

ANNOTATIE

Boedeker/Schlecker: de laatste aflevering in een spannende trilogie

mr. dr. J.H. Even

Met dit arrest heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) een interessante trilogie afgesloten. Deze trilogie biedt een goed overzicht van de wijze waarop artikel 6 lid 2 van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO) moet worden geïnterpreteerd. De drie uitspraken zijn eveneens van groot belang voor de uitleg van artikel 8 leden 2 tot en met 4 van de Verordening inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), de bepalingen die artikel 6 lid 2 EVO opvolgen.

1. Het recht van toepassing op de arbeidsovereenkomst

Het staat ingevolge het EVO de contracterende partijen als hoofdregel vrij zelf te kiezen welk recht op de (arbeids)overeenkomst van toepassing is. Deze rechtskeuze moet op grond van artikel 3 lid 1 EVO uitdrukkelijk zijn gedaan of duidelijk blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. Toch zijn er belangrijke uitzonderingen op deze vrijheid. De voor het arbeidsrecht meest relevante uitzondering volgt uit artikel 6 EVO. Deze uitzondering is in het leven geroepen om de zwakker geachte werknemer te beschermen. Dezelfde beschermingsgedachte is terug te vinden in Rome I.

Artikel 6 lid 1 EVO bepaalt dat de arbeidsovereenkomst weliswaar wordt beheerst door het recht dat de partijen hebben gekozen, maar dat deze keuze er niet toe mag leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van bepalingen ten aanzien waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken van het recht dat bij gebreke van een rechtskeuze op de arbeidsovereenkomst van toepassing zou zijn (het objectief toepasselijke recht). 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. Artikel 8 lid 1 Rome I luidt hetzelfde.

Het objectief toepasselijke recht wordt vastgesteld door het getrapte systeem van artikel 6 lid 2 EVO. Dat bepaalt dat bij gebreke van een rechtskeuze de arbeidsovereenkomst beheerst wordt door: (a) het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht (het gewoonlijke werkland), zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land te werk is gesteld; of (b) het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, tenzij uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, in welk geval het recht van dat andere land toepasselijk is (de exceptieclausule). Ditzelfde getrapte systeem is terug te vinden in artikel 8 leden 2 tot en met 4 Rome I.

Voornoemd systeem oogt bij eerste lezing vrij eenvoudig. Uit de tekst volgt reeds dat sub b uitsluitend aan de orde komt als geen gewoonlijk werkland kan worden vastgesteld. Sub a gaat dus voor sub b. De exceptieclausule kan echter derogeren aan beide aanknopingscriteria (zowel sub a als sub b), als blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land. Ondanks de ogenschijnlijke duidelijkheid, bleven tot voor kort vragen bestaan over de uitleg van artikel 6 lid 2 EVO. Veel van die vragen zijn inmiddels beantwoord in de arresten Koelzsch/Luxemburg (HvJ EU 15 maart 2011, C-29/10) en Voogsgeerd/Navimer (HvJ EU 15 december 2011, C-384/10). Deze arresten hebben duidelijkheid gegeven over de reikwijdte van artikel 6 lid 2 sub a, respectievelijk sub b EVO, en hun verhouding tot elkaar. Kort gezegd komt het erop neer dat het begrip 'het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht' van artikel 6 lid 2 sub a EVO ruim moet worden uitgelegd, dit mede in verband met de bescherming van de werknemer. Deze brede toepasselijkheid van sub a gold volgens het HvJ EU 'als een waarborg dat eerder het recht van de staat waarin hij zijn beroepswerkzaamheden verricht van toepassing is dan dat van de staat van de zetel van de werkgever' (Koelzsch/Luxemburg, punt 41). De werknemer oefent namelijk zijn economische en sociale functie in eerstgenoemde staat uit en zijn arbeid ondergaat volgens het HvJ EU in die staat de invloed van het politieke en het bedrijfsklimaat. Het in sub b genoemde criterium van de plaats van 'de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen' kan slechts toepassing vinden wanneer de aangezochte rechter niet in staat is te bepalen in welk land de arbeid gewoonlijk werd verricht. Bovendien heeft het HvJ EU uitgelegd wat precies onder het begrip vestiging dient te worden verstaan: 'elke vaste inrichting van een onderneming' (Voogsgeerd/Navimer, punt 54).

