Nederlandse ontslagrecht op arbeidsverhoudingen met een internationaal karakter gedomineerd geweest door de vraag hoezeer het BBA 1945 zich aan deze arbeidsverhoudingen opdringt.

De vraag naar de toepasselijkheid van de overige aspecten van het Nederlandse ontslagrecht is daarbij zeer onderbelicht gebleven. Kennelijk is men er meestal van uitgegaan dat als het Nederlandse BBA 1945 niet op een internationale arbeidsverhouding dwingend kan worden toegepast, dat ook niet zal kunnen voor de rest van het Nederlandse ontslagrecht terwijl – omgekeerd – als het Nederlandse BBA 1945 wel kan worden doorgezet ook de rest van het Nederlandse ontslagrecht in dat kielzog zal meevaren: de bepaling van de opzegtermijnen, de 'voorrangsregels' bij collectieve ontslagen (zoals het 'lifo'-beginsel van het Ontslagbesluit), de regels met betrekking tot het 'beroep' tegen een met een CWI-vergunning verleend ontslag (de procedure van art. 7:681 BW), de regels met betrekking tot nabetaling van loon, inclusief de verhogingsregeling van art. 7:625 BW, enzovoorts.

Daarom zullen ook wij onze beschouwing concentreren op art. 6 BBA 1945.

Art. 6 BBA 1945 wordt tot op heden nog steeds door de rechter gezien als een dwingende norm die in acht genomen moet worden, zelfs al is op de betrokkenen vreemd arbeidsrecht van toepassing. Relevant is of bij een ontslag de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt zijn betrokken. Zijn die belangen er niet bij betrokken, dan is het BBA 1945 niet van toepassing, ook al zou Nederlands recht gekozen zijn.²¹ Spelen de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt wel een rol, dan is het BBA 1945 van toepassing, ook al zou buitenlands recht op de arbeidsverhouding van toepassing zijn verklaard.²²

Uit die jurisprudentie blijkt verder dat de Hoge Raad zich in cassatie terughoudend opstelt en de feitenrechters een relatief grote vrijheid biedt om te beoordelen of de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij een ontslag betrokken zijn.²³ Wel heeft de Hoge Raad de feitenrechters als aanwij-

zing gegeven dat ze de vraag of de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij het ontslag betrokken zijn (mede) moeten beoordelen op basis van de vraag of ten tijde van het geven van ontslag naar objectieve maatstaven te verwachten is dat de werknemer zal terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt.²⁴ De lagere rechtspraak pleegt dit ook te doen.²⁵

Het probleem bij dit laatste criterium is natuurlijk de kwestie van de voorspelbaarheid. Omdat rechtszaken pas plegen te worden beoordeeld op een tijdstip nadat het ontslag zich feitelijk heeft voorgedaan, kan het best zijn dat de betrokken werknemer op het moment van de beoordeling van het rechtsgeschil effectief op de Nederlandse arbeidsmarkt is teruggevallen en daar een nieuwe baan heeft gevonden of WW heeft gekregen. Maar dat is uiteindelijk voor de rechter niet relevant.²⁶ Relevant is of op het moment dat het ontslag gegeven werd, de werkgever naar objectieve maatstaven had kunnen verwachten dat de werknemer op de Nederlandse arbeidsmarkt zou terugvallen. Alleen als het antwoord op die vraag bevestigend luidt is het BBA 1945 van toepassing. De vraag of de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij een ontslag betrokken zijn, valt, wanneer het om tamelijk eenduidige zaken gaat, op basis van gepubliceerde jurisprudentie wel in bevestigende of ontkennde zin te beantwoorden.

Een bevestigend antwoord op die vraag – en dus de conclusie, dat het BBA 1945 van toepassing is – ligt voor de hand in die gevallen waarin de werknemer, die tot dan toe steeds in Nederland woonde en werkzaam was, werd tewerkgesteld in een ander land maar in feite in Nederland een pied-à-terre behield, of in het geval dat het al van meet af aan de bedoeling was, dat hij te zijner tijd naar Nederland zou terugkeren.²⁷

Een negatief antwoord op die vraag – en dus de conclusie dat het BBA 1945 niet van toepassing is – ligt voor de hand in die gevallen waarin de betrokkene nimmer in Nederland gewoond of gewerkt heeft, na het ontslag ook weer buiten Nederland is blijven wonen en gaan werken en geen beroep heeft gedaan op de Nederlandse sociale zekerheidsvoorzieningen.²⁸ Hetzelfde geldt voor gevallen waarin buitenlandse werknemers in Nederland hebben gewerkt (en wellicht uit dien hoofde ook recht hebben op Nederlandse WW), maar gelet op het internationale karakter van hun carrièreverloop vermoedelijk toch niet op een nieuwe baan in Nederland aangewezen zijn.²⁹

Met behulp van enkele vuistregels kunnen we, met name voor de rechtsgeschillen waarover dit artikel gaat, de zaken nog wat verder verhelderen:

- Wanneer de werknemer in Nederland woont en werkt is er ongetwijfeld een sterke indicatie dat de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij diens ontslag betrokken zijn (dus het BBA 1945 van toepassing is), ook al is op de arbeidsovereenkomst vreemd recht van toepassing verklaard.³⁰
- Wanneer de werknemer in het buitenland woont én werkt en dat laatste bovendien nog eens doet op een arbeidsovereenkomst naar het recht van het land waar de werknemer werkzaam is, dan is dat ongetwijfeld een sterke indicatie dat de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt niet bij diens ontslag betrokken zijn (dus het BBA 1945 niet van toepassing is).³¹

Deze indicaties zijn in beide gevallen zo sterk dat het oordeel

dat niettemin betrokkenheid van de Nederlandse arbeidsmarkt in het eerste geval niet bestaat en in het tweede geval wel bestaat, uitvoerig zal moeten worden gemotiveerd.

