

ANNOTATIE

Het BBA dient publiek doel en geldt nog immer als voorrangregel

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

Inleiding

De Hoge Raad spreekt zich in dit arrest uit over de ‘reikwijdteregel’ van het BBA, op grond waarvan bepaald wordt of het BBA van toepassing is op arbeidsovereenkomsten met een internationaal aspect. De Hoge Raad prikt een proefballonnetje van het Hof Amsterdam lek. Maar komen we ook ietsje verder met de vraag wanneer een internationale arbeidsovereenkomst betrokken is bij de Nederlandse arbeidsmarkt?

De feiten

Olbrych, die de Amerikaanse nationaliteit heeft, en Nuon zijn op 10 mei 2005 een arbeidsovereenkomst aangegaan voor drie jaar met de mogelijkheid van tussentijdse opzegging. Volgens de overeenkomst is Amsterdam de plaats van tewerkstelling en is Nederlands recht van toepassing. Nuon heeft op 28 juli 2006 de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 oktober 2006. Nuon heeft daartoe geen toestemming als bedoeld in artikel 6 BBA gevraagd, omdat zij meent dat het BBA niet van toepassing is op de overeenkomst. Olbrych meent van wel en heeft daarom op grond van artikel 9 jo. artikel 6 BBA de opzegging vernietigd. De overeenkomst is nadien voorwaardelijk ontbonden en Nuon heeft een verklaring voor recht gevorderd dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig door opzegging is geëindigd met ingang van 1 oktober 2006. Het voornaamste argument van Nuon was, dat de werknemer na het ontslag niet zou terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt. De vordering is in eerste aanleg en in hoger beroep afgewezen (zie Hof Amsterdam 27 april 2010, JAR 2010/160).

De reikwijdteregel

Het arrest van het Hof Amsterdam is op diverse plaatsen besproken in de literatuur (C.G.B.

Derks, 'Het BBA na de Nuon-uitspraak; van "schoolvoorbeeld" voorrangsregel naar "gewoon" dwingend recht?', *ArbeidsRecht* 2011/8; A.L. Vytupil, 'Art. 6 BBA en internationale arbeidsverhoudingen: over "brain circulation" en de "Nederlandse arbeidsmarkt"', *TRA* 2010/49 J.H. Even, 'Rechtsmacht en toepasselijk recht bij internationale arbeid', *ArbeidsRecht* 2010/49). Opmerkelijk aan het arrest was, dat het hof schijnbaar een nieuwe maatstaf introduceerde om te bepalen of het BBA van toepassing is. Vermoedelijk werd hiermee beoogd de status van voorrangsregel aan de reikwijdteregel van het BBA te ontnemen. Dit licht ik hieronder toe. Kiezen op elkaar, het is niet eenvoudig.

In deze casus was Nederlands recht door partijen van toepassing verklaard, en was dit verder niet in geschil. De toepasselijkheid van Nederlands recht op de arbeidsverhouding brengt echter niet automatisch ook toepasselijkheid van het BBA met zich mee (HR 5 juni 1953, *NJ* 1953, 613, Melchers/Nationale Handelsbank N.V.). Doorslaggevend criterium is volgens de Hoge Raad de vraag of de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt voldoende zijn betrokken bij de arbeidsverhouding, hetgeen volgens de Hoge Raad afhangt van de feitelijke omstandigheden. Hiermee heeft de Hoge Raad een 'eigen reikwijdteregel' geschapen voor het BBA, die meebrengt dat bij sommige arbeidsovereenkomsten met een internationaal aspect weliswaar Nederlands recht van toepassing is, maar het BBA niet. Dit noem ik voor het gemak even de interne werking van de reikwijdteregel. Daarnaast kan deze regel meebrengen dat het BBA van toepassing is ondanks het feit dat de overeenkomst wordt beheerst door vreemd recht. Dit is dan de externe werking van de reikwijdteregel.