Het was nog niet duidelijk hoe sub a en sub b van artikel 6 lid 2 EVO zich verhouden tot de exceptieclausule: wanneer kan deze exceptieclausule derogeren aan de hoofdregels van sub a en sub b? Hier staan, zoals A-G Wahl dit in punt 42 van de conclusie samenvat (zie ook punt 30 van het HvJ EU), twee opvattingen tegenover elkaar. Volgens een eerste uitlegmethode

bestaat er, toegepast op de onderhavige zaak, tussen sub a en de exceptieclausule een verhouding van 'beginsel en uitzondering', waarbij slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden onderzocht of de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land, namelijk wanneer op basis van de vermoedens een recht wordt aangewezen dat kennelijk niet geschikt is voor de overeenkomst. Volgens een tweede uitlegmethode bestaat er geen rangorde tussen de betrokken bepalingen en beschikt de rechter over een zekere beoordelingsmarge bij het bepalen van het recht waarmee de betrokken overeenkomst het nauwst is verbonden. Eveneens bestond discussie over het antwoord op de vraag of, bij het bepalen van het toepasselijke recht, rekening zou mogen worden gehouden met het materieel voor de werknemer gunstigste recht. Er is wel betoogd dat het beschermingsbeginsel van artikel 6 EVO ertoe zou moeten leiden dat de vaststelling welk recht de werknemer het meeste bescherming biedt, relevant is bij beantwoording van de vraag welk rechtsstelsel de arbeidsovereenkomst beheerst. Anders gezegd, in de verhouding tussen sub a en de exceptieclausule zou een rol spelen welk rechtsstelsel de werknemer de meeste bescherming biedt: dat rechtsstelsel zou (een zekere) voorrang moeten krijgen. Dit standpunt is geponeerd door V. van den Eeckhout in 'Enkele beschouwingen naar aanleiding van diverse recente Europese en Nederlandse uitspraken in het internationaal arbeidsrecht (Koelzsch, Voogsgeerd, Vicoplus, Nuon-rechtspraak en zaak FNV/De Mooij). Welke (nieuwe) argumentatiemogelijkheden voor werknemers tot opeisen van (meer) arbeidsrechtelijke bescherming in internationale situaties?', *ARBAC* 2012, p. 3-8.

2. Feiten en verwijzingsarrest

De feiten in de onderhavige zaak laten zich als volgt samenvatten. Boedeker was aanvankelijk van 1 december 1979 tot 1 januari 1994 bij Schlecker in Duitsland in dienst geweest. Daarna was zij in de eerste helft van 1995 opnieuw bij Schlecker in dienst getreden als 'Geschäftsführerin/Vertrieb' in Nederland. Bij brief van 19 juni 2006 had Schlecker Boedeker meegedeeld dat haar functie in Nederland zou ophouden te bestaan. Zij zou als bedrijfsleider in Dortmund te werk worden gesteld. Naar Duits recht betrof dit een zogenoemde *Änderungskündigung*. Boedeker maakte hiertegen bezwaar. Zij vorderde in rechte onder meer de vaststelling dat Nederlands recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing was. Deze vordering werd in beide feitelijke instanties toegewezen. Voor het vaststellen van het toepasselijke recht knoopten de feitenrechters aan bij het aanwijzingscriterium van artikel 6 lid 2 sub a EVO: Nederland was het gewoonlijke werkland. Schlecker ging hiertegen in cassatie en voerde aan dat de arbeidsovereenkomst was onderworpen aan Duits recht. Zij deed in dit verband onder meer een beroep op de exceptieclausule. Ter onderbouwing hiervan beriep Schlecker zich op het gegeven dat het salaris vóór de invoering van de euro in Duitse marken werd betaald, dat de werkgever een Duitse rechtspersoon was, dat de pensioenvoorziening bij

een Duitse pensioenverzekeraar was ondergebracht, dat Boedeker in Duitsland woonde, dat de sociale premies in Duitsland werden betaald, dat in de arbeidsovereenkomst naar dwingendrechtelijke bepalingen uit het Duitse recht werd verwezen en dat Schlecker de reiskosten van Boedeker naar Nederland vergoedde. Deze omstandigheden kwamen er volgens A-G Strikwerda samengevat op neer dat de arbeidsovereenkomst van partijen in alle (relevante) opzichten, behalve voor zover het gaat om de plaats waar Boedeker ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk haar arbeid verrichtte, met Duitsland was verbonden.

