



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 16. april 2013¹

Sag C-64/12

**Anton Schlecker, der driver handel under navnet Firma Anton Schlecker
mod
Melitta Josefa Boedeker**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandene))

»Romkonventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser — arbejdsaftale — gældende lov i mangel af parternes lovvalg — loven i det land, hvor arbejdet sædvanligvis udføres — mulighed for at se bort fra denne lov på grund af en nærmere tilknytning til et andet land — rækkevidde«

I – Indledning

1. Med denne sag anmodes Domstolen om at fortolke artikel 6, stk. 2, i konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, åbnet for undertegnelse i Rom den 19. juni 1980 (herefter »Romkonventionen«)². Denne bestemmelse fastsætter, hvilken lov der skal anvendes på en arbejdsaftale, hvis parterne ikke har foretaget et lovvalg. De præjudicielle spørgsmål, som Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandene) har forelagt i denne sag, er opstået i forbindelse med en tvist – som følge af en ensidig ændring af arbejdsstedet – mellem M.J. Boedeker, som er tysk statsborger med bopæl i Tyskland, der har udøvet erhvervsmæssig virksomhed i over 11 år uden afbrydelse og udelukkende i Nederlandene, og hendes arbejdsgiver, Firma Antion Schlecker (herefter »Schlecker«), der er etableret i Tyskland³.

2. Domstolen anmodes nærmere bestemt om at udtale sig om rækkevidden af en bestemmelse i sidste afsnit af artikel 6, som giver mulighed for at undlade at anvende den lov, der er udpeget i kraft af de tilknytninger, som udtrykkeligt er anført i litra a) og b), såfremt »det af omstændighederne som helhed fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land«, hvorved Domstolen får lejlighed til at supplere den praksis, som blev fastlagt ved Koelzsch-dommen⁴ og Voogsgeerd-dommen⁵. Selv om

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT L 266, s. 1.

3 — I henhold til artikel 1 i første protokol af 19.12.1988 om Domstolens fortolkning af konventionen af 1980 (EFT 1998 C 27, s. 47), som trådte i kraft den 1.8.2004, har Domstolen beføjelse til at træffe afgørelse om anmodninger om præjudiciel afgørelse, der vedrører fortolkningen af denne konventions bestemmelser. Desuden har Hoge Raad der Nederlanden i henhold til denne protokols artikel 2, litra a), mulighed for at anmode Domstolen om at træffe præjudiciel afgørelse om et spørgsmål, som rejses under en retssag ved Hoge Raad der Nederlanden, og som vedrører fortolkningen af disse bestemmelser. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt Romkonventionen finder tidsmæssig anvendelse, skal det blot bemærkes, at Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 593/2008 af 17.6.2008 om lovvalgsregler for kontraktlige forpligtelser (Rom I) (EUT L 177, s. 6) (herefter »Rom I-forordningen«), som er trådt i stedet for Romkonventionen, kun finder anvendelse på aftaler, der er indgået efter den 17.12.2009 (jf. forordningens artikel 28). Det fremgår tydeligt af forelæggelsesafgørelsen, at den omstridte arbejdsaftale i hovedsagen blev indgået længe før denne dato, nemlig den 30.11.1994.

4 — Dom af 15.3.2011, sag C-29/10, Sml. I, s. 1595.

5 — Dom af 15.12.2011, sag C-384/10, EU:C:2011:842.

Domstolen allerede i ICF-dommen⁶ udtalte sig om betingelserne for gennemførelse af den generelle såkaldte »undtagelsesbestemmelse« i Romkonventionens artikel 4, stk. 5, andet punktum, og den i Koelzsch-dommen og Voogsgeerd-dommen havde lejlighed til grundigt og præcist at fastlægge hierarkiet mellem de kriterier for tilknytning, som er omhandlet i artikel 6, stk. 2, litra a) og b), er det første gang, den får forelagt et spørgsmål om rækkevidden af den såkaldte fravalgsbestemmelse (»escape clause«)⁷ i sidste afsnit af artikel 6 specifikt for individuelle arbejdsaftaler.

3. Spørgsmålet er temmelig relevant⁸, da det vedrører arbejdstagernes internationale mobilitet og angår en problematik, som er blevet rejst i forbindelse med adskillige retssager om individuelle arbejdsforhold. At de nationale retter har anvendt forskellige løsninger i denne henseende, viser desuden, at der er tale om et følsomt spørgsmål. Det forekommer nødvendigt at gribe denne sag an således, at der tages hensyn såvel til de krav om løsningernes forudsigelighed og om retssikkerhed, som lå til grund for vedtagelsen af reglerne på området⁹, som til kravene om nærhed og om beskyttelse af arbejdstageren, som skal tillægges en vis vægt, ifølge Romkonventionens ophavsmænds udtrykkelige ønske¹⁰, men i endnu højere grad ifølge de mere overordnede retningslinjer, som Domstolen har angivet¹¹.

II – Relevante retsfor skrifter

4. Romkonventionens artikel 3, der har overskriften »Lovvalg ved aftale«, bestemmer følgende:

»1. En aftale er underkastet den lov, som parterne har vedtaget. Lovvalget skal være udtrykkeligt eller fremgå med rimelig sikkerhed af kontraktens bestemmelser eller omstændighederne i øvrigt. Parternes lovvalg kan omfatte hele aftalen eller kun en del deraf.

[...]«

5. I mangel af aftale om lovvalg fastsætter Romkonventionens artikel 4 et overordnet kriterium, der gælder for alle aftaler ved fastlæggelse af gældende lov, nemlig at aftalen er underkastet loven i det land, som den har sin nærmeste tilknytning til, sammen med en række særlige kriterier, ud fra hvilke der er formodning for, hvilket land aftalen har en sådan tilknytning til. Denne artikel har følgende ordlyd:

»1. I det omfang der ikke er foretaget et gyldigt lovvalg i henhold til artikel 3, er aftalen underkastet loven i det land, som den har sin nærmeste tilknytning til. [...]

6 — Dom af 6.10.2009, sag C-133/08, Sml. I, s. 9687.

7 — På nuværende tidspunkt mener jeg, at dette begreb, som findes anvendt flere steder i den juridiske litteratur, er at foretrække frem for begrebet undtagelse, som efter min opfattelse lader formode, at de betingelser, hvorunder denne bestemmelse kan anvendes, har karakter af undtagelse.

8 — Dette er stadig interessant til trods for Rom I-forordningens ikrafttrædelse. Ikke alene finder denne forordning kun anvendelse på aftaler, der er indgået efter den 17.12.2009, men dens lovvalsregler gældende for individuelle arbejdsaftaler (jf. artikel 8) er i det væsentlige de samme. Domstolen har i denne henseende fastslået, at disse to retsakter er forbundet (jf. Koelzsch-dommen, præmis 46).

9 — Vedrørende en redegørelse for de formål, som forfølges med Romkonventionen, henvises bl.a. til ICF-dommen, præmis 22 og 23.

10 — I betænkning om konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, udarbejdet af Mario Giuliano, professor ved universitetet i Milano og Paul Lagarde, professor ved Université de Paris I (EFT 1980 C 282, s. 1, herefter »Giuliano Lagarde-betænkningen«, navnlig s. 25 og 26), anføres det således, at dette drejer sig om »at give mere hensigtsmæssige regler på områder, hvor den ene kontraktparts interesser adskiller sig fra den andens, og samtidig ved hjælp af sådanne regler at sikre bedre beskyttelse af den part, som ud fra en social og økonomisk betragtning må anses for at være den svageste part i kontraktforholdet«.

