



## Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA  
NILSA WAHLA,  
predstavljeni 16. aprila 2013<sup>1</sup>

**Zadeva C-64/12**

**Anton Schlecker, v imenu družbe Firma Anton Schlecker,  
proti  
Melitti Josefi Boedeker**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Hoge Raad der Nederlanden (Nizozemska))

„Rimska konvencija o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih — Pogodba o zaposlitvi — Pravo, ki se uporabi, če prava ne izbereta stranki — Pravo države, v kateri se delo običajno opravlja — Možnost neuporabe tega prava zaradi tesnejših vezi z drugo državo — Obseg“

### I – Uvod

1. Sodišče je v tej zadevi pozvano k razlagi člena 6(2) Konvencije o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih, na voljo za podpis 19. junija 1980 v Rimu<sup>2</sup> (v nadaljevanju: Rimska konvencija), ki ureja določitev prava, ki se uporablja za pogodbo o zaposlitvi, če stranki ne izbereta prava. Vprašanji za predhodno odločanje, ki ju je v obravnavanem primeru predložilo Hoge Raad der Nederlanden (Nizozemska), se nanašata na spor, nastal zaradi enostranske spremembe kraja opravljanja dela, med M. J. Boedeker, nemško državljanke s prebivališčem v Nemčiji, ki je svojo poklicno dejavnost opravljala neprekinjeno in izključno na Nizozemskem več kot enajst let, in njenim delodajalcem, družbo Firma Anton Schlecker (v nadaljevanju: Schlecker), s sedežem v Nemčiji.<sup>3</sup>

2. Natančneje, Sodišče je pozvano, naj odloči o obsegu klavzule v zadnjem delu te določbe, ki omogoča neuporabo prava, določenega na podlagi naveznih okoliščin, izrecno določenih v točkah (a) in (b) te določbe, kadar „iz vseh okoliščin izhaja, da je pogodba tesneje povezana z drugo državo“, in tako dopolni sodno prakso iz sodb Koelzsch<sup>4</sup> in Voogsgeerd<sup>5</sup>. Čeprav se je namreč Sodišče v sodbi ICF<sup>6</sup> že izreklo o pogojih za uporabo splošne klavzule „o izjemi“ iz člena 4(5), drugi stavek, Rimske konvencije

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — UL 2005, C 169, str. 10.

3 — V skladu s členom 1 Prvega protokola z dne 19. decembra 1988 o razlagi Konvencije iz leta 1980 s strani Sodišča (UL 2005, C 169, str. 10), ki je začel veljati 1. avgusta 2004, je Sodišče pristojno za odločanje o predlogih za sprejetje predhodne odločbe, ki se nanašajo na razlago določb navedene konvencije. Poleg tega lahko Hoge Raad der Nederlanden v skladu s členom 2(a) tega protokola Sodišču predlaga, naj predhodno odloči o vprašanju, ki je bilo postavljeno v zadevi, ki jo obravnava in ki se nanaša na razlago navedenih določb. Glede uporabe *ratione temporis* Rimske konvencije je treba opozoriti, da se Uredba (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja ((*Rim I*)) (UL L 177, str. 6, v nadaljevanju: Uredba *Rim I*), ki je nadomestila Rimsko konvencijo, uporablja le za pogodbe, sklenjene po 17. decembru 2009 (glej člen 28 te uredbe). Iz predložitvene odločbe pa je jasno razvidno, da je bila zadevna pogodba o zaposlitvi v sporu o glavni stvari sklenjena pred tem dnem, in sicer 30. novembra 1994.

4 — Sodba z dne 15. marca 2011 (C-29/10, ZOdl., str. I-1595).

5 — Sodba z dne 15. decembra 2011 (C-384/10, ZOdl., I-13275).

6 — Sodba z dne 6. oktobra 2009 (C-133/08, ZOdl., str. I-9687).

in čeprav je v navedenih sodbah Koelzsch in Voogsgeerd že precej pojasnilo hierarhijo naveznih okoliščin iz člena 6(2)(a) in (b), pa je nanj zdaj prvič naslovljeno vprašanje o obsegu t. i. „odstopne“ klavzule („escape clause“)<sup>7</sup>, ki je posebnost individualnih pogodb o zaposlitvi in je navedena v zadnjem delu navedene določbe.

3. Vprašanje je precej pomembno,<sup>8</sup> saj se v kontekstu mednarodne mobilnosti delavcev nanaša na problematiko, ki se pojavlja v precej sporih v zvezi z individualnimi delovnimi razmerji. Iz razlik v rešitvah, ki so jih glede tega sprejela nacionalna sodišča, je med drugim razvidno, da gre za občutljivo vprašanje razumevanja. Zdi se, da je treba v tej zadevi ubrati pristop, pri katerem se upoštevata tako zahtevi po predvidljivosti rešitev in pravni varnosti, na podlagi katerih so bila sprejeta pravila na tem področju,<sup>9</sup> kot tudi zahtevi po bližini in varstvu delavca, ki jima je treba v skladu z željami avtorjev Rimske konvencije,<sup>10</sup> širše pa tudi v skladu s splošnejšimi usmeritvami Sodišča,<sup>11</sup> priznati določen pomen.

## II – Pravni okvir

4. Člen 3 Rimske konvencije, naslovljen „Svoboda izbire“, določa:

„1. Pogodbo ureja pravo, ki ga izbereta pogodbeni stranki. Izbira pogodbenih strank mora biti izražena izrecno ali pa mora dovolj nedvoumno izhajati iz pogodbenih določil ali okoliščin primera. Pogodbeni stranki se lahko dogovorita, da se izbrano pravo uporablja za pogodbo v celoti ali le za njen del.

[...]“

5. Če stranki prava ne izbereta, Rimska konvencija v členu 4 določa splošno merilo, skupno vsem pogodbam, za določitev prava, ki se uporabi, to je merilo države, s katero je pogodba najtesneje povezana, skupaj z nekaj posebnimi merili, na podlagi katerih je mogoče domnevati, s katero državo je pogodba tako povezana. Ta člen določa:

„1. Če pogodbeni stranki nista izbrali prava v skladu s členom 3, se za pogodbo uporablja pravo države, s katero je ta pogodba najtesneje povezana. [...]

[...]

7 — Uporaba tega pojma, ki se pojavlja v nekaj strokovnih delih, se mi zdi v tej fazi primernejša, saj pojem klavzula o izjemi po mojem mnenju daje vtis, da je mogoče to določbo uporabiti v izjemnih okoliščinah.

8 — Ta interes ostaja kljub začetku veljavnosti Uredbe Rim I. Ne samo, da se ta uredba uporablja le za pogodbe, sklenjene po 17. decembru 2009, ampak tudi kolizijska pravila, ki se uporabljajo za individualne pogodbe o zaposlitvi, ki jih vsebuje (glej člen 8), so v bistvu enaka. Sodišče je glede tega ugotovilo povezavo med tema instrumentoma (glej zgoraj navedeno sodbo Koelzsch, točka 46).

9 — Za povzetek ciljev Rimske konvencije glej zlasti zgoraj navedeno sodbo ICF (točki 22 in 23).

