

Buitenlandse voorrangregels in de context van de Griekse crisis: geen rol voor het unierechtelijk beginsel van loyale samenwerking

HvJ EU 18 oktober 2016, C-135/15 (*Nikiforidis v. Republiek Griekenland*)

A.E. Oderkerk*

Abstract

In its ruling of 18 October 2016, the Court of Justice of the European Union (CJEU) answers a number of questions related to the interpretation of Article 9(3) of the Rome I Regulation, two of which confirm the current legal doctrine on this matter. Firstly, it is confirmed that Article 9 should be interpreted restrictively; no other overriding mandatory rules than those of the forum State or the State where the obligations in the agreement are (to be) fulfilled can be applied. Secondly, it is acknowledged that a national court may take into account other overriding mandatory rules as facts in so far as this is in accordance with the lex causae.

In this ruling the Court departs from the doctrine with regard to the temporal scope of the Regulation, holding that the phrase ‘the conclusion of the agreement’ in Article 28 must be interpreted autonomously. The Court also clarifies under which circumstances a long-term contract concluded before 17 December 2009 may fall within the temporal scope of the Regulation. Finally, it is of interest that the Court takes the position that the principle of loyal cooperation has no influence on the (strict) interpretation of Article 9(3).

1. Inleiding

In zijn uitspraak van 18 oktober 2016¹ geeft het Hof van Justitie EU antwoord op een aantal vragen die spelen met betrekking tot de uitleg van artikel 9 lid 3 Rome I-verordening,² waarin het leerstuk van de toepassing van buitenlandse voorrangregels is neergelegd. Enerzijds wordt bevestigd dat artikel 9 restrictief dient te worden uitgelegd: geen andere bepalingen van bijzonder dwingend recht dan die van de forumstaat of de staat waar de verbintenissen krachtens

* Marieke Oderkerk is universitair hoofddocent internationaal privaatrecht en rechtsvergelijking aan de Universiteit van Amsterdam.

1 HvJ EU 18 oktober 2016, zaak C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774, NIPR 2016, 405 (*Nikiforidis v. Republiek Griekenland*).

2 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEU* 2008, L 177, p. 6, met rectificatie in *PbEU* 2009, L 309, p. 87 (hierna ook: Rome I).

de overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen kunnen (als recht) worden toegepast door de aangezochte rechter. Anderzijds wordt erkend dat de aangezochte rechter wel met dergelijke andere bepalingen van bijzonder dwingend recht rekening mag houden als feitelijk element voor zover de *lex causae* daarin voorziet. Dit antwoord verrast niet aangezien het aansluit bij de gedachten die hierover reeds in de doctrine gevormd waren, maar het brengt wel duidelijkheid hieromtrent. Verrassend is daarentegen wel het oordeel van het Hof met betrekking tot het temporeel toepassingsgebied van de Rome I-verordening. Anders dan men in de doctrine aannam dient de zinsnede 'het sluiten van de overeenkomst' zoals opgenomen in artikel 28 Rome I autonoom te worden uitgelegd. Verder scheidt het Hof enige duidelijkheid onder welke omstandigheden een voor 17 december 2009 gesloten duurovereenkomst onder het temporeel toepassingsgebied van Rome I kan vallen. Niet internationaal privaatrechtelijk, maar wel politiek opmerkelijk is ten slotte de geringe betekenis die het beginsel van loyale samenwerking blijkt te hebben in het kader van Europees conflictenrecht. Het Hof stelt namelijk kort en bondig vast dat dit beginsel niet tot een ruimere uitleg van artikel 9 lid 3 kan leiden.

In deze noot bij dit arrest zal ik eerst kort de feiten van de casus en de procedure die tot deze uitspraak geleid heeft uiteenzetten (par. 2). Vervolgens zal ik achtereenvolgens de antwoorden op de prejudiciële vragen bespreken en toelichten (par. 3-5). Ik hou bij het bespreken van de antwoorden dezelfde volgorde aan als het Hof, ook al omdat dit de meest logische volgorde is. Eerst komt aan de orde het antwoord op de vraag die betrekking heeft op de uitleg van het temporeel toepassingsgebied zoals neergelegd in artikel 28 Rome I (par. 3). Vervolgens bespreek ik het antwoord op de vragen met betrekking tot artikel 9 lid 3 Rome I (par. 4) en artikel 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) (par. 5). In mijn bespreking van de antwoorden zal ik steeds het bredere juridisch kader schetsen en de gemaakte keuzen van het Hof kritisch belichten. In par. 6 volgt ten slotte een conclusie.