11 — Tanken om, at det er hensigtsmæssigt at beskytte den svageste part ved hjælp af regler, der er mere gunstige for dennes interesser end de generelle regler, går i vid udstrækning igen i alle de internationale privatretlige tekster og genlyder især i fortolkningen af bestemmelserne i Bruxelleskonventionen af 27.9.1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (EFT 1978 L 304, s. 77), som ændret ved konventionen af 29.11.1996 om Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse (EFT 1997 C 15, s. 1, herefter »Bruxelleskonventionen«) (jf. bl.a. dom af 26.5.1982, sag 133/81, Ivenel, Sml. s. 1891, præmis 14, af 13.7.1993, sag C-125/92, Mulox IBC, Sml. I, s. 4075, præmis 18, af 9.1.1997, sag C-383/95, Rutten, Sml. I, s. 57, præmis 22, af 27.2.2002, sag C-37/00, Weber, Sml. I, s. 2013, præmis 40, og af 10.4.2003, sag C-437/00, Pugliese, Sml. I, s. 3573, præmis 18), samt Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22.12.2000 om retternes kompetence og anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (EFT 2001 L 12, s. 1) (jf. bl.a. dom af 19.7.2012, sag C-154/11, Mahamdia, præmis 44 og 46).

[...]

5. Stk. 2 finder ikke anvendelse, hvis det ikke kan afgøres, hvad der er den for aftalen karakteristiske ydelse. Der skal ses bort fra formodningerne i stk. 2, 3 og 4, hvis det af omstændighederne som helhed fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land.«

6. Romkonventionens artikel 6 indeholder særlige lovvalgsregler om individuelle arbejdsaftaler, som afviger fra de generelle regler i artikel 3 og 4 om henholdsvis lovvalg ved aftale og kriterierne for fastlæggelse af gældende lov i mangel af et lovvalg. Den har følgende ordlyd:

»1. Uanset artikel 3 kan parternes lovvalg i arbejdsaftaler ikke medføre, at arbejdstageren berøves den beskyttelse, der tilkommer ham i medfør af ufravigelige regler i den lov, som i henhold til stk. 2 ville finde anvendelse i mangel af et lovvalg.

2. Uanset artikel 4 er en arbejdsaftale i mangel af et lovvalg i henhold til artikel 3 undergivet

- a) loven i det land, hvor arbejdstageren ved opfyldelsen af aftalen sædvanligvis udfører sit arbejde, selv om han midlertidigt er beskæftiget i et andet land, eller
- b) hvis arbejdstageren ikke sædvanligvis udfører sit arbejde i et bestemt land, loven i det land, hvor det forretningssted, som har antaget arbejdstageren, er beliggende,

medmindre det af omstændighederne som helhed fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land, i hvilket fald loven i dette land finder anvendelse.«

III – De faktiske omstændigheder og proceduren i hovedsagen

7. Schlecker er et tysk selskab, som er beskæftiget med salg af materialvarer. Selv om selskabet er etableret i Tyskland, har det adskillige filialer i flere af Den Europæiske Unions medlemsstater.

8. M.J. Boedeker, der er tysk statsborger og bosat i Tyskland, var, ved den første arbejdsaftale, ansat hos Schlecker med tjenestested i Tyskland fra den 1. december 1979 til den 1. januar 1994.

9. Ved en ny aftale, der blev indgået den 30. november 1994, var M.J. Boedeker fra den 1. marts 1995 til sommeren 2006 ansat hos Schlecker som salgsdirektør (Geschäftsführerin/Vertrieb) for hele Nederlandene og havde i denne egenskab sit faktiske tjenestested i Nederlandene.

10. I et brev af 19. juni 2006 meddelte Schlecker M.J. Boedeker, at hendes stilling som direktør i Nederlandene ville blive nedlagt pr. 30. juni 2006, og hun blev pålagt med virkning fra den 1. juli 2006 at fungere som områdeleder for virksomhedskontrol (Bereichsleiterin Revision) i Dortmund (Tyskland) på uændrede betingelser i forhold til arbejdsaftalen.

11. Samtidig med at hun den 4. juli 2006 klagede over denne ensidige ændring af arbejdssted (Änderungskündigung), mødte M.J. Boedeker i Dortmund for at tiltræde sin stilling som regionschef.

12. Den 5. juli 2006 meldte hun sig syg.

13. Fra den 16. august 2006 har hun oppebåret en ydelse fra den tyske sygekasse.

14. Der er efterfølgende ført forskellige retssager mellem parterne.

15. I en af dem traf Kantonrechter te Tiel afgørelse i realiteten og gav M. J. Boedeker medhold i hendes påstand om, at det blev fastslået, at nederlandsk ret gælder for den arbejdsaftale, der var indgået mellem hende og Schlecker, og ophævede denne arbejdsaftale med virkning fra den 15. december 2007 samt tilkendte hende en godtgørelse på brutto 557 651,52 EUR.

16. Schlecker appellerede afgørelsen til Gerechtshof te Arnhem, der ved dom af 15. december 2009 stadfæstede Kantonrechtere Tiels dom, som fastlagde den gældende lov for aftalen. Gerechtshof te Arnhem fastslog bl.a., at parterne på tidspunktet for indgåelsen af arbejdsaftalen ikke havde erkendt, i al fald ikke i tilstrækkeligt omfang, det mulige grænseoverskridende aspekt, som arbejdsaftalen måtte få, og at der ikke efterfølgende kunne konstrueres noget stiltiende valg af tysk ret. Gerechtshof te Arnhem udtalte desuden, at det i medfør af Romkonventionens artikel 6, stk. 2, litra a), var nederlandsk ret, der i princippet skulle finde anvendelse på arbejdsaftalen mellem Schlecker og M.J. Boedeker, og at de forskellige omstændigheder, som Schlecker havde gjort gældende, ikke kunne medføre, at arbejdsaftalen havde en nærmere tilknytning til Tyskland end til Nederlandene.

17. Efter at Gerechtshof te Arnhems endelige dom blev anket til kassation ved Hoge Raad der Nederlanden, har denne ret i forbindelse med sin stillingtagen til, hvilken lov der gælder for arbejdsaftalen, tilkendegivet tvivl med hensyn til fortolkningen af rækkevidden af bestemmelsen i Romkonventionens artikel 6, stk. 2 in fine, som giver mulighed for at se bort fra anvendelsen af den lov, der er udpeget i kraft af de tilknytninger, som udtrykkeligt er angivet i denne konventions artikel 6, stk. 2, litra a) og b), såfremt det af omstændighederne som helhed måtte fremgå, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land.

IV – De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

18. På denne baggrund har Hoge Raad der Nederlanden besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal Romkonventionens artikel 6, stk. 2, fortolkes således, at såfremt en arbejdstager til opfyldelse af aftalen ikke blot sædvanligvis, men også langvarigt og uden afbrydelse udfører sit arbejde i et og samme land, er det under alle omstændigheder retten i dette land, der skal finde anvendelse, også selv om alle øvrige omstændigheder peger på, at arbejdsaftalen har snæver tilknytning til et andet land?
- 2) Må det for en bekræftende besvarelse af spørgsmål 1 kræves, at arbejdsgiver og arbejdstager ved arbejdsaftalens indgåelse, eller i det mindste ved arbejdets påbegyndelse, tilsigtede eller var sig bevidst, at arbejdet skulle udføres langvarigt og uden afbrydelse i et og samme land?»

19. Der er indgivet skriftlige indlæg af sagsøgte i hovedsagen, Kongeriget Nederlandene, Republikken Østrig og Europa-Kommissionen. Der er ikke anmodet om afholdelse af retsmøde.

