



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Bescherming van werknemers in het IPR

grenzen en contouren

van Hoek, A.A.H.

DOI

[10.5553/ArA/156866392023022003003](https://doi.org/10.5553/ArA/156866392023022003003)

Publication date

2023

Document Version

Final published version

Published in

Arbeidsrechtelijke Annotaties

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Hoek, A. A. H. (2023). Bescherming van werknemers in het IPR. Case note on: HvJEU, 20/10/22, ECLI:EU:C:2022:807 *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 22(3), 50-68.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

ANNOTATIE

Bescherming van werknemers in het IPR – grenzen en contouren

HvJ EU 20 oktober 2022, C-604/20, ECLI:EU:C:2022:807, TRA 2023/25, m.nt. M.A.N. van Schadewijk, EELC 2023/1, m.nt. J.H. Even (ROI Land Investments)

Prof. mr. A.A.H. van Hoek

1 Inleiding

In het Europees internationaal privaatrecht (IPR) worden zwakker geachte contractspartijen beschermd door speciale regels van bevoegdheid en toepasselijk recht. Zo kent de Brussel I bis Verordening voor de internationale bevoegdheid van de rechters van de EU-lidstaten een speciale afdeling 5 voor individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst en een afdeling 4 die bescherming biedt aan consumenten.¹ Ook de Rome I Verordening inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst heeft bijzondere regels voor individuele arbeidsovereenkomsten en consumentencontracten.² Wat de bevoegdheid betreft, kan de werknemer onder meer terecht bij de rechter van de plaats waar hij gewoonlijk zijn werkzaamheden verricht of verrichtte. In beginsel is ook het recht van de gewoonlijke werkplek van toepassing op zijn arbeidsovereenkomst. De consument kan – mits aan de toepassingsvoorwaarden van afdeling 4 is voldaan – onder toepassing van het recht van zijn woonland terecht bij de rechter van zijn eigen woonplaats. Deze regels hebben (tot op zekere hoogte) een dwingend karakter: zowel de consument als de werknemer wordt beschermd tegen in de overeenkomst opgenomen rechtskeuzes en forumkeuzes. Het grote verschil tussen de ‘normale’ regels van bevoegdheidsrecht en conflictenrecht en de regels voor zwakkere contractspartijen maakt dat het van groot belang is om te weten of een van de bijzondere regelingen van toepassing is.

- 1 Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), PbEU 2012, L 315/1. Overigens worden deze partijen ook in het stadium van erkenning beschermd en wel tegen verkeerde toepassing van de bevoegdheidsregels (zie artikel 45 lid 1 sub e onder i). Dit aspect blijft in deze bijdrage verder buiten beschouwing.
- 2 Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), PbEU 2008, L 177/6, artikelen 6 en 8. Beide instrumenten bevatten overigens ook bijzondere bepalingen voor verzekeringszaken (zie artikelen 10 e.v. Brussel I bis en artikel 7 Rome I), maar daarop hadden de prejudiciële vragen geen betrekking.

In de zaak ROI Land Investment was sprake van het overzetten van de arbeidsovereenkomst van de werknemer FD naar een nieuwe dochteronderneming binnen hetzelfde concern, waarbij de oorspronkelijke werkgever ROI zich garant had gesteld voor de nakoming van de werkgeververplichtingen door de nieuwe contractuele werkgever.³ In het Duitse materiële recht wordt dat beschouwd als een borgstelling, maar het Bundesarbeitsgerichtshof (BAG), dat de prejudiciële vragen stelde, twijfelde aan de kwalificatie in het IPR en stelde hierover een aantal vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU, hierna ook: het Hof).

De hier besproken kwalificatievraag speelt breder dan in het vrij specifieke scenario dat hier voorligt. Bij arbeidsverhoudingen binnen internationale concerns is namelijk vaak sprake van een samenstel van overeenkomsten met meerdere concernonderdelen. Soms wordt gewerkt met een kaderovereenkomst met de uitzendende onderneming, en een aanvullende arbeidsovereenkomst met het onderdeel waar de werknemer is geplaatst. In andere gevallen is sprake van een slapende arbeidsovereenkomst met de uitzendende onderneming en een actieve overeenkomst met de gastonderneming. Ook komt het voor dat slechts bepaalde onderdelen van de arbeidsverhouding – bijvoorbeeld met betrekking tot pensioenen of werknemersaandelen en opties – in een aparte overeenkomst zijn neergelegd.⁴ In sommige gevallen zijn de formele contractuele relaties zelfs niet goed vastgelegd, terwijl wel meerdere concernonderdelen taken en bevoegdheden van de werkgever vervullen. In al die gevallen kunnen de prejudiciële vragen rijzen die het Hof in deze zaak beantwoordt: Wanneer moet de relatie tussen de werknemer en een specifiek concernonderdeel in het kader van het internationaal privaatrecht worden beschouwd als een arbeidsovereenkomst? En als de contractuele relatie niet beschouwd kan worden als arbeidsovereenkomst, is er dan (opnieuw: voor het IPR) misschien sprake van een consumentencontract?

Na een algemene analyse van de uitspraak op deze twee punten zal ik in deze annotatie speciaal aandacht besteden aan pensioentoezeggingen en aandelen- en optieplannen. Stel dat een moederbedrijf binnen een internationaal concern een uitgezonden werknemer belooft te zorgen voor een adequate pensioenvoorziening en

3 Zie voor een soortgelijke constructie Hof Arnhem-Leeuwarden 21 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10328, NIPR 2017/440.

4 Zie over de diverse uitzendconstructies in concernverband: M.A.N. van Schadewijk, *Werkgeverschap in concernverband*. Een analyse van het concern in het arbeidsrecht en de verhouding tot de rechtseenheid (serie Monografieën Sociaal Recht nr. 82), Deventer: Wolters Kluwer 2023; C.M.E.P van Lent, *Internationale intra-concernmobiliteit* (KUB 2000), Deventer: Kluwer 2000, p. 171 e.v. (deze paginanummering verwijst naar de proefschrifteditie).

deze toezegging niet gestand doet.⁵ Kan de werknemer het moederbedrijf dan aanspreken voor de rechter van de plaats waar hij zijn werkzaamheden verricht onder de overeenkomst met een andere concernonderdeel? En is een werknemer die werkzaam is in een internationaal concern gebonden aan de rechtskeuze en de forumkeuze in een aandelen- of optieregeling die loopt via het moederbedrijf, of gelden ook daar de regels die werknemers beschermen tegen dergelijke eenzijdig opgestelde clausules?⁶ Ik zal betogen dat de antwoorden van het HvJ EU – juist voor dit type afspraken – kunnen leiden tot onwenselijke beperking van de bescherming van de werknemer. Aanvullende prejudiciële vragen zijn nodig om hierover meer helderheid te verschaffen.

Naast de vragen die betrekking hadden op de kwalificatie van de verhouding tussen ROI en FD voor de toepassing van het Europese IPR, stelde het BAG ook een vraag over de verhouding tussen het Europese bevoegdheidsrecht en het nationale bevoegdheidsrecht. De Rome I Verordening heeft universele gelding en is dus ook van toepassing als deze verwijst naar het recht van een niet-EU-lidstaat. De Nederlandse rechter zal op overeenkomsten dan ook steeds de verordening toepassen (mits de casus valt binnen de materiële, formele en temporele werkingssfeer en tenzij er een bijzonder verdrag van toepassing is). Voor het nationale conflictenrecht is eigenlijk geen plaats meer. Dat is anders bij het bevoegdheidsrecht. De Brussel I bis Verordening is namelijk in beginsel alleen van toepassing als de wederpartij in de procedure woonplaats heeft in de EU. Als de wederpartij niet in de EU is gevestigd, is in beginsel het nationale bevoegdheidsrecht (bij ons opgenomen in titel 1 van Boek 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) van toepassing. Op deze afbakening van de territoriale werkingssfeer bestaat echter een aantal uitzonderingen, onder andere voor consumenten en werknemers. De bijzondere bevoegdheden in de woonplaats van de consument en de werkplek van de werknemer zijn ook beschikbaar als de wederpartij niet in een EU-lidstaat is gevestigd, maar de

