

Rechtskeuze in het ipr-arbeidsrecht: enkele gedachten over het begunstigingsbeginsel

Kirsten Henckel*

Abstract

This article discusses the preferential law approach that is enshrined in Article 8(1) Rome I Regulation. This provision limits the effects of a choice of law in the sense that the choice may not deprive the employee of the protection afforded to him by the mandatory provisions of the law that would have applied in the absence of a choice. It is generally accepted that the law that is most favourable to the employee merits application. The determination of this preferential law requires a comparison between the chosen law and the law that would have applied in the absence of such a choice. The article examines the method of comparison used throughout Dutch case law which shows that a preferential law approach is rarely applied. Instead, the majority of judgments apply the mandatory provisions of the objectively applicable, Dutch, law without further explanation. Since the application of the preferential law approach seems to be plagued by ambiguity, this article questions the desirability and practical feasibility of the comparison between the chosen law and the mandatory provisions of the law that would have applied in the absence of such a choice.

1. Inleiding

Hoewel het traditionele Savigniaanse verwijzingsstelsel gekenmerkt wordt door neutraliteit, omarmt het moderne internationaal privaatrecht al geruime tijd de gedachte dat zwakkere partijen conflictenrechtelijk bescherming behoeven.¹ Een goed voorbeeld hiervan vindt men in artikel 8 lid 1 Rome I Verordening² dat ertoe strekt de individuele werknemer te beschermen. Deze bepaling beperkt het effect van een rechtskeuze in de zin dat de keuze er niet toe mag leiden dat de werknemer, als zwakkere partij, de bescherming verliest die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat bij gebreke van een rechtskeuze op de arbeidsovereenkomst van toepassing zou zijn. Over de invulling van deze bepaling bestaat in de

* Mr. K.C. Henckel is universitair docent internationaal privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 Zie o.a. F. van Overbeeke, *Sociale concurrentie en conflictenrecht in het Europees wegtransport* (diss. Universiteit van Antwerpen), 2018, p. 210 e.v.; Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/874 e.v.; Valérie Lacoste-Mary, 'Le nouveau règlement communautaire "Rome I" et les règles de conflit de lois relatives au contrat de travail international', *Le Droit Ouvrier* 2009, p. 72; vgl. A.A.H. van Hoek, 'Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?', *Erasmus Law Review* 2014, p. 162, die benoemt dat er academische spanningen bestaan tussen adequate en betere bescherming.

2 Verordening (EG) nr. 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.

literatuur de nodige discussie.³ Hoewel het Hof van Justitie zich hierover vooralsnog niet heeft uitgelaten wordt in de literatuur algemeen aangenomen dat in de beperking van de rechtskeuze het begunstigingsbeginsel weerklinkt.⁴ De dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht kunnen het gekozen recht alleen terzijde stellen wanneer deze bepalingen gunstiger zijn voor de individuele werknemer. Inherent aan de vaststelling van dit gunstigste recht is een vergelijking tussen het gekozen recht en het recht dat bij gebreke van een rechtskeuze van toepassing zou zijn. Deze vergelijking, die wordt aangeduid als de *preferential law approach*, *Günstigkeitsvergleich* of toepassing van het *principe de la loi la plus favorable* vereist dat de rechter allereerst het recht vaststelt dat bij gebreke van een rechtskeuze op de overeenkomst van toepassing zou zijn, vervolgens bepaalt welke dwingende bepalingen ter bescherming van de werknemer dit recht bevat en tot slot de dwingende bepalingen toepast die voor de werknemer het gunstigst zijn.⁵

-
- 3 Zie o.a. Van Hoek, T&C Arbeidsrecht [2021], Art. 8 Rome I Regulation, No. 4; I.A. Haanappel-van der Burg, in: *GS Verbintenissenrecht* 2019, art. 8 Rome I, No. 2.1; BeckOK BGB/Spickhoff, 56. Ed. 1.11.2020, VO (EG) 593/2008, Art. 8, Rn. 18, 19; C. Schröder, *Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Privatrecht*, Frankfurt am Main: Peter Lang 1996, p. 39 et seq.; A. Junker, 'Internationales Arbeitsrecht in der geplanten Rom I-Verordnung', *RiW* 2006, p. 401; E.M. Tscherner, *Arbeitsbeziehungen und Europäische Grundfreiheiten*, München: Sellier European Law Publishers 2012, p. 414; A. Aubart, *Die Behandlung der dépeçage im europäischen Internationalen Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, p. 102-103; M. Henze, *Die Anknüpfung von mobilen Arbeitsverhältnissen anhand des Art. 8 Rom I-Verordnung*, Baden-Baden: Nomos 2017, p. 103. Zie ook: J.A. Pontier, *Arbeidsovereenkomst en arbeidsverboddingen in het IPR*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 211; F.G. Laagland, 'Grenzeloze problemen bij grensoverschrijdende arbeid', *ArA* 2012-3, p. 73; L. Strikwerda & S. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 231; J. van Rijn Alkemade, 'Een belangrijk stuk communautair internationaal privaatrecht. Het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het toepasselijke recht op verbintenissen uit overeenkomst', *AA* 1991-5, p. 405; M. Zilinsky, 'Rome I en arbeidsovereenkomst', *WPNR* 2009/6824, p. 1033; Z. Even & E. van Kampen, 'De arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijk perspectief. Drie kernvragen voor de Nederlandse jurist', *ArA* 2004, p. 31-32; L.F.A. Steffens, 'Artikelen 89-90 IPR-Schets: Verbintenissen uit overeenkomst', *WPNR* 1993/6112, p. 797; G. Thüsing, 'Rechtsfragen grenzüberschreitender Arbeitsverhältnisse – Grundlagen und Neuigkeiten im Internationalen Arbeitsrecht', *NZA* 2003, p. 1304; F. Temming, 'Zur Qualifizierung des österreichischen Kündigungsschutzes gem. §§ 105, 107 öst.ArbVG – endlich Bewegung in der Rechtsprechung des OGH?', *IPRax* 2016, p. 181; S. Krebber 'Individualarbeitsrecht als Arbeitsmarktrecht und Anknüpfung des Arbeitsverhältnisstatuts', in: H. Konzen e.a., *Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, p. 477, 492.
- 4 Zie o.a. U. Grusić, *The European Private International Law of Employment*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 150; Krebber 2008, p. 477, 492 (zie noot 3); Temming 2016, p. 181 (zie noot 3); Van Hoek, T&C Arbeidsrecht [2021], Art. 8 Rome I Regulation, No. 4; I.A. Haanappel-van der Burg, in: *GS Verbintenissenrecht* 2019, art. 8 Rome I, No. 2.1; BeckOK BGB/Spickhoff, 56. Ed. 1.11.2020, VO (EG) 593/2008, Art. 8, Rn. 18, 19; Schröder 1996, p. 39 e.v. (zie noot 3); Junker 2006, p. 401 (zie noot 3); Tscherner 2012, p. 414 (zie noot 3); Aubart 2013, p. 102-103 (zie noot 3).
- 5 Vgl. Conclusie A-G Wahl, zaak C-64/12, 16 april 2013, ECLI:EU:C:2013:241 (*Schlecker v. Boedeker*), nr. 24, 34; Conclusie A-G Trstenjak, zaak C-384/10, 8 september 2011, ECLI:EU:C:2011:564 (*Voogsgeerd v. Navimer*), nr. 48; Van Hoek, T&C Arbeidsrecht [2021], Art. 8 Rome I Regulation, No. 4; I.A. Haanappel-van der Burg, in: *GS Verbintenissenrecht* 2019, art. 8 Rome I, No. 2.1; BeckOK BGB/Spickhoff, 56. Ed. 1.11.2020, VO (EG) 593/2008, Art. 8, Rn. 18, 19; Schröder 1996, p. 39 e.v. (zie noot 3); Junker 2006,

De reikwijdte van de vergelijking tussen het gekozen en het objectief toepasselijke recht is echter niet geheel duidelijk.⁶ Niettemin wordt doorgaans aangenomen dat de vergelijking dient plaats te vinden op het niveau van een samenhangende (abstraheerbare) groep regels.⁷ Daarmee bestaat in de literatuur grotendeels consensus over de wijze waarop artikel 8 lid 1 Rome I dient te worden toegepast. Dit artikel bespreekt de vraag of deze algemene lijn in de Nederlandse rechtspraak wordt gevolgd en hoe deze rechtspraak zich verhoudt tot (enkele) uitspraken uit de ons omringende landen. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de wenselijkheid en praktische hanteerbaarheid van de vergelijking.

In de navolgende paragrafen komt allereerst de intrede van het begunstigingsbeginsel in het ipr-arbeidsrecht aan de orde (par. 2) gevolgd door een korte bespreking van de rechtskeuzebevoegdheid uit artikel 8 lid 1 Rome I (par. 3). Daarna wordt aandacht besteed aan de in de literatuur bestaande discussie over de invulling (par. 4) en reikwijdte van deze bepaling (par. 5). Vervolgens wordt de Nederlandse rechtspraak ten aanzien van artikel 8 lid 1 besproken en vergeleken met enkele uitspraken uit Duitsland, België en Frankrijk (par. 6). Tot slot volgt een concluderende beschouwing waarin onder andere de wenselijkheid en hanteerbaarheid van de vergelijking aan de orde komt (par. 7).

2. Intrede begunstigingsbeginsel

Op Europees niveau doet het begunstigingsbeginsel in het kader van de bepaling van het op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde recht zijn intrede⁸ in het aan de Rome I Verordening voorafgaande Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomsten 1980 (EVO).⁹ Ingevolge artikel 6 lid 1 EVO, dat qua strekking overeenstemt

p. 401 (zie noot 3); Tscherner 2012, p. 414 (zie noot 3); Aubart 2013, p. 102-103 (zie noot 3); Henze 2017, p. 103 (zie noot 3).

6 Zie Zilinsky 2009, p. 1033 (zie noot 3); L.M. van Bochove & X.E. Kramer, 'Opgelegde bescherming in het Europees internationaal privaatrecht. Van waardenutraal verwijzingsstelsel tot communautair beschermingsmechanisme', in: F.G.M. Smeele & M.A. Verbrugh (red.), *'Opgelegde bescherming' in het bedrijfsrecht. Ratio, methodiek en dynamiek van dwingendrechtelijke bescherming van kwetsbare belangen in het bedrijfsrecht*, Den Haag: BJu 2010, p. 21; BAG 10 april 2014 – 2 AZR 741/13, *BeckRS* 2014, 71952; Van Hoek, T&C Arbeidsrecht [2021], Art. 8 Rome I Regulation, No. 4; I.A. Haanappel-van der Burg, in: *GS Verbintenissenrecht* 2019, art. 8 Rome I, No. 2.1; BeckOK BGB/Spickhoff, 56. Ed. 1.11.2020, VO (EG) 593/2008, Art. 8, Rn. 18, 19; R. Hönsch, 'Die Neuregelung des Internationalen Privatrechts aus arbeitsrechtlicher Sicht', *NZA* 1988, p. 113; D. Niksova, 'Grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung aus Liechtenstein nach Österreich – kein Abfertigungsanspruch, Kommentar zu OGH 9 ObA 158/07m', *ZAS* 2011, p. 39.

7 Van Hoek, T&C Arbeidsrecht [2021], Art. 8 Rome I Regulation, No. 4; I.A. Haanappel-van der Burg, in: *GS Verbintenissenrecht* 2019, art. 8 Rome I, No. 2.1; Zilinsky 2009, p. 1033 (zie noot 3); Van Bochove/Kramer 2010, p. 21 (zie noot 6).

8 Vgl. A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers: Een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht, en IPR aan de hand van de detacheringsrichtlijn*, Den Haag: SdU 2000, p. 74-75, 223, die opmerkt dat het begunstigingsbeginsel in het EVO gestoeld is op het Franse *favor* beginsel.