V – Retlig vurdering

20. For at kunne besvare den forelæggende rets spørgsmål, som i det væsentlige vedrører rækkevidden af undtagelsen i Romkonventionens artikel 6, stk. 2, andet afsnit, er det nødvendigt at præcisere nogle ting i forbindelse med det, som jeg vil kalde strukturen i den ordning, der indføres ved denne konvention, som fortolket af Domstolen, med henblik på at fastlægge, hvilken lov der skal anvendes på individuelle arbejdsaftaler.

A – Om strukturen i Romkonventionens ordning for fastlæggelsen af, hvilken lov der skal anvendes på individuelle arbejdsaftaler

21. I henhold til Romkonventionens artikel 3 gælder princippet om parternes frie vilje, når det fastlægges, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser. I mangel af et lovvalg fastsætter denne konventions artikel 4 som kriterium og generelt princip¹² for fastlæggelse af den lov, der finder anvendelse, kriteriet om det land, som aftalen har »sin nærmeste tilknytning til«, og i stk. 2-4 knyttes nogle formodninger til dette kriterium. Artikel 4, stk. 5, indeholder en undtagelsesbestemmelse, som gør det muligt at se bort fra nævnte formodninger. Disse lovvalgsregler skal anses for at være abstrakte og neutrale i den forstand, at de ikke har til formål at favorisere den ene part i aftalen frem for den anden. Der tages derfor ikke hensyn til indholdet i de pågældende love ved fastlæggelsen af, hvilken lov der finder anvendelse.

22. I lighed med bestemmelserne om fastlæggelsen af, hvilken lov der skal anvendes på forbrugeraftaler (artikel 5), angives i Romkonventionens artikel 6 specifikke lovvalgsregler om individuelle arbejdsaftaler. I overensstemmelse med det formål, som Romkonventionens ophavsmænd forfulgte¹³, er det almindeligt anerkendt, at lovvalgsreglerne på området – til forskel fra de almene regler i artikel 3 og 4 – ikke er fuldstændig neutrale, men formuleret ud fra tanken om beskyttelse af arbejdstageren. På baggrund af de principper, der ligger til grund for fortolkningen af Bruxelleskonventionen, har Domstolen således fastslået, at Romkonventionens artikel 6 havde til formål at sikre arbejdstageren en passende beskyttelse¹⁴.

23. Dette konkrete formål kommer i konventionens artikel 6 til udtryk i to centrale elementer.

24. For det første indføres ved Romkonventionens artikel 6, stk. 1, en væsentlig kvalificering af princippet om den frie vilje. Det fastsættes nemlig i denne bestemmelse, at enighed mellem aftaleparterne, uanset artikel 3, ikke kan medføre, at arbejdstageren berøves den beskyttelse, der tilkommer ham i medfør af ufravigelige regler i den lov, som ville finde anvendelse i mangel af et lovvalg. Når der er tale om en aftale, for hvilken parterne har tilkendegivet deres valg med hensyn til, hvilken lov der skal anvendes, skal retten først fastlægge, hvilken lov der skal anvendes på arbejdsaftalen, i medfør af de parametre, der er defineret i artikel 6, stk. 2, i mangel af et lovvalg, og derefter undersøge, om denne lov indeholder ufravigelige regler om beskyttelse af arbejdstagerne, og endelig anvende de af disse regler, som er mere gunstige for arbejdstagerne end de relevante bestemmelser i den valgte lov, idet denne fortsat finder anvendelse i øvrigt.

25. Jeg mener, at netop denne bestemmelse udtrykker det specifikke formål, som ophavsmændene til Romkonventionen forfulgte¹⁵, nemlig at beskytte arbejdstageren, der ud fra en social og økonomisk betragtning traditionelt anses for at være den svageste part. I betragtning af det underordningsforhold, der kendetegner et arbejdsforhold, risikerer lønmodtageren, at arbejdsgiveren kræver, at der anvendes en lov i et land, som ikke har nogen objektiv forbindelse til realiteten i deres indbyrdes kontraktforhold.

26. Som det tidligere er blevet fremhævet, drejer tilknytningen i forbindelse med arbejdsaftaler sig om nærhed, og Romkonventionen tilsigter at fastlægge, hvilket land arbejdsaftalen har sin nærmeste tilknytning til¹⁶. Formålet er ikke en systematisk begunstigelse af arbejdstageren, men snarere at beskytte denne ved at anvende de ufravigelige bestemmelser i loven, som svarer til den væsentligste tilknytning, nemlig det sociale miljø, hvori hans arbejdsforhold kommer til udtryk¹⁷.

12 — Jf. ICF-dommen, præmis 26.

13 — Jf. Giuliano Lagarde-betænkningen, s. 25.

14 — Jf. Koelzsch-dommen, præmis 42.

15 — Jf. betragtningerne i Giuliano Lagarde-betænkningen, s. 25 og 26.

16 — Jf. i denne henseende P. Lagarde, »Convention de Rome«, *Répertoire de droit communautaire Dalloz*, 1992, punkt 85.

17 — É. Pataut, »Conflits de loi en droit du travail«, *Jurisclasseur droit international*, fasc. 573-10, november 2008, punkt 14.

27. Såfremt parterne har valgt, hvilken lov der skal anvendes på arbejdsaftalen, tilkommer det retten at sikre, at denne lov ikke berøver arbejdstageren den retlige beskyttelse, som han sikres ved de ufravigelige bestemmelser i den lov, som arbejdsaftalen har den største nærhed til, og som man kunne betegne »den lov, som objektivt finder anvendelse«.

28. For det andet fastsætter Romkonventionens artikel 6, stk. 2, særlige tilknytningskriterier, som giver mulighed for, i mangel af et lovvalg fra parternes side, at udpege den lov, der skal anvendes på kontrakten.

29. Disse kriterier består enten i kriteriet om det land, hvor arbejdstageren »sædvanligvis udfører sit arbejde« [artikel 6, stk. 2, litra a)], eller i fraværet af et sådant sted, kriteriet om hjemstedet for »det forretningssted, som har antaget arbejdstageren« [artikel 6, stk. 2, litra b)], idet det bemærkes, at det første kriterium ifølge Domstolens praksis bør forlods tages i betragtning¹⁸. Det fastsættes videre i stk. 2, at disse to tilknytningskriterier ikke finder anvendelse, når det af omstændighederne som helhed fremgår, at arbejdsaftalen har en nærmere tilknytning til et andet land, i hvilket tilfælde dette andet lands lov anvendes¹⁹.

30. Det fremgår ligeledes af ordlyden af Romkonventionens artikel 6, stk. 2, at den nationale ret, som skal fastlægge, hvilken lov der skal anvendes på en aftale, i mangel af parternes udtrykkelige lovvalg, i overensstemmelse med nærhedsprincippet skal bestemme, hvilken lov der objektivt har den nærmeste tilknytning til aftalen.

31. I denne forbindelse tilkommer det retten at bestemme, hvilket sted der efter dens mening udgør tyngdepunktet i kontraktforholdet, idet den benytter sig af de kriterier, der er fastsat i artikel 6, stk. 2, litra a) (det sted, hvor arbejdet sædvanligvis udføres) og litra b) (forretningsstedet), men ikke udelukkende disse kriterier, da det tydeligt fremgår af ordlyden af denne artikel, at retten kan se bort fra de i disse bestemmelser omhandlede tilknytninger, hvis det af omstændighederne som helhed fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land.