10 — V poročilu o konvenciji o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih Maria Giuliana, profesorja na univerzi v Milanu, in Paula Lagarda, profesorja na univerzi Paris I, (UL 1980, C 282, str. 1, v nadaljevanju: poročilo Giuliano-Lagarde, zlasti str. 25 in 26) je navedeno, da gre za to, da „bi se zagotovila primernejša ureditev na področjih, na katerih interesi ene pogodbenih strank niso enaki kot interesi druge, in s tako ureditvijo primernejša zaščita stranke, ki jo je s socialno-ekonomskega vidika treba šteti za šibkejšo v pogodbenem razmerju“.

11 — Zamisel, da je treba zaščititi šibkejšo stranko s pravili, ki so ugodnejša za njene interese od splošnih pravil, se v širšem smislu pojavlja v vseh besedilih mednarodnega zasebnega prava in se na poseben način kaže v razlagi določb Konvencije z dne 27. septembra 1968 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (UL 1972, L 299, str. 32), kakor je bila dopolnjena s Konvencijo z dne 29. novembra 1996 o pristopu Republike Avstrije, Republike Finske in Kraljevine Švedske (UL 1997, C 15, str. 1, v nadaljevanju: Bruseljska konvencija) (glej zlasti sodbe z dne 26. maja 1982 v zadevi Ivenel, 133/81, Recueil, str. 1891, točka 14; z dne 13. julija 1993 v zadevi Mulox IBC, C-125/92, Recueil, str. I-4075, točka 18; z dne 9. januarja 1997 v zadevi Rutten, C-383/95, Recueil, str. I-57, točka 22; z dne 27. februarja 2002 v zadevi Weber, C-37/00, Recueil, str. I-2013, točka 40, in z dne 10. aprila 2003 v zadevi Pugliese, C-437/00, Recueil, str. I-3573, točka 18), ter Uredbe Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 3, str. 42) (glej zlasti sodbo z dne 19. julija 2012 v zadevi Mahamdia, C-154/11, točki 44 in 46).

5. Odstavek 2 se ne uporablja, če značilne izpolnitve ni mogoče določiti. Domneve iz odstavkov 2, 3 in 4 ne veljajo, kadar je glede na vse okoliščine mogoče sklepati, da je pogodba tesneje povezana z drugo državo.“

6. Člen 6 Rimske konvencije določa posebna kolizijska pravila za individualno pogodbo o zaposlitvi, ki odstopajo od splošnih pravil iz členov 3 in 4, ki se nanašata na svobodo izbire prava, ki se uporabi, in na merila za določitev tega prava, če ni izbrano. Ta člen določa:

„1. Ne glede na določbe člena 3 izbira prava s strani pogodbenih strank v pogodbi o zaposlitvi ne sme pripeljati do izključitve prisilnih določb o varstvu pravic delavcev po pravu države, ki bi se uporabljalo v skladu z odstavkom 2, če pogodbeni stranki ne bi izbrali prava.

2. V primeru, da pogodbeni stranki v skladu s členom 3 ne izbereta prava, in ne glede na določbe člena 4 se za pogodbo o zaposlitvi uporablja:

(a) pravo države, v kateri delavec v izpolnjevanju pogodbe običajno opravlja svoje delo, tudi če je začasno napoten v drugo državo;

ali

(b) pravo države, v kateri je poslovna enota, ki ga je zaposlila, če delavec običajno ne opravlja svojega dela samo v eni državi,

razen kadar iz vseh okoliščin izhaja, da je pogodba tesneje povezana z drugo državo – v tem primeru se za pogodbo uporablja pravo te države.“

### III – Dejansko stanje in postopek v glavni stvari

7. Schlecker je družba nemškega prava, dejavna na področju prodaje kozmetičnih proizvodov. Čeprav ima sedež v Nemčiji, ima številne podružnice v več državah članicah Evropske unije.

8. M. J. Boedeker, nemška državljanica s prebivališčem v Nemčiji, je bila v skladu s prvo pogodbo o zaposlitvi zaposlena v družbi Schlecker in je svoje funkcije opravljala v Nemčiji od 1. decembra 1979 do 1. januarja 1994.

9. Na podlagi nove pogodbe, sklenjene 30. novembra 1994, je bila M. J. Boedeker od 1. marca 1995 do poletja 2006 zaposlena v družbi Schlecker kot vodja trženja („Geschäftsführerin/Vertrieb“) za celotno nizozemsko ozemlje in je iz tega naslova dejansko opravljala svoje funkcije na Nizozemskem.

10. Družba Schlecker je z dopisom z dne 19. junija 2006 M. J. Boedeker med drugim obvestila, da bo delovno mesto poslovodje za Nizozemsko 30. junija 2006 odpravljeno, in jo pozvalo, naj od 1. julija 2006 pod enakimi pogodbenimi pogoji sprejme položaj vodje revizijskega oddelka („Bereichsleiterin Revision“) v Dortmundu (Nemčija).

11. Čeprav je 4. julija 2006 vložila ugovor zoper to enostransko spremembo kraja opravljanja dela („Änderungskündigung“), je M. J. Boedeker prišla na delovno mesto področnega vodje v Dortmundu.

12. Nato je bila 5. julija 2006 odsotna z dela zaradi bolezni.

13. Od nemškega zavoda za zdravstveno zavarovanje je od 16. avgusta 2006 prejela bolniško nadomestilo.

14. Stranki sta nato začeli različne sodne postopke.

15. V enem od teh postopkov je Kantonrechter te Tiel, ki je meritorno odločalo v zadevi, ugodilo predlogu M.J. Boedeker, naj se ugotovi, da se za pogodbo o zaposlitvi med njo in družbo Schlecker uporablja nizozemsko pravo, navedeno pogodbo 15. decembra 2007 razveljavilo, M.J. Boedeker pa priznalo pravico do odpravnine v bruto znesku 557 651,52 EUR.

16. Gerechtshof te Arnhem, ki je odločalo o pritožbi družbe Schlecker, je s sodbo z dne 15. decembra 2009 potrdilo sodbo Kantonrechter te Tiel glede določitve prava, ki se uporabi za pogodbo. Med drugim je poudarilo, da se stranki ob sklepanju pogodbe o zaposlitvi nista oziroma nista dovolj zavedali morebitnega čezmejnega vidika, ki ga bo pridobila ta pogodba, in da *a posteriori* dejstev ni mogoče razlagati tako, da je iz njih razvidna tiha izbira nemškega prava. Poleg tega je menilo, da se na podlagi člena 6(2)(a) Rimske konvencije za pogodbo o zaposlitvi, sklenjeno med družbo Schlecker in M.J. Boedeker, načeloma uporablja nizozemsko pravo in da različni elementi, ki jih navaja družba Schlecker, ne pomenijo okoliščin, na podlagi katerih je mogoče ugotoviti, da je pogodba o zaposlitvi tesneje povezana z Nemčijo kot Nizozemsko.

17. Hoge Raad der Nederlanden, ki odloča o kasacijski pritožbi, vloženi zoper končno sodbo Gerechtshof te Arnhem, ki je odločilo o pravu, ki se uporabi za pogodbo o zaposlitvi, je navedlo, da dvomi o razlagi obsega klavzule iz člena 6(2), *in fine*, Rimske konvencije, ki omogoča neuporabo prava, določenega na podlagi naveznih okoliščin, izrecno določenih v členu 6(2)(a) in (b) te konvencije, kadar iz vseh okoliščin izhaja, da je pogodba tesneje povezana z drugo državo.