Vorrangsregel

Vanwege de externe werking van de reikwijdteregel, wordt het BBA aangemerkt als een voorrangsregel in de zin van artikel 7 lid 2 EVO, of sinds 2009, artikel 9 lid 1 van de Verordening Rome I. Ik ga hier even uit van het EVO, omdat dit op de casus van toepassing is. Volgens artikel 7 lid 2 EVO laat het EVO onverlet de toepassing van de bepalingen van het recht van het land van de rechter die ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht, het geval dwingend beheersen. Voorrangsregels in de zin van dit artikel dienen een bepaald publiek belang te behartigen. De bepaling laat ruimte aan de rechter om te bepalen welke gevallen dwingend door het recht (in casu: het BBA) worden beheerst. Een voorrangsregel of een regel van bijzonder dwingend recht moet worden onderscheiden van een regel van gewoon dwingend recht. Daarover bepaalt artikel 6 lid 1 EVO dat, ongeacht de rechtskeuze van partijen, de werknemer niet de bescherming mag verliezen welke hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat ingevolge artikel 6 lid 2 bij gebreke van rechtskeuze op hem van toepassing is. Deze regel laat veel minder ruimte voor de rechter om te bepalen wanneer het recht (het BBA) van toepassing is in externe gevallen (zie voor een bespreking o.a. H. Verschueren, 'Toepasselijk arbeidsrecht in grensoverschrijdende situaties: overzicht en

knelpunten van Europese rechtsregels en rechtspraak', in: *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen*, Serie Onderneming en Recht, Deventer: Kluwer 2009).

De Hoge Raad heeft het BBA als een regeling van publiek belang aangemerkt, onder andere in HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 842 (Sorensen/Adamco), waarin de Hoge Raad overwoog dat het BBA 'nog steeds' strekt ter bescherming van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland, waarbij met name het in artikel 6 BBA gestelde vereiste, in het belang van de betrokken werknemers en in het belang van de Nederlandse arbeidsmarkt, sociaal ongerechtvaardigd ontslag beoogt te voorkomen.

In de literatuur is er voor gepleit om de status van voorrangregel aan het BBA te ontzeggen, omdat het BBA nog te weinig een publiek belang zou dienen, maar slechts het particuliere belang van de werknemer (zie J.H. Even & E.K.W. van Kampen, 'De arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijk perspectief. Drie kernvragen voor de Nederlandse jurist', *ArA* 2004/1, p. 57-58). Het verliezen van die status zou betekenen dat wanneer een arbeidsverhouding door vreemd recht wordt beheerst, de externe werking van de reikwijdteregel komt te vervallen, zodat toepasselijkheid van het BBA wordt bepaald door artikel 6 lid 2 EVO. Het is niet op voorhand te zeggen welke gevolgen dat zou hebben voor de werkingssfeer van het BBA in gevallen dat vreemd recht van toepassing is (zie ook Even & Van Kampen 2004, voetnoot 172). Wel duidelijk zou het gevolg zijn voor de interne werking van de reikwijdte regel. Als de Hoge Raad ook de interne werking van de reikwijdteregel zou intrekken, zou het BBA zonder meer van toepassing zijn in alle gevallen waarop Nederlands recht van toepassing is.

Het publieke doel van het BBA

Het hof heeft de gedachte dat het publieke belang van het BBA aan gewicht heeft ingeboet, overgenomen in zijn overwegingen, met een verwijzing naar het artikel van Even en Van Kampen. Het overweegt dat voor zover het BBA mede de bescherming van de Nederlandse arbeidsmarkt ten doel had, dat doel inmiddels verregaande relativering verdient. Bezien tegen de achtergrond van het mede door Nederland onderschreven sterk toegenomen belang van de Europese Unie en het vrij verkeer van werknemers daarbinnen, zou het achterhaald zijn om nog te spreken over de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt. Het hof vervolgt de redenering niet, zoals te verwachten zou zijn op grond van het artikel van Even en Van Kampen, door de interne reikwijdteregel buiten toepassing te verklaren, maar door de interne reikwijdteregel aan te passen. Het hof zoekt het criterium voor toepasselijkheid van het BBA niet meer in publieke doelen maar in de beschermingsbehoefte van de werknemer tegen ongerechtvaardigd ontslag. Het hof beoordeelt daartoe of de situatie van de werknemer in casu zich voldoende onderscheidt van de situatie van andere werknemers die werkzaam zijn

in Nederland om het ontbreken van ontslagbescherming te rechtvaardigen, hetgeen volgens het hof niet zo is.