32. I modsætning til, hvad der blevet bemærket i forbindelse med Romkonventionens artikel 6, stk. 1, medfører princippet om beskyttelse af den part, som anses for at være den svageste, ikke, at retten under anvendelsen af kriterierne i stk. 2 for fastlæggelsen af, hvilken lov der skal anvendes, skal sammenligne indholdet af de ufravigelige bestemmelser i de love, som er på tale, og anvende den, som den i betragtning af de særlige omstændigheder i sagen anser for at være den mest gunstige. Overholdelsen af favor laboratoris-princippet sikres ved anvendelsen af de ufravigelige bestemmelser i den af de potentielt anvendelige love, som har den nærmeste tilknytning til arbejdsaftalen, og ikke nødvendigvis den, som viser sig at være mest gunstig for arbejdstageren²⁰. Jeg mener således, at Romkonventionens artikel 6 skal opfylde to sidestillede mål, nemlig dels ønsket om en passende beskyttelse af arbejdstageren, hvilket ifølge nærhedsprincippet taler for at udpege loven i det land, som arbejdsaftalen har den nærmeste tilknytning til, dels et mål vedrørende retssikkerhed, der sikres ved fastlæggelsen af kriterier for udpegelsen af den lov, som skal anvendes på aftalen i mangel af et lovvalg.

33. For at illustrere de tilfælde, som er omhandlet i Romkonventionens artikel 6, henholdsvis stk. 1 og 2, vil jeg benytte et eksempel, hvor en arbejdsaftale er indgået og sædvanligvis og kontinuerligt opfyldt i Luxembourg mellem et selskab med hjemsted i Sverige og en luxembourgsk statsborger.

18 — Jf. Voogsgeerd-dommen, præmis 32.

19 — Jf. Koelzsch-dommen, præmis 36.

20 — Det er i denne henseende blevet anført, at den mest »retfærdige« lov i henhold til nærhedsprincippet er den »nærmeste« lov og ikke den »bedste« lov hvad angår dens materielle indhold (T. Ballarino og G.P. Romano, »Le principe de proximité chez Paul Lagarde«, *Le droit international privé: esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, s. 2).

34. Lad os først forestille os, at parterne i overensstemmelse med kravene i henhold til Romkonventionens artikel 3 udtrykkeligt og med rimelig sikkerhed har valgt at anvende den svenske lov på arbejdsaftalen. På trods af dette valg kan luxembourgsk ret muligvis anses for at være den lov, som objektivt finder anvendelse, hvis man henholder sig til kriterierne i stk. 2. Skulle der opstå en tvist, f.eks. som følge af arbejdstagerens afskedigelse, tilkommer det derfor den pågældende ret at undersøge – ved brug af en slags sammenlignende undersøgelse af de normative elementer, der direkte vedrører tvisten – om luxembourgsk ret indeholder ufravigelige bestemmelser til beskyttelse af arbejdstageren, som er mere gunstige end dem, der anerkendes i svensk ret, f.eks. bestemmelser vedrørende fristen for opsigelsesvarsel eller tildeling af erstatning i forbindelse med en afskedigelse. Hvis dette er tilfældet, tilkommer det denne ret at undlade at anvende de relevante bestemmelser i svensk ret og i stedet anvende luxembourgsk ret. I modsat fald er det fortsat svensk ret, der skal anvendes, da parterne i en arbejdsaftale til enhver tid kan aftale, at de bestemmelser, som er mest gunstige for arbejdstageren, skal finde anvendelse.

35. Såfremt parterne ikke klart og udtrykkeligt har tilkendegivet deres valg med hensyn til, hvilken lov der skal anvendes, er det derimod under alle omstændigheder den lov, som objektivt udpeges ved brug af de kriterier, der er fastsat i artikel 6, stk. 2, dvs. luxembourgsk ret, som skal anvendes. I så fald kan arbejdstageren ikke kræve, at de svenske bestemmelser, som eventuelt er mere gunstige for ham, skal anvendes.

36. Endelig skal jeg fremhæve, at selv om reglerne for fastlæggelsen af, hvilken lov der skal anvendes på en kontrakt, tager hensyn til arbejdsaftalens særlige karakter, bør disse regler efter min opfattelse ikke medføre, at arbejdstageren i alle tilfælde, og uanset tvistens art, indrømmes den fordel, at den nationale lov, som blandt samtlige de love, der er på tale, tilsyneladende er den mest gunstige under de særlige omstændigheder i sagen, finder anvendelse. I modsætning til, hvad der umiddelbart kunne udledes af de faktiske omstændigheder i de sager, som gav anledning til Koelzsch-dommen og Voogsgeerd-dommen, var det ud fra et klart tilkendegivet ønske om en »passende« beskyttelse, og ikke nødvendigvis en optimal beskyttelse eller »begunstiget« beskyttelse af arbejdstageren, og inspireret af de overvejelser, som Domstolen allerede havde gjort sig i forbindelse med fortolkningen af de kompetenceregler, der er fastsat i Bruxelleskonventionen, at Domstolen fastslog, at det skulle sikres, at de bestemmelser om arbejdsbeskyttelse, der er fastsat i lovgivningen i dette land, i videst muligt omfang skulle overholdes²¹.

37. Enhver anden fortolkning ville efter min opfattelse udgøre en betydelig krænkelse af retssikkerheden og af forudsigeligheden af de anvendte løsninger inden for rammerne af ordningen for fastlæggelsen af, hvilken lov der skal anvendes på individuelle arbejdsaftaler, således at den lov, der kan betegnes som den mest gunstige, alt efter tvistens karakter og i forhold til det tidspunkt, hvor retten skal afgøre den, ikke nødvendigvis er den samme. I denne henseende må det nemlig ikke glemmes, at en arbejdsaftale potentielt kan have tilknytning til flere lande, alt efter hvor den er indgået, aftaleparternes nationalitet eller hjemsted eller et opfyldelsessted, der er spredt over flere lande²². At pålægge retten at foretage en sammenlignende undersøgelse af de bestemmelser, der beskytter arbejdstageren, kan desuden vise sig at være et ikke kun langsommeligt, men også særdeles uberegneligt foretagende. Den teoretiske karakter af tilknytningskriterierne i Romkonventionens artikel 6, stk. 2, gør det vanskeligt på forhånd at fastslå, hvilken lov der i sidste ende vil vise sig at være den mest gunstige.

21 — Jf. Koelzsch-dommen, præmis 41 og 42.

22 — Herom vidner f.eks. de omstændigheder, der lå til grund for Voogsgeerd-dommen, der vedrørte en tvist mellem en nederlandsk statsborger og et selskab med hjemsted i Luxembourg, hvormed denne nederlandske statsborger havde indgået en aftale i Belgien. Under opfyldelsen af aftalen modtog J. Voogsgeerd instruktioner fra et andet selskab, som var nært knyttet til hans arbejdsgiver, men havde hjemsted i Belgien.

38. Selv om de regler, der er fastsat i Romkonventionen, for det første har til formål at forhindre, at der, til skade for arbejdstagerne, opstår situationer, der svarer til »law shopping«, mener jeg heller ikke, at de bør ende med, til fordel for arbejdstageren, at give et ubegrænset valg med hensyn til materielle bestemmelser, som han mener skal anvendes, og således skabe en situation, hvor det er helt tilfældigt, hvilken lov der udpeges som gældende.

39. Disse betragtninger vil danne grundlag for min behandling af de præjudicielle spørgsmål

B – Om det første præjudicielle spørgsmål

40. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret at få præciseret, hvilken betydning tilknytningskriteriet i Romkonventionens artikel 6, stk. 2, litra a), skal tillægges i forhold til den mulighed, som sidste del af denne bestemmelse giver retten, for at udpege loven i det land, der har den nærmeste tilknytning til aftalen, som den lov, der skal anvendes. Retten ønsker nærmere bestemt oplyst, hvilken rækkevidde denne sidstnævnte bestemmelse har, og under hvilke betingelser den skal anvendes, i det tilfælde hvor arbejdstageren har opfyldt en arbejdsaftale på sædvanlig, langvarig og uafbrudt vis i et og samme land.