#### IV – Vprašnji za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem

18. V teh okoliščinah je Hoge Raad der Nederlanden prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

- „1. Ali je treba člen 6(2) Rimske konvencije razlagati tako, da je treba, če delavec v okviru izpolnjevanja pogodbe svojega dela v isti državi ne opravlja samo običajno, ampak tudi dolgotrajno in nepretrgano, v vseh primerih uporabiti pravo te države, tudi če je na podlagi vseh drugih okoliščin mogoče sklepati o tesni povezanosti pogodbe o zaposlitvi z neko drugo državo?
2. Ali je za pritrديلen odgovor na prvo vprašanje nujno, da sta imela delodajalec in delavec ob sklenitvi pogodbe o zaposlitvi ali vsaj ob nastopu dela namen oziroma sta se zavedala, da se bo delo dolgotrajno in nepretrgano opravljalo v isti državi?“

19. Tožena stranka v postopku v glavni stvari, Kraljevina Nizozemska, Republika Avstrija in Evropska komisija so predložile pisna stališča. Vložen ni bil noben predlog za razpis obravnave.

#### V – Pravna analiza

20. Menim, da je za odgovor na vprašanji predložitvenega sodišča, ki se v bistvu nanašata na obseg odstopanja iz člena 6(2), drugi pododstavek, Rimske konvencije, treba podati nekaj pojasnil o tem, kar je po mojem mnenju sistematika mehanizma, ki ga ta konvencija, kakor jo razlaga Sodišče, uvaja za določitev prava, ki se uporabi za individualne pogodbe o zaposlitvi.

A – *Sistematika mehanizma iz Rimske konvencije za določitev prava, ki se uporabi za individualne pogodbe o zaposlitvi*

21. Opozarjam, da v skladu s členom 3 Rimske konvencije pri določitvi prava, ki se uporabi za pogodbene obveznosti, prevlada načelo avtonomije volje strank. Če strani izbire ne opravita, člen 4 te konvencije kot splošno merilo in načelo<sup>12</sup> za določitev prava, ki se uporabi, določa merilo države, s katero je pogodba „najtesneje povezana“, s tem merilom pa je v odstavkih od 2 do 4 povezanih nekaj domnev. V odstavku 5 tega člena 4 je določena klavzula o izjemi, ki omogoča neupoštevanje navedenih domnev. Šteti je treba, da so ta kolizijska pravila abstraktna in nevtralna, saj njihov namen ni dajati prednost eni stranki v škodo druge. Vsebina obstoječega prava se tako ne upošteva pri določitvi prava, ki se uporabi.

22. Vendar Rimska konvencija glede določitve prava, ki se uporabi za potrošniške pogodbe (člen 5), v členu 6 določa posebna kolizijska pravila na področju individualnih pogodb o zaposlitvi. V skladu s ciljem avtorjev Rimske konvencije<sup>13</sup> je tako splošno priznано, da drugače kot splošna pravila iz členov 3 in 4 te konvencije kolizijska pravila na tem področju niso popolnoma nevtralna, temveč so oblikovana v skladu z zamislijo varstva delavca. Sodišče je tako z zgledovanjem po načelih, ki izvirajo iz razlage Bruselske konvencije, razsodilo, da je cilj člena 6 Rimske konvencije zagotoviti ustrezno varstvo delavca.<sup>14</sup>

23. Ta posebnost je razvidna iz dveh bistvenih elementov člena 6 navedene konvencije.

24. Prvič, člen 6(1) Rimske konvencije uvaja precejšnjo omilitev načela avtonomije volje. Ta določba namreč predvideva, da z odstopanjem od člena 3 pogodbeni stranki s soglasjem ne moreta delavcu odreči varstva iz prisilnih določb prava, ki bi se uporabilo za pogodbo o zaposlitvi, če pravo ne bi bilo izbrano. Sodišče mora, kadar obstaja pogodba, glede katere sta stranki izbrali pravo, ki se zanj uporablja, najprej opredeliti pravo, ki bi se na podlagi meril iz odstavka 2 tega člena 6 uporabljalo za pogodbo o zaposlitvi, če izbire ne bi bilo, nato proučiti, ali to pravo vsebuje prisilne določbe o varstvu pravic delavcev, in nazadnje uporabiti tiste od njih, ki so za delavce ugodnejše kot upoštevene določbe izbranega prava, ki se uporablja v preostalem.

25. Iz te odločbe je po mojem mnenju posebej razviden cilj avtorjev Rimske konvencije<sup>15</sup>, da se zaščiti delavca, ki se s socialno-ekonomskega vidika običajno šteje za najšibkejšo stranko. Ob upoštevanju razmerja podrejenosti, ki je značilno za delovno razmerje, za delavca obstaja tveganje, da mu bo delodajalec vsilil pravo države, ki ni objektivno povezana z dejanskim pogodbenim razmerjem med njima.

26. Kot je bilo poudarjeno, se na področju pogodbe o zaposlitvi uporabi navezna okoliščina bližine, saj se z Rimsko konvencijo poskuša določiti država, s katero je pogodba o zaposlitvi najtesneje povezana.<sup>16</sup> Cilj ni sistematično dajanje prednosti delavcu, temveč njegovo varstvo s tem, da se mu omogoči uporaba prisilnih določb prava, ki ustreza najpomembnejši navezni okoliščini, in sicer socialnemu okolju, v katerega je umeščeno njegovo delovno razmerje.<sup>17</sup>

27. Če sta stranki izbrali pravo, ki se uporablja za pogodbo o zaposlitvi, se mora sodišče prepričati, da s tem pravom delavcu ne bo odvzeto pravno varstvo, ki bi mu bilo zagotovljeno s prisilnimi določbami prava, s katerim je pogodba o zaposlitvi najtesneje povezana in ki bi ga bilo mogoče šteti za pravo, „ki se objektivno uporabi“.

12 — Glej zgoraj navedeno sodbo ICF (točka 26).

13 — Glej zlasti poročilo Giuliano-Lagarde (str. 25).

14 — Glej zgoraj navedeno sodbo Koelzsch (točka 42).

15 — Glej preudarke iz poročila Giuliano-Lagarde (str. 25 in 26).

16 — Glede tega glej Lagarde, P., „Convention de Rome“, *Répertoire de droit communautaire Dalloz*, 1992, točka 85.

17 — Pataut, É., „Conflits de loi en droit du travail“, *Jurisclasseur droit international*, zvezek 573-10, november 2008, točka 14.

28. Drugič, člen 6(2) Rimske konvencije določa posebni navezni okoliščini, ki omogočata določitev prava, ki se uporabi za pogodbo, če stranki nista izbrali prava.

29. Ti sta navezna okoliščina države, v kateri delavec „običajno opravlja svoje delo“ (člen 6(2)(a)), če take povezave ni, pa navezna okoliščina sedeža „poslovne enote, ki ga je zaposlila“ (člen 6(2)(b)), pri čemer je treba pojasniti, da je treba v skladu s sodno prakso Sodišča prednostno upoštevati prvo navezno okoliščino.<sup>18</sup> Poleg tega ta odstavek 2 določa, da se ti navezni okoliščini ne uporabljata, kadar iz vseh okoliščin izhaja, da je pogodba tesneje povezana z drugo državo – v tem primeru se za pogodbo uporablja pravo te države.<sup>19</sup>

30. Iz besedila člena 6(2) Rimske konvencije je tako razvidno, da mora nacionalno sodišče, ko ugotavlja pravo, ki se uporabi za pogodbo, če stranki nista opravili te izbire, v skladu z načelom bližine ugotoviti, katero pravo je objektivno najtesneje povezano s pogodbo.