Veel minder zekerheid kunnen we geven in situaties waarin de werknemer alleen maar in Nederland woont en in het buitenland werkte of het omgekeerde geval in het buitenland woonde en in Nederland werkte. In dergelijke gevallen zal men zijn 'objectieve verwachting' moeten baseren op indicaties uit het verdere arbeidsverleden van de betrokkene, het al dan niet internationale karakter van zijn baan, enzovoorts.

5 Hoe geldig is deze beschouwing nog heden ten dage?

In de literatuur is de vraag gerezen of deze grote mate van dwingende toepasselijkheid van het BBA 1945 wel gerechtvaardigd is. Met name C.J.J. van Maanen³² heeft al in 1981 het *Mackay I*-arrest bestreden met het argument dat art. 6 BBA 1945 niet (langer) een voorschrift is ter regeling van de Nederlandse arbeidsmarkt. Het is veeleer een voorschrift geworden om een voorgenomen ontslag op redelijkheid te toetsen op basis van de individuele belangen van partijen. Van Maanen meende dan ook dat art. 6 BBA 1945 niet gezien mocht worden als een 'règle d'application immédiate', maar dat het artikel terug te brengen is onder de werking van de regels die de rechtskeuze bepalen. Hij plaatste daarbij de kanttekening dat de rechtskeuze er echter niet toe zou mogen leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet krachtens het rechtsstelsel dat bij gebreke van een rechtskeuze toepasselijk zou zijn.³³ Die laatste verfijning, die degenen die Van Maanen citeren nog wel eens over het hoofd willen zien, duidt erop dat Van Maanen eigenlijk niet heeft willen betwisten dat art. 6 BBA 1945 een dwingendrechtelijke regel is, maar dat hij dit artikel in termen van het EVO eerder opvat als een bepaling in de zin van art. 6 lid 1 EVO dan als een bepaling in de zin van art. 7 lid 2 EVO.

In het arrest *Sorensen/Aramco Overseas Co*³⁴ (*Sorensen*-arrest) heeft de Hoge Raad in 1987, in lijn van het *Mackay I*-arrest, uitgesproken dat het BBA 1945 'nog steeds (strekt) 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 arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag beoogt te voorkomen.'

P. Vlas maakte in 1991 uit deze zin uit het *Sorensen*-arrest van 1987 op dat verdedigd kan worden dat art. 6 BBA 1945 zowel kan vallen onder art. 6 EVO (bescherming van de individuele werknemer) als onder art. 7 lid 2 EVO (bescherming van de Nederlandse sociaal-economische verhoudingen).³⁵ Hij concludeerde dat art. 6 BBA 1945 moet vallen onder art. 6 lid 1 EVO, maar alleen dwingende werking heeft indien door het ontslag de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt worden geraakt. Als dat zo is, dan is Vlas het met L. Strikwerda eens, dat 'uit oogpunt van hanteerbaarheid van het internationaal privaatrecht' art. 6 BBA 1945 ook toegepast moet worden, ook al geeft het gekozen recht meer bescherming: 'De hanteerbaarheid wordt inderdaad niet bevorderd wanneer de rechter gedwongen is om de verschillende beschermingsniveaus met elkaar te vergelijken.'

Met deze opmerkingen scharen Vlas en Strikwerda zich dus duidelijk achter de eerdergenoemde school van degenen die

vinden dat de bepalingen in de zin van art. 6 lid 1 EVO niet aan een gunstigheidstest onderworpen moeten worden. Sinds deze beschouwingen uit respectievelijk 1982 en 1991 is er echter weer het nodige met art. 6 BBA 1945 gebeurd en staat er binnenkort weer het nodige met dit artikel te gebeuren.

In de eerste plaats heeft zich de laatste vijftien tot twintig jaar een aanmerkelijke verschuiving voorgedaan in de behandeling van ontslagen. Steeds vaker vermijden werkgevers de procedure ex art. 6 BBA 1945 en nemen zij hun toevlucht tot het verzoeken van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:685 BW. Rechters zijn bijna zonder voorbehoud akkoord gegaan met deze verschuiving. Wanneer de procedure van art. 6 BBA 1945 in de praktijk zo makkelijk legaal te omzeilen blijkt, dan is het moeilijk vol te houden dat zij nog een 'dwingende bepaling' is!

In de tweede plaats was daar de Wet Flexibiliteit en zekerheid (Flexwet). Bij gelegenheid van die wet heeft de wetgever uitdrukkelijk het BBA 1945 in stand gelaten met name vanwege de functie van 'poortwachter' voor de Werkloosheidswet (WW).³⁶

Men zou kunnen zeggen dat de wetgever daarmee het publiekrechtelijke karakter van het BBA 1945 nog eens heeft bevestigd.

Daar staat echter wel tegenover dat er een bijzondere regeling getroffen is met betrekking tot de ontslagen op bedrijfseconomische gronden. Van de werknemer wordt niet langer meer vereist, dat hij zich tegen dergelijke ontslagen verweert ter wille van het behoud op rechten uit de WW. Als de werknemer afziet van verweer krijgt de ontslagvergunningaanvraag een minder diepgaande en versnelde behandeling van het CWI.