- 5 Zie voor voorbeelden van niet nagekomen pensioentoezeggingen in internationale gevallen: Rb. Gelderland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7708, NIPR 2017/343; Rb. Rotterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6868, NIPR 2016/70; Rb. Noord-Nederland 16 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:207, NIPR 2014/148. Bij pensioenen moet een onderscheid worden gemaakt tussen de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer op grond waarvan de werkgever verplicht is zorg te dragen voor een pensioenregeling, de uitvoeringsovereenkomst tussen de werkgever en de pensioenverzekeraar, en de rechtsverhouding tussen de pensioenuitvoerder en de werknemer/gepensioneerde. Zie M.E. Koppenol-Laforce, *De internationale grenzen van de Pensioenwet*, *Pensioen Magazine* 2007/119. Koppenol beschouwt de pensioenovereenkomst als een onderdeel van de arbeidsovereenkomst, terwijl de uitvoeringsovereenkomst een verzekeringsovereenkomst is.
- 6 Zie voor situaties waarin de wederpartij bij de basis arbeidsovereenkomst niet identiek is aan de wederpartij bij de optie- dan wel bonusregeling: HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:AG2229, JAR 1998/183 (Cicurel/Alcatel); HR 11 juli 2008, ECLI:HR:2008:BD0896, *Ondernemingsrecht* 2008/128 (SVS Holland/Van Wielink). In beide uitspraken speelt het IPR overigens geen rol meer. Idem, met aandacht voor het IPR, Ktr. Amsterdam 21 juli 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:BG0309, RAR 2005/91; Rb. Amsterdam 1 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1742; Rb. Midden-Nederland 8 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2260; Rb. Noord-Holland 16 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:10671. In de laatste zaak was de optieregeling overigens geen voorwerp van geschil.

consument in de EU woont en de werknemer in de EU werkt.⁷ In het hier besproken arrest wordt de vraag gesteld of de werknemer nog een beroep kan doen op voor hem gunstiger bepalingen van nationaal bevoegdheidsrecht als de werkgever niet in een EU-lidstaat is gevestigd, maar de werkzaamheden wel binnen de EU worden uitgevoerd. Het antwoord van het HvJ EU op deze vraag is negatief. Ik zal betogen dat deze uitleg niet noodzakelijk volgt uit de tekst en voorgeschiedenis van de regeling, en de bescherming van de werknemer dus onnodig (verder) inperkt.

2 De casus

ROI Land Investments (hierna kortweg ROI) is een Canadees bedrijf dat zich in verschillende landen bezighoudt met vastgoedontwikkeling en -investering. FD is in september 2015 op basis van een ‘service agreement’ aangesteld als ‘Deputy Vice President Investors Relations’ voor de Europese markt. FD woont en werkt in Duitsland.⁸ In november 2015 besluiten partijen in onderling overleg om het contract van FD met terugwerkende kracht over te zetten naar een nieuw op te richten Zwitserse dochteronderneming. Deze dochter, R Swiss, wordt per 14 januari 2016 opgericht en op 12 februari 2016 wordt FD door R Swiss aangesteld als directeur. Op diezelfde dag is tussen FD en ROI een overeenkomst gesloten die in het arrest wordt aangeduid als een ‘patronaatsverklaring’. In die verklaring stelt ROI zich garant voor de nakoming van alle verplichtingen van R Swiss jegens FD.⁹ De patronaatsverklaring bevat noch een forumkeuzebeding, noch een rechtskeuzebepaling.

Op 11 december 2016 wordt FD door R Swiss ontslagen. FD vecht het ontslag aan bij het Arbeitsgericht Stuttgart, dat bij vonnis van 2 november 2016 het ontslag nietig verklaard en R Swiss veroordeelt tot betaling aan FD van in totaal 456.500 USD als contractueel overeengekomen aanstellingspremie en achterstallig loon. R Swiss betaalt deze bedragen echter niet uit en wordt begin maart 2017 naar Zwitserland recht failliet verklaard.¹⁰ In mei 2017 wordt het faillissement wegens gebrek aan baten opgeheven.

7 Dit is een lichte versimpeling van de regeling. Als een werknemer niet gewoonlijk in een land werkt, biedt de verordening bevoegdheid aan de rechter van de plaats waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen. Op deze secundaire aanknopng wordt hier verder niet ingegaan.

8 De conclusie vermeldt Stuttgart als plaats waar de werkzaamheden gewoonlijk worden verricht.

9 ‘§ 1 R[(5)] heeft voor de distributie binnen Europa een dochteronderneming, R Swiss AG, opgericht. De directeur is de leidinggevende bestuurder van deze onderneming. Hiervan uitgaande verklaart R het volgende:

§ 2 R heeft de algehele verantwoordelijkheid voor de nakoming van de verplichtingen met betrekking tot de overeenkomsten van R Swiss AG op grond van de samenwerking tussen de directeur van R en R Swiss AG.’

10 A-G Richard de la Tour (conclusie van 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:331, ov.) merkt in noot 6 op dat niet duidelijk is of FD in aanmerking zou komen voor een uitkering uit het waarborgfonds dat Duitsland heeft ingesteld ex Richtlijn 2008/94/EG.

Prof. mr. A.A.H. van Hoek

FD probeert vervolgens de toegekende bedragen te verhalen op ROI en richt zich daartoe tot het Arbeitsgericht in Stuttgart, waar hij een beroep doet op de bevoegdheidsregels voor consumenten. Het Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg acht zich in hoger beroep inderdaad bevoegd op grond van de consumentenbepaling in Brussel I bis, aangezien FD (de consument) in Stuttgart woonachtig is. Deze op het oog verrassende conclusie hangt samen met het feit dat naar Duits recht de patronaatsverklaring blijkbaar vergelijkbaar is met een borgstelling.¹¹ ROI wordt dus primair beschouwd als borg en niet als (mede)werkgever.¹² Het Bundesarbeitsgerichtshof (BAG) stelt vervolgens in het kader van het beroep in Revision een aantal prejudiciële vragen aan het HvJ EU. Deze betreffen de uitleg van zowel Verordening Brussel I bis (over bevoegdheid) als Verordening Rome I (over toepasselijk recht).

3 De prejudiciële vragen

De eerste twee vragen van het BAG betreffen de uitleg van artikel 21 Brussel I bis in samenhang met artikel 6 van diezelfde verordening. In de kern komen ze erop neer dat het BAG wil weten of de claim van FD tegen ROI beschouwd kan worden als verbintenis uit arbeidsovereenkomst en wat vervolgens het effect van die kwalificatie is op de mogelijkheid voor de rechter om zijn bevoegdheid te baseren op het nationale recht.

De derde en vierde, beide voorwaardelijk gestelde, vragen betreffen de vraag of de patronaatsverklaring gezien kan worden als een consumentenovereenkomst. Het BAG vraagt zich namelijk af of de overeenkomst door de werknemer is gesloten voor een gebruik dat als beroepsmatig kan worden beschouwd – in welk geval de consumentenbescherming niet van toepassing is (in de Duitse versie geldt voor de relevante bepalingen van zowel Brussel I bis als Rome I de test of de overeenkomst wordt gesloten in het kader van een ‘beruflichen Tätigkeit’).¹³

4 De conclusie van A-G J. Richard de la Tour¹⁴ en de uitspraak van het Hof van Justitie van de EU¹⁵

De A-G stelt zich op het standpunt dat een vennootschap die met een werknemer op grond van een rechtstreeks belang bij de goede uitvoering van diens arbeidsovereenkomst met een andere vennootschap van dezelfde groep een overeenkomst heeft gesloten die integreerend deel uitmaakt van die overeenkomst, uit hoofde

11 Zie conclusie A-G ov. 22.

12 Waarbij overigens opvalt dat het LAG zich *ratione materiae* bevoegd acht. De grondslag hiervoor blijkt niet uit de verwijzingsbeschikking.

13 De officiële taal van de uitspraak is Duits. In de Nederlandse tekst worden verschillende termen gebruikt, die echter zien op hetzelfde onderscheid. Zie over het belang van deze verschillen het commentaar hierna.