In de literatuur is uit deze redenering van het hof de gevolgtrekking gemaakt dat het hof hier de status van voorrangsregel aan het BBA heeft ontzegd (Derks 2011, en Even 2010). Dit is echter een te voorbarige gevolgtrekking, zo stelt ook A-G Vlas in zijn conclusie. Als het hof de status van voorrangsregel wilde laten vallen, had dit ten eerste vooral effect gehad op de externe werking van de reikwijdteregel, en die was in casu niet aan de orde. Als de interne werking van de reikwijdteregel werkelijk was ingetrokken, had het hof bovendien het BBA zonder meer van toepassing moeten verklaren aangezien dit deel uitmaakte van het toepasselijke Nederlandse recht. Mogelijk is het wel de bedoeling van het hof geweest om een proefballonnetje op te laten om de stelling van Even en Van Kampen te testen, dat de status van voorrangsregel uit de tijd is.

Bevestiging publieke doel BBA

Dit proefballonnetje is door de Hoge Raad echter lek geprikt. De Hoge Raad volgt het hof niet in het onderscheid tussen publieke doelen die gerelativeerd moeten worden, en het particuliere doel van de bescherming van de werknemer dat juist benadrukt mag worden. De Hoge Raad stelt (nog eens) vast dat artikel 6 BBA nog steeds publieke doelen dient, waaronder het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigd ontslag, onder verwijzing naar het Sorensen/Adamco-arrest. Daarbij licht de Hoge Raad uitvoerig toe welke publieke belangen het BBA volgens de meer recente wetgevingsgeschiedenis dient: het bieden van een algemene, onafhankelijke toets op onredelijk ontslag, maar ook een overheidsinstrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt, zoals (gedeeltelijk) arbeidsongeschikten en ouderen, tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag te beschermen, terwijl de ontslagtoets tevens een belangrijk overheidsinstrument vormt om oneigenlijke instroom in de sociale zekerheid tegen te gaan (*Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 11*). De overwegingen van het hof met betrekking tot de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt in verband met het vrij verkeer van werknemers binnen de Europese Unie laat de Hoge Raad voor rekening van het hof, maar dat het belang van werknemers bij bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag de nadruk verdient, is volgens de Hoge Raad juist. Dit is, zo kan het arrest kort worden samengevat, echter net zo goed een algemeen belang als een belang van de betrokken werknemers.

Criteria voor betrokkenheid Nederlandse arbeidsmarkt

En wanneer zijn die algemene belangen in het geding bij een arbeidsverhouding met internationale aspecten? Hiervoor werd tot nu toe veelal het terugvalcriterium gebruikt. De interne werking van de reikwijdteregel brengt zoals gezegd mee dat, om het BBA van

toepassing te kunnen verklaren bij een arbeidsovereenkomst met internationale aspecten waar Nederlands recht op van toepassing is, betrokkenheid moet worden aangetoond van de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt bij de betreffende arbeidsverhouding. Een mogelijke vorm van betrokkenheid is het feit dat de belangen van de arbeidsmarkt worden geschonden door het ontslag. Dat is denkbaar als een werknemer na ontslag op de Nederlandse arbeidsmarkt 'terugvalt' en daar bijvoorbeeld aanspraak maakt op een werkloosheidsuitkering of andere steun (HR 8 januari 1971, *NJ* 1971, 129, Mackay).