2. De feiten en procedure

Grigorios Nikiforidis is een Grieks staatsburger die woonachtig en werkzaam is in Neurenberg (Duitsland) als leraar aan een Griekse basisschool. De school wordt beheerd en gefinancierd door de Griekse staat. De arbeidsovereenkomst tussen Nikiforidis en de basisschool is gesloten in 1996 en wordt beheerst door Duits recht. Zijn salaris is in beginsel gebaseerd op een Duitse collectieve arbeidsovereenkomst. In de periode oktober 2010 tot en met december 2012 wordt het brutosalaris van Nikiforidis aanmerkelijk verlaagd op grond van twee wetten die door het Griekse parlement zijn uitgevaardigd en tot doel hebben haar overheidstekort terug te brengen.³ Deze wetten maken deel uit van een reeks van maatregelen die genomen zijn in de tijd van de financiële crisis in Griekenland. Deze maatregelen zijn weer gebaseerd op afspraken die Griekenland met de Europese Commissie, de Europese Centrale Bank en het IMF ('de Trojka') gemaakt heeft om deze crisis met steun van de EU te boven te komen. De wetten hadden tot gevolg dat het salaris van alle werknemers in overheidsdienst, ongeacht of deze hun taken op Grieks grondgebied of in het buitenland uitoefenden, aanzienlijk werd verminderd. Op grond

3 Wet nr. 3833/2010 betreffende dringende maatregelen om de crisis in de overheidsfinanciën op te lossen (FEK A' 40/15.03.2010; hierna wet nr. 3833/2010) en wet nr. 3845/2010, met als opschrift 'Maatregelen voor de toepassing van het stabiliteitsmechanisme voor de Griekse economie van de eurolanden en het Internationaal Monetair Fonds' (FEK A' 65/6.05.2010; hierna 'wet nr. 3845/2010').

van de eerste wet wordt in 2010 het salaris van Nikiforidis met 12 procent verlaagd en op grond van de tweede wet in datzelfde jaar nog eens met drie procent. In artikel 1 van de eerste wet staat onder meer dat

‘de verlaging [van het bruto-salaris] ook van toepassing [is] op personeel dat een privaatrechtelijke overeenkomst heeft met een overheidsinstantie en [...] voorrang [heeft] op alle cao-bepalingen, scheidsrechtelijke uitspraken en individuele arbeidsovereenkomsten.’

Nikiforidis wendt zich tot de Duitse rechter en vordert onder meer bijkomend salaris voor de periode van oktober 2010 tot en met december 2012. Wanneer – nadat de lagere instanties zijn doorlopen⁴ – het geschil door het *Bundesarbeitsgericht* (de hoogste federale rechter in arbeidszaken in Duitsland) beoordeeld dient te worden stelt deze in de eerste plaats vast dat de door de Helleense Republiek (hierna: Griekenland) opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid in verband met haar immuniteit moet worden verworpen omdat de betrokken arbeidsverhouding in het hoofdgeding privaatrechtelijk is. Vervolgens stelt het *Bundesarbeitsgericht* vast dat de relevante bepalingen van de hierboven genoemde Griekse wetten beantwoorden aan de definitie van bepalingen van bijzonder dwingend recht in de zin van het internationaal privaatrecht. In dat verband vraagt het *Bundesarbeitsgericht* zich af of de betreffende wetten direct of indirect toepasbaar zijn. Alvorens die vraag te kunnen beantwoorden moet volgens de federale rechter eerst worden vastgesteld of de arbeidsovereenkomst al dan niet onder het temporeel toepassingsgebied van de Rome I-verordening valt. En vervolgens – als dat het geval is – vastgesteld worden of artikel 9 lid 3 Rome I-verordening ruim dan wel restrictief dient te worden uitgelegd. Als dat laatste het geval is en alleen de bepalingen van bijzonder dwingend recht van de forumstaat of de staat waar de overeenkomst ten uitvoer wordt gelegd kunnen worden toegepast, dan rijst volgens de rechter de vraag of het mogelijk blijft om indirect rekening te houden met de bepalingen van bijzonder dwingend recht van een andere lidstaat. Ten slotte vraagt het *Bundesarbeitsgericht* zich af (ongeacht of de Rome I-verordening van toepassing is of niet en ongeacht hoe artikel 9 lid 3 moet worden uitgelegd) of de in artikel 4 lid 3 VEU verankerde plicht tot loyale samenwerking juridisch van betekenis is voor de beslissing om bepalingen van bijzonder dwingend recht van een andere lidstaat direct of indirect toe te passen.