9 In het daaraan voorafgaande voorstel voor een verordening met betrekking tot het op arbeidsverhoudingen binnen de Europese Gemeenschap toe te passen conflictenrecht, dat nooit tot wetgeving is geworden, is van een rechtskeuzemogelijkheid maar zeer beperkt sprake. Zie: Voorstel voor een verordening (EEG) van de Raad met betrekking tot het op arbeidsverhoudingen binnen de Gemeenschap toe te passen conflictenrecht,

met artikel 8 lid 1 Rome I Verordening, mag een rechtskeuze 'er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat (...) bij gebreke van een rechtskeuze op hem van toepassing zou zijn'. Een dergelijke beperking van de rechtskeuze kwam reeds in het Voorontwerp EVO aan de orde. Artikel 2 van het voorontwerp beperkte de rechtskeuze bij arbeidsverhoudingen door te stellen dat de rechtskeuze geen inbreuk kon maken op de dwingende bepalingen ter bescherming van de arbeider die van kracht zijn in het land waar deze gewoonlijk zijn arbeid verricht.

De vraag of en in hoeverre de beperking van de rechtskeuze overeenstemt met het aan het EVO voorafgaande ongeschreven Nederlandse internationaal privaatrecht is niet gemakkelijk te beantwoorden.¹⁰ Aangenomen kan worden dat in de Nederlandse jurisprudentie op enig moment werd geanticipeerd op de inwerkingtreding van artikel 6 lid 1 EVO.¹¹ Dat het ongeschreven Nederlandse internationaal privaatrecht ook voorafgaand aan de publicatie van het voorontwerp EVO een daarmee overeenstemmende regel kende is daarentegen een conclusie die niet zonder meer kan worden getrokken.¹²

3. Beperking van de rechtskeuze

Evenals artikel 6 lid 1 EVO gaat artikel 8 lid 1 Rome I Verordening uit van partijautonomie: het staat partijen vrij om, in overeenstemming met artikel 3 Rome I, het recht te kiezen dat de onderlinge arbeidsverhouding beheerst.¹³ Met andere woorden: het door partijen gekozen recht is in beginsel op de arbeidsovereenkomst van toepassing. Op basis van artikel 3 kunnen partijen vrijelijk beslissen, hetzij uitdrukkelijk, hetzij impliciet, over het recht dat van toepassing is op het geheel of een deel van de overeenkomst.¹⁴ Daarbij geldt dat het gekozen recht geen verband hoeft te houden met de onderlinge rechtsverhouding: ook de keuze voor een neutraal recht is

PbEG 1972, C 49/26; vgl. M. Giuliano & P. Lagarde, 'Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst', *PbEG* 1980, C 282/1, p. 20-25.

10 Vgl. Van Hoek 2000, p. 387 (zie noot 8).

11 HR 23 oktober 1987, *NIPR* 1988, 150, *NJ* 1988, 842, *SMA* 1988, p. 331, m.nt. M.V. Polak (*Sorensen/Aramco*); Conclusie A-G Franx bij HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 842, onder 16; HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0632, *NIPR* 2002, 191, *NJ* 2003, 344, m.nt. Th.M. de Boer, no. 3 (*Universal Services*); Hof Amsterdam 3 februari 2005, *NIPR* 2005, 241, r.o. 6.4; Rb. Maastricht 7 maart 1996, *NIPR* 1996, 240; M.V. Polak, *Arbeidsverhoudingen in het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1988, p. 90-129; anders: Strikwerda in: Conclusie A-G Strikwerda bij HR 18 januari 1991, *NJ* 1991, 296, *NIPR* 1991, 121 (*Sanchez/Iberia*); noot Schultz bij HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 842.

12 HR 8 juni 1973, *NJ* 1973, 400, m.nt. HB (*Mackay II*); Conclusie A-G Strikwerda bij HR 18 januari 1991, *NJ* 1991, 296, *NIPR* 1991, 121 (*Sanchez/Iberia*). Naar mening van Strikwerda blijkt uit het arrest *Mackay II* dat het partijen bij een arbeidsovereenkomst, voorafgaand aan de inwerkingtreding van het EVO, vrij stond een rechtskeuze uit te brengen zonder dat die keuze aan bijzondere beperkingen onderhevig was.

13 O. Deinert, 'Neues Internationales Arbeitsvertragsrecht', *RdA* 2009, p. 148; HK-BGB/Ansgar Staudinger, 10. Aufl. 2019, Rom I-VO, Art. 8, Rn. 4; BeckOGK/Knöfel Rom I-VO, Art. 8, Rn. 33; MüKoBGB/Martiny Rom I-VO Aufl. 2021, Art. 8, Rn. 29; I.A. Haanappel-van der Burg, *Grensoverschrijdende overgang van onderneming* (diss. UvA), 2015, p. 208; Zie ook Krebber, die de voorkeur geeft aan een enkel objectieve aanknopng: Krebber 2008, p. 477, 492 (zie noot 3).

14 BGB/Spickhoff, 56. Ed. 1.11.2020, VO (EG) 593/2008, Art. 8, Rn. 14; Thüsing 2003, p. 1304 (zie noot 3); Temming 2016, p. 181 (zie noot 3).

toegestaan.¹⁵ Door een dergelijke alomvattende rechtskeuze loopt de werknemer het risico dat de werkgever, die in de arbeidsverhouding een dominante rol vervult, hem de toepassing oplegt van een vreemd recht dat de werknemer minder bescherming biedt dan het recht van een land waarmee de onderlinge rechtsverhouding verband houdt. Een eventuele correctie ten gunste van de werknemer vindt daarom plaats op de voet van artikel 8 lid 1 tweede volzin Rome I. Deze volzin luidt als volgt:

‘Deze keuze mag er evenwel niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken op grond van het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van dit artikel toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze.’

Ingevolge deze volzin wordt de rechtskeuze beperkt door de dwingende werknemersbeschermende bepalingen van het objectief toepasselijke recht. De werknemer mag de bescherming van deze bepalingen niet door een rechtskeuze verliezen.

4. Bescherming of begunstiging?

Hoewel algemeen wordt aangenomen dat artikel 8 Rome I *favor laboratoris* dient te worden uitgelegd bestaat in met name de Nederlandse literatuur enige discussie over de invulling van de beperking van de rechtskeuzebevoegdheid.¹⁶ Worden de dwingende bepalingen ter bescherming van de werknemer uit het objectief toepasselijke recht onverkort toegepast of vindt het voor de werknemer gunstigste recht toepassing? Met andere woorden: strekt artikel 8 lid 1 Rome I (slechts) tot bescherming of juist tot begunstiging van de individuele werknemer?

Uit de preambule bij de Rome I Verordening valt op te maken dat de conflictenrechtelijke bescherming van werknemers als zwakkere partij berust op de beschermingsgedachte.¹⁷ Dit wordt onderschreven door het toelichtend rapport bij het EVO waarin wordt aangegeven dat de bescherming van de werknemer, als sociaaleconomisch zwakkere partij, ten grondslag ligt aan de beperking van de rechtskeuze.¹⁸ Het rapport geeft voorts aan dat de rechtskeuze niet volledig zonder gevolg blijft wanneer het objectief toepasselijke recht ‘de werknemer een grotere bescherming’ biedt.¹⁹ Het gekozen recht blijft in beginsel van toepassing.²⁰ De dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht prevaleren, zo blijkt uit het rapport, slechts ‘bo-

15 Conclusie A-G Wahl, zaak C-64/12, 16 april 2013, ECLI:EU:C:2013:241 (*Schlecker v. Boedecker*), nr. 25.

16 L. Strikwerda, ‘De hanteerbaarheid van het IPR – enkele opmerkingen over de uitleg van artikel 6 lid 1 EVO’, in: A. Kosto e.a., *Grensoverschrijdend privaatrecht. Opstellen aangeboden aan Mr. J. van Rijn Alkemade*, Deventer: Kluwer 1993, p. 252; Conclusie A-G Strikwerda bij HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0116, *NIPR* 1991, 121; Van Rijn Alkemade 1991, p. 405 (zie noot 3).

17 Preambule Rome I Verordening, nr. 23; vgl. Van Overbeeke 2018, p. 215 (zie noot 1).

18 M. Giuliano & P. Lagarde, ‘Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst’, *PbEG* 1980 C 282/1, p. 25.

19 M. Giuliano & P. Lagarde, ‘Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst’, *PbEG* 1980 C 282/1, p. 25.

20 M. Giuliano & P. Lagarde, ‘Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst’, *PbEG* 1980 C 282/1, p. 25.

ven die van het gekozen recht' 'voor zover deze bepalingen de werknemer beter beschermen'.²¹ Het rapport lijkt daarmee duidelijk te maken dat sprake is van begunstiging of toepassing van het *favor* beginsel in de zin dat de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht inwerken op de rechtskeuze wanneer eerstgenoemde bepalingen gunstiger zijn voor de werknemer.²² Deze gedachte stemt overeen met de memorie van toelichting bij het EVO²³ waarin eveneens wordt aangenomen dat het gekozen recht prevaleert boven het objectief toepasselijke recht indien de werknemer door het gekozen recht evenveel of beter wordt beschermt. Niettemin bestaat in de Nederlandse literatuur enige discussie over de invulling van de beperking van rechtskeuze. Daarin staat de vraag centraal of de in artikel 8 Rome I bedoelde rechtskeuze materieelrechtelijk dan wel conflictenrechtelijk van aard is.²⁴ Anders gezegd: geldt de rechtskeuze enkel als aanvulling op de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht of beheersen zowel de aanvullende als de dwingende bepalingen van het gekozen recht in beginsel de arbeidsverhouding?

Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het internationaal privaatrecht wordt, onder andere door Strikwerda, voorgesteld dat de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht steeds toepassing verdienen ongeacht het antwoord op de vraag of het gekozen recht de werknemer meer of minder bescherming biedt.²⁵ Toepassing van het meest gunstige recht zou, ingevolge deze opvatting, kunnen leiden tot een ongewenste cumulatie van bescherming, in de zin dat de werknemer door toepassing van het begunstigingsbeginsel meer bescherming geniet dan waarin de te vergelijken rechtsstelsels afzonderlijk voorzien.²⁶ Een ander argument dat wordt aangevoerd ter ondersteuning van deze opvatting is dat bij een gecombineerde toepassing van beide rechtsstelsels mogelijk sprake is van aanpassingsproblemen doordat de onderlinge harmonie tussen deze rechtsstelsels ontbreekt.²⁷ Van Rijn Alkemade stelt zich in dit verband zelfs de vraag of er 'in feite geen andere keuze wordt

21 M. Giuliano & P. Lagarde, 'Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst', *PbEG* 1980 C 282/1, p. 25; vgl. Th.M. de Boer, 'The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts: A Methodological Perspective', *RabelsZ* 1990, p. 43-44; Van Overbeeke 2018, p. 215 (zie noot 1).

22 Vgl. Th.M. de Boer, 'The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts: A Methodological Perspective', *RabelsZ* 1990, p. 43-44; Van Overbeeke 2018, p. 215 (zie noot 1).

23 Memorie van Toelichting bij het EVO: *Kamerstukken II* 1988-1989, 21 059 (R 1365), nr. 3, p. 15 (MvT).

24 Vgl. R. Plender & M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, Londen: Sweet & Maxwell 2009, p. 312; Strikwerda/Schaafsma 2019, nr. 231 (zie noot 3); I.A. Haanappel-van der Burg, in: *GS Verbintenissenrecht* 2019, art. 8 Rome I, No. 2; Van Bochove/Kramer 2010, p. 21 (zie noot 6).

25 L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 182; Strikwerda/Schaafsma 2019, nr. 231 (zie noot 3); Strikwerda 1993, p. 252 (zie noot 16); Conclusie A-G Strikwerda bij HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0116, *NIPR* 1991, 121; Van Rijn Alkemade 1991, p. 405 (zie noot 3); P. Vlas, 'Veranderingen in het i.p.r.-overeenkomstenrecht: geen revolutie maar "EVOlutie"', *TVVS* 1991, p. 230; M. ten Wolde, 'Het Europees Overeenkomstenverdrag 1980 treedt bin nenkort in werking!', *Tijdschrift voor Antilliaans Recht Justitia* 1992, p. 152-153.