31. Da bi to storilo, mora sodišče z uporabo navezних okoliščin, opredeljenih v členu 6(2)(a) (kraj običajnega opravljanja dela) in (b) (kraj zaposlitve), določiti kraj, v katerem je po njegovem mnenju težišče pogodbenega razmerja, vendar ne le to, saj je iz besedila tega člena razvidno, da sodišču ni treba upoštevati navezних okoliščin iz teh določb, kadar iz vseh okoliščin izhaja, da je pogodba tesneje povezana z drugo državo.

32. V nasprotju z navedenim v okviru člena 6(1) Rimske konvencije načelo varstva stranke, ki se šteje za najšibkejšo, sodišču ne nalaga, naj pri uporabi meril za določitev prava, ki se uporabi, iz odstavka 2 tega člena primerja vsebino prisilnih določb prava, ki je v koliziji, in uporabi tisto pravo, ki se mu zdi glede na posebne okoliščine obravnavanega primera najugodnejše. Spoštovanje načela *favor laboratoris* je zagotovljeno z uporabo prisilnih določb prava, ki je od vseh, ki jih je mogoče potencialno uporabiti, najtesneje povezano s pogodbo o zaposlitvi, in ne z uporabo tistega prava, ki je najugodnejše za delavca<sup>20</sup>. Menim namreč, da mora člen 6 Rimske konvencije hkrati izpolnjevati dva cilja, in sicer skrb za primerno varstvo delavca, na podlagi katere ima v skladu z načelom bližine prednost določitev države, s katero je pogodba o zaposlitvi najtesneje povezana, in cilj pravne varnosti, ki se izvaja z določitvijo meril, na podlagi katerih je mogoče določiti pravo, ki se uporablja za pogodbo, če izbira ni opravljena.

33. Za ponazoritev primerov, na katere se nanašajo odstavki člena 6 Rimske konvencije, se bom skliceval na primer na pogodbo o zaposlitvi, ki je sklenjena in se običajno in nepretrgano izvršuje v Luksemburgu med družbo s sedežem na Švedskem in luksemburškim državljanom.

34. Predpostavimo najprej, da sta stranki v skladu z zahtevami iz člena 3 Rimske konvencije izrecno in gotovo izbrali uporabo švedskega prava za pogodbo o zaposlitvi. Kljub tej izbiri je mogoče šteti, da je pravo, ki se objektivno uporabi, če se ravnamo po merilih iz odstavka 2, luksemburško pravo. Zato bo moralo sodišče v primeru spora zaradi, na primer, odpovedi pogodbe o zaposlitvi s strani delodajalca z nekakšnim primerjalnim preizkusom zakonodajnih elementov, ki se neposredno nanašajo na spor, ugotoviti, ali luksemburško pravo vsebuje prisilne določbe o varstvu delavca, ki so ugodnejše od tistih iz švedskega prava, kot na primer tiste, ki se nanašajo na odpovedni rok ali dodelitev nadomestil v okviru odločbe o odpovedi delovnega razmerja s strani delodajalca. Če je tako, sodišče ne bo smelo uporabiti upoštevanih določb švedskega prava, temveč bo moralo uporabiti luksemburško pravo. V nasprotnem primeru se dalje uporablja švedsko pravo, saj se lahko stranki pogodbe o zaposlitvi vedno dogovorita, da se za delavca uporabljajo zanj ugodnejše zakonske določbe.

18 — Glej zgoraj navedeno sodbo Voogsgeerd (točka 32).

19 — Glej zgoraj navedeno sodbo Koelzsch (točka 36).

20 — V tem smislu je bilo poudarjeno, da je na podlagi načela bližine najbolj „pravično“ pravo, ki je „najbližje“, in ne „najboljše“ z vidika vsebine (Ballarino, T., in Romano, G. P., „Le principe de proximité chez Paul Lagarde“, *Le droit international privé: esprit et méthodes – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, str. 2).

35. Če pa stranki nista izrecno in jasno izbrali uporabe določenega prava, se vsekakor uporablja pravo, ki se objektivno določi na podlagi meril iz člena 6(2), in sicer luksemburško pravo. V tem primeru delavec ne more zahtevati uporabe švedskih določb, ki bi bile zanj morda ugodnejše.

36. Nazadnje bi želel poudariti, da čeprav se pri pravilih za določitev prava, ki se uporabi za pogodbo, upošteva posebnost delovnega razmerja, po mojem mnenju ni nujno, da ta pravila v vseh primerih in v vsakršnih sporih vodijo do tega, da se za delavca uporablja nacionalno pravo, za katerega se izkaže, da je od vsega prava v koliziji in v posebnih okoliščinah posameznega primera najugodnejše. V nasprotju s tem, kar bi bilo mogoče na prvi pogled sklepati na podlagi dejanskega stanja v zadevah, v katerih sta bili izdani zgoraj navedeni sodbi Koelzsch in Voogsgeerd, je Sodišče zaradi „primernega“, in ne nujno optimalnega ali „ugodnega“, varstva delavca ter na podlagi svojih preudarkov iz razlage pravil o sodni pristojnosti, ki jih je določila Bruseljska konvencija, menilo, da „je treba, če je to mogoče, zagotoviti spoštovanje pravil o zaščiti delavcev v skladu z zakonodajo te države“.<sup>21</sup>

37. Ob drugačni razlagi bi bili po mojem mnenju zelo ogroženi pravna varnost in predvidljivost rešitev, sprejetih v okviru mehanizma za določitev prava, ki se uporabi za individualno pogodbo o zaposlitvi, saj glede na vrsto spora in trenutek odločanja sodišča pravo, opredeljeno kot najugodnejše, ne bi bilo nujno isto. Glede tega namreč ne smemo pozabiti, da je lahko pogodba o zaposlitvi glede na kraj njene sklenitve, državljanstvo ali kraj sedeža oziroma stalnega prebivališča strank, ki sta jo sklenili, ali celo glede na razpršenost kraja izvrševanja potencialno povezana z več državami.<sup>22</sup> Poleg tega je lahko to, da se sodišču naloži primerjalni preizkus določb o varstvu pravic delavca, ne samo posebej težavna, temveč tudi zelo negotova naloga. Glede na abstraktnost naveznih okoliščin iz člena 6(2) Rimske konvencije je težko *a priori* opredeliti, katero pravo je nazadnje najugodnejše.

38. Poleg tega se mi zdi, da čeprav se pravila iz Rimske konvencije v prvi vrsti nanašajo na preprečevanje nastanka položajev, ki jih je mogoče opredeliti kot „law shopping“, v škodo delavcev, pa prav tako ne smejo v korist delavca ustvarjati neomejene izbire materialnih določb, ki se po njegovem mnenju lahko uporabljajo, in tako ustvarjati precejšnjo negotovost pri določitvi prava, ki se uporabi.

39. Vprašanji za predhodno odločanje bom proučil ob upoštevanju teh preudarkov.

#### B – Prvo vprašanje za predhodno odločanje

40. Predložitveno sodišče želi s prvim vprašanjem dobiti pojasnila o pomenu, ki ga je treba pripisati navezni okoliščini iz člena 6(2)(a) Rimske konvencije glede na možnost, ki je sodišču ponujena v skladu s končnim delom te določbe, da za pravo, ki se uporablja za pogodbo o zaposlitvi, določi pravo države, ki je s to pogodbo najtesneje povezana. Natančneje, sprašuje, kakšen je obseg in kakšni so pogoji za uporabo zadnjenavedene določbe v posebnem primeru, ko je delavec pogodbo o zaposlitvi običajno, trajno in nepretrgano izvrševal v eni državi.