1. Rækkevidden af bestemmelsen i Romkonventionens artikel 6, stk. 2, andet afsnit

41. Domstolen bliver her inddraget i en diskussion²³, som har foregået længe, både i den juridiske litteratur og inden for visse nationale domstole, og som vedrører sammenkoblingen mellem tilknytningskriterierne i Romkonventionens artikel 6, stk. 2, første afsnit, og den fravalgsbestemmelse, der findes i sidste afsnit af denne artikel.

42. Der er i det væsentlige tale om to forskellige holdninger. Umiddelbart må det anerkendes, at der eksisterer et grundlæggende undtagelsesforhold mellem disse to bestemmelser, hvilket indebærer, at der kun under ganske særlige omstændigheder, dvs. såfremt der ud fra formodningerne udpeges en lov, som tydeligvis ikke passer til aftalen, kan søges efter en eventuel nærmere tilknytning til et andet land. Ifølge en anden fortolkning er der ikke noget hierarkisk forhold mellem de to bestemmelser, og retten har et vist råderum, når den skal fastlægge, hvilken lov der har den nærmeste tilknytning til den pågældende aftale.

43. For at fremme forståelsen af, hvad diskussionen går ud på, og gøre klart rede for mit synspunkt vil jeg komme med et konkret eksempel, som ikke ligger langt fra den sag, Domstolen har fået forelagt. I mit eksempel er der i Frankrig indgået en aftale mellem et fransk selskab og en fransk statsborger, og efter al sandsynlighed var det forventet, at aftalen skulle opfyldes i Frankrig. I forbindelse med en meget langvarig udstationering (på over ti år) blev den imidlertid hovedsagelig og på vedvarende vis opfyldt i Saudi-Arabien. Hvis man lægger til grund, at undtagelsesbestemmelsen i Romkonventionens artikel 6, stk. 2 in fine, kun kan anvendes subsidiært og undtagelsesvis, nemlig når tilknytningen til stedet for arbejdsaftalens opfyldelse er helt uanvendeligt, hvilket tydeligvis ikke er tilfældet, når der er tale om en varig opfyldelse, som foregår på et og samme sted, er der ingen tvivl om, at saudiarabisk lov finder anvendelse. Hvis man derimod mener, at retten selv i tilfælde, hvor det er let at fastlægge stedet for aftalens opfyldelse, har ret til at efterprøve, om den pågældende aftale eventuelt har en nærmere tilknytning til et andet land, bliver svaret langt mindre indlysende, idet der, selv om aftalen sædvanligvis er blevet opfyldt i Saudi-Arabien, er adskillige faktorer i denne forbindelse, der taler for udpegning af den franske lov.

²³ — Diskussionen ligner meget den, som har fundet sted vedrørende forholdet mellem formodningerne i Romkonventionens artikel 4, stk. 2 og 4, og den mulighed, som er fastsat i konventionens artikel 4, stk. 5, for at se bort fra disse, hvis det af omstændighederne som helhed fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land (jf. generaladvokat Bots forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til ICF-dommen, punkt 71-73).

44. Det er min opfattelse, at det er den anden fortolkning, der bør anvendes, hvilket der er følgende grunde til.

45. For det første indebærer det forhold, at reglen i Romkonventionens artikel 6, stk. 2, litra a), om, at loven på det sted, hvor aftalen opfyldes, finder anvendelse i mangel af et lovvalg, ifølge Domstolens udtalelser i Koelzsch-dommen og Voogsgeerd-dommen skal fortolkes bredt, ikke tilsvarende, at sikkerhedsklausulen i slutningen af nævnte artikel 6, stk. 2, kun bør kunne anvendes i undtagelsestilfælde, eller endog slet ikke bør kunne anvendes, såfremt der ikke er nogen tvivl med hensyn til det sted, hvor aftalen sædvanligvis opfyldes.

46. I denne henseende gør jeg opmærksom på, at Domstolen i Koelzsch-dommen blot fastslog, at for så vidt som formålet med Romkonventionens artikel 6 er at sikre arbejdstageren en passende beskyttelse, skal denne bestemmelse forstås således, at den sikrer, at loven i den stat, hvori arbejdstageren udfører sin virksomhed, snarere skal anvendes end loven i den stat, hvor arbejdsgiveren har hjemsted²⁴. Heraf udledte den, at kriteriet om det land, hvor arbejdstageren »sædvanligvis udfører sit arbejde«, der er fastsat i denne artikels stk. 2, litra a), skal fortolkes vidt, mens kriteriet om hjemstedet for det »forretningssted, som har antaget arbejdstageren«, der er fastsat i artikel 6, stk. 2, litra b), skal finde anvendelse, når den påkendende ret ikke er i stand til at fastlægge det land, hvor arbejdet sædvanligvis udføres²⁵.

47. En tilsvarende tilgang blev efter min opfattelse anvendt i Voogsgeerd-dommen, hvor Domstolen gjorde opmærksom på, at kriteriet om det sted, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde, bør tages forlods i betragtning²⁶.

48. Desuden bemærker jeg, at de sager, som gav anledning til nævnte domme, netop vedrørte tilfælde, hvor parterne havde valgt, at loven i et bestemt land skulle anvendes (luxembourgsk ret), men hvor det viste sig, at den lov, som objektivt var gældende, i henhold til Romkonventionens artikel 6, stk. 2, indeholdt ufravigelige bestemmelser, som medførte en større beskyttelse af arbejdstagerne end bestemmelserne i den lov, som oprindeligt var valgt. I den første sag var det blevet hævdet, at de bestemmelser, som fandt anvendelse i forbindelse med afskedigelse af medlemmer af samarbejdsudvalget, som Heiko Koelzsch var medlem af, indebar større beskyttelse i Tyskland. I den anden sag stødte det erstatningssøgsmål, som var anlagt af J. Voogsgeerd, med påstand om uberettiget opsigelse af den arbejdsaftale på det søretlige område, som han havde indgået med sin tidligere arbejdsgiver, i henhold til luxembourgsk ret på en præklusiv frist på tre måneder, som var udelukket og endog i strid med gældende lov i Belgien.

49. Selv om det tydeligt fremgår af retspraksis i Koelzsch-dommen og Voogsgeerd-dommen, at tilknytningskriteriet i Romkonventionens artikel 6, stk. 2, litra a), dvs. kriteriet om stedet, hvor arbejdsaftalen sædvanligvis opfyldes, i videst muligt omfang bør have fortrinsret for kriteriet om forretningsstedet i artikel 6, stk. 2, litra b)²⁷, følger det efter min opfattelse ikke nødvendigvis heraf, at anvendelsen af bestemmelsen i sidste afsnit af denne artikel også skal marginaliseres, således at retten kun kan gøre brug af den i helt ekstraordinære tilfælde.

24 — Jf. dommens præmis 42.

25 — Ibidem, præmis 43.

26 — Jf. dommens præmis 31-41.

27 — Jeg mener, at denne »marginalisering« af forretningsstedet som tilknytningskriterium skyldes den tilfældige eller kunstige karakter, som det kan have, men især den omstændighed, at arbejdsgiveren normalt har den fulde kontrol over fastlæggelsen af dette sted, hvilket kan tilsidesætte princippet om beskyttelse af arbejdstageren.