26 Strikwerda 1993, p. 252 (zie noot 16); Conclusie A-G Strikwerda bij HR 18 januari 1991, ECLI: NL:HR:1991:ZC0116, *NIPR* 1991, 121; Van Rijn Alkemade 1991, p. 405 (zie noot 3).

27 Conclusie A-G Strikwerda bij HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0116, *NIPR* 1991, 121; Van Rijn Alkemade 1991, p. 405 (zie noot 3).

gelaten dan de toepassing van het objectief toepasselijke recht'.²⁸ Het voordeel van een onverkorte toepassing van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht is dat een vergelijking tussen de beschermingsniveaus van het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht uitblijft. In dat geval zijn de dwingende werknemersbeschermende bepalingen van het objectief toepasselijke recht rechtskeuzebestendig; partijen kunnen deze bepalingen niet door een rechtskeuze terzijde stellen. De rechtskeuze is daarmee niet meer conflictenrechtelijk maar juist materieelrechtelijk van aard in de zin dat het gekozen recht slechts toepassing vindt voor zover het de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht aanvult.

In de recente Nederlandse literatuur wordt echter in hoofdzaak aangenomen dat de in artikel 8 lid 1 Rome I neergelegde rechtskeuze in beginsel prevaleert boven het objectief toepasselijke recht, waardoor deze rechtskeuze conflictenrechtelijk van aard is.²⁹ Deze lijn wordt ook in de buitenlandse literatuur gevolgd.³⁰ Ingevolge deze thans algemeen heersende leer blijft het gekozen recht van toepassing wanneer dit recht de werknemer gelijke of meer bescherming biedt dan het objectief toepasselijke recht. De dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht werken enkel in op het gekozen recht voor zover deze de werknemer beter beschermen. Daarmee vormen zij de ondergrens van de bescherming die de werknemer geboden wordt.³¹

In artikel 8 lid 1, tweede volzin Rome I komt mijns inziens het begunstigingsbeginsel tot uitdrukking. De formulering van deze tweede volzin laat, ook al nopen eerder genoemde bezwaren over de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het ipr wellicht tot een andere uitleg, weinig ruimte voor een andere interpretatie.³² Ingevolge de tweede volzin van artikel 8 mag de rechtskeuze er immers niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht. Daaruit volgt logischerwijs, zij het impliciet, dat een keuze voor een recht(stelsel) dat de werknemer evenveel of meer bescherming biedt mogelijk is. De werknemer verliest immers geen bescherming wan-

28 Van Rijn Alkemade 1991, p. 405 (zie noot 3); vgl. Krebber 2008, p. 477, 492 (zie noot 3).

29 Van Hoek, T&C Arbeidsrecht [2021], Art. 8 Rome I Regulation, No. 4; I.A. Haanappel-van der Burg, in: *GS Verbintenissenrecht* 2019, art. 8 Rome I, No. 2.1; I.A. Haanappel-van der Burg, 'Rechtskeuze en beperking effect', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst* (art. 8 Rome I, aant. 2.1), Deventer: Wolters Kluwer 2019 (losbladig en online); I.A. Haanappel-van der Burg, 'Na het Ryanair-arrest: bevoegde rechter en toepasselijk recht bij internationale arbeidsgeschillen', *ArbeidsRecht* 2018, p. 12 e.v.; Zilinsky 2009, p. 1033 (zie noot 3); M.S. Houwerzijl, 'Verschillen in toepasselijk arbeidsrecht bij tijdelijke en structurele arbeidsmigratie', in: H. Verschueren & M.S. Houwerzijl (red.), *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 164-165; M.S. Houwerzijl, 'Vrij verkeer van werknemers, detachering van werknemers, toepasselijk arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht', in: F.J.L. Pennings & S. Peters (red.), *Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 112. Zie ook: Pontier 2020, p. 211 (zie noot 3); Laagland 2012, p. 73 (zie noot 3); Even/van Kampen 2004, p. 31-32 (zie noot 3); Steffens 1993, p. 797 (zie noot 3); Asser/Lutjens 7-XI 2019/763.

30 Zie o.a. Plender/Wilderspin 2009, p. 312 (zie noot 24); Thüsing 2008, p. 1304 (zie noot 3); Krebber 2008, p. 477, 492 (zie noot 3); Temming 2016, p. 181 (zie noot 3); P. Streithofer, 'Der kollisionsrechtliche Günstigkeitsvergleich gem Art 8 Abs 1 Satz 2 der Rom I-VO', *RdA* 2012, p. 194 e.v.; BeckOK BGB/Spickhoff, 56. Ed. 1.11.2020, VO (EG) 593/2008, Art. 8, Rn. 19; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO, Art. 8, Rn. 42-45.

31 Haanappel-van der Burg 2018, p. 12 e.v. (zie noot 29); Houwerzijl 2009, p. 164-165 (zie noot 29); Houwerzijl 2016, p. 112 (zie noot 29).

32 Vgl. Preamble Rome I Verordening, nr. 35.

neer het gekozen recht voor hem gunstiger is. Dat de tweede volzin van artikel 8 lid 1 Rome I primair bedoeld is om de werknemer te beschermen tegen een nadelige rechtskeuze doet daar niet aan af. Artikel 8 lid 1 stelt de partijautonomie voorop: het staat partijen vrij om het recht te kiezen dat de arbeidsverhouding beheerst. Deze rechtskeuze is conflictenrechtelijk in de zin dat zowel de dwingende als de aanvullende bepalingen van het gekozen recht de rechtsverhouding beheersen. Echter, de rechtskeuze wordt beperkt door toepassing van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht die de werknemer meer bescherming bieden dan het gekozen recht. Ik sluit mij daarmee aan bij de heersende leer.

Of de heersende leer ook door het Hof van Justitie wordt gevolgd is niet duidelijk. Het Hof heeft zich over deze kwestie tot op heden nog niet kunnen uitlaten. Inmiddels heeft een dergelijke gelegenheid zich echter aangediend. Middels een tweetal prejudiciële verwijzingen heeft de Roemeense rechter het Hof verzocht om uitleg van artikel 3 en 8 lid 1 tweede volzin Rome I. Deze zaken lenen zich bij uitstek voor een oordeel over de invulling van de beperking van de rechtskeuze. Beide zaken hebben betrekking op vrachtwagenchauffeurs in dienst van een in Roemenië gevestigde onderneming. De werknemers stellen dat zij hun arbeid gewoonlijk in Duitsland respectievelijk Italië hebben verricht. Zij menen daarom dat zij, ondanks een rechtskeuze voor Roemeens recht, recht hebben op het Duitse respectievelijk Italiaanse minimumloon. In de verzoeken om een prejudiciële beslissing stelt de Roemeense rechter drie onderling verband houdende vragen: 1. de vraag naar de verhouding tussen het gekozen recht en objectief toepasselijke recht, 2. de vraag naar de kwalificatie van bepalingen inzake minimumloon als bepalingen van dwingend recht in de zin van artikel 8 lid 1 Rome I en 3. de vraag naar de toelaatbaarheid van een dwingende rechtskeuze. In het kader van dit artikel is in het bijzonder de eerste vraag relevant; een bespreking van de tweede en derde vraag blijft daarom uit. De eerste vraag wordt door de verwijzende rechter als volgt geformuleerd:

‘Dient artikel 8 (...) aldus te worden uitgelegd dat de keuze van het op de individuele arbeidsovereenkomst toepasselijke recht de toepassing uitsluit van het recht van het land waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid heeft verricht, of dat het feit dat er een rechtskeuze is gemaakt de toepassing van artikel 8, lid 1, tweede volzin, van de verordening uitsluit?’

Deze vraagstelling, die op het oog strijdig lijkt met het systeem van artikel 8, behelst primair de vraag naar de verhouding tussen het gekozen en het objectief toepasselijke recht. Deze verhouding blijkt mijns inziens, zoals hierboven aangegeven, reeds uit de formulering van artikel 8 lid 1 Rome I. In zijn op 22 april 2021 gepubliceerde conclusie in voornoemde zaken stelt A-G Campos Sánchez-Bordona dan ook terecht dat een rechtskeuze de toepassing van het objectief toepasselijke recht kan uitsluiten ‘mits dat recht de werknemer een beschermingsniveau biedt dat gelijk is aan of hoger is dan het beschermingsniveau dat wordt geboden door de bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken van het recht dat toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze’.³³ Om vast te stellen welk recht de werknemer meer bescherming biedt dient een vergelijking plaats te vinden tussen de bescherming die geboden wordt door het gekozen recht en de bescherming die geboden wordt door de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht. Ook dit wordt door de A-G benoemd. Daarmee

33 Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona, gevoegde zaken C-152/20 en C-218/20, 22 april 2021, ECLI:EU:C:2021:323, nr. 107.

sluit hij zich aan bij de heersende lijn in de literatuur die ervan uitgaat dat een vergelijking dient plaats te vinden tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht waarna het recht dat de werknemer de meeste bescherming biedt wordt toegepast. Een dergelijke toepassing is door A-G Trstenjak en A-G Wahl reeds onderschreven in hun conclusies bij de arresten *Voogsgeerd* en *Schlecker*.³⁴ Mijns inziens zou ook het Hof deze lijn moeten volgen.

Verwant aan de uit te voeren vergelijking is de vraag naar de invulling van deze vergelijking. Dit aspect blijft door A-G Campos Sánchez-Bordona in zijn bovengenoemde conclusie onbesproken, wellicht doordat deze vraag niet als zodanig door de verwijzende Roemeense rechter wordt opgeworpen. De begunstigingsvergelijking is een belangrijke stap in het verwijzingsstelsel van artikel 8 Rome I. De invulling van de vergelijking valt uiteen in twee vragen: 1. de vraag naar het vergelijkingsniveau en 2. de vraag of (het resultaat van) de vergelijking abstract of concreet moet worden beoordeeld. Het antwoord op beide vragen is van belang voor het verwijzingsresultaat. Daarom dient ook hierbij te worden stilgestaan.

5. Reikwijdte van de vergelijking

Een vergelijking tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht is, zoals gezegd, inherent aan de toepassing van het begunstigingsbeginsel. Een belangrijke vraag bij de uitvoering ervan is de vraag naar de reikwijdte of het niveau van de vergelijking. Daarbij zijn verschillende vergelijkingsniveaus denkbaar. Zo kan de vergelijking plaatsvinden op het niveau van 1. het gehele arbeidsrecht, 2. met elkaar samenhangende groepen regels of 3. een enkele bepaling.³⁵ Een benadering waarin sprake is van een abstracte allesomvattende vergelijking van beide rechtsstelsels of het daarin bestaande arbeidsrecht (1) stuit af op een gebrek aan praktische toepasbaarheid.³⁶ Een dergelijke vergelijking zou de rechter de absurde en onoverkomelijke taak opleggen om vast te stellen dat het arbeidsrecht van het ene land de werknemer meer bescherming biedt dan het arbeidsrecht van het andere land.³⁷ De omgekeerde situatie

34 Conclusie A-G Wahl, zaak C-64/12, 16 april 2013, ECLI:EU:C:2013:241 (*Schlecker v. Boedeker*), nr. 25; Conclusie A-G Trstenjak, zaak C-384/10, 8 september 2011, ECLI:EU:C:2011:564 (*Voogsgeerd v. Navimer*), nr. 48. A-G Trstenjak spreekt in dat verband van de toepassing van het collisierechtelijke gunstheidsbeginsel.

35 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/893; Van Hoek, T&C Arbeidsrecht [2021], Art. 8 Rome I Regulation, No. 4c.

36 Van Hoek, T&C Arbeidsrecht [2021], Art. 8 Rome I Regulation, No. 4c; BeckOK BGB/Spickhoff, 56. Ed. 1.11.2020, VO (EG) 593/2008, Art. 8, Rn. 19; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO, Art. 8, Rn. 42-45; S. Krebber, *Internationales Privatrecht des Kündigungsschutzes bei Arbeitsverhältnissen*, Baden-Baden: Nomos 1997, p. 331; K.C. Henckel, *Cross-border transfers of undertakings*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2017, p. 182; Grušić 2015, p. 150 (zie noot 4).