14 Conclusie van 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:331.

15 HvJ EU 22 oktober 2022, ECLI:EU:C:2022:807.

waarvan zij met name het loon van die werknemer waarborgt, eveneens een ‘werkgever’ is in de zin van de bijzondere regeling voor arbeidsovereenkomsten in de Brussel I bis Verordening. Als de bijzondere regeling voor arbeidsovereenkomsten in de verordening van toepassing is, kan de werknemer geen gebruik meer maken van het nationale bevoegdheidsrecht – ook niet als de verweerder buiten de EU is gevestigd. Een werknemer die zich in de beschreven situatie bevindt, is in ieder geval geen consument in de zin van Rome I en/of Brussel I bis.¹⁶

Het HvJ EU volgt in grote lijnen de conclusie van de A-G, maar formuleert het antwoord op de eerste vraag iets anders. De werknemer kan zich volgens het Hof op de bijzondere bepalingen voor arbeidsovereenkomsten beroepen jegens een derde met wie hij niet door een formele arbeidsovereenkomst is verbonden, maar die op grond van een patronaatsverklaring zonder welke de arbeidsovereenkomst met een derde niet tot stand zou zijn gekomen, jegens die werknemer rechtstreeks verantwoordelijk is voor de nakoming van de verbintenissen van die derde, op voorwaarde dat er tussen die persoon en de werknemer een band van ondergeschiktheid bestaat. Als de bijzondere bepalingen voor arbeidsovereenkomsten van toepassing zijn, is er ook bij het Hof geen ruimte meer voor toepassing van het nationale bevoegdheidsrecht, ook niet als dat laatste gunstiger zou zijn voor de werknemer. En ook voor de toepassing van de consumentenbepalingen ziet het Hof in dit geval geen ruimte: het begrip ‘beroepsactiviteiten’ omvat volgens het Hof niet alleen zelfstandige activiteiten, maar ook werkzaamheden in loondienst. Bovendien kan een afspraak waaronder een derde die niet de in de arbeidsovereenkomst genoemde werkgever is, zich jegens de werknemer rechtstreeks aansprakelijk stelt voor de nakoming van de uit de arbeidsovereenkomst voor de werkgever voortvloeiende verbintenissen, voor de toepassing van consumentenbepalingen in de Brussel I bis Verordening en de Rome I Verordening niet worden beschouwd als een overeenkomst die wordt gesloten los en onafhankelijk van elke beroepsmatige activiteit of doelstelling.

5 Commentaar

Vraag 1: verbintenis uit individuele arbeidsovereenkomst

Kern van het voorgelegde geschil is of ROI, ondanks het feit dat deze formeel niet de werkgever is van FD, toch oproepbaar is voor de rechter van de plaats waar FD gewoonlijk zijn werkzaamheden voor R Swiss verrichtte. Het gaat daarbij om de afbakening van de werkings sfeer van de bijzondere bepalingen voor arbeidsovereenkomsten in Brussel I bis en om de kwalificatie in het licht van deze bepalingen van de toezegging van ROI aan FD. Volgens de staande rechtspraak van het HvJ EU moeten begrippen in de IPR-verordeningen autonoom worden uitgelegd. Dat het

¹⁶ Zie overweging 4 van de conclusie.

Duitse recht de toezegging van ROI mogelijk als een borgstelling beschouwd, doet dus niet ter zake.¹⁷

Het Hof zoomt vervolgens in op het begrip ‘arbeidsverhouding’ en verwijst daarbij naar een arrest (Bosworth en Hurley) waarin de vraag aan de orde was of ook directeuren van vennootschappen zich (onder omstandigheden) kunnen beroepen op de werknemersbescherming in het IPR.¹⁸ Het Hof grijpt hierbij (via de verwijzing naar Bosworth en Hurley) terug op een lange reeks van rechtspraak waarin criteria zijn gegeven voor het bestaan van een arbeidsverhouding en het zijn van werknemer. Opvallend is dat deze rechtspraak niet alleen betrekking heeft op het IPR, maar ook op het Europese arbeidsrecht en het vrij verkeer van werknemers.¹⁹ Blijkbaar hanteert het Hof op al deze rechtsgebieden soortgelijke criteria voor de twee begrippen (arbeidsverhouding en werknemer).²⁰

Toegepast op de casus stelt het Hof allereerst (in r.o. 31-32) vast dat een arbeidsverhouding zich kenmerkt door het gedurende een bepaalde tijd prestaties verrichten tegen beloning onder gezag van de werkgever. Een zekere mate van ondergeschiktheid is dus noodzakelijk om het bestaan van een arbeidsverhouding aan te kunnen nemen. Een formele overeenkomst is echter geen vereiste. Het feit dat tussen ROI en FD alleen een patronaatsverklaring is gesloten, sluit het bestaan van een arbeidsverhouding dus niet uit. De nationale feitenrechter zal moeten toetsen aan de omstandigheden van het geval of er sprake is van een band van ondergeschiktheid. Vervolgens wordt in het arrest een aantal factoren genoemd die hierbij

- 17 R.o. 28. De voorgelegde vraag betreft de kwalificatie in het IPR van de (overigens niet betwiste) rechtsverhouding tussen ROI en FD en niet het bestaan en de geldigheid van de overeenkomst tussen ROI en FD. Die laatste vraag moet beantwoord worden aan de hand van het recht dat op de overeenkomst van toepassing zou zijn als deze zou bestaan en geldig zou zijn (zie artikel 10 Rome I). Ik ben het dan ook oneens met het standpunt van Even in zijn Annotatie bij de beschikking Turistik Hava, ECLI:NL:HR:2020:958 – Internationaal privaatrecht en arbeidsovereenkomsten in het internationale vervoer – een kwestie van nauwgezet wikken, wegen en motiveren, Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming (tegenwoordig Arbeidsrecht in Context) 2020/4, p. 213, waar hij ervan uit lijkt te gaan dat voor afdeling 5 van Brussel I bis wel een autonome uitleg van het begrip arbeidsovereenkomst zou gelden, maar voor artikel 8 Rome I niet.
- 18 HvJ EU 11 april 2019, C-603/17, ECLI:EU:C:2019:310. Bosworth en Hurley waren respectievelijk CEO en CFO van de Arcadiagroep, die bestond uit meerdere rechtspersonen.
- 19 Het HvJ EU verwijst in het arrest Bosworth en Hurley naar HvJ EU 10 september 2015, C-47/14, EU:C:2015:574 (Holterman Ferho Exploitatie e.a.), dat op een soortgelijke vraag betrekking had, maar ook naar HvJ EU 20 september 2007, C-116/06, EU:C:2007:536 (Kiiski), dat betrekking had op zwangerschapsverlof. Dit laatste arrest verwijst op zijn beurt weer naar HvJ 3 juli 1986, 66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (Lawrie-Blum), Jur. 1986, 2121, dat betrekking heeft op het vrij verkeer.
- 20 Zie ook HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1164. Een vergelijkbare afstemming tussen het IPR en het materiële EU-recht is zichtbaar ten aanzien van het begrip ‘consument’: HvJ EU 10 december 2020, C-774/19, EU:C:2020:1015 (Personal Exchange International), r.o. 44-45. Zie voor de grenzen van uniforme uitleg over meerdere rechtsgebieden heen: M.A.N. van Schadowijk, The notion of ‘employer’: Towards a uniform European concept?, *European Labour Law Journal* 2021/3, p. 377. Ook Even 2020 (noot 16, p. 211) waarschuwt voor een te makkelijk doortrekken van de rechtspraak uit het ene domein naar het andere domein. Zie over het werknemersbegrip in het nationale en EU-recht ook F.G. Laagland, De zzp’er, de Waadi en de Uitzendrichtlijn, annotatie bij HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:751, NJ 2022/304, m.nt. Verhulp, JAR 2022/159, m.nt. Hoogeveen, *ArA* 2022(21)3 p. 21 e.v.

volgens het Hof ‘met name’²¹ relevant zijn. Het gaat om de omstandigheden die hebben geleid tot de sluiting van de patronaatsverklaring aan de ene kant en de arbeidsovereenkomst met R Swiss aan de andere kant. Specifiek benoemt het Hof:

- dat eerder een arbeidsovereenkomst bestond met ROI;
- dat de arbeidsovereenkomst met R Swiss zonder de aanvullende garantstelling van ROI niet tot stand zou zijn gekomen;
- dat de patronaatsverklaring juist ertoe strekt om de betaling van loonvoordringen te waarborgen;
- dat de sluiting van de overeenkomsten niets heeft gewijzigd aan de aard van de activiteiten die FD verricht;
- dat R Swiss volledig in handen is van ROI.