Vervolgens verwoordt het *Bundesarbeitsgericht* bovengenoemde kwesties in drie prejudiciële vragen gericht tot het Hof van Justitie EU.⁵ In de volgende drie paragrafen worden de antwoorden van het Hof op deze vragen met betrekking tot respectievelijk het temporeel toepassingsgebied van de Rome I-verordening (par. 3), de toepasselijkheid van buitenlandse voorrangsregels (par. 4) en in verband daarmee het beginsel van loyale samenwerking (par. 5) behandeld.

4 Achtereenvolgens *Arbeitsgericht Nürnberg* en *Landesarbeitsgericht Nürnberg*. Het *Arbeitsgericht Nürnberg* heeft bij uitspraak van 30 maart 2012 de vordering afgewezen onder verwijzing naar de staatsimmuniteit van Griekenland. Bij uitspraak van 25 september 2013 heeft het *Landesarbeitsgericht Nürnberg* dit vonnis vernietigd en beslist in het voordeel van Nikiforidis. Griekenland heeft tegen de beslissing van het *Landesarbeitsgericht* beroep tot *Revision* ingesteld bij het *Bundesarbeitsgericht*.

5 Het verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens art. 267 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is door het *Bundesarbeitsgericht* bij beslissing van 25 februari 2015 ingediend en ingekomen bij het Hof op 20 maart 2015.

3. Het temporeel toepassingsgebied van de Rome I-verordening ingeval van duurovereenkomsten

Artikel 28 Rome I-verordening stelt dat de verordening van toepassing is op overeenkomsten die op of na 17 december 2009 gesloten zijn.⁶ De bepaling maakt dus geen onderscheid tussen ‘gewone’ en duurovereenkomsten. De meeste ‘gewone’ overeenkomsten waarover thans een geschil ontstaat, zullen onder de Rome I-verordening vallen. Bij duurovereenkomsten zoals arbeidsovereenkomsten of huurovereenkomsten kan dat zeker anders zijn. Zijn deze gesloten voor 17 december 2009 en na 1 september 1991 dan zullen zij vallen onder het temporeel toepassingsgebied van het Verdrag van Rome inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna: EVO).⁷ Dus is een duurovereenkomst gesloten vóór 17 december 2009 en duurt deze voort na deze datum, dan bepaalt de verwijzingsregeling van het EVO welk rechtsstelsel daarop van toepassing is, ook voor de periode vanaf 17 december 2009: ‘Statutenwetswissel’ vindt dus niet plaats.⁸

De arbeidsovereenkomst tussen Nikiforidis en de school is gesloten in 1996. Dus ruim voor het temporeel toepassingsgebied van de Rome I-verordening. De verwijzende rechter wilde vernemen of een overeengekomen wijziging in de arbeidsovereenkomst die plaats zou hebben gevonden op of na 17 december 2009 met zich mee zou brengen dat Rome I wel temporeel van toepassing zou zijn en zo ja, of dit ingeval van elke wijziging – hoe gering ook – het geval zou zijn of dat een dergelijke wijziging aan bepaalde criteria zou moeten voldoen alvorens dit vastgesteld zou kunnen worden. Het *Bundesarbeitsgericht* formuleerde zijn vraag als volgt:

‘Is de Rome I-verordening volgens artikel 28 van die verordening uitsluitend dan van toepassing op arbeidsovereenkomsten wanneer de rechtsverhouding tot stand is gekomen door een na 16 december 2009 vastgestelde arbeidsovereenkomst, of leidt iedere latere overeenstemming tussen de overeenkomstsluitende partijen om de arbeidsovereenkomst gewijzigd of ongewijzigd voort te zetten, tot toepasbaarheid van de verordening?’