37 M. Schlachter, 'Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse', *NZA* 2000, p. 61; F. Gamillschegg, 'Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht', *ZfA* 1983, p. 339; W. van Eeckhoutte, 'The Rome Convention on the law applicable to contractual obligations and labour law', *Freedom of services in the European Union – Labour and Social Security Law: Bulletin of comparative labour relations* 2006, p. 168; M. Wojewoda, 'Mandatory rules in private international law: with special reference to the mandatory system under the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2000, p. 197, 201; O. Boskovic, 'La protection de la partie faible dans le règlement Rome I', *Recueil Dalloz* 2008, p. 2175.

(3) waarin enkele bepalingen met elkaar worden vergeleken wordt echter doorgaans gezien als een ongewenst nauwe vergelijking tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht en opent mogelijk de deur naar *cherry-picking*.³⁸ Daarbij zouden zich situaties kunnen voordoen waarin een werknemer vrijelijk de voordelen van beide rechtssystemen kan plukken resulterend in een cumulatie van bepalingen die leiden tot een betere bescherming dan waarin ieder rechtsstelsel afzonderlijk voorziet. Een dergelijke benadering doet afbreuk aan de rechtszekerheid van partijen en verstoort mogelijk het tussen hen bestaande belangenevenwicht.³⁹ De toepassing van afzonderlijke bepalingen zonder hun juridische tegenhangers kan er bovendien toe leiden dat het toe te passen recht zijn algehele samenhang verliest.⁴⁰ Een oplossing wordt geacht te liggen in een middenweg tussen bovengenoemde benaderingen. Deze middenweg wordt gevonden in een vergelijking van een samenhangend geheel van regels (2). Ook hier bestaan verschillende opvattingen over de omvang van de regels die vergelijking behoeven. Moet de vergelijking bijvoorbeeld beperkt zijn tot bepaalde delen van het arbeidsrecht zoals de bescherming tegen ontslag of moet de subset van regels nog beperkter zijn, zoals de opzegtermijn bij ontslag?⁴¹ Hier geldt: des te smaller de vergelijking des te groter het risico op *cherry-picking* en aanpassingsproblemen. Des te breder de vergelijking, des te abstracter en moeilijker deze zal zijn. Daarom wordt gewoonlijk aangenomen dat de vergelijking betrekking moet hebben op een onderscheidende en coherente set regels waarbij rekening wordt gehouden met hetgeen in het te beslechten geschil aan de orde wordt gesteld.⁴²

Hoewel in de Nederlandse en buitenlandse literatuur thans grotendeels consensus bestaat over de reikwijdte van de vergelijking heeft het Hof van Justitie zich hierover, zoals gezegd, nog niet uitgesproken. Hetzelfde geldt voor de Nederlandse Hoge Raad. In Duitsland heeft het *Bundesarbeitsgericht* zich daarentegen wel uitgelaten over het vereiste vergelijkingsniveau. In een op basis van het EVO gewezen zaak, waarin partijen een rechtskeuze hadden gemaakt voor Algerijns recht terwijl de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verrichtte in Duitsland, oordeelde de Duitse rechter dat de vergelijking dient plaats te vinden op het niveau van zogenaamde *Sachgruppen*. Het gaat daarbij om (sub)groepen regels waartussen een zekere samenhang bestaat.⁴³

38 Krebber 1997, p. 331 (zie noot 36); Grušić 2015, p. 150 (zie noot 4); Van Hoek, T&C Arbeidsrecht [2021], Art. 8 Rome I Regulation, No. 4c; BeckOK BGB/Spickhoff, 56. Ed. 1.11.2020, VO (EG) 593/2008, Art. 8, Rn. 19; Schlachter 2000, p. 61 (zie noot 37)

39 Schlachter 2000, p. 61 (zie noot 37); Grušić 2015, p. 152-153 (zie noot 4). Bijvoorbeeld doordat de werkgever hierdoor te kampen krijgt met verschillende, mogelijk excessieve kosten.

40 Grušić 2015, p. 150 (zie noot 4); Van Rijn Alkemade 1991, p. 405 (zie noot 3); Strikwerda 1993, p. 257 (zie noot 16).

41 Krebber 1997, p. 330 (zie noot 36); MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO, Art. 8, Rn. 49; Henckel 2017, p. 183-184 (zie noot 36).

42 Zilinsky 2009, p. 1033 (zie noot 3); Van Bochove/Kramer 2010, p. 21 (zie noot 6); BAG 10 april 2014 – 2 AZR 741/13, *BeckRS* 2014, 71952.

43 BAG 10 april 2014 – 2 AZR 741/13, *BeckRS* 2014, 71952: 'Die Frage, welche der in Betracht kommenden Rechtsordnungen für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen enthält, ist eine Rechtsfrage, die objektiv und nach dem Maßstab des Gesetzes zu beantworten ist. Dazu ist ein Sachgruppenvergleich vorzunehmen. Zu vergleichen sind die in einem inneren, sachlichen Zusammenhang stehenden Teilkomplexe der fraglichen Rechtsordnungen. Sieht das Recht eines Staates für verschiedene Gruppen von Arbeitnehmern unterschiedliche Regelungen vor, sind diejenigen Vorschriften mit dem Recht des anderen Staates zu vergleichen, die auf den betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden.'

De door de Duitse rechter gehanteerde methode komt dientengevolge overeen met de wijze van vergelijking waaraan in de literatuur de voorkeur wordt gegeven.

Bij toepassing van de vergelijking rijst voorts de vraag of het toe te passen recht abstract of concreet gunstiger dient te zijn. Met andere woorden: dient het toe te passen recht in het algemeen gunstiger te zijn voor werknemers of dient men rekening te houden met de concrete positie van de werknemer in het te beslechten geschil? Over het antwoord op deze vraag bestaat in de literatuur weinig discussie. Algemeen wordt aangenomen dat men rekening dient te houden met de positie van de individuele werknemer.⁴⁴

6. Rechtspraak

De recente Nederlandse rechtspraak geeft geen eenduidig beeld van de toepassing van artikel 8 lid 1 Rome I of de reikwijdte van de begunstigingsvergelijking.⁴⁵ Zelfs een antwoord op de vraag of sprake is van een conflictenrechtelijke of materieelrechtelijke rechtskeuze valt uit de rechtspraak moeilijk te abstraheren. In veel gevallen wordt volstaan met de opmerking dat de dwingende bepalingen van de plaats waar gewoonlijk arbeid wordt verricht, veelal Nederland, toepassing verdienen.⁴⁶ Onduidelijk is daarbij of de rechter überhaupt heeft getoetst of het gekozen recht gunstiger is ofwel dat de rechter vindt dat de dwingende bepalingen van het

44 Zilinsky 2009, p. 1033-1034 (zie noot 3); Van Hoek, T&C Arbeidsrecht [2021], Art. 8 Rome I Regulation, No. 4; I.A. Haanappel-van der Burg, in: *GS Verbintenissenrecht* 2019, art. 8 Rome I, No. 2.2.3; Ferrari IntVertragsR/Staudinger, 3. [2018] VO (EG) 593/2008, Art. 8, Rn. 12-17.

45 In het kader van dit artikel zijn de in het *NIPR* gepubliceerde uitspraken ten aanzien van art. 8 Rome I (78 uitspraken, waarbij meerdere uitspraken in eenzelfde zaak afzonderlijk zijn geteld) en art. 6 EVO (105 uitspraken) bestudeerd. Deze uitspraken zijn vergeleken en aangevuld met enkele uitspraken die zijn gepubliceerd op rechtspraak.nl; vgl. Pontier 2020, p. 212 (zie noot 3).

46 Ktg. Zwolle 23 september 1997, *NIPR* 2000, 199; Ktg. Middelburg 30 augustus 2000, *NIPR* 2001, 195; Ktr. Rb. Noord-Holland zp Haarlem 22 september 2020, *NIPR* 2021, 76, *JAR* 2020/261; Rb. Amsterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV8441, *NIPR* 2012, 204; Ktr. Rb. Midden-Nederland zp Utrecht 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2294, *NIPR* 2019, 324; Rb. Rotterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7049, *NIPR* 2014, 369; Ktr. Amsterdam 27 maart 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA4000; Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht, kantonrechter 18 maart 2015, *NIPR* 2015, 282, r.o. 4.8-4.10; Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 22 juli 2015, *NIPR* 2015, 284, r.o. 5.12-5.13; Rb. Oost-Brabant 23 april 2019, *NIPR* 2020, 211, r.o. 5.3-5.7; Rb. Midden-Nederland 23 mei 2019, *NIPR* 2019, 324, o.a. r.o. 4.22; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, *NIPR* 2018, 161, o.a. r.o. 2.10; Rb. Rotterdam 1 augustus 2019, *NIPR* 2020, 58, r.o. 5.12; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2304, *NIPR* 2020, 335, r.o. 2.31; Rb. Breda 1 oktober 2008, *NIPR* 2009, 21; Hof 's-Hertogenbosch 29 april 2008, *NIPR* 2008, 182; Hof Amsterdam 3 juli 2003, *NIPR* 2005, 237; vgl. Hof Amsterdam 29 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:193, *NIPR* 2019, 171; Ktr. Rb. Amsterdam 7 februari 2012, *NIPR* 2012, 204; Hof 's-Hertogenbosch 28 mei 2013, *NIPR* 2013, 236, r.o. 4.4.4; Rb. Noord-Nederland 15 november 2016, *NIPR* 2017, 182, r.o. 5.17; Ktr. Rb. Amsterdam 7 december 2012, *NIPR* 2012, 204; Hof Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1718, *NIPR* 2018, 318; Hof Arnhem-Leeuwarden 31 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6962, *NIPR* 2019, 45; Hof Den Haag 18 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1453, *NIPR* 2019, 316; Rb. Oost-Brabant 5 september 2019, *NIPR* 2020, 57; Rb. Noord-Holland 25 maart 2020, *NIPR* 2020, 340; Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2020, *NIPR* 2020, 477; Hof Amsterdam 19 juni 2012, *NIPR* 2012, 330; Hof 's-Hertogenbosch 5 september 2006, *NIPR* 2007, 29, r.o. 4.6.2.

objectief toepasselijke recht steevast toepassing behoeven ongeacht of het gekozen recht de werknemer beter beschermd. Ook over het vergelijkingsniveau valt, zo er al een vergelijking wordt uitgevoerd, op basis van de Nederlandse rechtspraak weinig te zeggen. In de meeste gevallen lijkt van een vergelijking tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht überhaupt geen sprake te zijn.⁴⁷

Onderstaande voorbeelden illustreren de uiteenlopende wijze waarop de Nederlandse rechter invulling geeft aan artikel 8 lid 1 Rome I. Daarbij wordt allereerst aandacht besteed aan het beperkte aantal gevallen waarin een vergelijking tussen het gekozen en het objectief toepasselijke recht is uitgevoerd.

6.1 Het gunstigste recht

Uitspraken waarin een duidelijke, gemotiveerde, vergelijking plaatsvindt tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht zijn schaars. Daarnaast varieert de reikwijdte van de vergelijking per uitspraak.