Hoe uit deze factoren moet worden afgeleid dat er (ook nu nog) een band van ondergeschiktheid tussen ROI en FD bestaat, is mij niet duidelijk. De verwijzende rechter had al aangegeven dat het recht om FD instructies voor zijn werkzaamheden te geven, werd uitgeoefend door de uitvoerend directeur van R Swiss, en dus niet door ROI.²²

De genoemde factoren wijzen wel op iets anders, namelijk de verwevenheid van de twee overeenkomsten, die weer samenhangt met de relatie tussen de respectieve wederpartijen van FD, die deel uitmaken van hetzelfde concern. Dit aspect wordt nadrukkelijk naar voren gebracht door A-G Richard de la Tour. De A-G benadrukt dat in dit geval niet ter discussie staat dat FD op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam was – anders dan in Bosworth en Hurley hoeft het zijn van werknemer hier niet te worden afgezet tegen het zijn van zelfstandig dienstverrichter. Het probleem zit hem erin dat meerdere concernonderdelen betrokken zijn bij de arbeidsverhouding en dat vervolgens de vraag rijst of ook ten aanzien van de niet-formele werkgever gebruikgemaakt kan (of zelfs moet) worden van de bijzondere bevoegdheidsregels voor arbeidsovereenkomsten. De A-G stelt mijns inziens terecht dat deze vraag, die dus betrekking heeft op het *werkgever*-begrip, moet worden onderscheiden van de vraag naar het karakter van de arbeidsrelatie zelf en nog niet eerder door het Hof is beantwoord (zie ov. 41 en 45).²³ Hij waarschuwt daarbij voor ‘het risico dat, gelet op de gebruikelijke criteria, wordt aangenomen dat er tussen een werknemer en een werkgever in alle omstandigheden één enkele band

- 21 In het kader van zowel het bepalen van de gewone werkplek bij werkzaamheden in het transport als bij het bestaan van een nauwere band in de zin van artikel 8 lid 4 heeft de Hoge Raad beslist dat alle aspecten die in de rechtspraak van het HvJ EU zijn genoemd als ‘met name van belang’, door Nederlandse rechters in voorkomende gevallen expliciet moeten worden vermeld en meegewogen. Zie hierover A. van Hoek & F. van Overbeeke, Over open eendes en nauwere banden: een nieuw hoofdstuk in de Van den Bosch/Silo-Tank-saga, NIPR 2023/27. Het is de vraag of een dergelijke algemene toepassing van de door het HvJ EU genoemde aandachtspunten mogelijk is bij de arresten ROI en Pugliese.
- 22 Conclusie A-G ov. 23. Ook Van Schadewijk (2023, paragraaf 2.6.1: Relativering in geval van ‘double employment’) stelt dat een band van ondergeschiktheid tussen ROI en FD lijkt te ontbreken.
- 23 Zie op dit punt ook Van Schadewijk, TRA 2023/25 en 2021, p. 363-386, waarin hij overigens op p. 370 voor het werkgeversbegrip juist wel aansluiting zoekt bij het werknemersbegrip (oftewel het bestaan van een arbeidsverhouding).

moet bestaan, waarbij laatstgenoemde degene is voor wiens rekening deze werknemer zijn werkzaamheden uitoefent, degene die werkgeversgezag uitoefent en degene die deze werknemer loon of een andere vergoeding betaalt' (ov. 49). Volgens hem 'moet rekening worden gehouden met de onderlinge verwevenheid van de contractuele verhoudingen of met een verdeling van de wezenlijke bestanddelen van de arbeidsovereenkomst die binnen een concern kan bestaan, alsmede met de regelingen met een dergelijke organisatie kunnen worden getroffen' (ov. 50).²⁴

In casu had ROI zich in het kader van het sluiten van de arbeidsovereenkomst met R Swiss onvoorwaardelijk garant gesteld voor de loonbetalingen – een kernverplichting van de werkgever. De afspraak tussen FD en ROI maakt dan ook volgens de A-G integraal deel uit van de arbeidsverhouding. Van Schadewijk stelt zich op het standpunt dat daarmee de vordering van FD op ROI een vordering uit arbeidsovereenkomst is waarop de bijzondere bevoegdheidsregels van toepassing zouden moeten zijn.²⁵ De A-G acht het arbeidsrechtelijke karakter van de vordering echter niet voldoende om ROI voor de toepassing van de IPR-regels werkgeversstatus te verlenen: aanvullend acht de A-G relevant of ROI ook *belang* had bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst tussen FD en R Swiss. Dit criterium ontleent hij aan het arrest Pugliese.²⁶

In het Pugliese-arrest was sprake van een slapende arbeidsovereenkomst met werkgever 1 en een actieve arbeidsovereenkomst met (een door concernverbanden met werkgever 1 verbonden) werkgever 2. In het arrest stond niet ter discussie dat beide overeenkomsten moesten worden beschouwd als arbeidsovereenkomst. Het arrest betrof slechts de vraag of de plaats waar de arbeid onder de actieve overeenkomst werd verricht, ook kon gelden als gewoonlijke werkplek met betrekking tot de slapende overeenkomst. Het Hof achtte hiervoor relevant of de werkgever onder de slapende overeenkomst belang had bij de uitvoering van de actieve overeenkomst.²⁷ Dit moest worden beoordeeld op grond van alle omstandigheden van het

- 24 De officiële Duitse tekst van deze overweging luidt: 'Meines Erachtens ist der Verschachtelung der vertraglichen Beziehungen bzw. einer Aufteilung der wesentlichen Elemente des Arbeitsvertrags, die innerhalb eines Konzerns bestehen kann, sowie den Gestaltungen, die eine solche Struktur begünstigen kann, Rechnung zu tragen.' De A-G acht het dus blijkbaar mogelijk dat er meerdere concernonderdelen als werkgever worden aangemerkt in het licht van de kwalificatie van hun verhouding met de werknemer voor IPR-doeleinden. De afweging zal anders zijn als de vestiging van de werkgever doorslaggevend is voor het toepasselijke (arbeids- of socialezekerheids)recht. Zie HvJ EU 15 december 2011, C-384/10, ECLI:EU:C:2011:842 (Voogsgeerd); HvJ EU 16 juli 2020, C-610/18, ECLI:EU:C:2020:565 (AFMB), JAR 2020/201, m.nt. Franssen, TRA 2020/76, m.nt. Kullmann, BNB 2020/13, m.nt. Kavelaars. Zie verder Van Schadewijk 2021, p. 377-378 en 2023, paragraaf 2.2 en 2.6.
- 25 Van Schadewijk 2023, paragraaf 2.6.1, noot 30. Hij beschouwt ook een claim ex artikel 7:616a BW (ketenaansprakelijkheid) als claim uit arbeidsovereenkomst. Dit lijkt mijns inziens op de extensieve interpretatie van het begrip 'vordering uit overeenkomst' die het HvJ EU toepast in de context van een actio pauliana: HvJ EU 4 oktober 2018, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805 (Feniks), met (kritische) noot A.A.H. van Hoek, *Ars Aequi* 2020, p. 77.
- 26 HvJ EU 10 april 2003, C-437/00, EU:C:2003:219 (Pugliese). Zie ook J.H.H. Even, *Private International Law*, in 'EELC review of the year 2022', EELC 2023/1.
- 27 Hetgeen het Hof overigens plaatst in de context van de onderlinge verwevenheid van de twee overeenkomsten; zie Pugliese r.o. 21-22.

concrete geval, waarbij met name de volgende factoren volgens het Hof relevant konden zijn:

- het feit dat de sluiting van de tweede overeenkomst reeds was gepland toen de eerste overeenkomst werd gesloten;
- het feit dat de eerste overeenkomst is gewijzigd in verband met de sluiting van de tweede overeenkomst;
- het bestaan van een organieke of economische band tussen beide werkgevers;
- het feit dat er tussen de twee werkgevers een overeenkomst is die een kader schept voor het naast elkaar bestaan van de twee overeenkomsten;
- het feit dat de eerste werkgever gezag blijft uitoefenen over de werknemer;
- het feit dat de eerste werkgever de duur kan bepalen van de diensttijd van de werknemer bij de tweede werkgever.