A-G Strikwerda merkte op dat, als de verwijzingsregel van artikel 6 lid 2 sub a EVO niet op het beschermingsbeginsel, maar uitsluitend op het beginsel van de nauwste verbondenheid zou zijn gebaseerd, het hof zou moeten hebben concluderen dat de arbeidsovereenkomst nauwer met Duitsland was verbonden dan met Nederland. Het hof zou dan de exceptieclausule hebben moeten toepassen. De verwijzingsregel van artikel 6 lid 2 sub a EVO is echter niet uitsluitend gebaseerd op het beginsel van de nauwste betrokkenheid, maar ook op het beschermingsbeginsel, aldus de A-G. Dit betekende volgens hem dat bij de toepassing van de exceptieclausule niet alleen beslissend was of met een ander land dan het land waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht een feitelijk-geografisch aanknopingsoverwicht bestaat, maar ook of door toepassing van het recht van dat andere land afbreuk werd gedaan aan de strekking van het beschermingsbeginsel. In dat verband maakte de A-G duidelijk dat het beschermingsbeginsel er uitsluitend toe strekt de werknemer de bescherming te verlenen die geldt in zijn werkomgeving, en niet om hem de toepassing te garanderen van het recht dat voor hem tot het gunstigste resultaat leidt. Er mocht dus geen betekenis worden toegekend aan de omstandigheid dat het recht van het ene land voor de werknemer tot een materieel gunstiger resultaat leidde dan het recht van het andere land. Dit toepassende, kwam de A-G tot de conclusie dat in het onderhavige geval, waarin vaststond dat Boedeker permanent en ruim elf jaar haar werk voor Schlecker had verricht in Nederland, het hof terecht had geoordeeld dat niet eenvoudig van het beschermende hoofdbeginsel van artikel 6 lid 2 sub a EVO mocht worden afgeweken. Het hof had daardoor op goede gronden geoordeeld dat de door Schlecker aangevoerde aanknopingspunten van de arbeidsovereenkomst met Duitsland, geen grond opleverden met toepassing van de exceptieclausule Duits recht op de arbeidsovereenkomst toe te passen.

De Hoge Raad stelde in rechtsoverweging 3.6 van het verwijzingsarrest vast dat in cassatie tot uitgangspunt diende te worden genomen dat het Nederlandse recht in dit geval een verdergaande bescherming bood aan Boedeker tegen de door Schlecker gehanteerde 'Änderungskündigung' dan het Duitse recht. De Hoge Raad leek dus niet uit te sluiten dat dit gegeven relevant was. Verder twijfelde de Raad aan de uitleg van de exceptieclausule. Als in het geval dat alle relevante aanknopingspunten verwijzen naar een en hetzelfde andere land

dan het gewoonlijke werkland toch het recht van het werkland van toepassing is, zou de exceptieclausule volgens de Raad aan betekenis verliezen. Die conclusie kon niet buiten gerede twijfel als juist worden aanvaard. In het licht daarvan stelde de Hoge Raad de volgende prejudiciële vragen:

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

3. Het HvJ EU

Het HvJ EU greep eerst terug op de arresten Koelzsch/Luxemburg en Voogsgeerd/Navimer. Hij herhaalde dat het aanwijzingscriterium van het gewone werkland voor het criterium gaat van de plaats van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen. Het eerste aanwijzingscriterium moet in verband met de werknemersbescherming ruim worden opgevat. Deze doelstelling moet volgens het HvJ EU verzekeren dat op de arbeidsovereenkomst het recht van het land wordt toegepast waarmee deze overeenkomst de nauwste banden schept. Deze uitlegging hoefde er volgens het HvJ EU echter niet noodzakelijkerwijs toe te leiden dat in alle situaties het gunstigste recht voor de werknemer werd toegepast.