21 — Glej zgoraj navedeno sodbo Koelzsch (točki 41 in 42).

22 — To potrjuje na primer dejansko stanje, na podlagi katerega je bila izdana zgoraj navedena sodba Voogsgeerd, ki se nanaša na spor med nizozemskim državljanom in družbo s sedežem v Luksemburgu glede pogodbe o zaposlitvi, sklenjene v Belgiji. Pri izpolnjevanju pogodbe je J. Voogsgeerd prejemal navodila od druge družbe, tesno povezane z njegovim delodajalcem, vendar s sedežem v Belgiji.

## 1. Obseg klavzule iz člena 6(2), drugi pododstavek, Rimske konvencije

41. Sodišče mora v obravnavanem primeru sodelovati v razpravi<sup>23</sup>, ki poteka že dolgo tako v pravni teoriji kot na nekaterih nacionalnih sodiščih, o razmerju med naveznimi okoliščinami, opredeljenimi v členu 6(2), prvi pododstavek, Rimske konvencije, in klavzulo o odstopanju, navedeno v končnem delu te določbe.

42. V bistvu si nasprotujeta dve pojmovanji. Po prvi razlagi obstaja med tema določbama razmerje med načelom in izjemo, kar pomeni, da lahko do iskanja morebitnih tesnejših povezav z drugo državo pride le izjemoma, in sicer če se na podlagi domnev določi pravo, ki očitno ni primerno za pogodbo. Po drugi razlagi zadevni določbi nista v hierarhičnem razmerju in ima sodišče na voljo polje proste presoje za določitev prava, ki je najtesneje povezano z zadevno pogodbo.

43. Za dobro razumevanje pomena razprave in pojasnitev mojih izjav navajam konkreten primer, ki je podoben zadevi, ki je Sodišču predložena v obravnavanem primeru. Gre za položaj, v katerem je bila v Franciji med francosko družbo in francosko državljanke sklenjena pogodba, ki bi se morala po vsej verjetnosti izvrševati v Franciji, vendar se je v okviru zelo dolge napotitve (daljše od 10 let) v bistvu nepretrgano izvrševala v Saudovi Arabiji. Če se sprejme pojmovanje, da se lahko klavzula o izjemi iz člena 6(2), *in fine*, Rimske konvencije uporabi le subsidiarno in izjemoma, in sicer kadar je navezna okoliščina kraja izvrševanja pogodbe o zaposlitvi popolnoma neprimerna, kar očitno ni podano v primeru dolgotrajnega izvrševanja na enem kraju, je torej treba brez oklevanja uporabiti savdsko pravo. Če pa se sprejme pojmovanje, da tudi če je kraj izvrševanja pogodbe posebej lahko opredeliti, lahko sodišče preveri, ali je navedena pogodba morda tesneje povezana z drugo državo, je odgovor veliko manj jasno razviden, saj čeprav se delo običajno opravlja v Saudovi Arabiji, številni elementi kažejo bolj na francosko pravo.

44. Menim, da mora prevladati druga razlaga, in sicer iz teh razlogov.

45. Prvič, to, da je treba pravilo iz člena 6(2)(a) Rimske konvencije, po katerem se, če pogodbeni stranki ne izbereta prava, za pogodbo o zaposlitvi uporablja pravo kraja izvrševanja pogodbe, v skladu z zgoraj navedenima sodbama Koelzsch in Voogsgeerd razlagati široko, ne pomeni nujno, da je treba zaščitno klavzulo iz končnega dela navedenega člena 6(2) uporabiti zgolj izjemoma oziroma je, če ni nobenega dvoma o kraju običajnega opravljanja dela, sploh ni treba uporabiti.

46. Glede tega opozarjam, da je Sodišče v zgoraj navedeni sodbi razsodilo le, da ker je člen 6 Rimske konvencije namenjen zagotavljanju primerne varstva delavca, je treba to določbo razlagati tako, da zagotavlja uporabo prava države, v kateri delavec opravlja poklicne dejavnosti, in ne prava države sedeža delodajalca.<sup>24</sup> Sodišče je na podlagi tega sklepalo, da je treba navezno okoliščino države, v kateri delavec „običajno opravlja svoje delo“, iz odstavka 2(a) tega člena razlagati široko, medtem ko je treba navezno okoliščino sedeža „poslovne enote, ki ga je zaposlila“ iz odstavka 2(b) istega člena uporabiti, kadar sodišče, ki odloča, ne more ugotoviti, v kateri državi se delo običajno opravlja.<sup>25</sup>

47. To je podoben pristop, ki je bil, zdi se mi, uporabljen v zgoraj navedeni sodbi Voogsgeerd v delu, v katerem je Sodišče opozorilo, da je treba prednostno uporabiti navezno okoliščino kraja, v katerem delavec običajno opravlja delo.<sup>26</sup>

23 — Zelo podobna razprava se je razvila glede razmerja med domnevami iz člena 4(2) in (4) Rimske konvencije ter možnostjo iz člena 4(5) te konvencije, da se te domneve ne upoštevajo, kadar je glede na vse okoliščine mogoče sklepati, da je pogodba tesneje povezana z drugo državo (glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Y. Bota, predstavljene 19. maja 2009 v zadevi, v kateri je bila izdana zgoraj navedena sodba ICF, točke od 71 do 73).

24 — Glej točko 42 sodbe.

25 — Ibidem (točka 43).

26 — Glej točke od 31 do 41 sodbe.

48. Poleg tega poudarjam, da sta se zadevi, v katerih sta bili izdani navedeni sodbi, nanašali prav na primera, v katerih sta stranki izbrali uporabo prava določene države (luksemburško pravo), vendar se je izkazalo, da pravo, ki se objektivno uporabi v skladu s členom 6(2) Rimske konvencije, vsebuje prisilne določbe, s katerimi so delavci bolj zaščiteni kot z določbami prvotno izbranega prava. V prvi zadevi je bilo navedeno, da so določbe, ki se uporabljajo za odpoved delovnega razmerja članom predstavništva zaposlenih, med katere je spadal H. Koelzsch, z vidika varstva ugodnejše v Nemčiji. V drugi zadevi je za odškodninsko tožbo, ki jo je J. Voogsgeerd vložil zaradi domnevno nedopustne odpovedi pogodbe o zaposlitvi za mornarje, ki ga je povezovala z nekdanjim delodajalcem, v skladu z luksemburškim pravom veljal prekluzivni rok treh mesecev, ki pa bi bil izključen in celo v nasprotju s pravom, ki se uporabi v Belgiji.

49. Menim, da čeprav je iz sodne prakse, ki izhaja iz zgoraj navedenih sodb Koelzsch in Voogsgeerd, jasno razvidno, da je treba navezni okoliščini iz člena 6(2)(a) Rimske konvencije, in sicer kraju običajnega izpolnjevanja pogodbe o zaposlitvi, kolikor je mogoče, dati prednost pred navezno okoliščino kraja zaposlitve iz člena 6(2)(b)<sup>27</sup>, pa iz tega ni razvidno, da je treba uporabo klavzule v končnem delu tega člena 6(2) tudi marginalizirati tako, da bi jo sodišče lahko uporabilo samo izjemoma.