Een vergelijking tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht vindt plaats in de *Ryanair*-zaak uit 2017.⁴⁸ In deze zaak, die betrekking had op een eenzijdige standplaatswijziging van Eindhoven naar Dublin, zijn partijen in de arbeidsovereenkomst een rechtskeuze voor Iers recht overeengekomen. Na een weergave van het bepaalde in artikel 8 lid 1 Rome I Verordening toetst de rechter of het beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding in strijd is met de dwingende bepalingen van Nederlands recht. Daarbij concludeert de rechter dat ook Nederlands recht, in artikel 7:613 BW, een bepaling kent waaruit voortvloeit dat een werkgever een beroep toekomt op een eenzijdig wijzigingsbeding. Daarop besluit de rechter dat het gekozen Ierse recht van toepassing is.⁴⁹ Hiermee is sprake van een vergelijking op het niveau van een enkele in geschil zijnde bepaling. De rechter lijkt, zonder dit uitdrukkelijk te benoemen, tot de conclusie te komen dat Nederlands recht evenveel bescherming biedt als het Ierse recht, waardoor het gekozen Ierse recht onverminderd toepassing vindt. In hoger beroep komt het hof tot een ietwat andere conclusie.⁵⁰ Ook het hof gaat ervanuit dat een vergelijking dient plaats te vinden tussen het gekozen Ierse en het objectief toepasselijke Nederlandse recht. Het hof toetst daarbij of het Nederlandse recht de werknemer meer bescherming biedt dan het Ierse. Het hof

47 Ktg. Zwolle 23 september 1997, *NIPR* 2000, 199; Ktg. Middelburg 30 augustus 2000, *NIPR* 2001, 195; Ktr. Rb. Noord-Holland zp Haarlem 22 september 2020, *NIPR* 2021, 76, *JAR* 2020/261; Rb. Amsterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV8441, *NIPR* 2012, 204; Ktr. Rb. Midden-Nederland zp Utrecht 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2294, *NIPR* 2019, 324; Rb. Rotterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7049, *NIPR* 2014, 369; Ktr. Amsterdam 27 maart 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA4000; Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht, kantonrechter 18 maart 2015, *NIPR* 2015, 282, r.o. 4.8-4.10; Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 22 juli 2015, *NIPR* 2015, 284, r.o. 5.12-5.13; Rb. Oost-Brabant 23 april 2019, *NIPR* 2020, 211, r.o. 5.3-5.7; Rb. Midden-Nederland 23 mei 2019, *NIPR* 2019, 324, o.a. r.o. 4.22; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, *NIPR* 2018, 161, o.a. r.o. 2.10; Rb. Rotterdam 1 augustus 2019, *NIPR* 2020, 58, r.o. 5.12; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2304, *NIPR* 2020, 335, r.o. 2.31; Rb. Breda 1 oktober 2008, *NIPR* 2009, 21; Hof's-Hertogenbosch 29 april 2008, *NIPR* 2008, 182; Hof Amsterdam 3 juli 2003, *NIPR* 2005, 237.

48 Rb. Oost-Brabant 4 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6802, *NIPR* 2018, 49.

49 Rb. Oost-Brabant 4 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6802, *NIPR* 2018, 49, r.o. 5-6.

50 Hof's-Hertogenbosch 5 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2826, *NIPR* 2018, 282.

overweegt dat het Nederlandse recht betreffende het eenzijdig wijzigingsbeding en ontslag op staande voet de werknemer verregaande bescherming biedt en dat de bijbehorende bepalingen zijn aan te merken als dwingend recht in de zin van artikel 8 lid 1 Rome I. Voorts wordt relevant geacht dat een werknemer naar Nederlands recht aanspraak kan maken op verschillende vergoedingen zoals de transitievergoeding, een vergoeding wegens onregelmatige opzegging en een billijke vergoeding. Van doorslaggevend belang lijkt echter dat de werknemer in Nederland een rechtstreeks beroep op de rechter toekomt waar dat in Ierland niet het geval is.⁵¹ Bijzonder belang lijkt daarbij te worden toegekend aan het feit dat de werknemer tijdens de mondelinge behandeling aangeeft dat toepassing van het Ierse recht voor haar, vanwege de afwezigheid van toegang tot de rechter, bijzonder bezwaarlijk is.

In een zaak voor het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden uit 2021, die primair betrekking had op de vraag of de verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds (al dan niet als voorrangregel) van toepassing is in grensoverschrijdende arbeidssituaties, werd kort aandacht besteed aan de verhouding tussen het gekozen Nederlandse en het objectief toepasselijke Duitse recht.⁵² Opgemerkt wordt, ingevolge de onbetwiste stelling door een der partijen, dat naar Duits recht geen algemeen verbindend verklaarde Duitse *Tarifverträge* over *betriebliche Altersversorgung* gelden, waarmee de Nederlandse Wet Bpf zou kunnen conflicteren. Daarnaast wordt de toepasselijke Duitse *Rentenversicherung* gekwalificeerd als een eerste pijler/ basis pensioen terwijl de Nederlandse Wet Bpf wordt gekenmerkt als een aanvullend, tweede pijler pensioen.⁵³ Dientengevolge is ook daar geen sprake van een mogelijk conflict. Volgens het hof verliezen de Duitse werknemers door toepassing van de Nederlandse Wet Bpf geen bescherming die hun op basis van het Duitse recht toekomt.⁵⁴ Hoewel dit in de uitspraak niet expliciet wordt benoemd kan worden aangenomen dat het gekozen Nederlandse recht de werknemer meer bescherming biedt dan het objectief toepasselijke Duitse recht. Het gekozen recht voorziet immers, anders dan het objectief toepasselijke Duitse recht, in een aanvullend pensioen. In dit kader wordt door het hof opgemerkt dat artikel 8 lid 1, tweede zin, Rome I niet zo kan 'worden uitgelegd dat het werknemers beschermt tegen een bovenmatig pensioen als gevolg van dubbele pensioenaanspraken'.⁵⁵ De vergelijking die in deze zaak wordt uitgevoerd vindt plaats op het niveau van het aanvullend bedrijfspensioen (en voor het Duitse recht eveneens de cao). Daarbij wordt primair getoetst of het Duitse recht zich verzet tegen de toepassing van de Nederlandse Wet Bpf.

In een uitspraak van de kantonrechter te Den Haag voert de werknemer aan dat het objectief toepasselijke Duitse recht ten aanzien van de ontslagaanzegging de werknemer meer bescherming biedt dan het gekozen Nederlandse recht. De kantonrechter is echter van mening dat de werknemer zijn arbeid gewoonlijk in Nederland verricht. Het gekozen recht stemt daarmee

51 Hof 's-Hertogenbosch 5 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2826, *NIPR* 2018, 282, r.o. 3.12.

52 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:472, r.o. 4.19.

53 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:472, r.o. 4.6.

54 Bij deze uitspraak dient te worden opgemerkt dat (toekomstige) pensioenaanspraken moeilijk als gunstiger te kwalificeren zijn nu een verplichte verzekering de werknemer ook verplichtingen in de zin van premieafdracht oplegt.

55 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:472, r.o. 4.6.

overeen met het objectief toepasselijke recht waardoor een vergelijking tussen beide rechtsstelsels uit kan blijven.⁵⁶

In een onder het EVO gewezen zaak oordeelt de kantonrechter te Roermond dat de dwingende bepalingen van het Nederlandse arbeidsrecht – ondanks de keuze voor Duits recht – van toepassing zijn.⁵⁷ Dit lijkt te impliceren dat de kantonrechter de dwingende bepalingen van Nederlands recht van toepassing acht ongeacht of het gekozen recht de werknemer meer bescherming biedt. Niettemin vindt vervolgens een vergelijking plaats tussen het gekozen Duitse en het objectief toepasselijke Nederlandse recht waarbij de rechter stelt dat het Duitse recht de bescherming ontbeert die in het Nederlandse recht aan de werknemer wordt toegekend op basis van artikel 6 BBA.⁵⁸ Een vergelijkbare redenering vindt plaats in een uitspraak van het kantongerecht Haarlem waarin geoordeeld wordt dat de keuze voor Engels recht er niet toe mag leiden dat de werknemer de bescherming van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke, Nederlandse, recht verliest.⁵⁹ De vergelijking vindt in deze zaak plaats op het niveau van een enkele bepaling die voorziet in de mogelijkheid van rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer. Nu het Engelse recht een dergelijke bepaling niet kent vindt de dwingende bepaling van Nederlands recht toepassing. Overigens speelt de vraag of de rechter in een dergelijk geval een vergoeding kan toekennen in de beoordeling een belangrijke rol. Of het gekozen recht ook van toepassing blijft indien dit voor de werknemer gunstiger is dan de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht valt uit de laatste twee uitspraken niet op te maken. Van een dergelijke toepassing was wel sprake in een zaak van het kantongerecht 's-Gravenhage⁶⁰ en het hof Amsterdam.⁶¹

Het bovenstaande laat zien dat ook uit de schaarse Nederlandse rechtspraak waarin een vergelijking plaatsvindt tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht geen een-

56 Ktr. Rb. Den Haag zp 's-Gravenhage 10 mei 2016, *NIPR* 2016, 408, r.o. 6.2-6.3. Bij de wijze waarop de rechter het objectief toepasselijke recht vaststelt kunnen enige kanttekeningen worden geplaatst. Hoewel de werknemer een groot deel van zijn werkzaamheden vanuit zijn woning in Duitsland verrichtte, is de kantonrechter van mening dat de werknemer middels een elektronische verbinding verbonden was met het kantoor van de werkgever in Den Haag. Het werken vanuit Duitsland moet daarom naar het oordeel van de kantonrechter worden gelijkgesteld met het werken op dat kantoor. Vervolgens komt de kantonrechter tot de conclusie dat Nederlands recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing is omdat de werknemer door de vestiging in Den Haag in dienst is genomen. Deze laatste overweging is duidelijk gebaseerd op art. 8 lid 3 Rome I Verordening. Het getrapte verwijzingsstelsel van art. 8 en de extensieve interpretatie die wordt toegekend aan 'het land waar gewoonlijk arbeid wordt verricht' laten de toepassing van art. 8 lid 3 Rome I in het onderhavige geval echter niet toe. De rechter had het objectief toepasselijke recht veeleer moeten vaststellen op basis van art. 8 lid 2 Rome I. Daarbij is het zeer de vraag of werk op afstand middels een elektronische verbinding voor de bepaling van de plaats waar gewoonlijk arbeid wordt verricht gelijkgesteld kan worden aan arbeid verricht op het kantoor van de werkgever.

57 Rb. Roermond 24 april 2007, *NIPR* 2007, 201.

58 Toepassing van art. 6 BBA vindt hier plaats op basis van art. 6 lid 1 EVO, als verwijzingsresultaat, en niet op de voet van art. 7 EVO, als voorrangsregel.

59 Ktg. Haarlem 2 december 1994, *NIPR* 1995, 391.

60 Ktg. 's-Gravenhage 6 oktober 1998, *NIPR* 1999, 73, voor een vergelijking tussen Keniaans en Nederlands recht.

61 Zie Hof Amsterdam 3 februari 2005, *NIPR* 2005, 241, voor een vergelijking tussen het gekozen Surinaamse recht en het objectief toepasselijke Nederlandse recht.

duidelijk beeld valt te abstraheren over de invulling van artikel 8 lid 1 Rome I. De reikwijdte van de vergelijking verschilt per geval en wordt in hoofdzaak ingegeven door hetgeen in het onderliggende geschil aan de orde wordt gesteld. Van een vergelijking op het niveau van een samenhangende, abstraheerbare groep regels is slechts in zeer beperkte mate sprake. Veeleer vindt een vergelijking plaats op het niveau van een enkele bepaling.⁶² De omvang van de vergelijking is daarmee doorgaans beperkt. Van *cherry-picking*, waarbij de werknemer de vruchten plukt van de bescherming die door beide rechtsstelsels wordt geboden lijkt in de besproken uitspraken echter geen sprake. Hoewel algemeen wordt aangenomen dat het niet aan de werknemer is om te kiezen welke bepalingen voor hem het meest gunstig zijn lijkt niettemin sporadisch gewicht te worden toegekend aan het feit dat de werknemer een bepaald recht gunstiger acht.⁶³ Een dergelijke weging is niet verwonderlijk nu artikel 8 lid 1 Rome I de werknemer concreet beoogt te beschermen door toepassing van het gunstigste recht.

Hoewel men zou denken dat de uitvoering van een vergelijking inherent is aan het begunstigingsbeginsel en de gedachte dat de rechtskeuze in artikel 8 lid 1 Rome I in beginsel van conflictenrechtelijke aard is, vindt ook deze aanname niet volledig steun in de besproken uitspraken. Slechts in een deel van de uitspraken wordt aannemelijk gemaakt dat het voor de werknemer gunstigste recht – het gekozen of het objectief toepasselijke recht – dient te worden toegepast.⁶⁴

6.2 Onverkorte toepassing dwingende bepalingen

Het onderzoek van de Nederlandse jurisprudentie laat zien dat de rechter, wanneer het gaat om de toepassing van artikel 8 lid 1 Rome I, veelal volstaat met de opmerking dat de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht dienen te worden toegepast.⁶⁵ Daarbij is gro-

62 Zie Rb. Roermond 24 april 2007, *NIPR* 2007, 201; Rb. Oost-Brabant 4 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6802, *NIPR* 2018, 49; Ktg. Haarlem 2 december 1994, *NIPR* 1995, 391; Hof's-Hertogenbosch 5 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2826, *NIPR* 2018, 282.