Vervolgens ging het HvJ EU in op de verhouding tussen de aanwijzingscriteria van artikel 6 lid 2 sub a en b enerzijds en de exceptieclausule anderzijds. Hierover merkte het HvJ EU op dat uit de letterlijke bewoording van artikel 6 lid 2 EVO blijkt dat de rechter eerst aan de hand van de aanwijzingscriteria van artikel 6 lid 2 sub a en b moet bepalen welk recht van toepassing is. Dat brengt de rechtszekerheid mee. Niettemin kan de exceptieclausule aan de toepasselijkheid van sub a en b van artikel 6 lid 2 EVO derogeren, als de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land dan dat waartoe toepassing van de sub a en b leidt. Deze uitlegging staat op één lijn met het bepaalde in artikel 8 Rome I. Het HvJ EU vervolgde: 'Blijkens het voorgaande dient de verwijzende rechter het op de overeenkomst toepasselijke recht te bepalen op basis van de aanknopingscriteria van artikel 6, lid 2, eerste zinsdeel, EVO, en in het bijzonder op basis van het in dit lid 2, sub a, bedoelde criterium van de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht. Wanneer een overeenkomst evenwel nauwer is verbonden

met een ander land dan dat waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, dient krachtens het laatste zinsdeel van dat lid het recht van het land waar de arbeid wordt verricht, buiten toepassing te worden gelaten en het recht van dat andere land te worden toegepast.’

De rechter diende volgens het HvJ EU bij het toepassen van de exceptieclausule rekening te houden met alle factoren die de arbeidsbetrekking kenmerken, en te bepalen welke factor of factoren daarvan volgens hem het zwaarste wegen. De rechter mocht echter niet automatisch tot de conclusie komen dat de regel van artikel 6, lid 2, sub a, EVO buiten toepassing moet worden gelaten louter omdat de andere relevante omstandigheden, buiten de plaats waar de arbeid daadwerkelijk wordt verricht, door hun *aantal* een ander land aanwijzen. Het gaat immers ook om de importantie van de factoren. Onder de belangrijke factoren voor de aanknoping bij de exceptieclausule diende volgens het HvJ EU allereerst rekening te worden gehouden met het land waar de werknemer belastingen en heffingen op inkomsten uit arbeid betaalt en het land waar hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen. Bovendien diende de nationale rechter volgens het HvJ EU rekening te houden met alle omstandigheden van de zaak, zoals met name de criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden.

Hieruit volgde, aldus het HvJ EU, dat artikel 6 lid 2 EVO zo moet worden uitgelegd dat de nationale rechter, zelfs indien een werknemer de arbeid ter uitvoering van de arbeidsovereenkomst gewoonlijk, gedurende lange tijd en zonder onderbreking in hetzelfde land verricht, ingevolge het laatste zinsdeel van deze bepaling het in dat land toepasselijke recht buiten toepassing kan laten indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat die overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land. Met dat antwoord hoefde het HvJ EU niet op de tweede prejudiciële vraag in te gaan.

4. Analyse

In feite is de exceptieclausule van artikel 6 lid 2 EVO overbodig: sub a en sub b van artikel 6 lid 2 EVO dekken immers het gehele spectrum van mogelijke gevallen af. Dat rechtvaardigt de vraag waarom ook die exceptieclausule is opgenomen. A-G Trstenjak beantwoordde die vraag in punt 47 van de conclusie bij Voogsgeerd/Navimer met de opmerking dat de regelingen (sub a, sub b en de exceptieclausule) van artikel 6 lid 2 EVO op de grondgedachte berusten dat ‘in het belang van de beschermingswaardige werknemer het recht moet worden toegepast dat nauwer verbonden is met de arbeidsovereenkomst’. Een soortgelijke gedachte is terug te vinden bij A-G Strikwerda, waar hij stelt dat het beschermingsbeginsel een rol speelt bij het interpreteren van artikel 6 lid 2 sub a EVO en de exceptieclausule (conclusie bij Schlecker/Boedeker, punt 21). A-G Strikwerda bepleitte in dit verband dat het werkland geacht