Het lijkt me duidelijk dat de factoren die het Hof in de zaak ROI als relevant identificeert, grote gelijkenis vertonen met de factoren die in het arrest Pugliese zijn opgenomen. Maar er zijn ook verschillen tussen de twee casusposities: uit de context van het arrest Pugliese blijkt dat in dat geval sprake was van twee arbeidsovereenkomsten, waarbij beide ‘werkgevers’ enige vorm van werkgeversgezag konden uitoefenen. Dat is in de ROI-zaak veel minder duidelijk – de verwijzende rechter had zelfs aangenomen dat ROI geen werkgeversgezag meer uitoefende.²⁸ Toch stelt het Hof in het dictum dat een beroep op de werknemersbescherming voor FD slechts openstaat ‘op voorwaarde dat er tussen die persoon [= lees ROI] en de werknemer [in casu FD] een band van ondergeschiktheid bestaat’. In zijn beslissing na verwijzing neemt het BAG vervolgens – enigszins verrassend – op grond van de in het arrest genoemde criteria aan dat de verhouding tussen ROI en FD voor het vaststellen van zowel de bevoegdheid als het toepasselijke recht als arbeidsovereenkomst moet worden beschouwd.²⁹ Het BAG overweegt hierbij (r.o. 24):

‘(2) All diese Umstände, welche die Rechtsbeziehungen der Parteien von üblichen Konzernsachverhalten unterscheiden, sprechen dafür, in einem Fall wie diesem ein Unterordnungsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger anzunehmen.’

Daarmee was de bevoegdheid van de Duitse rechter gegeven. Het BAG verwees vervolgens de zaak terug naar het LAG Baden-Württemberg voor verdere (feitelijke) afhandeling.

Wat betekent deze uitspraak nu precies voor de in de introductie genoemde constellaties waarin meerdere contracten zijn gesloten in de context van een enkele arbeidsverhouding?³⁰ Het is spijtig dat het Hof, anders dan de A-G, de vraag of een

28 In de Pugliese-zaak was een constructie gebruikt waarin tijdens de uitzending twee arbeidsovereenkomsten naast elkaar bestonden; in de ROI-zaak daarentegen was gebruikgemaakt van de beëindigingsconstructie.

29 BAG 29 maart 2023, AZR 55/19, ECLI:DE:BAG:2023:290323.U.5AZR55.19.0.

30 Waartoe ik ook de situatie reken waarin meerdere concernonderdelen feitelijk werkgeversverplichtingen op zich nemen en/of werkgeversgezag uitoefenen.

Prof. mr. A.A.H. van Hoek

overeenkomst kwalificeert als arbeidsovereenkomst of als overeenkomst tot het verrichten van diensten niet duidelijk onderscheidt van de vraag wie in complexe meerpartijenverhoudingen voor het IPR als werkgever heeft te gelden.³¹ Door het samentrekken van deze twee vragen komt de nadruk ook bij de laatste vraag sterk te liggen op het ondergeschiktheids criterium: ook in de relatie tussen de werknemer en een tweede bij de arbeidsverhouding betrokken partij moet sprake zijn van ondergeschiktheid. Het feit dat een derde zich verantwoordelijk maakt voor de uitvoering van een wezenlijk deel van de verplichtingen die voor de werkgever voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst, is dus op zich onvoldoende om ook in die relatie de bepalingen inzake arbeidsovereenkomsten van toepassing te doen zijn.³² Dit lijkt de toepassing van de werknemersbescherming in het IPR te beperken tot claims tegen concernonderdelen die direct betrokken zijn bij de totstandkoming en/of de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. In de woorden van het BAG moet het gaan om rechtsbetrekkingen tussen de partijen die uitgaan boven de normale verhoudingen binnen een concern.

Dat roept vragen op over de kwalificatie van pensioentoezeggingen en optieregelingen die lopen via een andere partij dan de formele werkgever. Het is in multinationale concerns niet ongebruikelijk om juist dit type afspraken los te koppelen van de basisovereenkomst tot het verrichten van werkzaamheden (de arbeidsovereenkomst in engere zin).³³ Op het eerste gezicht vallen deze afspraken buiten het bereik van de werknemersbescherming in het IPR, terwijl het in beide gevallen gaat om afspraken die direct samenhangen met de arbeidsovereenkomst en die betrekking hebben op wezenlijke loonbestanddelen. Als de uitspraak van het HvJ EU tot gevolg zou hebben dat deze overeenkomsten voor het IPR niet kunnen worden beschouwd als arbeidsovereenkomsten, zou dit zeker voor pensioenovereenkom-

31 In sommige gevallen kan door de juridische structuur worden heen gekeken en aangeknoopt worden bij de feitelijke werkgever; zie C-384/10 (Voogsgeerd). Deze situatie is niet op alle punten te vergelijken met de hier voorliggende vraag.

32 Overigens legt ook de A-G nog nadere beperkingen op aan de toepassing van de werknemerbeschermende bepalingen in Brussel I en Rome I, namelijk dat de tweede aan werkgeverskant betrokken partij zelf belang moet hebben bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

33 Wat gebruikelijk is in concernverhoudingen is o.a. te vinden in de proefschriften van Van Lent (2000) en Van Schadewijk (2023).

sten een breuk zijn met de in Nederland gebruikelijke opvatting.³⁴ Voor optieregelingen bestaat op dit punt verschil van mening.³⁵ Of het wenselijk is om dit type bijkomende overeenkomsten ook voor het IPR los te koppelen van de arbeidsovereenkomst, komt hierna nader aan de orde. Eerst moet namelijk nog gekeken worden wat dan het alternatief is. Hierop richten zich de laatste twee, voorwaardelijk ingestelde, prejudiciële vragen: zijn deze met de arbeidsovereenkomst samenhangende contracten dan misschien te beschouwen als consumentenovereenkomsten?

Vraag 3 en 4: consumentencontract?

Zoals gezegd, bevatten Verordening Rome I en Verordening Brussel I bis bijzondere regels voor consumentencontracten. Het gaat hierbij om zogenoemde b2c-contracten tussen een professionele handelaar en een consument. Voor het zijn van consument is van belang dat een natuurlijke persoon een overeenkomst sluit ‘voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd’. In het Duits (de officiële taal van het vonnis) gaat het om contracten die zijn gesloten ‘zu einem Zweck, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann’ (zie artikel 6 Rome I). De wederpartij van de consument dient juist wel te handelen in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep; in het Duits: ‘in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit’. De A-G (ov. 93 e.v.) wijst erop dat de verschillende taalversies niet geheel consistent zijn, waardoor extra twijfel kan rijzen over de precieze werkingssfeer van de consumentenbepalingen. Het is vaste rechtspraak dat in zo’n geval, los van de precieze bewoordingen in de voorliggende taalversie, moet worden aangesloten bij de algemene opzet en de doelstelling van de regeling waarin het begrip voorkomt.³⁶ Het Hof grijpt in de uitspraak dan ook terug op eerdere rechtspraak waarin is bepaald dat uitsluitend overeenkomsten die ‘los en onafhankelijk van enige beroepsmatige activiteit of doelstelling, uitsluitend worden gesloten om te voorzien in de consumptiebehoeften van een persoon als particulier’ binnen het bereik van de consumentenregels vallen. Dit houdt volgens het Hof in dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen werkzaamheden in loon-

34 In de literatuur wordt de pensioenovereenkomst (zijnde de toezegging van de werkgever aan de werknemer dat er pensioen zal worden opgebouwd) beschouwd als een integraal onderdeel van de arbeidsovereenkomst waarop artikel 8 Rome I van toepassing is. De Wet verplichte deelneming bedrijfspensioenfondsen wordt door sommige auteurs gezien als een voorrangregel in de zin van artikel 9 Rome I, maar hierover bestaat verschil van mening. De meeste uitspraken waarin pensioen en IPR samenkomen, hebben overigens betrekking op claims van de bedrijfspensioenfondsen tegen een (buitenlandse) werkgever over de afdracht van premies. Zie over deze problematiek o.a. Koppenol-Laforce 2007 en E. Lutjens, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (hierna aangeduid als Asser/Lutjens 7-XI 2019), aantekening 762; Van Marwijk Kooy & Tomeij, *Pensioenwet. Analyse en commentaar 2013*, par. 6.2.3; M.C.W. Tomeij, noot bij Hof Den Haag 22 oktober 2013, PJ 2013/200 (Bpf Vervoer/Post Kogeko), alsmede ‘Verplichte deelneming in bedrijfstakpensioenfonds bij grensoverschrijdende (uitzend)arbeid bijzonder dwingend recht?’, TPV 2017/21. In de weinige rechtspraak is het beeld wisselend: zie noot 5. In ECLI:NL:RBGEL:2015:7708, NIPR 2017/343 maakte de pensioentoezegging deel uit van een ‘Outlines of Management Trust Contract’ dat voor het IPR niet als een individuele arbeidsovereenkomst werd beschouwd.