Het Hof stelt in zijn antwoord in de eerste plaats vast dat artikel 28 – nu deze bepaling geen enkele verwijzing bevat naar het recht van de lidstaten – op grond van vaste jurisprudentie autonoom en op eenvormige wijze moet worden uitgelegd.⁹ Het Hof benadrukt dat artikel 10

6 De eerst gepubliceerde versie van Rome I in het *Publicatieblad* van 4 juli 2008 (*PbEU* L 177/6) bepaalde dat de verordening toepasselijk is op na 17 december 2009 gesloten overeenkomsten. Aangezien dit niet in overeenstemming was met de bedoeling van de wetgever is dit later aangepast (*PbEU* 2009, L 309/87).

7 *PbEU* 1980, L 266, p. 1. Op nog oudere arbeidsovereenkomsten kan in het algemeen het EVO bij wege van anticipatie worden toegepast. Zie Van Hoek, *T&C Arbeidsrecht*, commentaar op art. 28 Rome I.

8 Zie o.a. L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, 4^e herziene uitgave, Praktijkreeks IPR deel 11, Antwerpen: Maklu 2015, nr. 163.

9 Punt 28: ‘[...] dat volgens vaste rechtspraak uit de vereisten van eenvormige toepassing van het recht van de Unie en van het gelijkheidsbeginsel volgt dat de bewoordingen van het Unierecht die voor de vaststelling van de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk verwijst naar het recht van de lidstaten, in de regel in de gehele Unie autonoom en op eenvormige wijze dienen te worden uitgelegd (zie in die zin arresten van 17 juli 2008, Kozłowski, C-66/08, EU:C:2008:437, punt 41, en van 24 mei 2016, Dworzecki, C-108/16 PPU, EU:C:2016:346, punt 28.)’.

Rome I geen betrekking heeft op de temporele werkingssfeer van Rome I en (daarom) niet relevant is in het kader van het antwoord dat op de prejudiciële vraag gegeven moet worden (punt 30). Het Hof neemt vervolgens als uitgangspunt de tekst van artikel 28 en geeft aan dat op grond van dit artikel de verordening slechts van toepassing kan zijn op contractuele verhoudingen die zijn ontstaan door wederzijdse instemming, ‘welke aan het licht is getreden’ vanaf 17 december 2009 (punt 31). Het Hof wijst er voorts nadrukkelijk op – onder bespreking van de totstandkomingsgeschiedenis van de verordening (zie punt 34) – dat de Uniewetgever een *directe* toepasbaarheid van Rome I waarbij de toekomstige gevolgen van voor 17 december 2009 gesloten overeenkomsten binnen de werkingssfeer ervan zouden vallen, heeft uitgesloten.¹⁰

Dit ‘uitgesloten’ blijkt echter niet zo definitief als het op het eerste gezicht lijkt. Naar het oordeel van het Hof betekent dit namelijk niet dat moet worden uitgesloten dat een overeenkomst die voor 17 december 2009 is gesloten een op of na die datum overeengekomen wijziging kan ondergaan die zo ingrijpend is dat deze niet enkel een actualisering of aanpassing van die overeenkomst¹¹ betreft, maar tot gevolg heeft dat tussen de contractpartijen een *nieuwe rechtsverhouding* in het leven wordt geroepen die de oorspronkelijke overeenkomst vervangt door een nieuwe overeenkomst in de zin van artikel 28 Rome I. Het Hof volgt met deze redenering de Commissie en de A-G.

Volgens het Hof moet artikel 28 Rome I dan ook zo worden uitgelegd dat (daarmee antwoord gevend op de eerste prejudiciële vraag):

[...] een contractuele arbeidsverhouding die voor 17 december 2009 is ontstaan, slechts binnen de werkingssfeer van die verordening valt voor zover die verhouding als gevolg van een vanaf die datum tot uiting gekomen onderlinge toestemming van de contractpartijen, een wijziging heeft ondergaan die zo ingrijpend is dat moet worden aangenomen dat vanaf die datum een nieuwe arbeidsovereenkomst is gesloten [...]