50. Menim, da se hierarhija, ki jo je priznalo Sodišče med merili, ki jih je treba upoštevati za določitev prava, ki se uporabi, nanaša zgolj na navezni okoliščini iz člena 6(2)(a) in (b) Rimske konvencije, in sicer na navezni okoliščini kraja izpolnjevanja in kraja zaposlitve, in ne na možnost sodišča, da uporabi pravo države, s katero je pogodba najtesneje povezana v skladu z drugim pododstavkom tega člena 6(2).

51. Tako, čeprav mora sodišče zaradi zagotavljanja neke ravni predvidljivosti ugotoviti, katero pravo se uporabi ob upoštevanju navezanih okoliščin iz člena 6(2), prvi pododstavek, Rimske konvencije, zlasti navezne okoliščine kraja opravljanja dela iz točke (a) tega odstavka 2, pa menim, da lahko sodišče v skladu z jasnim besedilom drugega pododstavka istega odstavka vedno odloči, da prava ne bo uporabilo, kadar obstajajo tesnejše vezi z drugo državo. To zadnjo določbo je treba po mojem mnenju razumeti kot odprto kolizijsko pravilo, ki lahko izpodrine tako pravo kraja običajnega opravljanja dela kot pravo kraja zaposlitve.<sup>28</sup> Poleg tega želim poudariti, da je Sodišče v točki 51 sodbe Voogsgeerd opozorilo, da lahko predložitveno sodišče upošteva druge elemente delovnega razmerja, če elementi, ki se nanašajo na navezni okoliščini iz tega člena, ki sta v zvezi s krajem opravljanja dela oziroma krajem poslovne enote, ki zaposluje delavca, vodijo do ugotovitve, da je pogodba tesneje povezana z drugo državo kakor tisto, na katero napotujeta ti navezni okoliščini.

52. Drugič, ta razlaga se mi zdi skladna z rešitvijo Sodišča v zadevi, v kateri je bila izdana zgoraj navedena sodba ICF, ki se je sicer nanašala na splošno klavzulo o izjemi – z istim besedilom kot zadevna klavzula iz postopka v glavni stvari – iz člena 4(5) Rimske konvencije, vendar ki je iz razlogov, na katere bom spomnil pozneje, in kljub specifičnim pravilom za določitev prava, ki se uporabi za individualne pogodbe o zaposlitvi, v neki meri upoštevena.

27 — To „marginalizacijo“ kraja zaposlitve kot navezne okoliščine je mogoče po mojem mnenju razložiti z nepredvidljivo oziroma umetno naravo, ki jo ta okoliščina lahko ima, in predvsem z dejstvom, da delodajalec na splošno popolnoma obvladuje opredelitev tega kraja, kar bi lahko kršilo načelo varstva delavca.

28 — Zanimivo je pripomniti, da je v zeleni knjigi o pretvorbi Rimske konvencije iz leta 1980 o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih v pravni instrument Skupnosti in njeni posodobitvi (COM(2002) 654 final, str. 38) navedeno, „da ne glede na to, ali delavec svoje delo običajno opravlja v eni državi, se lahko objektivna navezna okoliščina iz te konvencije ne uporabi zaradi klavzule o izjemi (člen 6(2), *in fine*), s čimer se je mogoče izogniti škodljivim posledicam za delavca, ki bi nastale pri togem navezovanju pogodbe na pravo kraja izpolnjevanja“.

53. Spomniti je treba, da se je med vprašanji, ki jih je v navedeni zadevi predložilo Hoge Raad der Nederlanden, peto vprašanje nanašalo ravno na pojasnila o pomenu, ki ga je treba pripisati členu 4, od (2) do (4), Rimske konvencije in tako možnosti, da se navedene domneve ne uporabijo v skladu z drugim stavkom odstavka 5 „v primeru, da je iz teh okoliščin jasno razvidno, da obstaja tesnejša povezava z drugo državo“.<sup>29</sup>

54. Predložitveno sodišče je tako Sodišče spraševalo, ali je treba izjemo iz drugega stavka člena 4(5) Rimske konvencije razlagati tako, da se domneve iz navedenega člena 4, od (2) do (4), ne uporabijo, le če je glede na vse okoliščine primera očitno, da navezne okoliščine, ki so določene v navedenem členu, nimajo prave navezne vrednosti, ali da jih sodišče ne sme upoštevati, če je iz teh okoliščin razvidno, da obstaja tesnejša povezava z drugo državo. V tem kontekstu in podobno kot v zadevi iz postopka v glavni stvari sta obstajali dve možnosti. V skladu s prvo, ki uporabo člena 4(5) Rimske konvencije omejuje na izjemne primere, je mogoče zavrniti uporabo splošnih domnev, le kadar nimajo prave navezne vrednosti z zadevno pogodbo. Druga možnost, ki sodišču daje več fleksibilnosti, pa omogoča neupoštevanje naveznih okoliščin iz člena 4, od (2) do (4), že ob ugotovitvi, da je zadevna pogodba tesneje povezana z drugo državo.<sup>30</sup>

55. Ob sklicevanju na poročilo Giuliano Lagarde in mnenju, da je treba končno uskladiti zahteve po predvidljivosti prava in torej pravni varnosti v pogodbenih razmerjih, z nujnostjo nekolikšne prožnosti pri določanju prava, je Sodišče po preučitvi sklenilo, da je treba člen 4(5) Rimske konvencije razlagati tako, da kadar je iz vseh okoliščin primera jasno razvidno, da je pogodba tesneje povezana z drugo državo kot s tisto, ki se določi na podlagi ene od naveznih okoliščin iz navedenih odstavkov od (2) do (4), mora sodišče zavrniti uporabo teh naveznih okoliščin in uporabiti pravo države, s katero je ta pogodba najtesneje povezana. V skladu s Sodiščem ima sodišče to možnost, čeprav mora pri določanju prava, ki se uporabi, vedno upoštevati domneve iz člena 4, od (2) do (4), Rimske konvencije, ki ustrezajo splošni zahtevi po predvidljivosti prava in torej pravni varnosti v pogodbenih razmerjih.<sup>31</sup>

56. Avtorji Rimske konvencije so sicer zaradi skrbi za varstvo delavca določili na področju individualnih pogodb o zaposlitvi kolizijska pravila, ki odstopajo od splošnih pravil iz členov 3 in 4 te konvencije, vendar se ta skrb ne izraža, kot sem navedel zgoraj, z navezovanjem na ugodnosti iz člena 6(2), ampak predvsem z uporabo prava, ki je najtesneje povezano s pogodbo o zaposlitvi. Kot je bilo poudarjeno v zvezi s členom 4 Rimske konvencije, pravila iz člena 6 prav tako temeljijo na ideji bližine.

## 2. Pogoji za uporabo klavzule iz člena 6(2), drugi pododstavek, Rimske konvencije

57. Najprej se še vedno postavlja vprašanje, pod katerimi pogoji lahko sodišče zavrne uporabo prava, določenega na podlagi navezne okoliščine kraja izpolnjevanja pogodbe o zaposlitvi. To vprašanje izhaja iz tega, da je Sodišče, čeprav se je odločilo za niansiran pristop, v zgoraj navedeni sodbi ICF navedlo, da mora biti iz vseh okoliščin primera „jasno“ razvidno, da je pogodba tesneje povezana z drugo državo kot s tisto, ki se določi na podlagi naveznih okoliščin iz člena 4, od (2) do (4), Rimske konvencije.<sup>32</sup> Ali je treba ta pogoj uporabiti tudi v zvezi s klavzulo iz člena 6 Rimske konvencije? Menim, da ne, in to iz dveh razlogov.