35 Zie de in noot 6 vermelde uitspraken.

36 HvJ EU 10 december 2020, C-774/19, ECLI:EU:C:2020:1015 (Personal Exchange International), r.o. 27.

Prof. mr. A.A.H. van Hoek

dienst en zelfstandige activiteiten: beide kunnen tot gevolg hebben dat de overeenkomst buiten het bereik van de consumentenbescherming valt.

Daarmee is echter de uitsluiting van de consumentenbescherming nog niet gegeven: de litigieuze overeenkomst moet ook samenhangen met deze beroepsmatige activiteit. Dit wordt in r.o. 56-58 afzonderlijk getoetst. Hier vertoont de uitspraak van het Hof in mijn ogen een inconsistentie: het Hof beslist namelijk zonder verder voorbehoud dat in het gegeven geval de overeenkomst tussen ROI en FD niet los gezien kan worden van de arbeidsovereenkomst en daarmee direct samenhangt met de uitoefening van een beroepsactiviteit door FD. De consumentenbepaling is dus niet van toepassing; nader onderzoek door de nationale rechter is daarvoor niet nodig. Daarentegen is het in dit stadium nog helemaal niet zeker dat de bepalingen inzake arbeidsovereenkomsten wel van toepassing zijn; volgens het Hof moet de nationale rechter immers nog nader onderzoeken of tussen ROI en FD (nog) een band van ondergeschiktheid bestond.

• *Nogmaals pensioentoezeggingen en opties*

Doordat de uitspraak in de zaak ROI Land Investment zo is toegesneden op het specifieke geval, is niet duidelijk wat deze uitspraak betekent voor contracten die weliswaar samenhangen met de arbeidsovereenkomst, maar waarin van ondergeschiktheid (in de gebruikelijke zin) geen sprake is. Zoals hiervoor al is aangestipt, kan hierbij gedacht worden aan pensioenovereenkomsten en aandelen- en optieregelingen die worden beheerd door een ander concernonderdeel dan de formele werkgever.

Voor aanvullende pensioenen moet een onderscheid worden gemaakt tussen de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer en de uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder. Deze laatste overeenkomst wordt beschouwd als een verzekeringsovereenkomst.³⁷ Het gaat mij hier om de pensioenovereenkomst zelf: wat nu als verzekering achterwege is gebleven en de werknemer het concernonderdeel dat daarvoor verantwoordelijk was wil aanspreken voor de ontstane schade?³⁸ De samenhang van deze verplichting met de arbeidsovereenkomst lijkt me duidelijk, waardoor ook van een consumentencontract geen sprake zal zijn. Maar vanwege het ontbreken van een band van ondergeschiktheid met het concernonderdeel dat verantwoordelijk is gemaakt voor de pensioenregeling, valt de overeenkomst mogelijk ook niet onder regels voor arbeidsovereenkomsten.

Ook de optieregelingen vallen mogelijk tussen wal en schip, zodat alleen de normale regels voor overeenkomsten hierop van toepassing zijn. Dit laatste betekent in concreto dat het mogelijk is om in dergelijke overeenkomsten forumkeuzes en

37 Aanvullende pensioenregelingen zijn een bijzonder type verzekeringsovereenkomsten en zijn in de EU onderworpen aan een fijnmazig weefsel van dwingende regelingen waarop hier niet verder zal worden ingegaan. Pensioenen zijn op grond van artikel 1 lid 2 onder j (in ieder geval deels) uitgesloten van de werkingssfeer van Rome I. Via artikel 10:154 BW zouden mogelijk alsnog de regels van de verordening van toepassing worden op deze overeenkomst. Zie Asser-Lutjens 7-XI Pensioen 2019 aantekening 781 Toepasselijk recht op uitvoeringsovereenkomst.

38 Zie voor praktijkvoorbeelden van een dergelijk scenario de rechtspraak opgenomen in noot 5.

rechtskeuzes op te nemen, die de werknemer dan zouden binden.³⁹ Omdat problemen bij de afwikkeling van werknemersopties vaak samenhangen met de reden waarom de arbeidsovereenkomst is beëindigd, zou ik dat vanuit het oogpunt van werknemersbescherming minder wenselijk vinden.

Een mogelijke uitweg uit dit dilemma wordt (voor het bevoegdheidsrecht althans) aangereikt door Van Schadewijk in zijn noot bij het hier besproken arrest. Van Schadewijk focust voor de toepassing van de bijzondere bepalingen in Brussel I bis (anders dan A-G Richard de la Tour) niet op het werkgeversbegrip, maar op de vraag of de claim gebaseerd is op een verbintenis uit arbeidsovereenkomst. Niet de werknemers- respectievelijk werkgeversstatus van de partijen bij het geschil zijn dan relevant, maar de vraag wat de grondslag is van de vordering. Daarin verschillen de optieregeling en de pensioentoezegging van de casus in de zaak ROI. De eerste twee hebben betrekking op wezenlijke bestanddelen van de arbeidsovereenkomst, en wel het salarispakket. Deze uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende aanspraken moeten soms geldend worden gemaakt tegenover een ander dan de directe werkgever. Maar de status van de aanspraak verandert daar niet door.⁴⁰ De ROI-zaak daarentegen betrof een borgstelling: een garantie op nakoming van verplichtingen die primair op de werkgever zelf drukten. De grondslag van de vordering op ROI was dus de borgstelling, alleen de hoogte van de concrete aanspraak vloeide voort uit de arbeidsovereenkomst.⁴¹ In dat laatste geval stelt het Hof dus aanvullende eisen aan de relatie tussen de werknemer en de onderneming die zich garant heeft gesteld, wil ook daar sprake zijn van toepasselijkheid van de bepalingen inzake verbintenissen uit arbeidsovereenkomst. Het is goed mogelijk dat het Hof bij pensioentoezeggingen en optieregelingen anders zal omgaan met het aspect van ondergeschiktheid, gezien het verschil in structuur en grondslag van de aanspraken. Het loont dan ook mijns inziens de moeite om, zodra de kans daartoe zich voordoet, ook de vraag naar de kwalificatie van een optieregeling en/of een pensioenvoorziening in het IPR aan het HvJ EU voor te leggen.⁴²

39 Zie voor een voorbeeld van een rechtskeuze en een forumkeuze in een optiecontract HR 12 juni 1998, JAR 1998/183 (Cicurel/Alcatel NV). De zaak speelt overigens voor inwerkingtreding van zowel het EVO als de Rome I Verordening; de uitspraak van de Hoge Raad bevat geen IPR-overwegingen.

40 Dat de optieregeling doorwerkt in de arbeidsovereenkomst zelf, blijkt ook uit HR 11 juli 2008, Ondernemingsrecht 2008/128 (SVS Holland/Van Wielink).

41 Vergelijk in de context van artikel 1 Brussel I, waarin de karakterisering van een borgstelling als burgerlijke en handelszaak werd losgekoppeld van het publiekrechtelijke karakter van de (douane) schuld waarvoor de gedaagde instond: HvJ 15 mei 2003, C-266/01, Jur. 2003 I-04867, ECLI:EU:C:2003:282 (Préservatrice foncière TIARD SA).

42 De vraag of de werknemer bescherming wordt geboden in het IPR (bijvoorbeeld tegen forumkeuzes in een aandelen- of optieregeling) staat los van de vraag in hoeverre het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst zelf materieelrechtelijke bescherming biedt door de werkgever te verplichten bij een te geven ontslag rekening te houden met de gevolgen die dit ontslag heeft voor eventueel uit te oefenen optierechten. Dit laatste punt speelde in de zaak die leidde tot HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:AG2229 (Cicurel/Alcatel NV), JAR 1998/183.