Deze uitleg van het Hof is niet verrassend. De gedachte dat een duurovereenkomst die voor 17 december 2009 is gesloten onder specifieke omstandigheden onder het temporeel toepassingsgebied van Rome I kan vallen was reeds naar voren gebracht in de doctrine en ook door de A-G in zijn conclusie verwoord.¹² Ook zijn vergelijkbare zienswijzen in doctrine en nationale juris-

10 Het Hof leidt dit af uit het feit dat terwijl in het oorspronkelijke voorstel gesproken werd over ‘verbintenissen uit overeenkomst die zijn ontstaan nadat zij van toepassing is geworden’ dit gewijzigd is naar de huidige formulering waarin ‘verbintenissen’ vervangen is door ‘overeenkomsten’. Hieruit zou blijken dat niet iedere instemming van de partijen bij de overeenkomst van na 16 december 2009 om de uitvoering van een daarvoor gesloten overeenkomst voort te zetten, ertoe kan leiden dat Rome I op die contractuele verhouding van toepassing wordt.

11 In de Nederlandse taalversie van het arrest staat ‘louter een vernieuwing of aanpassing’ (zie punt 37). Mijn inziens is het gebruik van het woord ‘vernieuwing’ hier enigszins verwarrend. De Engelse, Franse en Duitse taalversies zijn in dit opzicht helderder. Deze spreken in dit kader respectievelijk over: ‘mere updating or amendment’, ‘simple actualisation ou adaptation’, en ‘bloße Aktualisierung oder Anpassung’.

12 Zie Strikwerda 2015, nr. 163 (zie noot 8): ‘Wordt ten aanzien van een dergelijke [duur]overeenkomst op of na 17 december 2009 door de contractpartijen een wijziging van de overeenkomst afgesproken, dan zal, zo moet men aannemen, aan de hand van het door het EVO als toepasselijk aangewezen rechtsstelsel vastgesteld dienen te worden of door die wijziging een nieuwe overeenkomst tot stand is gekomen. Is zulks het geval, dan is op de (nieuwe) overeenkomst het rechtsstelsel van toepassing dat door de Rome I-Veror-

prudentie naar voren gebracht ten tijde van de overgang van nationaal recht naar het EVO.¹³ Een aspect van het oordeel dat wel verrassend is, is het feit dat volgens het Hof op autonome wijze vastgesteld moet worden wanneer sprake is van deze omstandigheden. In de doctrine is dit standpunt niet terug te vinden¹⁴ en ook A-G Szpunar was zeer stellig in zijn oordeel dat een autonome uitleg niet opportuun zou zijn in dit geval.¹⁵ In de literatuur zijn twee standpunten terug te vinden wanneer het gaat om de vraag hoe vast te stellen of een wijziging vanaf 17 december 2009 in een duurovereenkomst die voor 17 december 2009 gesloten is, moet leiden tot temporele toepasselijkheid van Rome I. Volgens sommigen dient dit te geschieden aan de hand van het door het EVO als toepasselijk aangewezen recht, volgens anderen aan de hand van het op grond van Rome I vastgestelde toepasselijk recht.¹⁶ De A-G was laatstgenoemde mening toegedaan. In de Nederlandse jurisprudentie wordt de eerstgenoemde opvatting gevolgd.¹⁷

De gedachte dat artikel 28 autonoom zou kunnen worden uitgelegd wordt in de literatuur of niet aan de orde gesteld of afgewezen. De reden waarom autonome uitleg van artikel 28 (met name de cruciale woorden: ‘het sluiten van de overeenkomst’) wordt afgewezen is in de eerste plaats het ontbreken van geharmoniseerd contractenrecht.¹⁸ Dit is ook de reden die A-G

dening wordt aangewezen.’ Zie voorts O. Deinert, *International Labour Law under the Rome Conventions*, Baden-Baden: Nomos 2017, p. 19. Zie ook in de vorm van een retorische vraag: G. Van Calster, *European Private International Law*, 2de druk, Oxford: Hart Publishing 2016, p. 234: ‘There has hitherto been much less noise about the application of Article 28 to “continuing contracts”, ie those concluded before the temporal scope of the Regulation, continuing after, however renewed, renegotiated, amended, etc: do these continue to be covered by the Rome convention ad infinitum, or is there a cut-off point at which these continuing contracts become newly concluded?’. Zie voorts Conclusie Advocaat-General M. Szpunar 20 april 2016, zaak C-235/15, ECLI:EU:C:2016:281 (*Helleense Republiek tegen Grigorios Nikiforidis*), ov. 49 -51.