Dit 'terugvalcriterium' is volgens de Hoge Raad relevant, maar het is niet het enige juiste criterium. In het al aangehaalde arrest *Sorensen/Adamco* overwoog de Hoge Raad immers dat het BBA strekt ter bescherming van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland, waarbij met name het in artikel 6 BBA gestelde vereiste, in het belang van de betrokken werknemers en in het belang van de Nederlandse arbeidsmarkt, sociaal ongerechtvaardigd ontslag beoogt te voorkomen. Deze overweging biedt ruimte om meer algemene belangen een rol te laten spelen dan de belangen die betrokken zijn bij 'het terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt' na het ontslag. Het 'terugvalcriterium' is in de lagere jurisprudentie na het *Sorensen/Adamco*-arrest niettemin veelvuldig toegepast en werd veelal beschouwd als het belangrijkste criterium (zie Even & Van Kampen 2004, p. 55-56). Vandaar wellicht dat in de *Olbrych*-zaak het voornaamste argument voor het ontbreken van toepasselijkheid van het BBA was, dat de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst zou terugkeren naar de Verenigde Staten. Het Hof Amsterdam overwoog echter (in lijn met de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad) dat het terugvalcriterium weliswaar een belangrijke, maar geen doorslaggevende factor is om de betrokkenheid van de Nederlandse arbeidsmarkt vast te stellen. Maar welke factoren zijn dan nog meer relevant, naast het terugvalcriterium? In literatuur en rechtspraak worden nauwelijks andere criteria aangereikt om betrokkenheid vast te stellen. Wel worden vele gezichtspunten genoemd, zoals plaats van arbeid, vestigingsplaats werknemer en werkgever, woonplaats en familielevens werknemer, nationaliteit werknemer, het van toepassing verklaarde recht en fiscale en sociale wetgeving (zie Even & Van Kampen 2004, p. 55-56 en Vytöpil 2010 voor een overzicht).

Het hof introduceert een nieuw criterium, namelijk dat de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt in het geding zijn als de situatie van de betreffende werknemer zich niet voldoende onderscheidt van die van andere werknemers die werkzaam zijn in Nederland. Dit is volgens de Hoge Raad een juist criterium, omdat het een aanwijzing is voor de betrokkenheid van Nederlandse sociaaleconomische verhoudingen. De Hoge Raad somt daarbij de door het hof genoemde concrete omstandigheden op: dat op de arbeidsovereenkomst Nederlands recht van toepassing is, dat de arbeid in Nederland wordt verricht zonder (concreet) vooruitzicht op een structurele of langdurige tewerkstelling in een

ander land, en dat de werkgever in Nederland is gevestigd.

Gelijkheids criterium

Het criterium dat het hof gebruikt zou gelezen kunnen worden als een beroep op een gelijkheidsbeginsel (zie voor deze lezing van het arrest bijvoorbeeld Derks 2011, en de verwijzing naar het non-discriminatiebeginsel bij de toepassing van de reikwijdteregel van het BBA door Ktr. Eindhoven 28 oktober 2010, *JAR* 2011/1, m.nt. M. Koevoets). Het hof vergelijkt de ‘internationale’ werknemer immers met een gewone werknemer en meent dat alleen relevante verschillen het onthouden van de ontslagbescherming van het BBA kunnen rechtvaardigen. Toepassing van dit ‘gelijkheids criterium’ zou kunnen leiden tot het meewegen van factoren als het arbeidsvoorwaardenpakket van een *expat* ten opzichte van dat van gewone werknemers, zoals Derks al heeft geopperd. Dat lijkt mij een heilloze weg, omdat het in feite neer zou komen op de vraag in hoeverre de werknemer behoefte heeft aan ontslagbescherming, of dat hij in feite al gecompenseerd is voor het ontbreken ervan. Maar de vraag naar behoefte aan ontslagbescherming kan alleen beantwoord worden door toepassing van het BBA zelf. Het is niet logisch om dat probleem alvast maar aan de orde te stellen bij de voorvraag, namelijk de vraag of het BBA van toepassing is. Als dat de bedoeling was, dan was het voldoende geweest om te verklaren dat er voortaan geen situaties meer zijn waarin weliswaar Nederlands recht van toepassing is, maar het BBA niet. Uit de gezichtspunten die het hof en de Hoge Raad noemen, is ook niet op te maken dat een volledige vergelijking tussen de situatie van de ‘gewone’ werknemer en de betrokkene aan de orde is. Genoemd wordt immers slechts dat de arbeid in Nederland bij een Nederlandse werkgever wordt verricht zonder concreet vooruitzicht op werk in een ander land, en dat Nederlands recht van toepassing is.