Prof. mr. A.A.H. van Hoek

Vraag 2: de exclusieve werking van afdeling 5 en de effectieve bescherming van de werknemer

In het dictum onder 2 heeft (de derde kamer van) het Hof zich uitgesproken voor een (verdere) exclusieve werking van de bepalingen van afdeling 5 van Verordening 1215/2012. Eerder had het Hof al beslist dat zodra er sprake is van een arbeidsverhouding tussen de partijen in geschil, de bevoegdheid van de rechter moet worden vastgesteld op basis van afdeling 5. Andere bepalingen van de verordening zijn slechts van toepassing voor zover daar in artikel 20 lid 1 expliciet naar wordt verwezen.⁴³ Deze exclusieve werking wordt nu uitgebreid tot de regels van nationaal bevoegdheidsrecht. Het voorbehoud in artikel 6 lid 1 betreffende de toepassing van artikel 21 lid 2 sluit volgens het Hof namelijk uit dat een beroep wordt gedaan op de nationale bevoegdheidsregels zodra aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 21 lid 2 is voldaan. Een werknemer die in een lidstaat werkt, kan dus de nationale bevoegdheidsregels niet gebruiken in een procedure tegen zijn niet in een EU-lidstaat gevestigde werkgever. Omgekeerd kan een in een lidstaat gevestigde werkgever zich wel op de nationale regels baseren in een procedure tegen een buiten de EU gevestigde werknemer (nu de uitbreiding van de werkingsfeer van de verordening in die situatie niet van toepassing is).

Bij dit deel van de uitspraak zijn twee kanttekeningen te plaatsen. De eerste ziet op de logica ervan: had het Hof in het licht van de tekst van de relevante bepalingen en de systematiek van de verordening tot een andere conclusie kunnen komen? De andere ziet op de wenselijkheid ervan: doet de uitspraak recht aan het beschermingsdoel van de bevoegdheidsregels voor arbeidsovereenkomsten, inclusief de recente uitbreiding van de werkingsfeer daarvan?

Artikel 4 van de verordening bepaalt dat '[o]nverminderd deze verordening (...) zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, [worden] opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat'. Artikel 5 bepaalt vervolgens: 'Degenen die op het grondgebied van een lidstaat woonplaats hebben, kunnen slechts voor het gerecht van een andere lidstaat worden opgeroepen krachtens de in de afdelingen 2 tot en met 7 van dit hoofdstuk gegeven regels.' Voor verweerders met woonplaats in de EU vormt de verordening dus een gesloten systeem.

Voor verweerders van buiten de EU geldt dat op grond van artikel 6 lid 1 'de bevoegdheid in elke lidstaat geregeld [wordt] door de wetgeving van die lidstaat, onverminderd artikel 18, lid 1, artikel 21, lid 2, en de artikelen 24 en 25'. De in deze bepaling aangehaalde artikelen hebben alle een afwijkende territoriale werkingsfeer: zo is artikel 25 van toepassing op alle forumkeuzes waarin een rechter van een lidstaat wordt aangewezen, ongeacht de woonplaats van partijen. De regels met betrekking tot zakelijke rechten op een onroerend goed zijn van toepassing zodra (en uitsluitend als) het onroerend goed in de EU is gelegen. Zodra aan de werkingsfeer van artikelen 24 of 25 is voldaan, is voor toepassing van het natio-

43 HvJ EU 22 mei 2008, C-462/06, ECLI:2008:299 (GlaxoSmithKline), r.o. 18-19, 41; HvJ EU 10 september 2015, C-47/14, EU:C:2015:574 (Holterman Ferho), r.o. 44-48.

nale bevoegdheidsrecht geen plaats meer – de bevoegdheden van artikelen 24 en 25 zijn exclusief van aard.

De vraag is of de uitbreiding van de bevoegdheid in consumentenzaken en arbeid-zaken eenzelfde effect heeft, en dus de toepassing van het nationale bevoegdheidsrecht uitsluit. In artikel 21 lid 2 lezen we dat een werknemer een niet in de EU gevestigde werkgever ook kan oproepen voor de rechten die op grond van artikel 21 lid 1 onder b bevoegd zijn. Het gaat daar om de rechter van de gewoonlijke werkplek, of – in afwezigheid van een gewoonlijke werkplek – de rechter van de plaats waar zich de vestiging bevindt of bevond die de werknemer in dienst heeft genomen. Artikel 18 lid 1 geeft – in voorkomende gevallen – bevoegdheid aan de rechter van de woonplaats van de consument, ook ten opzichte van aanbieders van goederen en diensten van buiten de EU. Deze bijzondere bevoegdheidsgrondslagen bestaan in intra-EU-gevallen als alternatief, naast de bevoegdheid van de rechter van de woonplaats van de werkgever respectievelijk de aanbieder van goederen of diensten. De vraag die hier voorlag, is of ze in procedures tegen niet-EU-gedaagden ook als alternatief dienen – maar dan naast de bevoegdheidsgrondslagen uit het nationale bevoegdheidsrecht – of dat de bijzondere bevoegdheidsgrondslagen van artikel 18 lid 1 en artikel 21 lid 2 het nationale bevoegdheidsrecht juist vervangen.

Het Hof wijst er in r.o. 41 op dat de bevoegdheidsregeling inzake arbeidsovereenkomsten exclusief werkt: ‘deze bevoegdheidsregels [kunnen] slechts door andere bevoegdheidsregels van dezelfde verordening (...) worden gewijzigd of aangevuld voor zover een bepaling van die afdeling 5 zelf uitdrukkelijk daarnaar verwijst’. Dit lijkt een sterk argument, dat bovendien de parallel met de exclusieve werking van artikelen 24 en 25 versterkt. Het punt is alleen dat in artikel 20 lid 1 (het eerste artikel in de afdeling over individuele arbeidsovereenkomsten) wel degelijk naar artikel 6 wordt verwezen. Het artikel luidt namelijk: ‘1. Voor individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst wordt de bevoegdheid geregeld door deze afdeling, onverminderd artikel 6, artikel 7, punt 5, en in het geval van een tegen de werkgever ingestelde vordering, artikel 8, punt 1.’ Het is opvallend dat het arrest van deze verwijzing naar artikel 6 in artikel 20 lid 1 helemaal geen melding maakt. De overwegingen die volgen, richten zich uitsluitend op de betekenis van artikel 6 lid 1. In r.o. 42 stelt het Hof zonder veel verdere analyse dat het voorzetsel ‘onverminderd’ in artikel 6 lid 1 uitsluit ‘dat het nationale recht van toepassing is in de gevallen die vallen onder de opgesomde bepalingen. Zoals de advocaat-generaal in punt 83 van zijn conclusie heeft opgemerkt, gaat het hier om een uitputtende lijst van uitzonderingen op het beginsel van toepassing van de nationale bevoegdheidsregels.’ Ook als toepassing van het nationale recht gunstiger is voor de werknemer, wordt een dergelijke toepassing dus uitgesloten door artikel 6 lid 1 in gevallen waarin een EU-rechter bevoegdheid kan ontleen aan artikel 21 lid 2. Deze blokkade geldt alleen voor werknemers; artikel 6 verwijst wel naar het nationale recht als de werkgever een procedure start tegen een niet in de EU woonachtige werknemer nu in dat geval artikel 21 lid 2 niet van toepassing is. Het Hof verantwoordt deze uitkomst met een beroep op de eenvormigheid en voorspelbaarheid van de bevoegdheidsregels.

Prof. mr. A.A.H. van Hoek

Op het eerste gezicht verbaast deze uitkomst, ook omdat ze zo sterk wordt opgehangen aan het woordje ‘onverminderd’ in artikel 6. Hetzelfde woord komen we immers ook tegen in artikel 20 lid 1 en daar heeft het als betekenis dat naast de bevoegdheidsregeling die is opgenomen in afdeling 5, ook de in lid 1 specifiek genoemde bepalingen van de verordening kunnen worden ingeroepen in arbeidsconflicten. Deze ‘onverminderd’ gelaten bepalingen vullen de regeling van afdeling 5 dus aan. In artikel 6 sluiten de ‘onverminderd’ gelaten bepalingen de toepassing van de hoofdregel van artikel 6 juist uit. De verbazing wordt echter wat minder als ook hier verschillende taalversies in de analyse worden betrokken.