50. Det er min opfattelse, at det hierarki, som Domstolen har anerkendt, mellem de kriterier, der skal tages i betragtning ved fastlæggelsen af, hvilken lov der skal anvendes, alene vedrører de i Romkonventionens artikel 6, stk. 2, litra a) og b), omhandlede tilknytningskriterier, dvs. kriteriet om opfyldelsesstedet og kriteriet om forretningsstedet, og ikke rettens mulighed for at anvende loven i det land, som aftalen har den nærmeste tilknytning til, i henhold til andet afsnit i artikel 6, stk. 2.

51. Selv om det med henblik på at sikre en vis grad af forudsigelighed tilkommer retten at fastlægge, hvilken lov der skal anvendes på aftalen, ved at henholde sig til de tilknytningskriterier, der er fastsat i Romkonventionens artikel 6, stk. 2, første afsnit, og navnlig kriteriet om stedet for udførelsen af arbejdet, som er omhandlet i stk. 2, litra a), mener jeg derfor, at retten til hver en tid, i overensstemmelse med den klare ordlyd af stk. 2, andet afsnit, kan vurdere, at der bør ses bort fra denne lov, såfremt der er en nærmere tilknytning til et andet land. Den sidstnævnte bestemmelse bør efter min opfattelse forstås som en åben lovkonfliktregel, der lige så vel kan fortrænge loven i det land, hvor arbejdet sædvanligvis udføres, som loven i det land, hvor forretningsstedet har hjemsted²⁸. Desuden skal jeg fremhæve, at Domstolen i Voogsgeerd-dommens præmis 51 netop gjorde opmærksom på, at den forlæggende ret kunne tage andre elementer i arbejdsforholdet i betragtning, hvis det viste sig, at de, der vedrører de to tilknytningskriterier, som er fastsat i denne artikel, og som henholdsvis omhandler stedet for udførelsen af arbejdet og stedet for forretningsstedet for den virksomhed, der beskæftiger arbejdstageren, fører til den betragtning, at aftalen har en nærmere tilknytning til en anden stat end den, som følger af disse kriterier.

52. For det andet mener jeg, at denne fortolkning er i overensstemmelse med Domstolens løsning i den sag, der gav anledning til ICF-dommen. Denne sag vedrørte ganske vist den generelle undtagelsesbestemmelse – formuleret på samme måde som den, der er omhandlet i hovedsagen – i Romkonventionens artikel 4, stk. 5, men af grunde, som jeg vil komme nærmere ind på i det nedenstående, og til trods for de specifikke regler for fastlæggelsen af, hvilken lov der skal anvendes på individuelle arbejdsaftaler, har den en vis relevans.

53. Jeg skal bemærke, at det femte af de præjudicielle spørgsmål, som Hoge Raad der Nederlanden havde fremlagt i nævnte sag, netop havde til formål at opnå klarhed om, hvilken plads tilknytningskriterierne i Romkonventionens artikel 4, stk. 2-4, skulle tildeles, og således om muligheden for at se bort fra disse formodninger i henhold til artikel 4, stk. 5, andet punktum, »hvis det af omstændighederne som helhed fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land«²⁹.

54. Den forelæggende ret spurgte således Domstolen, om undtagelsen i Romkonventionens artikel 4, stk. 5, andet punktum, skulle fortolkes således, at der kun skal ses bort fra de formodninger, som følger af artikel 4, stk. 2-4, hvis det fremgår af omstændighederne som helhed, at de dér fastsatte tilknytningsmomenter ikke har nogen reel tilknytningsværdi, eller om retten ligeledes skal se bort fra disse, hvis det af omstændighederne fremgår, at der er en nærmere tilknytning til et andet land. I denne sammenhæng var der, ligesom det er tilfældet i hovedsagen, to muligheder. Den første, hvorefter Romkonventionens artikel 4, stk. 5, kun kan tages i anvendelse under særlige omstændigheder, giver kun mulighed for at se bort fra de generelle formodninger, når disse ikke har nogen reel tilknytningsværdi til den pågældende aftale. Den anden mulighed, som giver retten langt større fleksibilitet, giver denne mulighed for at se bort fra formodningerne i artikel 4, stk. 2-4, hvis det blot konstateres, at den pågældende aftale har en nærmere tilknytning til et andet land³⁰.

28 — Det er interessant at bemærke, at det i grønbogen om omdannelse af Romkonventionen af 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, til en fællesskabsretsakt med opdatering af dens bestemmelser (KOM(2002) 654 endelig, s. 37) anføres, »at uanset om arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde i et og samme land, kan den objektive tilknytning i henhold til konventionen tilsidesættes via en undtagelsesklausul (artikel 6, stk. 2, *in fine*), der åbner mulighed for at undgå de uheldige konsekvenser, det ville få for arbejdstageren, hvis princippet om kontraktens tilknytning til udførelsesstedet blev fulgt for rigoristisk«.

29 — Jf. dommens præmis 19.

30 — ICF-dommens præmis 50-52 indeholder et sammendrag af argumenterne i denne henseende.

55. Med henvisning til Giuliano Lagarde-betænkningen og ud fra den vurdering, at det var nødvendigt endeligt at forene kravene om forudsigelighed med hensyn til den anvendelige lov og hermed retssikkerhed i kontraktforhold med behovet for en vis fleksibilitet med hensyn til fastlæggelsen af loven, afsluttede Domstolen sin behandling af sagen med at konkludere, at Romkonventionens artikel 4, stk. 5, skal fortolkes således, at når det af omstændighederne som helhed tydeligt fremgår, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land end det, som fastlægges på grundlag af et af de tilknytningsmomenter, som er fastsat i stk. 2-4, tilkommer det retten at se bort fra disse tilknytningsmomenter og anvende loven i det land, som aftalen har sin nærmeste tilknytning til. Ifølge Domstolen bevarer retten denne kompetence til trods for sin pligt til altid at fastlægge, hvilken lov der skal anvendes, på grundlag af de formodninger, som er fastsat i Romkonventionens artikel 4, stk. 2-4, som opfylder det generelle krav om forudsigelighed med hensyn til den anvendelige lov og retssikkerhed i kontraktforhold³¹.

56. Selv om Romkonventionens ophavsmænd ud fra ønsket om at beskytte arbejdstageren fastsatte lovvalgsregler med hensyn til individuelle arbejdsaftaler, som afveg fra de generelle regler i konventionens artikel 3 og 4, kommer dette ønske, som anført ovenfor, ikke først og fremmest til udtryk ved fortrinstilknytningerne i artikel 6, stk. 2, men ved anvendelsen af den lov, som har den nærmeste tilknytning til arbejdsaftalen. I lighed med det, der er anført vedrørende Romkonventionens artikel 4, er reglerne i artikel 6 således også baseret på nærhedshensynet.

2. Betingelser for anvendelsen af bestemmelsen i Romkonventionens artikel 6, stk. 2, andet afsnit

57. Det første spørgsmål, der må stilles, drejer sig om de betingelser, hvorunder retten kan se bort fra den lov, der er fastlagt i henhold til kriteriet om stedet for aftalens opfyldelse. Spørgsmålet opstår, fordi Domstolen i ICF-dommen, nævnt ovenfor, valgte en nuanceret tilgang og anførte, at det af omstændighederne som helhed »tydeligt« skal fremgå, at aftalen har en nærmere tilknytning til et andet land end det, som fastlægges på grundlag af et af de tilknytningsmomenter, som er fastsat i Romkonventionens artikel 4, stk. 2-4³². Bør denne betingelse også gælde i forbindelse med bestemmelsen i Romkonventionens artikel 6? Det mener jeg ikke, hvilket der er to grunde til.