63 Hof's-Hertogenbosch 5 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2826, *NIPR* 2018, 282.

64 Rb. Oost-Brabant 4 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6802, *NIPR* 2018, 49; Hof's-Hertogenbosch 5 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2826, *NIPR* 2018, 282; Ktg. 's-Gravenhage 6 oktober 1998, *NIPR* 1999, 73; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:472, r.o. 4.19.

65 Ktg. Zwolle 23 september 1997, *NIPR* 2000, 199; Ktg. Middelburg 30 augustus 2000, *NIPR* 2001, 195; Ktr. Rb. Noord-Holland zp Haarlem 22 september 2020, *NIPR* 2021, 76, *JAR* 2020/261; Rb. Amsterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV8441, *NIPR* 2012, 204; Ktr. Rb. Midden-Nederland zp Utrecht 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2294, *NIPR* 2019, 324; Rb. Rotterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7049, *NIPR* 2014, 369; Ktr. Amsterdam 27 maart 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA4000; Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht, kantonrechter 18 maart 2015, *NIPR* 2015, 282, r.o. 4.8-4.10; Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 22 juli 2015, *NIPR* 2015, 284, r.o. 5.12-5.13; Rb. Oost-Brabant 23 april 2019, *NIPR* 2020, 211, r.o. 5.3-5.7; Rb. Midden-Nederland 23 mei 2019, *NIPR* 2019, 324, o.a. r.o. 4.22; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, *NIPR* 2018, 161, o.a. r.o. 2.10; Rb. Rotterdam 1 augustus 2019, *NIPR* 2020, 58, r.o. 5.12; Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2304, *NIPR* 2020, 335, r.o. 2.31; Rb. Breda 1 oktober 2008, *NIPR* 2009, 21; Hof's-Hertogenbosch 29 april 2008, *NIPR* 2008, 182; Hof Amsterdam 3 juli 2003, *NIPR* 2005, 237; vgl. Hof Amsterdam 29 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:193, *NIPR* 2019, 171; Ktr. Rb. Amsterdam 7 februari 2012, *NIPR* 2012, 204; Hof's-Hertogenbosch 28 mei 2013, *NIPR* 2013, 236, r.o. 4.4.4; Rb. Noord-Nederland 15 november 2016,

tendeels onduidelijk of de Nederlandse rechter van mening is dat de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht op basis van het beschermingsbeginsel onverkort toepassing verdienen *ofwel* dat hij nalaat te motiveren dat hij de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht gunstiger acht dan de bepalingen van het gekozen recht. Onderstaande voorbeelden illustreren dat de rechter veelvuldig overgaat tot toepassing van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht zonder dat daaraan een duidelijke en evenwichtige motivering ten grondslag ligt. Gezien het aantal uitspraken waarin zonder toepassing van een begunstigingsvergelijking wordt overgegaan tot toepassing van de dwingende bepalingen van het, veelal Nederlandse, objectief toepasselijke recht wordt hier volstaan met een bespreking van een aantal recente uitspraken waarin dit het geval is.

Dat een vergelijking tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht niet altijd plaatsvindt blijkt uit een zaak betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tussen een Nederlandse copiloot en de Turkse vliegmaatschappij Turistik Hava.⁶⁶ In deze zaak was sprake van een rechtskeuze voor Turks recht. Bij de bepaling van het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht verwijst de kantonrechter naar de beperking van de rechtskeuze in artikel 8 lid 1 Rome I. Nederland wordt vervolgens aangemerkt als het land van waaruit de werknemer gewoonlijk zijn werkzaamheden verricht.⁶⁷ Na een uiteenzetting van de feiten en omstandigheden oordeelt de kantonrechter voorts dat geen sprake is van een nauwere band met Turkije, waardoor Nederlands recht geldt als het objectief toepasselijke recht. Na deze vaststelling oordeelt de kantonrechter zonder nadere motivering dat het geschil naar Nederlands recht zal worden beoordeeld.⁶⁸ Hoewel de werknemer zich in deze zaak in hoofdzaak beroept op dwingende werknemersbeschermende bepalingen, zoals de in artikel 7:671 BW neergelegde opzegverboden, maakt de kantonrechter allerm minst duidelijk dat de toepassing van Nederlands recht zich beperkt tot deze dwingende bepalingen. In hoger beroep merkt het hof ten aanzien van het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht het volgende op:

‘Uit het bovenstaande volgt dat [geïntimeerde], de in de overeenkomst gemaakte keuze voor Turks recht ten spijt, de bescherming geniet die hem toekomt op grond van in het Nederlandse recht neergelegde dwingende regels. Van zulke regels kan naar hun aard niet worden afgeweken door een rechts- en forumkeuzebeding zoals door partijen overeengekomen en zij moeten door de rechter in weerwil van dat beding worden toegepast.’⁶⁹

-
- NIPR* 2017, 182, r.o. 5.17; Ktr. Rb. Amsterdam 7 december 2012, *NIPR* 2012, 204; Hof Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1718, *NIPR* 2018, 318; Hof Arnhem-Leeuwarden 31 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6962, *NIPR* 2019, 45; Hof Den Haag 18 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1453, *NIPR* 2019, 316; Rb. Oost-Brabant 5 september 2019, *NIPR* 2020, 57; Rb. Noord-Holland 25 maart 2020, *NIPR* 2020, 340; Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2020, *NIPR* 2020, 477; Hof Amsterdam 19 juni 2012, *NIPR* 2012, 330; Hof 's-Hertogenbosch 5 september 2006, *NIPR* 2007, 29, r.o. 4.6.2.
- 66 Rb. Noord-Holland 7 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:3053, *NIPR* 2017, 350; Hof Amsterdam 29 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:193, *NIPR* 2019, 171; Hof Amsterdam 3 februari 2005, *NIPR* 2005, 241.
- 67 Rb. Noord-Holland 7 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:3053, *NIPR* 2017, 350, r.o. 6.6.
- 68 Rb. Noord-Holland 7 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:3053, *NIPR* 2017, 350, r.o. 6.7.
- 69 Hof Amsterdam 29 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:193, *NIPR* 2019, 171, r.o. 3.17.

Bovenstaande rechtsoverweging kan op tweeërlei wijze worden geïdentificeerd. Ofwel de dwingende werknemersbeschermende bepalingen van het (objectief toepasselijke) Nederlandse recht staan naar hun aard in de weg aan een rechtskeuze ofwel het door partijen gekozen recht prevaleert niet boven het objectief toepasselijke recht vanwege de afwezigheid van daarin bestaande gunstigere bepalingen. Gaat men uit van de eerste duiding dan staat een rechtskeuze volgens het hof niet in de weg aan de toepassing van de dwingende beschermende bepalingen van Nederlands recht. Dit doet vermoeden dat het hof de visie onderschrijft dat de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht, ongeacht de rechtskeuze, onverkort toepassing verdienen. Volgt men de tweede duiding dan wordt de deur naar de toepassing van een vergelijking tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht niet volledig gesloten. Een zorgvuldige lezing van de rechtsoverweging laat zien dat men door een rechtskeuze *zoals door partijen overeengekomen* niet kan afwijken van de dwingende bepalingen van Nederlands recht. De zinsnede ‘zoals door partijen overeengekomen’ zou eventueel kunnen doelen op de minder gunstige bepalingen van Turks recht. Deze laatste benadering lijkt echter te ver gegrepen vooral gezien het feit dat het hof overgaat tot een beoordeling van het geschil op basis van Nederlands recht. Een vergelijking tussen de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke, Nederlandse, recht en het gekozen Turkse recht blijft daarbij uit.⁷⁰

De rechtbank Rotterdam lijkt in een zaak betreffende Filipijnse zeelieden uit te gaan van de onverkorte toepassing van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht. In deze zaak, die betrekking had op Filipijnse zeelieden, werkzaam op een schip varende onder Liberiaanse vlag voor een in Liberia gevestigde reder via een eveneens in Liberia gevestigde *manning agent* hadden partijen de arbeidsovereenkomst onderworpen aan Filipijns recht. Na een uiteenzetting van het bepaalde in artikel 8 Rome I⁷¹ merkt de rechter op dat de rechtskeuze voor het Filipijnse recht niet afdoet aan de bescherming die de werknemers toekomt op basis van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke, Nederlandse, recht.⁷² Over de verhouding tussen het gekozen recht en de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht wordt vervolgens het volgende bepaald:

‘Indien het aldus vastgestelde (objectief toepasselijke) recht niet het recht van de Filippijnen is en voorts dwingendrechtelijke bepalingen ter bescherming van de werknemer bevat, dan gelden deze bepalingen ongeacht de rechtskeuze.’⁷³

De rechter lijkt er daarmee vanuit te gaan dat artikel 8 lid 1 Rome I voorziet in een materieelrechtelijke rechtskeuze in de zin dat de rechtskeuze enkel is toegestaan in aanvulling op de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht. Niet benoemd wordt immers dat de dwingende werknemersbeschermende bepalingen van het objectief toepasselijke recht slechts toepassing verdienen indien deze de werknemer meer bescherming bieden dan het gekozen recht. Sterker nog, de rechtbank neemt aan dat de dwingende werknemersbeschermende

70 HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:958, *NIPR* 2020, 334; de latere procedure voor de Hoge Raad is beperkt tot de beoordeling van het bestaan van een kennelijk nauwere band in overeenstemming met art. 8 lid 4 Rome I. De beoordeling in het kader van art. 8 lid 1 Rome I komt daarbij niet meer aan de orde.

71 Zie Rb. Rotterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7049, *NIPR* 2014, 369, r.o. 4.8.

72 Rb. Rotterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7049, *NIPR* 2014, 369, r.o. 4.11.

73 Rb. Rotterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7049, *NIPR* 2014, 369, r.o. 4.11.

bepalingen van het objectief toepasselijke recht toepassing verdienen *ongeacht* de rechtskeuze. Een vergelijking tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht blijft daarmee uit. Onduidelijk is of de rechter daarmee bewust afwijkt van de thans, ook in de Nederlandse literatuur, bestaande algemene lijn. De bewoordingen van de uitspraak wijzen er mogelijk op dat de rechtbank zich aansluit bij de door Strikwerda e.a. gehanteerde visie dat de dwingende werknemersbeschermende bepalingen van het objectief toepasselijke recht omwille van de rechtszekerheid en hanteerbaarheid steeds van toepassing zijn, ongeacht of deze bepalingen meer of minder bescherming bieden aan de werknemer.⁷⁴ In de uitspraak wordt evenwel niet verwezen naar deze literatuur laat staan dat er gewag gemaakt wordt van de in de literatuur bestaande controverse. Daarom kan op dit punt worden volstaan met de opmerking dat de onverkorte toepassing van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht op zijn minst meer motivering behoeft. Overigens zij opgemerkt dat het objectief toepasselijke recht in deze zaak gelijk bleek aan de rechtskeuze waardoor van de toepassing van de dwingende bepalingen van een ander recht geen sprake was.⁷⁵

In een zaak waarin partijen een rechtskeuze voor Cypriotisch recht hadden gemaakt volstaat het hof Arnhem-Leeuwarden met het oordeel dat de werknemers 'ondanks de rechtskeuze voor het recht van Cyprus' 'niet de bescherming hebben verloren die zij genieten op grond van bepalingen van Nederlands recht, waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken'.⁷⁶ Een vergelijking tussen het Cypriotische recht en het Nederlandse recht blijft vervolgens uit. Het hof gaat direct over tot toepassing van de dwingende bepalingen van Nederlands recht, in casu de bepalingen van het bedrijfstakpensioenfonds Vervoer en het bijbehorende Verplichtstellingsbesluit. In een vergelijkbare zaak voor de rechtbank Midden-Nederland oordeelt de rechter dat de werkgever de dwingende bepalingen van de Nederlandse Wet Bpf tegen zich moet laten gelden omdat de keuze voor Luxemburgs recht niet tot gevolg mag hebben dat de werknemers de bescherming van de dwingende bepalingen van Nederlands recht verliezen.⁷⁷ Ook hier is van een vergelijking tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht geen sprake. Volstaan wordt met het oordeel dat de Wet Bpf en de daarop gebaseerde verplichtstellingsbesluiten een dwingendrechtelijk karakter hebben. Nu een vergelijking tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke Nederlandse recht uitblijft lijkt de uitspraak te impliceren dat deze bepalingen ook toepassing verdienen wanneer het Luxemburgse recht de

74 Strikwerda/Schaafsma 2019, nr. 231 (zie noot 3); Strikwerda 1993, p. 252 (zie noot 16); Conclusie A-G Strikwerda bij HR 18 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0116, *NIPR* 1991, 121; Van Rijn Alkemade 1991, p. 405 (zie noot 3); Vlas 1991, p. 230 (zie noot 25); Ten Wolde 1992, p. 152-153 (zie noot 25).