Voorts is bij gelegenheid van deze wetgeving het vereiste dat ook de werknemer een ontslagvergunning ex art. 6 BBA 1945 nodig heeft, komen te vervallen. Het voorschrift van een ontslagvergunning geldt nu nog alleen voor werkgevers.

In de derde plaats was daar de totstandkoming van de Waga.³⁷ Bij de totstandkoming van deze wet, waarin uitvoering wordt gegeven aan Richtlijn nr. 96/71/EG, heeft de wetgever zich nog eens opnieuw moeten afvragen welke bepalingen hij als 'dwingend wettelijk voorschrift' wilde voorschrijven met betrekking tot arbeid in Nederland door gedetacheerde werknemers. Nederland heeft voor deze 'tijdelijk' in een ander land tewerkgestelden de bepalingen van nationaal ontslagrecht niet dwingend willen voorschrijven.³⁸ Men achtte het logischer dat deze werknemers wat betreft deze onderdelen van het arbeidsrecht terugvallen op het recht van het land waar zij gewoonlijk werkzaam zijn (meestal ook het land waar zij wonen). Alleen als de detachering erg lang duurt zou volgens Houwerzijl toch het BBA 1945 nog wel eens van toepassing kunnen zijn ex art. 7 lid 2 EVO.³⁹

In de vierde plaats staat de vaststelling van een ontwerp voor een Dienstenrichtlijn (ook Bolkestein-richtlijn genaamd) op de agenda van de EU. In deze Richtlijn wil men het ten principale aan de ondernemers overlaten om vrij het land van vestiging in de EU te kiezen en – met inachtneming van het recht van het land van vestiging – actief te zijn in de hele EU. Wel zouden de ondernemingen daarbij een minimumniveau van sociale voorwaarden in acht moeten nemen en wat dat betreft wil men aanhaken bij de aspecten die zijn geregeld in de hiervoor omschreven Detacherings-

richtlijn (zie art. 17 lid 5 van dit ontwerp). Maar, zoals gezegd, omvat deze Richtlijn geen ontslagrechtelijke voorschriften. Het ontwerp voor de Dienstenrichtlijn is nog zeer omstrede. In februari 2006 heeft het Europees Parlement een groot aantal wijzigingsvoorstellen met betrekking tot dit ontwerp aangenomen. Daarin wordt enerzijds gesteld dat de Dienstenrichtlijn geen afbreuk zal doen aan het arbeidsrecht (nieuw art. 1 lid 7 en art. 16 lid 3a), maar anderzijds wordt geen wijziging voorgesteld van art. 17 lid 5⁴⁰, zodat het nog enigszins onzeker is of met deze wijzigingsvoorstellen het gevaar dat het nationale ontslagrecht door de Dienstenrichtlijn ondermijnd zal worden, geweken is. Bovendien moet nog afgewacht worden of deze wijzigingsvoorstellen ook de eindstreep zullen halen.

In de vijfde plaats ligt nu bij het Nederlandse parlement het wetsontwerp WW en ontslagrecht.⁴¹ In dit wetsontwerp stelt het kabinet voor om in het kader van de WW alleen nog die werknemer verwijtbaar werkloos te achten die ontslag neemt zonder een dringende reden of die als gevolg van een verwijtbare gedraging jegens de werkgever ontslagen wordt. Het komt er in feite op neer dat het kabinet de zogenaamde tweede b-grond in art. 24 lid 2 WW wil afschaffen.⁴² De redenering die hieraan ten grondslag ligt, is dat als de eisen ten aanzien van het voeren van verweer tegen ontslag er niet meer zijn, werknemers ook geen verweer meer zullen voeren als dat geen kans van slagen heeft alsook in voorkomende gevallen eerder zullen meewerken aan een beëindiging met wederzijds goedvinden.⁴³ Het wetsvoorstel heeft tot gevolg dat de werknemer die nalaat zich te verzetten tegen een (voorgenomen) ontslag meestal niet langer als verwijtbaar werkloos kan worden beschouwd. Een en ander zal tot gevolg kunnen hebben, dat de BBA 1945-route minder zal worden gebruikt. Als het BBA 1945 dus ooit al bedoeld was om te voorkomen dat er te veel mensen in de WW zullen instromen, dan zal die bedoeling met de uitvoering van deze kabinetsplannen in elk geval achterhaald zijn.

Al deze ontwikkelingen nodigen ons ertoe uit om opnieuw te overwegen of en in hoeverre art. 6 BBA 1945 nog gezien kan worden als een dwingend wettelijke regeling in de zin van art. 7 lid 2 EVO of in de zin van art. 6 lid 1 EVO.

Ooit zal het Hof van Justitie EG in hoogste instantie daarover een bindende uitspraak kunnen doen, maar wij denken niet dat een pleidooi om art. 6 BBA 1945 als een dwingend wettelijk voorschrift te beschouwen dan nog erg sterk zal staan. Zeker als hiervoor genoemde wetswijziging doorgaat, zijn er zoveel bressen geschoten in dit voorschrift dat een verdediging van het dwingende karakter ervan in de sfeer van 'ordre public' niet erg overtuigend meer zal klinken.

Kortom, wij zouden willen stellen dat met de aanvaarding van wetsontwerp 30370 aan art. 6 BBA 1945 wel zo ongeveer de genadeslag zal zijn toegekend wat betreft haar vermogen om in het internationaal privaatrecht het Nederlandse ontslagrecht te beschermen tegen uitholling door buitenlands ontslagrecht.