58. For det første gør jeg opmærksom på, at selv om den generelle undtagelsesbestemmelse, som blev gentaget i Rom I-forordningens artikel 4, stk. 3, udtrykkeligt anvender et tilsvarende adverbium, nemlig »åbenbart«³³, er dette ikke tilfældet i den bestemmelse i forordningen, der specifikt omhandler arbejdsaftaler, nemlig artikel 8, stk. 4³⁴. At det således var ønsket at begrænse anvendelsen af den generelle undtagelsesbestemmelse i Romkonventionens artikel 4, forekommer mig så meget desto mere sandsynligt på baggrund af, at det på et tidspunkt – som det fremgår af forarbejderne – endog var påtænkt at slette den³⁵. Selv om Rom I-forordningen ikke finder tidsmæssig anvendelse i sagen, mener jeg dog – i forlængelse af Domstolens udtalelser i Koelzsch-dommen³⁶ – at denne forordning er en faktor, der kan anvendes som grundlag for den rette fortolkning af Romkonventionen.

31 — Ibidem, præmis 58-62.

32 — Ibidem, præmis 64.

33 — Denne bestemmelse har følgende ordlyd: »Fremgår det klart af alle sagens omstændigheder, at aftalen, hvor parterne ikke har aftalt lovvalg, har åbenbart nærmere tilknytning til et andet land end det, der er angivet i stk. 1 eller 2, finder loven i dette andet land anvendelse.«

34 — Selv om det kunne fremføres, at denne forskel i ordlyden antagelig skyldtes en forglemmelse, idet betragtningerne til nævnte forordning ikke indeholder nogen forklaring herpå (jf. H. Gaudemet-Tallon, *Jurisclasseur Droit international*, nr. 552-15, 2009, punkt 84).

35 — Jf. grønbogen om omdannelse af Romkonventionen af 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, til en fællesskabsretsakt med opdatering af dens bestemmelser, s. 27.

36 — Jf. dommens præmis 46.

59. For det andet kan betingelsen om, at den nærmere tilknytning »tydeligt« skal fremgå af omstændighederne, efter min opfattelse forklares ved det forhold, at Romkonventionens artikel 4 til forskel fra reglerne i artikel 6, som på samme tid hviler på nærhedshensynet og hensynet til beskyttelsen af arbejdstageren, opstiller en lovvalgsregel, som er helt neutral, og som primært og som det første hensyn har formålet om forudsigelighed og retssikkerhed³⁷.

60. Heraf følger efter min opfattelse, at konventionens artikel 6, stk. 2, andet afsnit, ikke mister sin eksistensberettigelse, selv om er ubestridt, at arbejdsaftalen er blevet opfyldt på varig, kontinuerlig vis uden afbrydelse i et og samme land, hvilket i princippet medfører, at loven i dette land skal anvendes. Når en aftale tydeligvis er placeret i en stat, som ikke er den stat, hvor arbejdet sædvanligvis udføres, er det nemlig stadig muligt at anvende denne bestemmelse.

61. Der er ikke her tale om en marginalisering af kriteriet om en væsentlig tilknytning, som almindeligvis³⁸ er stedet, hvor arbejdet sædvanligvis udføres, men om, at den nationale ret gives mulighed for eventuelt at se bort fra dette, såfremt det af omstændighederne i sagen fremgår, at tyngdepunktet for arbejdsforholdet ikke ligger i det land, hvor arbejdet udføres. Romkonventionens artikel 6, stk. 2, andet afsnit, skal opfattes som en beskyttelsesordning. Den bør ikke overskygge de tilknytninger, som er omhandlet i denne artikel, og navnlig ikke den stærke tilknytning, der udgøres af loven i det land, hvor arbejdet udføres, hvilket ville ophæve enhver forudsigelighed med hensyn til de endelige løsninger.

62. I denne sag antager den forelæggende ret tilsyneladende, at hvis man ser bort fra stedet, hvor M.J. Boedeker udførte arbejdet på uafbrudt vis i over 11 år under opfyldelsen af den aftale, som hun havde indgået med Schlecker, hælder alle de øvrige omstændigheder i retning af, at der er en nærmere tilknytning til Tyskland. Den forelæggende ret fremhæver bl.a., at arbejdsgiveren er en tysk juridisk person, at arbejdstageren var bosat i Tyskland, mens hun var ansat, at omkostningerne til transporten mellem arbejdstagerens bopæl og arbejdspladsen blev godtgjort af arbejdsgiveren, at lønnen blev udbetalt i D-mark før euroens indførelse, at den pensionsordning, som arbejdstageren var tilsluttet, blev administreret af et tysk organ, at de sociale bidrag blev betalt i Tyskland, samt at arbejdsaftalen, som var affattet på tysk, henviste til ufravigelige bestemmelser i tysk ret.

63. Som det klart fremgår af ordlyden af det første spørgsmål, har den forelæggende ret ikke indhentet nærmere oplysninger om de forhold, som eventuelt ville give mulighed for at se bort fra formodningen i Romkonventionens artikel 6, stk. 2, litra a).

64. Desuden er jeg af den opfattelse, at det tilkommer den nationale ret at vurdere alle omstændigheder i forbindelse med arbejdsaftalen og tage stilling til, hvilken eller hvilke den finder mest væsentlige.

65. For at kunne give den forelæggende ret et anvendeligt svar vil det dog være hensigtsmæssigt at anføre nogle oplysninger, som den nationale ret eventuelt kan tage i betragtning, når den skal fastlægge, hvilket land aftalen har den nærmeste tilknytning til.

66. Hvad dette angår er det min opfattelse, at den nationale ret, når den skal tage stilling til en konkret sag, ikke automatisk kan konkludere, at der skal ses bort fra loven i det land, hvor aftalen udføres, som er udpeget i henhold til Romkonventionens artikel 6, stk. 2, litra a), blot fordi der er et stort antal andre relevante omstændigheder, som den har fået kendskab til, og som peger på et andet land, men at den bør tage hensyn til vægten af hver enkelt af disse omstændigheder med henblik på at bestemme tyngdepunktet i arbejdsforholdet.

37 — Jf. redegørelsen i punkt 21 og 22 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

38 — Som det fremgår af Koelzsch-dommen, præmis 42, er det i den stat, hvor arbejdstageren udfører sit arbejde, at denne også udfører sin økonomiske og samfundsmæssige funktion.

67. Der kan nemlig være nogle af de objektive omstændigheder, som er forelagt retten, der har mindre betydning end andre, når det skal fastslås, om der er tale om en nærmere tilknytning.

68. Uden at jeg vil foregive, at listen er udtømmende, mener jeg, at væsentlige tilknytningselementer for det første er landet, hvor arbejdstageren betaler de skatter og afgifter, der vedrører indtægten fra dennes virksomhed, samt landet, hvor denne er medlem af den sociale sikringsordning og diverse pensions- og syge- og invalideforsikringsordninger. Som den nederlandske regering har anført, er det uanset de særlige regler, som gælder for visse kategorier af arbejdstagere, princippet om »lex loci laboris«³⁹, der finder anvendelse med hensyn til tilslutning til den sociale sikringsordning, med undtagelse af særlige tilfælde, hvor arbejdstageren er udstationeret. Ifølge dette princip er en arbejdstager tilsluttet den sociale sikringsordning i den stat, hvor han sædvanligvis arbejder. Ved at undlade at anvende denne regel, sådan som de relevante grundregler giver mulighed for⁴⁰, har de berørte parter efter min opfattelse villet flytte tyngdepunktet for deres forhold til et andet land. For at gøre det muligt at sikre en tilstrækkelig beskyttelse af den part, som anses for den økonomisk og socialt svageste, bør det dog undersøges, om tilknytningen til de sociale sikringsordninger er sket efter fælles overenskomst mellem parterne, eller om den er blevet pålagt arbejdstageren.