75 Rb. Rotterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7049, *NIPR* 2014, 369, r.o. 4.15; vgl. Rb. Rotterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7049, *NIPR* 2014, 369, r.o. 4.16 waarin nogmaals wordt verwezen naar een mogelijke toepassing van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht zonder dat wordt aangegeven dat deze bepalingen enkel toepassing verdienen wanneer deze voor de werknemer gunstiger zijn dan het gekozen recht: 'het Filippijnse recht daarop als gekozen recht van toepassing is zonder dat daarboven dwingendrechtelijke regels van een ander recht prevaleren (in de zin van de tweede zin van artikel 8 lid 1 Rome I Vo).'

76 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2304, *NIPR* 2020, 335, r.o. 2.31.

77 Rb. Midden Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2294, *NIPR* 2019, 324; vgl. Rb. Midden Nederland 22 mei 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2295, *NIPR* 2019, 325, waarin de rechtbank weliswaar het Slowaakse (pensioen)recht uitzet, maar vervolgens zonder nadere motivering overgaat tot de toepassing van het objectief toepasselijke, Nederlandse, recht.

werknemer meer bescherming biedt. Een dergelijk verregaande conclusie kan op basis van de summiere redenering van de rechtbank echter niet met zekerheid worden getrokken.

Ook in een uitspraak van de rechtbank Rotterdam uit 2019 komt de kantonrechter tot de conclusie dat aan de werknemer de bescherming van de dwingende bepalingen van Nederlands recht toekomt ondanks een keuze voor het recht van Singapore.⁷⁸ De kantonrechter gaat in deze zaak over tot toepassing van de dwingende bepalingen van Nederlands recht zonder de inhoud van het recht van Singapore vast te stellen en daarmee een vergelijking te maken. In een arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden wordt artikel 8 lid 1 Rome I op vergelijkbare wijze toegepast.⁷⁹ In deze zaak oordeelt het hof dat de werknemers ondanks de rechtskeuze voor Engels en Portugees recht, niet de bescherming verliezen die zij genieten op grond van de bepalingen van Nederlands recht, waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken. Zonder de inhoud van het Engelse en Portugees recht vast te stellen en daarmee een vergelijking te maken gaat het hof vervolgens over tot het benoemen en toepassen van enkele dwingendrechtelijke bepalingen van Nederlands recht.

Uit bovenstaande uitspraken kan worden opgemaakt dat de dwingende werknemersbeschermende bepalingen van het objectief toepasselijke recht, doorgaans Nederlandse recht, in de Nederlandse rechtspraktijk gewoonlijk toepassing vinden. Daarbij wordt allerm minst duidelijk of deze toepassing haar basis vindt in de gedachte dat de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht onverkort toepassing verdienen, ongeacht de inhoud van het gekozen recht.⁸⁰ Hoewel een onverkorte toepassing van de dwingendrechtelijke bepalingen van het objectief toepasselijke recht de conclusie rechtvaardigt dat enkel sprake is van een materiële rechtskeuze kan een dergelijke conclusie gezien de gebrekkige motivering in de Nederlandse rechtspraak niet worden aangenomen. Een dergelijke conclusie zou immers grotendeels gebaseerd zijn op speculatie over de bedoeling van de Nederlandse rechter en de wijze waarop de rechter invulling heeft gegeven aan artikel 8 lid 1 Rome I. Uit het bovenstaande kan daarentegen wel worden opgemaakt dat de Nederlandse rechtspraak, ook in de gevallen waarin wel een vergelijking plaatsvindt, niet aansluit bij de heersende lijn in de Nederlandse en Europese literatuur. Nu de begrippen uit en toepassing van het bepaalde in de Rome I Verordening doorgaans autonoom worden uitgelegd maar het Hof van Justitie zich over de toepassing van artikel 8 lid 1 nog niet heeft uitgesproken zijn de gevolgen daarvan voor de Nederlandse (lagere) rechtspraak vooralsnog beperkt.

Concluderend kan worden opgemerkt dat de onderzochte jurisprudentie blijk geeft van een grillige toepassing van artikel 8 lid 1. Het recht dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, is daarmee verre van voorzienbaar, hetgeen op gespannen voet staat met de rechtszekerheid die de Rome I Verordening beoogt te bewerkstelligen. Wellicht komt op korte termijn (deels) verandering in deze situatie nu, zoals hierboven in paragraaf 4 benoemd, de Roemeense rechter het Hof van Justitie heeft verzocht om een prejudiciële beslissing ten aanzien van artikel 8 lid 1 Rome I.

78 Rb. Rotterdam 1 augustus 2019, *NIPR* 2020, 58, r.o. 5.12.

79 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 februari 2018, *ECLI:NL:GHARL:2018:1942*, *NIPR* 2018, 161.

80 Vgl. Hof 's-Gravenhage 30 januari 2004, *NIPR* 2004, 135 en het daaraan voorafgaande oordeel van de Vzng. Rb. 's-Gravenhage r.o. 4.9, waarin de rechter oordeelt dat geheel geen acht geslagen mag worden op de rechtskeuze indien vast komt te staan dat de dwingende bepalingen van Nederlands recht toepassing verdienen.

6.3 Buitenlandse jurisprudentie

Duidelijk is dat in de Nederlandse jurisprudentie een eenduidige lijn ontbreekt wanneer het gaat om de toepassing van artikel 8 lid 1 Rome I. De rechtspraak uit de ons omringende landen geeft een iets gestroomlijnder beeld. In de Duitse en Franse jurisprudentie is grotendeels onbetwist dat een vergelijking dient plaats te vinden tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht.⁸¹ Een dergelijke vergelijking vindt ook plaats in de Belgische jurisprudentie.⁸² Zo vond in een uitspraak van de arbeidsrechtbank te Nijvel een vergelijking plaats tussen het gekozen Franse recht en objectief toepasselijke Belgische recht.⁸³

In 2014 oordeelde de Franse *Cour de Cassation* dat het gekozen Canadese recht de werknemer minder bescherming bood dan het objectief toepasselijke, Franse, recht.⁸⁴ In een zaak uit 2017 had het Franse *Cour d'Appel* het gehele gekozen recht (voor Saint Vincent en de Grenadines) terzijde gesteld ten faveure van het objectief toepasselijke Franse recht. De *Cour de Cassation* vernietigt dit arrest en stelt dat het gekozen recht enkel terzijde kan worden gesteld door de dwingende bepalingen die de werknemer beter beschermen.⁸⁵ In een eerdere zaak, betreffende een vergelijking tussen het objectief toepasselijke Franse, en het gekozen Oostenrijkse recht, had de *Cour de Cassation* al geoordeeld dat een vergelijking dient plaats te vinden tussen bepalingen die hetzelfde onderwerp en hetzelfde doel hebben.⁸⁶

Ook in Duitsland bestaat over de reikwijdte van de vergelijking weinig discussie. Deze dient, in lijn met het daartoe door het *Bundesarbeitsgericht* bepaalde, plaats te vinden op het niveau van (sub)groepen regels waartussen een zekere samenhang bestaat.⁸⁷ Daarbij bestaat echter de

81 Vgl. Cass. Soc. 28 september 2016 (n° 15-10.736); Cass. Soc. 28 oktober 2014 (n° 13-20.025); Cass. Soc. 1 februari 2017 (n° 15-23.723); Cass. Soc. 12 november 2002 (n° 99-45.821); BAG 10 april 2014 – 2 AZR 741/13, *BeckRS* 2014, 71952; BAG 19 maart 2008 – 5 AZR 435/07; BAG 15 december 2016 – 6 AZR 430/15; LAG Baden-Württemberg 17 juni 2015 – 19 Sa 65/14; LAG Hessen 7 mei 2015 – 9 Sa 1036/14; BAG 21 maart 2017 – 7 AZR 207/15; BAG 22 oktober 2015 – 2 AZR 720/14; LAG Mecklenburg-Vorpommern 3 april 2014 – 4 Sa 57/13. In Frankrijk bestond voor de inwerkingtreding van het EVO de gedachte dat omwille van de rechtszekerheid de voorkeur moest worden gegeven aan de toepassing van de bepalingen uit het objectief toepasselijke recht. Soc. 12 februari 1985 (n° 82-43.268), *D.* 1985. IR 456, m.nt. A. Lyon-Caen; *Rev. crit. DIP* 1985. 471, m.nt. M.-L. Niboyet-Hoegy; Soc. 7 mei 1987 (n° 84-42.986), *Rev. crit. DIP* 1988. 78, m.nt. H. Gaudemet-Tallon; Soc. 4 april 1990 (n° 86-44.890), *Dr. soc.* 1991. 27; Soc. 3 maart 1988 (n° 85-41.768), *RJS* 1990. 136, n° 9.

82 Arbh. Brussel 8 januari 2014, *JTT* 2014, 113; Arbrb. Nijvel 9 maart 2006, *JTT* 2007, 65; Arbh. Brussel 8 januari 2014, *JTT* 2014, 113; Arbrb. Charleroi 21 maart 2005, *JTT* 2005, 263; Arbh. Brussel 21 november 2007, *JTT* 2008, 93; Cour d'appel de Luxembourg 3 december 1992, *Pasicrisie Luxembourgeoise* 1993-30.

83 Arbrb. Nijvel 9 maart 2006, *JTT* 2007, 65.

84 Cass. Soc. 28 oktober 2014 (n° 13-20.025).

85 Cass. Soc. 1 februari 2017 (n° 15-23.723).

86 Cass. Soc. 12 november 2002 (n° 99-45.821 99-45.888). In deze zaak oordeelde de *Cour de Cassation* dat het Franse *Cour d'Appel* art. 6(1) EVO had geschonden door een vergelijking te maken tussen bepalingen die niet hetzelfde onderwerp of hetzelfde doel hebben: 'Qu'en statuant ainsi alors que le texte du droit français qui prévoit la condamnation de l'employeur à des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse auquel il ne peut être dérogé par contrat, n'a pas d'équivalent en droit autrichien et n'a pas le même objet ou la même cause que les indemnités de préavis et de licenciement, la cour d'appel a violé les textes susvisés.'