6 Verdient het Nederlandse ontslagrecht een sterkere positie in internationale arbeidsverhoudingen?

Nu zullen sommigen het wellicht niet zo erg vinden, wanneer het Nederlandse ontslagrecht niet door het internationaal privaatrecht tegen uitholling beschermd wordt. Een ge-

nadeslag op de positie van art. 6 BBA 1945 in internationale arbeidsverhoudingen zal ongetwijfeld koren op de molen zijn van degenen die het Nederlandse ontslagrecht te rigide vinden. Het huidige kabinet lijkt op die toer te zitten blijkens het advies dat het ministerie van SZW vroeg aan de SER omtrent (onder meer) een beperking van de verwijtbaarheids-toets in de WW.⁴⁴ 'Een te stringent ontslagrecht ... biedt weliswaar een ruimhartige bescherming aan werkenden, maar doet dat in zo sterke mate dat het voor werklozen bijna onmogelijk wordt zich een plek op de arbeidsmarkt te verwerven.' En: 'De uitdaging bestaat er in ... het optimum te vinden door een goede maatvoering, waardoor de WW en het ontslagrecht zowel inkomensbescherming bieden als bescherming tegen onrechtvaardig ontslag, maar tegelijkertijd de arbeidsmarktdynamiek bevorderen en activeren'.⁴⁵

Bij het zoeken naar 'een optimum' lijkt de wetgever nu bereid om het BBA 1945 zo ver uit te kleden dat het ook steeds minder zal kunnen fungeren als dam tegen de import van slechter ontslagrecht.

Het is de vraag of wij die ontwikkeling met lede ogen moeten aanzien. Veel beschouwingen over het 'logische' in de toepassing van buitenlands ontslagrecht op internationale arbeidsverhoudingen zijn opgebouwd vanuit het perspectief van de werknemer. Het wordt logisch gevonden dat het Nederlandse ontslagrecht niet wordt toegepast op mensen die doorgaans buiten Nederland wonen en werken. Ook als ze in het buitenland wonen en maar kort in Nederland werken of als ze in Nederland wonen, maar doorgaans in het buitenland werken, moet men daar eigenlijk het Nederlandse ontslagrecht niet dwingend aan voorschrijven. Dat heeft geen zin. Dergelijke personen vallen bij ontslag immers niet terug op de Nederlandse arbeidsmarkt. Alleen degene die bij ontslag duidelijk terugvalt op de Nederlandse arbeidsmarkt verdient dwingend door het Nederlandse ontslagrecht beschermd te worden.

Een zekere logica kan die redenering niet ontzegd worden, maar toch is ze eigenlijk te mager. Er moet ook naar het werknemersbelang gekeken worden vanuit de cockpit van de werkgever. Als er op de Nederlandse arbeidsmarkt gewerkt kan worden met werknemers die niet onderworpen zijn aan het Nederlandse ontslagrecht, maar aan ontslagrecht dat de werknemers aanzienlijk minder bescherming biedt en dus goedkoper is, dan wordt de beschermende werking van het Nederlandse ontslagrecht uitgehold.

Omdat dergelijk personeel goedkoper is, zullen veel werkgevers daaraan de voorrang kunnen geven. Aldus wordt het personeel dat aan het Nederlandse ontslagrecht onderworpen is, achtergesteld. Dit is een vorm van 'sociale dumping' en niet zo'n geringe ook. Het ontslagrecht vormt de kern van het arbeidsrecht. 80% of meer van alle arbeidssaken zijn ontslagzaken. Wie het ontslagrecht uitholt, holt het hele arbeidsrecht uit. Zo weet iemand die onder Nederlands ontslagrecht valt dat hij zich gerust kan verzetten tegen onderbetaling en slechte arbeidsvoorwaarden, omdat een ontslag omwille van dergelijk verzet, niet door de beugel kan. Maar werknemers die in Nederland onder vreemd ontslagrecht komen werken, zullen moeilijker voor hun rechten kunnen opkomen, omdat zij wellicht eenvoudiger ontslagen kunnen worden.

Wij denken dan ook dat er te weinig recht wordt gedaan aan dit meer algemene aspect van de waarde van goed ontslagrecht, wanneer in internationaal privaatrechtelijk verband puur wordt gekeken naar de vraag of een werknemer wel

of niet terugvalt op de Nederlandse arbeidsmarkt. Als het buitenlandse ontslagrecht voor de werknemer minder beschermend uitwerkt dan het Nederlandse ontslagrecht dan dreigt wel degelijk sociale dumping. De IPR-regels moeten dat ons inziens niet mogelijk maken.

Niet iedereen zal dat met ons eens zijn. Men zal betogen dat wanneer bijvoorbeeld op Polen die in Nederland werken het Nederlands ontslagrecht moet worden toegepast, Nederland verkapte beschermingsmaatregelen neemt en zo het vrij verkeer van werknemers en van diensten belemmert. Immers het dwingend voorschrijven van het Nederlandse ontslagrecht vormt voor Nederlandse opdrachtgevers een belemmering om hier te lande werk te laten verrichten door ondernemingen, alwaar op basis van Poolse arbeidscondities gewerkt wordt.