29 — Glej točko 19 sodbe.

30 — Za povzetek trditev v zvezi s to točko glej točke od 50 do 52 zgoraj navedene sodbe ICF.

31 — Ibidem (točke od 58 do 62).

32 — Ibidem (točka 64).

58. Prvič, želim poudariti, da čeprav je v besedilu splošne klavzule o izjemi, ki je zdaj v členu 4(3) Uredbe Rim I, izrecno uporabljen prislov „očitno“,<sup>33</sup> pa to ne velja za določbo, ki se nanaša na pogodbe o zaposlitvi iz člena 8(4) iste uredbe.<sup>34</sup> Namen omejiti uporabo splošne klavzule o izjemi iz člena 4 Rimske konvencije se mi zdi še toliko bolj potrjen, ker je iz pripravljanih dokumentov razvidno, da je bilo nekaj časa celo predvideno, da bo črtana.<sup>35</sup> Čeprav se Uredba Rim I *ratione temporis* ne uporablja za zadevo iz postopka v glavni stvari, v skladu s preudarki Sodišča v zgoraj navedeni sodbi Koelzsch<sup>36</sup> menim, da je ta uredba element, ki podpira razlago Rimske konvencije, ki jo je treba uporabiti.

59. Drugič, pogoj, da mora biti obstoj tesnejših vezi iz okoliščin „jasno“ razviden, je po mojem mnenju mogoče razložiti z dejstvom, da drugače od pravil iz člena 6 Rimske konvencije, ki hkrati sledijo ideji bližine in ideji varstva delavca, člen 4 določa popolnoma nevtralnno kolizijsko pravilo, ki primarno in pred vsemi drugimi preudarki sledi cilju predvidljivosti in pravne varnosti.<sup>37</sup>

60. Menim, da iz tega izhaja, da tudi ob predpostavki, da je ugotovljeno, da se je pogodba o zaposlitvi izpolnjevala dolgotrajno, stalno in nepretrgoma v eni državi, kar bi načeloma vodilo do uporabe prava te države, določba iz člena 6(2), drugi pododstavek, Konvencije ne izgubi smisla. Kadar je namreč pogodba očitno umeščena v državo, ki ni država običajnega opravljanja dela, je to določbo še vedno mogoče uporabiti.

61. Tu ne gre za marginalizacijo pomembne navezne okoliščine, ki je na splošno<sup>38</sup> kraj običajnega opravljanja dela, ampak za to, da se nacionalnemu sodišču pusti možnost, da je ne uporabi, kadar je iz okoliščin posameznega primera razvidno, da težišče delovnega razmerja ni v državi opravljanja dela. Člen 6(2), drugi pododstavek, Rimske konvencije je treba razumeti kot varstveni mehanizem. Ne sme voditi do zakritja naveznih okoliščin iz tega člena, zlasti močnega navezovanja, ki ga tvori pravo kraja dela, s čimer bi se hkrati izničila vsakršna predvidljivost končno uporabljenih rešitev.

62. Zdi se, da v obravnavanem primeru predložitveno sodišče izhaja iz tega, da razen kraja, v katerem je M. J. Boedeker nepretrgoma več kot enajst let opravljala delo na podlagi pogodbe, ki jo je sklenila z družbo Schlecker, vse druge okoliščine govorijo v korist obstoja tesnejših vezi z Nemčijo. To sodišče poudarja zlasti, da je delodajalec pravna oseba nemškega prava; da je delavka, ko je bila zaposlena, prebivala v Nemčiji; da je stroške za pot med stalnim prebivališčem delavke in krajem dela povrnil delodajalec; da se je pred uvedbo evra plača izplačevala v nemških markah; da je pokojninsko zavarovanje, v katerega je bila delavka vključena, upravljal nemški zavod; da so se socialni prispevki plačevali v Nemčiji in da so bile v pogodbi o zaposlitvi, ki je bila napisana v nemščini, napotitve na zavezujoče določbe nemškega prava.

63. Tako predložitveno sodišče, kot je jasno razvidno iz besedila prvega vprašanja, ni želelo dobiti pojasnil glede elementov, ki bi mu po potrebi omogočili zavrniti uporabo domneve iz člena 6(2)(a) Rimske konvencije.

64. Poleg tega se zavedam, da je samo nacionalno sodišče pristojno, da presodi vse okoliščine v zvezi s pogodbo o zaposlitvi in določi tisto ali tiste, ki so po njegovem mnenju najpomembnejše.

33 — V skladu s to določbo velja, da „[k]adar je iz vseh okoliščin primera razvidno, da je pogodba očitno v tesnejši zvezi z drugo državo kot z državo iz odstavka 1 ali 2, se uporablja pravo te druge države“.

34 — Tako je, čeprav je že bilo navedeno, da je verjetno, ker ni pojasnil v uvodnih izjavah navedene uredbe, razlika v besedilu nastala, ker je bilo to spregledano (glej Gaudemet-Tallon, H., *Jurisclasseur Droit international*, zvezek 552-15, 2009, točka 84).

35 — Glej zgoraj navedeno zeleno knjigo o pretvorbi Rimske konvencije iz leta 1980 o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih v pravni instrument Skupnosti in njeni posodobitvi (str. 28).

36 — Glej točko 46 sodbe.

37 — Glej preudarka iz točk 21 in 22 teh sklepnih predlogov.

38 — Kot je razvidno iz zgoraj navedene sodbe Koelzsch (točka 42), delavec opravlja svojo ekonomsko-socialno funkcijo v državi opravljanja dela.

65. Vendar se za uporaben odgovor predložitvenemu sodišču zdi primerno navesti nekaj napotkov glede meril, ki jih lahko nacionalno sodišče po potrebi upošteva pri določanju države, s katero je pogodba najtesneje povezana.

66. V zvezi s tem menim, da sodišče, ki odloča o konkretnem primeru, ne sme avtomatično odločiti, da se pravo države izpolnjevanja pogodbe, določene na podlagi člena 6(2)(a) Rimske konvencije, ne uporabi zgolj zato, ker druge upoštevne okoliščine, ki so mu bile predložene, po svojem številu kažejo na drugo državo, ampak mora pri ugotavljanju težišča delovnega razmerja upoštevati težo vsake od navedenih okoliščin.

67. Med vsemi objektivnimi elementi, ki so predloženi v presojo sodišču, je treba namreč pri ugotavljanju obstoja tesnejših vezi nekaterim pripisati manjšo pomembnost kot drugim.

68. Ne da bi trdil, da gre za izčrpen seznam, menim, da so pomembni navezovalni elementi najprej država, v kateri delavec plačuje davke in prispevke v zvezi z dohodki iz svoje dejavnosti in v kateri je vključen v socialno varnost in različne pokojninske sisteme ter sisteme zdravstvenega in invalidskega zavarovanja. Kot je nizozemska vlada navedla, ne glede na posebna pravila, ki veljajo za nekatere kategorije delavcev, načelo, ki prevlada na področju vključenosti v sistem socialne varnosti, je razen v specifičnem primeru napotitve delavca načelo *lex loci laboris*,<sup>39</sup> ki pomeni, da za delavca velja sistem socialne varnosti države, v kateri običajno dela. Zdi se mi, da sta zadevni stranki s tem, da tega pravila nista uporabili, kot to dopušča zadevna temeljna ureditev,<sup>40</sup> želeli težišče svojega razmerja prenesti v drugo državo. Vendar je treba, še vedno z vidika zagotovitve primerne varstva stranki, ki se ekonomsko in socialno šteje za najšibkejšo, preučiti, ali je bilo navezovanje na sisteme socialne varnosti opravljeno na podlagi soglasja strank ali pa je bilo to delavcu določeno.