dient te worden de werknemer het meest bescherming te geven, zodat bij een 'duidelijk werkland' niet snel kan worden teruggevallen op de exceptieclausule. A-G Wahl was het met dat laatste niet eens in zijn conclusie in de onderhavige zaak. Wahl meende met Strikwerda dat werknemersbescherming weliswaar een belangrijke rol speelt bij het interpreteren van artikel 6 lid 2 EVO, maar die bescherming moet worden gevonden door het recht van het land toe te passen waarmee de arbeidsovereenkomst het nauwst is verbonden (punt 54 van zijn conclusie). Hij ziet daarbij, anders dan A-G Strikwerda, geen ruimte voor een rangorde tussen het gewone werkland en de exceptieclausule van artikel 6 lid 2 EVO (punten 42 en 44 van de conclusie van A-G Wahl). Dat standpunt lijkt ook het uitgangspunt van het HvJ EU te zijn gezien punt 34 van het arrest: '[a]ngezien de doelstelling van artikel 6 EVO een passende bescherming van de werknemer is, moet deze bepaling verzekeren dat op de arbeidsovereenkomst het recht van het land wordt toegepast waarmee deze overeenkomst de nauwste banden schept.' Het HvJ EU zag met A-G Wahl in deze zaak geen reden bij een 'duidelijk werkland' niet te kunnen overstappen op de exceptieclausule. Wel zal daadwerkelijk sprake moeten zijn van nauwere banden. Hierbij gaat het niet zo zeer om het aantal factoren dat naar een ander land wijst, maar veel meer om de importantie van die factoren. Belangrijke factoren zijn volgens het HvJ EU (waarmee vrijwel letterlijk de door de A-G in punten 68 en 69 opgesomde factoren worden herhaald) het land waar de werknemer belastingen en heffingen op inkomsten uit arbeid betaalt en het land waar hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen. De nationale rechter dient volgens het HvJ EU voorts rekening te houden met alle omstandigheden van de zaak, zoals met name de criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden. Anders dan het HvJ EU lichtte de A-G dit laatste ook toe. Het gaat er hierbij volgens de A-G in het bijzonder om dat de rechter kan onderzoeken aan de hand van welke overeenkomst of nationale schaal het loon en de andere arbeidsvoorwaarden zijn vastgesteld. Dit kan de rechter volgens de A-G doen aan de hand van de gegevens in de arbeidsovereenkomst en de eventueel daaraan gehechte documenten of de documenten waarnaar in deze overeenkomst uitdrukkelijk wordt verwezen. Anders dan het HvJ EU noemde de A-G verder ook factoren die volgens hem van minder groot belang zijn voor de toepassing van de exceptieclausule (punt 70). Het gaat daarbij om de omstandigheden dat de contractspartijen de overeenkomst in een bepaald land hebben gesloten, een bepaalde nationaliteit hebben of ervoor hebben gekozen in een bepaald land te wonen. Evenmin mag aan de taal waarin de arbeidsovereenkomst is opgesteld of het feit dat hierin naar een bepaalde vreemde valuta wordt verwezen, ook al kunnen zij relevante gegevens zijn, volgens de A-G een doorslaggevend belang worden toegekend.

Eigenlijk was iedereen in de zaak Schlecker/Boedeker die zich er expliciet over had uitgelaten – Strikwerda, Wahl en het HvJ EU – het erover eens dat het beschermingsbeginsel formeel

moest worden toegepast: het beschermingsbeginsel strekt er uitsluitend toe de werknemer bescherming te verlenen door het recht van het land toe te passen waarmee de overeenkomst de nauwste banden schept, en niet om hem de toepassing te garanderen van het recht dat voor hem tot het gunstigste resultaat leidt.

5. Wat betekent dit concreet voor de interpretatie van artikel 6 lid 2 EVO?

Artikel 6 lid 2 EVO moet worden geïnterpreteerd aan de hand van het doel werknemersbescherming. Die bescherming dient te worden gevonden door het recht toe te passen waarmee de arbeidsovereenkomst de nauwste banden heeft, zonder dat hierbij acht hoeft te worden geslagen op het voor de werknemer materieel gunstigste recht (HvJ EU Schlecker/Boedeker, punt 34). Het is inmiddels bekend dat het gewoonlijke werkland van artikel 6 lid 2 sub a EVO een nauwere band schept dan het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen van sub b. Daarom is sub a eerder van toepassing dan sub b en dient sub a ruim te worden geïnterpreteerd ten koste van sub b. Niettemin mag telkens worden overgestapt naar de uitzonderingsclausule, als de arbeidsovereenkomst maar nauwer is verbonden met het recht van een ander land. Daarbij maakt het niet uit dat er bijvoorbeeld een 'duidelijk werkland' is. Anders gezegd: de exceptieclausule komt niet slechts in beeld als artikel 6 lid 2 sub a en b EVO geen werkelijke aanknopingswaarden geven (zie HvJ EU Schlecker/Boedeker, punt 30), de exceptieclausule wordt in de woorden van A-G Wahl niet gemarginaliseerd (conclusie Schlecker/Boedeker, punt 49). Dat wil echter geenszins zeggen dat er zo maar mag worden overgestapt naar de exceptieclausule, bijvoorbeeld omdat een aantal criteria verwijst naar het recht van een ander land. Een dergelijke 'makkelijke' overstap naar de exceptieclausule zou namelijk in strijd komen met de rechtszekerheid (HvJ EU Schlecker/Boedeker, punt 35). Er moeten belangrijke indicaties zijn dat het recht van een ander land in het geding is. Hierbij moet met name worden gekeken naar het fiscale heffingsland, het land waar de werknemer is aangesloten bij de sociale zekerheid en de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen, en naar criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden. Bij dat laatste kan naar ik meen bijvoorbeeld worden gedacht aan toepassing van een specifieke nationale collectieve arbeidsovereenkomst.