Wij zouden daar het volgende tegen in willen brengen. Het vrij verkeer van werknemers en van diensten wordt niet belemmerd door werknemers te beschermen. Werkgevers blijven vrij om hier te lande werk te laten verrichten door ondernemingen, die met Poolse werknemers werken. Alleen zullen ze moeten beseffen dat die niet goedkoper mogen zijn vanwege een ongunstiger ontslagrecht, omdat Nederlands ontslagrecht zal gelden. Er zijn ook andere redenen om te kiezen voor, bijvoorbeeld, Poolse werknemers. Dat kan zijn omdat er geen Nederlanders voor bepaald werk zijn te vinden of omdat Polen beter werk leveren. Concurrentie moet er zijn, maar dan wel op kwaliteit en niet op betere of slechtere arbeidsvoorwaarden.

Als sociale dumping het gevolg zou zijn van het feit dat Nederlandse opdrachtgevers op grote schaal hier te lande werk laten verrichten door ondernemingen, waar op Poolse arbeidscondities gewerkt wordt, dan oefent dat een neerwaartse druk uit op het niveau van de werkgelegenheid op de oorspronkelijk Nederlandse arbeidsvoorwaarden. En dat lijkt ons strijdig met art. 136 EG-Verdrag waarin onder meer staat:

'De Gemeenschap en de lidstaten stellen zich ... ten doel de bevordering van de werkgelegenheid, de gestage verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden...'

Deze bepaling houdt in dat er een harmonisatie van het sociale recht *naar boven toe* moet plaatsvinden en niet naar beneden toe.

Ook het Hof van Justitie EG is van mening dat niet alles moet wijken voor een vrije concurrentie binnen de EU. Het Hof van Justitie EG heeft in de *Albany-zaak*⁴⁶ onder meer gezegd dat collectieve arbeidsovereenkomsten niet vallen onder ondernemersafspraken welke onder het kartelverbod vallen. Dit omdat sociale grondrechten, dankzij welke die collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten konden worden, dermate belangrijk zijn dat zij niet kunnen wijken voor het kartelverbod. Analooeg daaraan zouden wij willen bepleiten dat een goede bescherming van de werknemer niet dient te wijken voor het beginsel van vrij verkeer van werknemers en van diensten.

7 Een andere manier van gunstigheidsvergelijking

Wat ons betreft hoeven de Nederlandse ontslagregels echter niet per se onder de dwingende werking van art. 7 lid 2 EVO

gebracht te worden. Wij zijn daar geen voorstander van omdat het zou betekenen dat het Nederlandse ontslagrecht altijd zou moeten worden toegepast wanneer in Nederland wordt gewerkt, zelfs in situaties waarin het buitenlandse recht gunstiger is voor de werknemer. Men denke bijvoorbeeld aan de oudere werknemer, werkzaam op basis van Duits recht, betrokken in een collectief ontslag in Nederland. Op basis van het nieuwe Ontslagbesluit dat de 'lifo'-regel heeft verruild voor het afspiegelingsbeginsel zou deze oudere werknemer wellicht eerder – en met een vergunning van het CWI – op straat komen te staan dan in Duitsland, waar de werknemer wellicht via het puntensysteem van het Duitse recht een grotere kans zou hebben om in dienst te blijven. Wij zouden zeggen: Duits recht toepassen en niet het BBA 1945-systeem.

Of denk aan de Belgische 'witte boord'-werknemer, in Nederland werkzaam op een arbeidsovereenkomst naar Belgisch recht. Deze werknemer zou wel eens recht kunnen hebben op een heel wat hogere ontslagvergoeding dan hij naar Nederlands recht zou kunnen vorderen.

Opnieuw zouden wij zeggen: niet het Nederlandse ontslagrecht toepassen, maar het Belgische.

Vanuit ons gezichtspunt, dat het Nederlandse ontslagrecht alleen maar bescherming verdient tegen uitholling door goedkoper ontslagrecht kan ermee worden volstaan de Nederlandse ontslagregels te brengen onder art. 6 lid 1 EVO en deze alleen toe te passen wanneer de bepalingen de werknemers meer bescherming bieden dan buitenlands recht. De toepasselijkheid van Nederlands recht zou dan steeds moeten plaatsvinden wanneer het gaat om in Nederland verrichte arbeid, ook als de arbeid maar van tijdelijke aard is. Toepasselijkheid zou echter niet afhankelijk moeten zijn van de vraag of de betrokkene na ontslag wel of niet op de Nederlandse arbeidsmarkt terugvalt.

Toegegeven zij, dat een gunstigheidsvergelijking met betrekking tot het ontslagrecht niet altijd eenvoudig is. Gezaghebbende schrijvers als Strikwerda en Vlas menen dat we daar niet aan moeten beginnen vanuit een oogpunt van hanteerbaarheid van het internationaal privaatrecht. De hanteerbaarheid van het internationaal privaatrecht zou niet worden bevorderd wanneer de rechter gedwongen is om de verschillende beschermingsniveaus met elkaar te vergelijken.⁴⁷ Wij denken dat het met die onhanteerbaarheid nogal meevalt. Advocaten en rechters kunnen zich oriënteren op studies terzake. Als die er nu nog niet zijn, kunnen deze als nog verricht worden door universiteiten en wetenschappelijke instituten.