Territoriaal criterium

Om te voorkomen dat het ‘gelijkheids criterium’ leidt tot het vergelijken van de behoefte aan ontslagbescherming van een betrokken werknemer en een gewone werknemer, kan de relevante vraag mijns inziens beter anders worden aangeduid. Het gaat er nogmaals om, vast te stellen wanneer een arbeidsverhouding met internationale aspecten dermate betrokken is bij de Nederlandse arbeidsmarkt, dat het doel van artikel 6 BBA, te weten het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigd ontslag, in het geding is. Onderscheidend moet daarvoor in ieder geval in het geval van *Olbrych* zijn, of gezegd kan worden dat het ontslag zich *op de Nederlandse arbeidsmarkt* voordeed, want of het ontslag vervolgens al dan niet gerechtvaardigd is, moet worden uitgemaakt door toepassing van het BBA. De vraag of een ontslag zich voordeed op de Nederlandse arbeidsmarkt, kan worden aangeduid als het ‘territoriale criterium’. Een daarmee samenhangend aspect zou kunnen zijn het belang om te

voorkomen dat de Nederlandse ontslagbescherming door het aannemen van buitenlandse werknemers wordt ontdoken. Daarvoor kan, net als het hof doet, worden onderzocht of de betrokken arbeidsverhouding niet net zo goed voorkomt bij Nederlandse werknemers die wel onder het BBA vallen. Het territoriale criterium ('ontslag op de Nederlandse arbeidsmarkt') kan worden ingevuld door gezichtspunten die nu ook al in de jurisprudentie voorkomen, zoals het werken en wonen in Nederland.

Het territoriale criterium kan fungeren naast het 'terugvalcriterium', want daarvoor is nog steeds ruimte. In bijvoorbeeld de uitspraak van het Hof Arnhem 12 juli 2011, *JAR* 2011/257, waar het ging om een Nederlandse werknemer die door zijn Nederlandse werkgever in Roemenië tewerk was gesteld en daar ook bleef wonen na het ontslag, is het ontbreken van voldoende betrokkenheid met de Nederlandse arbeidsmarkt in 'territoriale' zin, tezamen met de toepassing van het terugvalcriterium, mijns inziens een betere verklaring voor het ontbreken van toepasselijkheid van het BBA dan de toepassing van het 'gelijkheids criterium' ofwel de behoefte aan bescherming van betrokkene, hoewel dit criterium door dit hof wel werd aangehaald. Toepassing van het territoriale criterium zou voorts tot een andere uitkomst leiden in de zaak Ktr. Eindhoven, 28 oktober 2010, *JAR* 2011/1 m.nt. M. Koevoets, waarin het ging om een Duitse werknemer die woonde en werkte in Duitsland en op wiens arbeidsovereenkomst met een Nederlandse werkgever Nederlands recht van toepassing was. Deze kantonrechter vond dat de Duitse werknemer net zo goed als andere werknemers behoefte had aan ontslagbescherming van het BBA en paste expliciet het gelijkheidsbeginsel toe. Van voldoende betrokkenheid met de Nederlandse arbeidsmarkt was hier echter in mijn ogen – en die van annotator Koevoets – geen sprake.

Conclusie

De Hoge Raad heeft in dit arrest het publieke doel van het BBA, en daarmee de ongewijzigde toepassing van de reikwijdteregel voor het BBA bevestigd, zij het dat nu duidelijk is dat daarbij de bescherming van de werknemer voorop mag staan. Al met al was de omweg via het relativeren van het publiek belang door het hof niet nodig geweest om tot dezelfde uitkomst te komen. Wel is een nader criterium voor de invulling van de betrokkenheid van de Nederlandse arbeidsmarkt gevonden, namelijk het gelijkheids criterium. Betoogd is dat dit beter vervangen kan worden door het territoriale criterium.