69. Jeg mener ligeledes, at de parametre, som der er taget hensyn til i forbindelse med fastsættelsen af løn og arbejdsforhold, bør tillægges en vis vægt. Retten kan nærmere bestemt undersøge, efter hvilken overenskomst eller national løntarif lønnen og de øvrige arbejdsforhold er fastsat. Jeg mener, at denne undersøgelse kan udføres på baggrund af, hvad der er anført i arbejdsaftalen og eventuelle bilag hertil eller dokumenter, som der udtrykkeligt henvises til i arbejdsaftalen.

70. Omstændigheder såsom landet, hvori aftalen er indgået, parternes nationalitet, eller hvilket land de har valgt at bo i, er derimod mindre vigtige omstændigheder. Hvilket sprog arbejdsaftalen er affattet på, eller den omstændighed, at den angiver en bestemt valuta, bør heller ikke tillægges afgørende betydning, selv om det kan være relevante faktorer.

71. På baggrund af alle disse betragtninger foreslår jeg, at det første spørgsmål besvares med, at bestemmelserne i Romkonventionens artikel 6, stk. 2, skal fortolkes således, at den nationale ret også i det tilfælde, hvor en arbejdsgiver udfører det arbejde, der er genstand for arbejdsaftalen, ikke kun på sædvanlig vis, men også langvarigt og uden afbrydelse i et og samme land, i henhold til andet afsnit i denne bestemmelse kan se bort fra den lov, som finder anvendelse i dette land, når det af omstændighederne som helhed fremgår, at der er en nærmere tilknytning mellem denne aftale og et andet land.

C – Om det andet præjudicielle spørgsmål

72. Den forelæggende ret ønsker med sit andet spørgsmål oplyst, om det, for at der kan gives et bekræftende svar på det første spørgsmål, kræves, at parterne i arbejdsaftalen ved arbejdsaftalens indgåelse, eller i det mindste ved påbegyndelsen af dens opfyldelse, tilsigtede eller var sig bevidst, at arbejdet skulle udføres langvarigt og uden afbrydelse i et og samme land.

39 — Jf. bl.a. artikel 13, stk. 2, litra a), i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (EFT 1971 II, s. 366), som ændret og ajourført ved Rådets forordning (EF) nr. 118/97 af 2.12.1996 (EFT 1997 L 28, s. 1); artikel 11, stk. 3, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 883/2004 af 29.4.2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger (EUT L 166, s. 1) og artikel 16, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 987/2009 af 16.9.2009 om de nærmere regler til gennemførelse af forordning nr. 883/2004 (EUT L 284, s. 1).

40 — I denne henseende bestemmer artikel 18 i forordning nr. 987/2009, at »[e]n anmodning fra arbejdsgiveren eller den berørte person om undtagelse fra artikel 11-15 i grundforordningen forelægges, om muligt på forhånd, den kompetente myndighed eller det organ, som er udpeget af den nævnte myndighed, i den medlemsstat, hvis lovgivning arbejdstageren eller den berørte person ønsker anvendt«.

73. Da det første spørgsmål er besvaret benægtende, kan det anses for unødigt at besvare det andet spørgsmål. Det fremgår nemlig tydeligt, at formålet med det andet spørgsmål var at få oplyst, hvorvidt det krævede, at parterne i hovedsagen havde kendskab til det faktiske sted, hvor arbejdsaftalen ville blive opfyldt, samt til dens langvarige karakter, for at der i hovedsagen kunne ses bort fra den såkaldte undtagelsesbestemmelse i sidste afsnit af Romkonventionens artikel 6, såfremt der ikke er tvivl om, hvor aftalen udføres.

74. For så vidt som dette spørgsmål potentielt og på mere generel vis vedrører problemet om, hvorvidt det er relevant at tage hensyn til parternes hensigter eller viden – ved arbejdsaftalens indgåelse eller i det mindste ved arbejdets påbegyndelse – i forbindelse med fastlæggelsen af, hvilken lov der i henhold til Romkonventionen skal anvendes på arbejdsaftalen, mener jeg dog, at det kan være hensigtsmæssigt at besvare det.

75. I denne forbindelse skal jeg ganske kort nævne følgende faktorer.

76. Det forekommer mig at være temmelig åbenbart, at der næppe kan tages hensyn til parternes viden eller hensigt i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt de på den ene eller anden måde har tilkendegivet deres valg med hensyn til anvendelsen af en bestemt lov. Romkonventionens artikel 3, som udtrykkeligt henviser til artikel 6, stk. 1, kræver nemlig, at »[l]ovvalget skal være udtrykkeligt eller fremgå med rimelig sikkerhed af kontraktens bestemmelser eller omstændighederne i øvrigt«. Blot en hensigt eller et fælles ønske fra parternes side opfylder tydeligvis ikke disse betingelser, men kan højst anses for en tilkendegivelse af et implicit lovvalg, som ikke opfylder betingelserne i de relevante bestemmelser.

77. Jeg er derimod tilbøjelig til at konkludere, at de konkrete oplysninger, som er bragt til parternes kendskab, med hensyn til, hvor aftalen vil blive opfyldt, kan være af en vis værdi i denne sammenhæng. Parternes hensigt eller viden på tidspunktet for aftalens indgåelse eller eventuelt datoen, hvor opfyldelsen påbegyndes, kan, såfremt der ligger konkrete og objektive oplysninger til grund for denne hensigt eller viden, følgelig udgøre en relevant indikator med henblik på at fastlægge, hvilket land arbejdsaftalen har den nærmeste tilknytning til.

78. Retten kan således i sin undersøgelse af alle de omstændigheder, som gør det muligt for den at bestemme, hvilket land aftalen har den nærmeste tilknytning til, tage hensyn til faktorer vedrørende dennes opfyldelse, som parterne rent faktisk havde kendskab til.

79. Jeg foreslår derfor, at det andet spørgsmål besvares med, at der med henblik på anvendelsen af loven i det land, hvor arbejdet sædvanligvis udføres, kan tages hensyn til konkrete faktorer, der viser, at arbejdsgiveren eller arbejdstageren ved arbejdsaftalens indgåelse eller i det mindste på det tidspunkt, hvor arbejdstageren påbegyndte arbejdet, tilsigtede, at arbejdet blev udført langvarigt og uden afbrydelse i et og samme land, eller at de i det mindste var sig bevidst, at dette var tilfældet.

VI – Forslag til afgørelse

80. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Hoge Raad der Nederlanden forelagte spørgsmål således:

- »1) Bestemmelserne i artikel 6, stk. 2, i konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, åbnet for undertegnelse i Rom den 19. juni 1980, skal fortolkes således, at den nationale ret også i det tilfælde, hvor en arbejdsgiver udfører det arbejde, der er genstand for arbejdsaftalen, ikke kun på sædvanlig vis, men også langvarigt og uden afbrydelse i et og samme land, i henhold til andet afsnit i denne bestemmelse kan se bort fra den lov, som finder anvendelse i dette land, når det af omstændighederne som helhed fremgår, at der er en nærmere tilknytning mellem denne aftale og et andet land.

- 2) Der kan med henblik på anvendelsen af loven i det land, hvor arbejdet sædvanligvis udføres, tages hensyn til konkrete faktorer, der viser, at arbejdsgiveren eller arbejdstageren ved arbejdsaftalens indgåelse eller i det mindste på det tidspunkt, hvor arbejdstageren påbegyndte arbejdet, tilsigtede, at arbejdet blev udført langvarigt og uden afbrydelse i et og samme land, eller at de i det mindste var sig bevidst, at dette var tilfældet.«