Een vergelijking tussen de diverse rechtsstelsels kan gemaakt worden door een soort 'ranking' aan te brengen met betrekking tot de diverse regels. Men kan het 'pakket' ontslagrecht nemen en dan gaan kijken of de diverse regels met betrekking tot dat ontslagrecht in Nederland vergelijkbaar zijn met (bijvoorbeeld) Duitsland. Per regel, bijvoorbeeld inzake de opzegtermijnen, kan dan beoordeeld worden of die regel naar Nederlands recht of naar Duits recht gunstiger is voor de werknemer. Door een puntentelling aan te brengen kan men dan concluderen of het Nederlandse 'pakket' ontslagrecht gunstiger is voor de werknemer dan het Duitse.

Als model voor zo'n vergelijking verwijzen wij naar een studie waarin dit voor de werknemersrechten in faillissement gebeurd is.⁴⁸

Meetfactor ⁴⁹	Nederland	België	Duitsland	Engeland
rangorde loonvordering na faillissement	2	3-4	1	3-4
rangorde loonvordering voor faillissement	4	1	2	3
voldoening en limitering door waarborgfonds	1-2	3-4	1-2	3-4
financiering waarborgfonds	4	1-3	1-3	1-3
ontslagbescherming	2-3	4	1	2-3
opzegtermijnen	4	1	2	3
ontslag-/opzegvergoedingen	4	1	2	3
overname in faillissement	4	1	2-3	2-3
medezeggenschap aanvraag faillissement	2-3	1	2-3	4
medezeggenschap in de beslissingen van de curator	2-3	2-3	1	4
Totaal	31	20½	17½	31

Tabel 1. Onderzoeksresultaten verschillende rechtsstelsels

Een en ander leidde tot de conclusie dat in de onderlinge verhouding tussen de vier onderzochte rechtsstelsels Duitsland en België gunstiger zijn voor werknemers in faillissement dan het Nederlandse recht, maar dat het Engelse recht de werknemers niet meer bescherming te bieden heeft dan het Nederlandse recht.

Voor de toepassing van art. 6 lid 1 EVO zal dan in eerste instantie de uitkomst van de vergelijking van het totale pakket van het ontslagrecht bepalend moeten zijn ('Gruppenvergleich').⁵⁰ Men vervalt in onwenselijke vormen van 'dépeçage', wanneer iemand zich op de nietigheid van het ontslag krachtens het recht van het ene land en op de schadeloosstelling krachtens het recht van een ander land zou kunnen beroepen. In die zin is het ontslagrecht te zeer één innerlijk samenhangend geheel waaruit werknemers niet naar eigen inzicht leuke elementen moeten kunnen selecteren.⁵¹ Uiteraard scheidt zo'n pakketvergelijking dat de kans dat de

uitkomst ervan in een bepaald individueel geval nu net niet gunstiger voor de werknemer uitpakt. Maar als dat te krasse vormen aanneemt, kan de rechter daar altijd nog een mouw aanpassen met de norm van art. 6:248 lid 2 BW: toch maar niet het Nederlandse recht toepassen omdat dat in de betreffende casus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

8 Conclusie

Tot op heden wordt art. 6 BBA 1945 door de Hoge Raad gezien als een dwingende bepaling die in acht moet worden genomen, zelfs als op een arbeidsovereenkomst vreemd recht van toepassing is verklaard. Het BBA 1945 wordt door de Hoge Raad gezien als een bescherming van de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt. Gezien de kritiek op die visie van onder andere Van Maanen, maar ook gezien de ontwikkelingen in de Europese en Nederlandse regelgeving is het echter zeer de vraag of we dat standpunt van de Hoge Raad als zodanig moeten blijven omarmen. Maar dat betekent ons inziens niet dat werkgever en werknemer de totale vrije keuze moeten hebben met betrekking tot de vraag welk ontslagrecht op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. Wij hebben betoogd dat er andere redenen aangevoerd moeten worden om te bepleiten dat die vrije keuze soms beperkt moet worden. Die redenen hebben te maken met het gevaar voor sociale dumping, wat naar onze mening strijdig is met onder andere het gemeenschapsrecht. Wij hebben getracht een praktische oplossing aan te reiken die voor

alle partijen, werkgevers, werknemers, maar ook voor advocaten en rechters, werkbaar is.

Met het oog op het nieuwe Commissie-voorstel voor de omzetting van het EVO in een Verordening zouden wij willen bepleiten dat deze Verordening in art. 6:

- a. de materies van arbeidsrecht opsomt, die lidstaten als dwingende bepalingen kunnen aanmerken en dat daar dan in elk geval ook de ontslagbescherming bij zal worden vermeld;
- b. de lidstaten in staat stelt om hun dwingende arbeidrechtelijke bepalingen aan te melden bij de Europese Commissie, die deze dan zal bijhouden in een openbaar, goed te raadplegen register, zodat alle betrokkenen gemakkelijk aan de weet kunnen komen welke bepalingen daaronder vallen;
- c. de dogmatische strijd beslecht over de vraag of deze dwingende bepalingen altijd moeten worden toegepast dan wel alleen in geval en voor zover ze gunstiger voor de werknemer zijn. En in het laatste geval hoe die gunstigheid gemeten moet worden (naar ons idee: per samenhangende groep van bepalingen).

Ten slotte zouden we nog eens nadrukkelijk willen wijzen op het gevaar van de Dienstenrichtlijn voor de Nederlandse ontslagbescherming. Zoals wij in dit artikel hebben opgemerkt, is het onzeker of met de amendingsvoorstellen die het Europees Parlement in februari 2006 heeft aangenomen, de nationale ontslagbescherming voldoende beveiligd is tegen ondermijning door buitenlandse dienstverleners.

1. Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*PbEG* 2001, L 12). Voor een uitvoerige toelichting over de toepassing van deze Verordening in het arbeidsrecht zie Even & Van Kampen, 'De arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijk perspectief. Drie kernvragen voor de Nederlandse jurist', *ArA* 2004/1, p. 4; zie ook C.B.G. Derks, *ArbeidsRecht* 2005, 12, p. 12.
2. Verdrag van 19 juni 1980, *Trb.* 1980, 156 (rectificatie in *Trb.* 1991, 109), voor Nederland in werking getreden per 1 april 1991; zie uitvoerig over de toepassing van dit Verdrag in het arbeidsrecht: Even & Van Kampen, 'De arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijk perspectief. Drie kernvragen voor de Nederlandse jurist', *ArA* 2004/1, p. 4.
3. Zie COM 2005 650 def. van 15 december 2005.
4. Vgl. A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers* (diss.), Den Haag, 2000, p. 420-452; A.A.H. van Hoek, 'Het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten – een reactie op het Groenboek EVO', *SR* 2003, 88. Vergelijk ook de nieuw voorgestelde tekst van de EU-Verordening, die het EVO moet gaan aflösen. Deze bevat in art. 6 lid 2 onderdeel a en b enkele preciseringen van de gewoontelijke plaats van arbeidsverrichting c.q. de vestigingsplaats van de werkgever.
5. Zie voor gevallen van toepassing van de laatste zinsnede van art. 6 lid 2 EVO: Rb. Maastricht 14 januari 1999, *JAR* 2000/203; Ktr. Bergen op Zoom 25 augustus 2004, *JAR* 2005/37; Ktr. Utrecht 29 december 2004, *JAR* 2005/44.
6. Ook is er nog art. 16 EVO dat bepaalt dat de toepassing van een bepaling van het door dit Verdrag aangewezen recht slechts terzijde gesteld kan worden indien deze toepassing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het land van de rechter. Vgl. over dit artikel in het ontslagrecht een uitspraak van de Italiaanse Corte di Cassazione, die weigerde het Amerikaanse ontslagrecht (dat in beginsel uitgaat van rechtmatigheid van ontslag zonder een redelijke grond) toe te passen, omdat dit strijdt met de Italiaanse orde public (zie Corte di Cassazione, 11 november 2002, vermeld in *International Labour Law Reports*, Vol. nr. 23, p. 3; zie ook F. Gamillscheg & M. Franzen, 'Chapter 10. Conflicts of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations', in: R. Blanpain (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Deventer, 2004, p. 228.
7. In art. 8 lid 1 van het voorstel van de Europese Commissie ter vervanging van het EVO door een Verordening wordt als definitie van 'dwingende bepalingen' gegeven: 'bepalingen die van dermate cru-

ciaal belang zijn voor een land om zijn politieke, sociale of economische structuur te beschermen, dat die bepalingen gerespecteerd dienen te worden in die zin dat ze in elke situatie van toepassing zijn die het geval dwingend beheerst, ongeacht het recht dat op grond van de Verordening op de overeenkomst van toepassing is.' Dit sluit aan bij de definitie van het HvJ EG in de zaak *Arblade* (arrest van 23 november 1999, zaken C-369/96 en C-376/96). Volgens het HvJ EG in die zaak zijn bepalingen van bijzonder dwingend recht 'nationale bepalingen ... aan de inachtneming waarvan zoveel belang wordt gehecht voor de handhaving van de politieke, sociale of economische organisatie van de betrokken lidstaat, dat zij moeten worden nageleefd door eenieder die zich op het nationale grondgebied van deze lidstaat bevindt en voor elke daarin gesitueerde rechtsbetrekkende.'

8. A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers*, Den Haag, 2000, p. 395-397.
9. R. Blanpain, *Europees Arbeidsrecht*, Brugge, 2001, p. 251.
10. Vgl. J. Dumortier, *Arbeidsverhoudingen in het Internationaal Privaatrecht*, Antwerpen, 1981, p. 25.
11. F. Gamillscheg & M. Franzen, 'Chapter 10. Conflicts of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations', in: R. Blanpain (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Deventer, 2004, p. 224.
12. M.V. Polak, 'Van nieuw recht naar nieuwer recht', in: B. Barentsen, A.C. Damsteegt & J. Heinsius (red.), *Arbeidsrecht in internationaal perspectief*, Deventer, 2001, p. 80.
13. Rapport betreffende het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, door M. Giuliano en P. Lagarde, *PbEG* C 282 van 31 oktober 1980, p. 25.
14. COM 2002 654, def., Brussel 14 januari 2001, p. 38.
15. *Kamerstukken II* 1988/89, 21 059 nr. 3 (MvT), p. 15.
16. *Kamerstukken II* 1988, 21 240, nr. 1-2, p. 30.
17. Wet van 2 december 1999, *Stb.* 1999, 554.
18. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 524, nr. 3, p. 3-4.
19. A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers* (diss.), p. 454-460; A.A.H. van Hoek, 'Het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten – een reactie op het Groenboek EVO', *SR* 2003, 88.
20. C.G.J. Morse, 'Contracts of employment', in: P.M. North (ed.), *Contract conflicts. The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations: A comparative study*, Amsterdam, New York, Oxford, 1982, p. 162.
21. HR 5 juni 1953, *NJ* 1953, 613 (*Melchers*).