Omdat de prejudiciële vraag afkomstig was van het BAG, is Duits de officiële taal van het vonnis. De werktaal van het Hof is echter het Frans. Het loont dan ook de moeite om niet alleen af te gaan op de Nederlandse vertaling van het arrest, maar ook de Duitse en Franse taalversies te bekijken. En dan kantelt het beeld. Artikel 6 lid 1 luidt in de Duitse taalversie ‘(1) Hat der Beklagte keinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, so bestimmt sich **vorbehaltlich** des Artikels 18 Absatz 1, des Artikels 21 Absatz 2 und der Artikel 24 und 25 die Zuständigkeit der Gerichte eines jeden Mitgliedstaats nach dessen eigenem Recht.’ De Franse tekst luidt: ‘1. Si le défendeur n’est pas domicilié sur le territoire d’un État membre, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État membre, **sous réserve de** l’application de l’article 18, paragraphe 1, de l’article 21, paragraphe 2, et des articles 24 et 25.’

Als gekeken wordt naar de formulering in artikel 20 lid 1, valt op dat in beide taalversies daar een ander woord wordt gebruikt dan het hiervoor vet gemaakte. Artikel 20 lid 1 luidt in het Duits respectievelijk Frans: ‘Bilden ein individueller Arbeitsvertrag oder Ansprüche aus einem individuellen Arbeitsvertrag den Gegenstand des Verfahrens, so bestimmt sich die Zuständigkeit **unbeschadet** des Artikels 6, des Artikels 7 Nummer 5 und, wenn die Klage gegen den Arbeitgeber erhoben wurde, des Artikels 8 Nummer 1 nach diesem Abschnitt’, en: ‘En matière de contrats individuels de travail, la compétence est déterminée par la présente section, **sans préjudice** de l’article 6, de l’article 7, point 5), et, dans le cas d’une action intentée à l’encontre d’un employeur, de l’article 8, point 1).’

In deze taalversies komt mijns inziens duidelijk een verschil naar voren tussen het voorbehoud in artikel 6 en het voorbehoud in artikel 21 lid 1. ‘Vorbehaltlich’ en ‘sous réserve’ wijzen op een regel-uitzonderingverhouding, ‘unbeschadet’ en ‘sans préjudice’ op een naast elkaar bestaan van regels. Dit onderscheid is ook aan te treffen in de Engelse taalversie, die in artikel 6 de term ‘subject to’ gebruikt en in artikel 20 lid 1 ‘without prejudice’. Het gebruik van begrippen is echter – als meerdere taalversies en meerdere bepalingen worden bekeken – allesbehalve consequent. Dit betekent dat ook hier de oplossing gevonden moet worden op grond van de algemene opzet en doelstelling van de bepaling. En op dat punt is de onderbouwing van het Hof bepaald mager te noemen.

Het is zeker waar dat het uitsluiten van een beroep op het – onderling van elkaar verschillende – nationale bevoegdheidsrecht de eenvormigheid van de bevoegd-

heidsregels bevordert, maar rechtvaardigt dat de benadeling van werknemers die hiervan het gevolg is? Het bieden van adequate bescherming aan werknemers is immers ook een expliciet doel van de verordening.⁴⁴

De uitsluiting van een beroep op het nationale bevoegdheidsrecht geldt in beginsel voor zowel consumenten als werknemers. Voor consumenten zal deze beslissing vermoedelijk weinig consequenties hebben; zij kunnen zich immers wenden tot het gerecht van hun woonplaats (ten tijde van de start van de procedure). Voor werknemers kan deze uitsluiting echter wel degelijk nadelig zijn, bijvoorbeeld als het nationale recht bevoegdheid verleent aan de rechter van hun woonplaats,⁴⁵ terwijl de werkzaamheden in een andere lidstaat werden verricht. Een laagdrempelige toegang tot een nabije rechter is al helemaal niet verzekerd als de bevoegdheid ex artikel 21 lid 2 berust bij een rechter van de lidstaat waar zich (ooit) de vestiging bevond die de werknemer in dienst heeft genomen. In dat geval is mijns inziens het bieden van een nationaal alternatief zeker op zijn plaats. Het is dan ook spijtig dat het HvJ EU hiervoor geen ruimte (meer) lijkt te bieden.

6 Slotwaardering

Dit arrest, gewezen door de derde kamer van het Hof van Justitie van de EU, bevat een aantal beslissingen die van wezenlijk belang zijn voor de bescherming van werknemers in het IPR. De uitspraak voegt weinig toe aan het huidige debat rond de afbakening tussen werknemers en overige dienstverrichters. Wel is de uitspraak van belang voor werknemers die met verschillende partijen met de arbeidsovereenkomst samenhangende overeenkomsten hebben gesloten. Deze genieten alleen de bescherming van de bijzondere bepalingen als er ook in die andere rechtsverhoudingen sprake is van enige vorm van ondergeschiktheid. Het is de vraag hoe deze voorwaarde precies moet worden ingevuld. Het Hof noemt een aantal factoren die bij de afweging ‘met name’ relevant zijn. Deze lijken echter in hoge mate te zijn toegesneden op de voorgelegde casus en kunnen mijns inziens niet een-op-een worden overgezet op andere gevallen. Het BAG achtte de regels voor arbeidsovereenkomsten van toepassing omdat de situatie zich op grond van de genoemde factoren wezenlijk onderscheidde van normale concernverhoudingen. Maar ook dat criterium biedt weinig houvast.

- 44 Zie preambule par. 18. De uitbreiding van de werkingsfeer van de regels met betrekking tot consumenten en werknemers vond plaats in het kader van het voorstel tot herziening van Brussel I, waarin de Europese Commissie beoogde ook de bevoegdheid ten opzichte van verweerders in derde landen te reguleren. De in het voorstel opgenomen bijzondere bevoegdheidsregels zouden het vervallen van de nationale bevoegdheidsregels moeten compenseren. Terwijl de verordening uiteindelijk toch in belangrijke mate beperkt bleef tot verweerders met woonplaats in de EU, is de uitbreiding voor consumenten met woonplaats in de EU en in de EU werkzame of geworven werknemers gehandhaafd. Zie wetgevingsprocedure 2010/0383/COD, COM(2010)748 def 2.
- 45 Voor verzoekschriften geldt dat artikel 3 Rv rechtsmacht creëert voor de Nederlandse rechter op basis van de woonplaats of gewone verblijfplaats van de verzoeker. Verschillende landen hebben daarnaast een speciale bevoegdheidsregel voor de contracten van zeelieden en zeevissers; zie bijvoorbeeld L. Carballo Pineiro, *International Maritime Labour Law*, Springer 2015, p. 123, voor het Spaanse recht (artikel 25(1) van de Ley Orgánico del Poder Judicial).

Prof. mr. A.A.H. van Hoek

Intussen is duidelijk dat de uitsluiting voor ‘beroep en bedrijf’ in de consumentenbepalingen ook ziet op werkzaamheden uit arbeidsovereenkomst. In het voorliggende geval kon de nauw met de arbeidsovereenkomst samenhangende overeenkomst dan ook niet worden aangemerkt als consumentencontract. Ook dit deel van het arrest roept haast meer vragen op dan het beantwoordt. Wel duidelijk is het onderdeel waarin het Hof bepaalt dat er geen beroep kan worden gedaan op de nationale bevoegdheidsbepalingen zodra er bevoegdheid is op grond van afdeling 5, ook in het geval de werkgever geen woonplaats heeft binnen de EU.

Op drie punten beperkt het Hof dus met zijn uitleg de bescherming van de werknemer. De argumentatie op grond waarvan het Hof tot deze conclusies komt, overtuigt niet op alle punten. Daarnaast levert de uitspraak de nodig toepassings- en uitlegproblemen op. Het loont dan ook mijns inziens zeker de moeite om opnieuw vragen te stellen aan het Hof, bijvoorbeeld over de status van regelingen inzake werknemersoptie en pensioentoezeggingen door een ander dan de formele werkgever.