69. Prav tako se nagibam k mnenju, da je treba nekolikšen pomen pripisati parametrom, ki so bili upoštevani pri določanju plače in delovnih pogojev. Natančneje, sodišče bi lahko preučilo, na podlagi katerega sporazuma ali nacionalne lestvice so bili določeni plača in drugi delovni pogoji. To preučitev bi se lahko po mojem mnenju opravilo ob upoštevanju navedb v pogodbi o zaposlitvi in dokumentih, ki so ji morebiti priloženi ali na katere napotuje.

70. Manj pomembni parametri pa so okoliščine, da sta stranki pogodbo sklenili v neki državi, da imata neko državljanstvo ali sta izbrali prebivališče v tej ali oni državi. Prav tako jezik, v katerem je pogodba o zaposlitvi napisana, ali dejstvo, da se nanaša na neko valuto, čeprav sta lahko upoštevna elementa, pa se jima ne bi smel pripisati odločilni pomen.

71. Glede na navedeno predlagam, naj se na prvo vprašanje odgovori, da je treba določbe člena 6(2) Rimske konvencije razlagati tako, da tudi če delavec na podlagi pogodbe o zaposlitvi svojega dela v eni državi ne opravlja samo običajno, ampak tudi dolgotrajno in nepretrgano, lahko nacionalno sodišče na podlagi drugega pododstavka te določbe ne uporabi prava te države, kadar je iz vseh okoliščin razvidno, da je navedena pogodba tesneje povezana z drugo državo.

39 — Glej zlasti člen 13(2)(a) Uredbe Sveta (EGS) št. 1408/71 z dne 14. junija 1971 o uporabi sistemov socialne varnosti za zaposlene osebe, samozaposlene osebe in njihove družinske člane, ki se gibljejo v Skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 1, str. 35), kakor je bila spremenjena in posodobljena z Uredbo Sveta (ES) št. 118/97 z dne 2. decembra 1996 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 3, str. 3); člen 11(3)(a) Uredbe (ES) št. 883/2004 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o koordinaciji sistemov socialne varnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 5, str. 72) in člen 16(1) Uredbe (ES) št. 987/2009 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. septembra 2009 o določitvi podrobnih pravil za izvajanje Uredbe št. 883/2004 (UL L 284, str. 1).

40 — V zvezi s tem člen 18 Uredbe št. 987/2009 določa, da „[d]elodajalec ali zadevna oseba zahtevo za uporabo izjem od členov 11 do 15 osnovne uredbe predloži – če je le mogoče vnaprej – pristojnemu organu ali organu, ki ga pristojni organ imenuje, v državi članici, katere zakonodaja naj bi se uporabljala na zahtevo delavca ali zadevne osebe“.

### *C – Drugo vprašanje za predhodno odločanje*

72. Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem sprašuje, ali je za pritrtilen odgovor na prvo vprašanje nujno, da sta imeli stranki pogodbe o zaposlitvi ob njeni sklenitvi ali vsaj ob začetku njenega izpolnjevanja namen oziroma sta se zavedali, da se bo delo dolgotrajno in nepretrgano opravljalo v eni državi.

73. Ker je bil odgovor na prvo vprašanje nikalen, bi bilo mogoče meniti, da odgovor na drugo vprašanje ni več pomemben. Jasno pa je razvidno, da se s tem drugim vprašanjem želi izvedeti, ali je za vnaprejšnjo zavrnitev uporabe klavzule o izjemi iz zadnjega dela člena 6 Rimske konvencije v zadevi iz postopka v glavni stvari, kadar ni dvomov o kraju izpolnjevanja pogodbe, nujno, da sta bili stranki iz postopka v glavni stvari seznanjeni z dejanskim krajem in dolgim trajanjem pogodbe o zaposlitvi.

74. Vendar ker se to vprašanje potencialno in splošneje nanaša na relevantnost upoštevanja namena ali zavedanja strank ob sklenitvi pogodbe o zaposlitvi ali vsaj ob začetku njenega izpolnjevanja pri določanju prava, ki se na podlagi Rimske konvencije uporabi za pogodbo o zaposlitvi, se mi zdi, da je lahko uporabno.

75. V zvezi s tem želim na kratko navesti te elemente.

76. Zdi se mi precej očitno, da je to zavedanje ali namen strank težko upoštevati pri vprašanju, ali je to na neki način zaznamovalo njuno izbiro glede uporabe nekega prava. Člen 3 Rimske konvencije, ki izrecno napotuje na njen člen 6(1), zahteva, da „[mora biti ta izbira [...] izrecno izražena ali mora jasno izhajati iz pogodbenih določil ali okoliščin primera“. Zgolj namen ali skupna volja strank očitno ne izpolnjuje teh pogojev, saj se lahko ta razloži največ kot izraz implicitne izbire, ki ne izpolnjuje pogojev iz upoštevanih določb.

77. Nagibam pa se k sklepu, da so lahko konkretni indici glede kraja izpolnjevanja pogodbe, s katerimi sta se stranki seznanili, nekoliko koristni. Zato je lahko namen ali zavedanje strank ob sklenitvi pogodbe ali eventualno ob začetku njenega izpolnjevanja, če temelji na konkretnih ali objektivnih elementih, upošteven indic za določitev države, s katero je pogodba o zaposlitvi najtesneje povezana.

78. Sodišče lahko torej pri preučitvi vseh okoliščin, na podlagi katerih bo ugotovilo, s katero državo je pogodba najtesneje povezana, upošteva elemente glede njenega izpolnjevanja, s katerimi sta se stranki dejansko seznanili.

79. Zato predlagam, naj se na drugo vprašanje odgovori tako, da je za uporabo prava države kraja običajnega opravljanja dela mogoče upoštevati konkretne elemente, ki dokazujejo, da sta imela delodajalec in delavec ob sklenitvi pogodbe o zaposlitvi ali vsaj ob delavčevem nastopu dela namen ali sta se vsaj zavedala, da se bo delo dolgotrajno in nepretrgano opravljalo v eni državi.

### **VI – Predlog**

80. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanji za predhodno odločanje Hoge Raad der Nederlanden odgovori tako:

1. Določbe člena 6(2) Konvencije o uporabi prava v pogodbenih obligacijskih razmerjih, na voljo za podpis 19. junija 1980 v Rimu je treba razlagati tako, da tudi če delavec na podlagi pogodbe o zaposlitvi svojega dela v eni državi ne opravlja samo običajno, ampak tudi dolgotrajno in nepretrgano, lahko nacionalno sodišče na podlagi drugega pododstavka te določbe ne uporabi prava te države, kadar je iz vseh okoliščin razvidno, da je navedena pogodba tesneje povezana z drugo državo.

2. Za uporabo prava države kraja običajnega opravljanja dela je mogoče upoštevati konkretne elemente, ki dokazujejo, da sta imela delodajalec in delavec ob sklenitvi pogodbe o zaposlitvi ali vsaj ob delavčevem nastopu dela namen ali sta se vsaj zavedala, da se bo delo dolgotrajno in nepretrgano opravljalo v eni državi.