22. HR 8 januari 1971, *NJ* 1971, 129 (*Mackay I*); zie in soortgelijke zin HR 7 september 1984, *NJ* 1985, 104.
23. HR 7 september 1984, *NJ* 1985, 104 (*PRC/Kampman*); HR 18 januari 1991, *NJ* 1991, 296 (*Sanchez/Iberia*).
24. HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 842 (*Sorensen/Aramco*).
25. Rb. Groningen 29 maart 2002, *PrG*. 2002, 5943 (*Spelde/Musters*); Rb. Den Bosch 23 juli 2004, *NIPR* 2004, 243. Zie zeer recent nog Ktr. Amsterdam (voorzieningenrechter) 8 november 2005, *JAR* 2006/3.
26. Vgl. HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 842 (*Sorensen/Aramco*); HR 18 januari 1991, *NJ* 1991, 296 (*Sanchez/Iberia*); Hof Den Haag 30 januari 2004, *NIPR* 2004, 135.
27. HR 7 september 1984, *NJ* 1985, 104; Ktr. Sittard 29 juli 1998, *NIPR* 1998, 308 (*Lewis/Flightsafety International Ltd.*); Ktr. Amersfoort 22 december 1999, *NIPR* 2000, 198 (*Groeneveld/DHV*).
28. Vgl. Ktr. Amsterdam 21 augustus 1989, *PrG*. 1989, 3154 (*Ash/HVA*); Hof Amsterdam 28 november 1996, *NIPR* 1996, 99 (*Saykali/Mattel*).
29. Vgl. HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 842 (*Sorensen/Aramco*); Hof Arnhem 20 januari 2004, *NIPR* 2004, 135 (*Jennings/Halliburton*).
30. Vgl. A-G Franx in HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 842 (*Sorensen/Aramco*).
31. Vgl. Hof Amsterdam 28 november 1996, *NIPR* 1996, 99 en Ktr. Amsterdam 21 augustus 1989, *PrG*. 1989, 3154.
32. C.J.J. van Maanen, 'Het BBA en het internationaal privaatrecht', *WPNR* 1981 (55 585), p. 809-814.
33. Van Maanen verwijst namelijk in zijn voetnoot bij deze passage op p. 813 naar art. 6 lid 1 EVO, dat toen net gesloten was.
34. HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 842.
35. P. Vlas, 'Veranderingen in het i.p.r.-overeenkomstenrecht: geen revolutie maar EVolutie', *TVVS* 1991, p. 226.
36. A.T.J.M. Jacobs, *Ontslagrecht en flexibele arbeidsrelaties*, Deventer, 2001, p. 12-13.
37. Wet van 2 december 1999, *Stb.* 554; zie uitvoerig over deze wet de dissertatie van M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn*, Deventer, 2005.
38. Afgezien van het ontslagverbod bij zwangerschap en ontslag in strijd met gelijke behandelingsnormen.
39. M.S. Houwerzijl, p. 148 en p. 162-163.
40. Zie de voorlopige uitgave de Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement, publicatie P6_TA-PROV(2006)0061/A6-0409/2005.
41. *Kamerstukken II* 2005/06, nr. 30370; zie ook de Brief van de Minister van SZW aan de voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 17 oktober 2005, *Kamerstukken II* 2005/06, 30109, nr. 16, p. 2.
42. De b-grond van art. 24 WW omvat twee situaties:
- de werknemer heeft zelf ontslag genomen terwijl de voortzetting van de dienstbetrekking niet zodanig bezwaarlijk is dat dit niet van hem kan worden gevegd. Om voor WW in aanmerking te komen moet de werknemer die ontslag heeft genomen, kunnen aantonen dat het voortzetten van de dienstbetrekking op voor hem onoverkomelijke bezwaren zou stuiten;
 - de werknemer heeft zich niet of niet adequaat verweerd tegen zijn ontslag of het voornemen daartoe, terwijl aannemelijk is dat zo'n verweer een overwegend positieve kans van slagen zou hebben.
43. 'Beëindiging van de arbeidsovereenkomst tussen partijen met "weerdzijds goedgevinden" waarvoor geen vergunning van de CWI is vereist, ligt in die gevallen dan meer in de rede', zie Werkloosheidswet en ontslagrecht; kabinetsstandpunt. *Kamerstukken II* 2004/05, 30109, nr. 1, p. 46; zie ook Van Heusden, *SMA* 2004, p. 157.
44. Brief van de Minister van SZW van 2 december 2004 aan de SER, kenmerk SV/DEEG/2004/83083a.
45. *Kamerstukken II* 2004/05, 30109, nr. 1, p. 11.
46. HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96 (*Albany International*).
47. P. Vlas, a.w., p. 229-230.
48. A.T.J.M. Jacobs & R.D. Vriesendorp, *Werknemersrechten in faillissement*, Den Haag, 2000, p. 65-66.
49. Bij elke meefactor is op basis van het onderzoek van de verschillende rechtsstelsels voor elk land een eerste, tweede, derde en vierde plaats toegekend, afhankelijk van het antwoord op de vraag hoe 'voordelig' het desbetreffende rechtsstelsel voor de belangen van de door het faillissement getroffen werknemers is. Soms waren de verschillen tussen één of meer rechtsstelsels te verwaarlozen en zijn die meefactoren een gelijke positie toegekend. Dit is aangeduid met 1-2, 1-3, 2-3, 2-4 of 3-4 en deze uitkomsten zijn meegewogen als 1½, 2, 2½, 3 resp. 3½.
50. A.A.H. van Hoek (diss.), p. 397-400.
51. M.S. Houwerzijl (diss.), p. 25.