Ik kan mij nog steeds voorstellen dat bij het wel of niet toepassen van de exceptieclausule, een zekere weging wordt gemaakt tussen de aanknopingspunten van de verwijzingsregel van sub a of b enerzijds, en de aanknopingspunten van de exceptieclausule anderzijds (zie mijn 'Het toepasselijke recht op arbeidsovereenkomsten. Artikel 6 EVO en 8 Rome I steeds verder ontrafeld', *NIPR* 2013, p. 22-24). Het gaat er immers om het land te vinden waarmee de arbeidsovereenkomst het nauwst is verbonden. Dat vraagt om een weging tussen twee of meer verschillende rechtsstelsels. Dat blijkt ook uit de tekst van de exceptieclausule: de

arbeidsovereenkomst moet ‘nauwer’ (een vergelijking dus van het een met het ander) zijn verbonden met een ander land dan aangewezen onder de verwijzingsregels van sub a of b. De balans van het toepasselijke recht zal moeten doorslaan naar het land waarmee de arbeidsovereenkomst het nauwst is betrokken. Hier heeft de rechter een zekere beoordelingsmarge (zie de A-G Wahl in Schlecker/Boedeker, punt 42). Hierbij geldt evenwel steeds dat de rechter de verwijzingsregels van artikel 6 lid 2 sub a of b EVO moet toepassen, zelfs als deze geen geschikte aanknopingswaarden geven, als er nauwelijks indicaties zijn om de exceptieclausule toe te passen. Er moet, in verband met de tekst van artikel 6 lid 2 EVO en de rechtszekerheid, wel een bepaalde drempelwaarde worden behaald om over te kunnen stappen naar die exceptieclausule.

Het voorgaande betekent mijn inziens dat, als een werknemer al sinds lange tijd gewoonlijk werkt in een bepaald land én hij daar volledig ingebed is in een arbeidsorganisatie, dat veel gewicht in de schaal legt voor toepassing van de verwijzingsregel van sub a. Het zal dan lastiger zijn – maar gezien het onderhavige arrest niet onmogelijk, als maar voldoende belangrijke criteria verwijzen naar een exceptieland – onder die omstandigheden over te stappen naar de exceptieclausule. Als daarentegen de werknemer wel vanuit een bepaald land gewoonlijk werkt, maar daar niet is ingebed in een arbeidsorganisatie, is de binding met sub a al minder sterk. Er kan dan eerder worden overgestapt naar de exceptieclausule. Een zelfde soort exercitie kan ten aanzien van de verwijzingsregel van sub b worden doorlopen. Is het evident dat de werknemer door een bepaalde vestiging in dienst is genomen, en is hij daar ook effectief tewerkgesteld, dan legt dat meer gewicht in de schaal om sub b te blijven toepassen. Lopen deze beide omstandigheden uiteen, zoals het geval was in de zaak Voogsgeerd/Navimer, dan is de binding aan sub b minder sterk. Bovendien, omdat het aanknopingspunt van sub b niet geacht wordt een werkelijke nauwe verbinding met de arbeidsovereenkomst te hebben (anders dan het gewone werkland van sub a), weegt deze verwijzingsregel mijns inziens minder zwaar dan de verwijzingsregel van sub a. Dat betekent dat eerder bij sub b dan bij sub a kan worden overgestapt naar de exceptieclausule.