87 BAG 10 april 2014 – 2 AZR 741/13, *BeckRS* 2014, 71952.

vraag welke groepen van regels afzonderlijk beschouwd moeten worden. In de literatuur wordt een uitspraak van het *Landesarbeitsgericht* Baden-Württemberg⁸⁸ bekritiseerd omdat in deze uitspraak een vergelijking plaatsvindt tussen de opzegtermijn bij ontslag uit het Duitse en het Belgische recht. Omdat in België een langere opzegtermijn geldt oordeelt de rechter dat het Belgische recht de werknemer meer bescherming biedt. Thüsing is echter van mening dat de opzegtermijn in samenhang met de opzegvergoeding in acht moet worden genomen.⁸⁹ Het *Landesarbeitsgericht* Hessen lijkt daarentegen een vergelijking uit te voeren op het niveau van het ontslagrecht dan wel de ontslagbescherming. De rechter oordeelt dat het Duitse ontslagrecht de werknemer beter beschermt omdat naar Zwitsers ontslagrecht een zekere ontslagvrijheid bestaat op basis waarvan het ontslag van een werknemer geen sociale rechtvaardiging behoeft. Een dergelijke sociale rechtvaardiging is in Duitsland wel vereist waardoor het Duitse recht op de arbeidsverhouding wordt toegepast. In de Belgische jurisprudentie lijkt de vergelijking daarentegen vaker plaats te vinden op het niveau van een enkele in geschil zijnde bepaling, zoals bijvoorbeeld bepalingen over de ontslagvergoeding.⁹⁰ Grušić bespreekt in dit kader een uitspraak van de Luxemburgse rechter waarin het Luxemburgse ontslagrecht wordt vergeleken met het Franse ontslagrecht. Daarbij wordt geconcludeerd dat het Franse recht een kortere opzeggingstermijn kent, terwijl de Luxemburgse bepalingen, anders dan de Franse, in geval van ontslag geen vergoeding toekennen. De rechter gaat vervolgens over tot toepassing van de Franse bepalingen omdat deze in het geheel gunstiger zijn voor de werknemer; het oordeel van de werknemer lijkt daarbij niet relevant.⁹¹

Waar in Duitsland sprake is van een algemene lijn die in de praktijk tot weinig problemen leidt, bestaat in de Franse jurisprudentie de nodige controverse over de toepassing van artikel 8 lid 1 Rome I. Daar lijkt het idee te bestaan dat het objectief toepasselijke recht de werknemer in sommige gevallen onvoldoende bescherming biedt.⁹² Daarom wordt wel een gekunstelde impliciete rechtskeuze aangenomen voor een recht dat de werknemer beter beschermt, zoals het Franse recht.⁹³

De wijze waarop in de Nederlandse jurisprudentie met artikel 8 lid 1 Rome I wordt omgegaan lijkt, op basis van het bovenstaande, af te wijken van de wijze waarop deze bepaling in de buitenlandse jurisprudentie wordt toegepast. In de hier beschreven buitenlandse jurisprudentie lijkt algemeen te worden aangenomen dat de rechtskeuze in artikel 8 lid 1 Rome I conflictenrechtelijk van aard is en dat toepassing van dit artikellid een vergelijking tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht vereist. Met name in de Duitse rechtspraak blijkt een duidelijke lijn te bestaan wanneer het gaat om de toepassing van artikel 8 lid 1 Rome I, de

88 LAG Baden-Württemberg 11 Sa 49/02, *BB* 2003, 900.

89 G. Thüsing, 'Günstigkeitsvergleich und Ausweichklausel in Art 30 EGBGB', *BB* 2003, 898.

90 Arbrb. Nijvel 9 maart 2006, *JTT* 2007, 65; Arbrb. Charleroi 21 maart 2005, *JTT* 2005, 263; Van Overbeeke 2018, p. 218 (zie noot 1).

91 Cour d'appel de Luxembourg 3 december 1992, *Pasicrisie Luxembourgeoise* 1993-30; Grušić 2015, p. 154 (zie noot 4).

92 Een voorbeeld is het recht van Burkina Faso (Cas. Soc. 4 juli 2001, n° 99-44.519).

93 Cass. Soc. 25 januari 2012 (n° 11-11.374), *Dr. soc.* 2012. 412; vgl. N. Nord, 'La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international', *Rev. crit. Dip.* 2016, p. 311; D. Sindres, 'Choix de la loi applicable au contrat de travail et dispositions impératives protectrices du salarié', *Rev. crit. Dip.* 2017, p. 409-425. In veel gevallen is dit het recht dat het nauwst/nauwer met de overeenkomst verbonden is.

Günstigkeitsvergleich en de reikwijdte daarvan. In Frankrijk en België is een heersende lijn ten aanzien van de methode van vergelijking niet direct waarneembaar, hoewel de vergelijking in België doorgaans plaatsvindt op het niveau van de in geschil zijnde bepalingen.⁹⁴

Het ontbreken van een eenduidige lijn in de Nederlandse jurisprudentie wordt mogelijk ingegeven door het feit dat noch de Nederlandse Hoge Raad noch het Hof van Justitie nochtans duiding heeft kunnen geven aan de wijze waarop artikel 8 lid 1 Rome I in de praktijk moet worden ingevuld. In Duitsland en Frankrijk heeft de hoogste nationale rechter zich hier, reeds onder het EVO, over uitgelaten.

7. Concluderende opmerkingen

Centraal in dit artikel staat de vraag of artikel 8 lid 1 aanzet tot begunstiging van de werknemer. Naar de heersende lijn in de literatuur wordt deze vraag bevestigend beantwoord: artikel 8 lid 1 Rome I gaat uit van het begunstigingsbeginsel. Daarbij wordt de leer die de rechtskeuze als materieelrechtelijk kwalificeert en uitgaat van het beschermingsbeginsel terzijde geschoven.

Toepassing van het begunstigingsbeginsel vereist een vergelijking tussen het gekozen recht en de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht waarbij het recht dat voor de werknemer het gunstigst is wordt toegepast. Hoewel de academische lijn in de Duitse jurisprudentie volledig wordt gevolgd en ook de Franse en Belgische jurisprudentie uitgaat van de gedachte dat een vergelijking dient plaats te vinden, blijkt uit dit artikel dat de Nederlandse jurisprudentie afwijkt van de heersende academische lijn. Doorgaans wordt in de Nederlandse rechtspraak, zonder nadere motivering, overgegaan tot toepassing van de dwingende bepalingen van het, veelal Nederlandse, objectief toepasselijke recht. Ook het schaarse aantal uitspraken waarin wel een vergelijking wordt uitgevoerd maakt niet onverkort duidelijk of men door een rechtskeuze ten gunste van de werknemer kan afwijken van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht. Daarnaast blijft onduidelijk welke reikwijdte aan de toe te passen vergelijking wordt toegekend. Enerzijds zou men hieraan de conclusie kunnen verbinden dat men in de Nederlandse rechtspraak over het algemeen uitgaat van de dwingende toepassing van de bepalingen van het objectief toepasselijke recht, anderzijds zou het ook kunnen zijn dat door een gebrek aan motivering van de Nederlandse rechter niet duidelijk wordt dat deze niettemin een vergelijking heeft uitgevoerd. Doordat de Nederlandse rechtspraak geen eenduidig beeld geeft wanneer het gaat om de toepassing van artikel 8 lid 1 Rome I is het voor partijen lastig te voorspellen welk recht de Nederlandse rechter op de onderlinge arbeidsverhouding zal toepassen. De huidige wijze waarop artikel 8 lid 1 in de praktijk wordt toegepast ondermijnt daarmee de rechtszekerheid. Op basis van het vorenstaande dient allereerst te worden geconcludeerd dat de Nederlandse rechtspraak ten aanzien van artikel 8 lid 1 Rome I nadere motivering behoeft. Daarnaast behoeft de toepassing van dit artikellid duiding. Daarbij is het aan het Hof van Justitie om een duidelijke lijn vast te stellen die in de (Nederlandse) rechtspraak dient te worden gevolgd. Daartoe heeft het Hof op korte termijn de kans, gezien de op artikel 8 lid 1 betrekking hebbende prejudiciële verwijzing(en) van de Roemeense rechter. Aannemelijk is dat het Hof in

94 Arbrb. Nijvel 9 maart 2006, *JTT* 2007, 65; Arbrb. Charleroi 21 maart 2005, *JTT* 2005, 263; Arbh. Brussel 8 januari 2014, *JTT* 2014, 113; Arbrb. Nijvel 9 maart 2006, *JTT* 2007, 65; Arbh. Brussel 8 januari 2014, *JTT* 2014, 113; Arbrb. Charleroi 21 maart 2005, *JTT* 2005, 263; Arbh. Brussel 21 november 2007, *JTT* 2008, 93; Van Overbeeke 2018, p. 218 (zie noot 1).

deze gevoegde zaken, in navolging van de heersende leer in de literatuur, de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona en de rechtspraak uit de ons omringende landen, allereerst uiteenzet dat artikel 8 lid 1 een conflictenrechtelijke rechtskeuze omvat waarbij het partijen is toegestaan om ten gunste van de werknemer af te wijken van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht. Hoewel een andere benadering omwille van de rechtszekerheid van partijen en de praktische hanteerbaarheid van het internationaal privaatrecht wellicht wenselijk zou zijn is men bij de uitleg van de beperkte rechtskeuze gebonden aan de formulering van artikel 8 lid 1 Rome I, welke formulering mijns inziens weinig ruimte laat voor een andere conclusie dan die dat het voor de werknemer gunstigste recht toepassing verdient.

Waar het de reikwijdte van de vergelijking betreft, welke reikwijdte niet volgt uit de formulering van artikel 8 lid 1, kan de Nederlandse rechter aansluiten bij de in de literatuur en Duitse rechtspraak gehanteerde visie dat sprake dient te zijn van een zogenaamde *Sachgruppenvergleich*. Een dergelijke vergelijking verdient de voorkeur boven een vergelijking op het niveau van een enkele bepaling. De vergelijking op het niveau van een enkele bepaling kan leiden tot een ongewenste cumulatie van voordelen en een verstoring van het tussen partijen bestaande belangenevenwicht, met name wanneer men aanspraken vergelijkt die formeel gescheiden kunnen worden, maar functioneel verbonden zijn. Niettemin kunnen ook bij de toepassing van een vergelijking op het niveau van een samenhangende groep regels de nodige kanttekeningen worden geplaatst. Daarbij is het de vraag welke groepen van regels vergelijking behoeven. Moet de vergelijking bijvoorbeeld beperkt zijn tot bepaalde algemene delen van het arbeidsrecht of moet de subset van regels nog beperkter zijn? Naarmate de vergelijking smaller wordt groeit ook het risico op aanpassingsproblemen. Echter, naarmate de vergelijking breder wordt, wordt deze abstracter en moeilijker toepasbaar. Daar komt bij dat in geval van een vergelijking op het niveau van een samenhangende groep regels het recht wordt toegepast dat de werknemer in zijn geheel beter beschermt. Daarbij kan het zo zijn dat bepaalde bepalingen van het objectief toepasselijke recht de werknemer beter beschermen terwijl het gekozen recht in het geheel meer bescherming biedt aan de werknemer. Een dergelijke toepassing staat op gespannen voet met het bepaalde in artikel 8 lid 1 tweede volzin Rome I dat ervan uitgaat dat de werknemer de bescherming van de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht niet door een rechtskeuze mag verliezen.

Duidelijk is dat het begunstigingsbeginsel uit het ipr-arbeidsrecht in de praktijk op verschillende wijze wordt toegepast. Dit draagt niet bij aan de rechtszekerheid van partijen en doet de vraag rijzen of toepassing van het beginsel en de bijbehorende vergelijking in de praktijk wenselijk is. Het begunstigingsbeginsel belast de rechter immers met de moeilijke en tijdrovende taak om een vergelijking uit te voeren tussen het gekozen recht en het objectief toepasselijke recht. Een directe indicatie van de omvang van de te hanteren vergelijking is daarbij vooralsnog niet gegeven. Dit leidt ertoe dat het voor partijen op voorhand moeilijk is vast te stellen welk recht de rechter op hun arbeidsverhouding zal toepassen. Toepassing van het begunstigingsbeginsel vereist bovendien dat de rechter binnen het labyrint van artikel 8 Rome I navigeert, waarbij de vaststelling van het objectief toepasselijke recht op zichzelf al problematisch en tijdrovend kan blijken. Hoewel toepassing van het begunstigingsbeginsel en de bijbehorende vergelijking moeilijk en tijdrovend kan zijn is een andere benadering, op grond van de formulering van artikel 8, nauwelijks denkbaar. De toepassing van het begunstigingsbeginsel is daarmee de prijs die men betaalt voor de bescherming van de werknemer en het toestaan van partijautonomie binnen het ipr-arbeidsrecht.