- 13 Zie o.a. A. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers, Een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht en IPR aan de hand van de detacheringsrichtlijn*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 406-413.
- 14 Van Calster 2016 (zie noot 12) spreekt uit dat intuïtief men een voorkeur zou kunnen hebben voor autonome interpretatie in deze, maar komt toch tot de conclusie dat een art. 10 oplossing meer in de lijn der verwachting ligt. Zie citaat in voetnoot 18.
- 15 Conclusie A-G Szpunar, ov. 45.
- 16 Aan de hand van het EVO: Strikwerda 2015, nr. 163 (zie noot 8); aan de hand van Rome I: G.P. Calliess, H. Hoffmann, ‘Article 28, Application in Time’, in: G.P. Calliess (red.), *Rome Regulations: Commentary*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2015, p. 438 met verdere literatuurverwijzingen (waaronder naar een enkele auteur die meent dat het moment van sluiten van de overeenkomst moet worden bepaald aan de hand van de *lex fori*).
- 17 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 21 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10328, *NIPR* 2017, 440: ‘Vervolgens dient het hof vast te stellen welk recht op de vorderingen van toepassing is. De onder 3.2 genoemde arbeidsovereenkomst, die aan de verzoeken ten grondslag ligt, is gesloten vóór 17 december 2009, zodat ingevolge artikel 28 van de Verordening (EG) Nr. 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (“Rome I”) niet van toepassing is. Daarom dient de vraag welk recht van toepassing is bij de beoordeling van de vraag naar het voortduren van die arbeidsovereenkomst volgens artikel 28 Rome I beantwoord te worden naar de verwijzingsregels uit het EEG-Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (“EVO”).’
- 18 Zie Van Calster in zijn bespreking van de onderhavige zaak voordat het arrest gewezen was door het Hof: Van Calster 2016, p. 235 (zie noot 12): ‘One’s intuitive assumption may be to prefer autonomous interpretation of the concept “concluded”; however, in the current state of (lack of) harmonisation of contractual law, it is more likely that the Court will prefer an Article 10(1) type solution’.

Szpunar als eerste noemt. In de tweede plaats signaleert hij dat – als al een autonoom begrip zou kunnen worden uitgewerkt – het onduidelijk zou zijn ‘hoe te handelen indien in het licht van het autonome begrip een overeenkomst zou worden gesloten, terwijl deze volgens het recht dat op de overeenkomst moet worden toegepast niet tot stand zou zijn gekomen’. En ook in het omgekeerde geval zou er – zo vervolgt de A-G – sprake zijn van twijfel. Ook meent hij dat een autonome uitleg van artikel 28 de voorspelbaarheid van het toepasselijk recht zou doen afnemen aangezien het dan zou worden ‘losgeweekt van het toepasselijke recht dat de overige aspecten regelt die samenhangen met het sluiten van de overeenkomst en de geldigheid ervan’ (i.e. de *lex causae* op grond van artikel 10 Rome I).

Mijns inziens wegen de drie hierboven weergegeven argumenten tegen autonome interpretatie niet op tegen het voornaamste argument voor autonome interpretatie. Voor autonome interpretatie spreekt dat het past binnen het systeem van het Unierecht: het is immers vaste jurisprudentie. In deze zin draagt autonome interpretatie bij aan de rechtszekerheid. Voorts kan tegen het eerste argument tegen autonome interpretatie ingebracht worden dat al is er geen geharmoniseerd Europees contractenrecht, er wel bronnen zijn waar men hieromtrent inspiratie kan opdoen.¹⁹ Bovendien, ten aanzien van artikel 7 lid 1 Brussel I-verordening (herschikking)²⁰ en met name zijn voorganger artikel 5 lid 1 Verordening Brussel I²¹ zijn er verschillende uitspraken van het Hof van Justitie EU die betrekking hebben op hetgeen moet worden verstaan onder een overeenkomst. Zolang het Hof van Justitie nog geen uitspraken heeft gedaan over het begrip ‘verbintenissen uit overeenkomst’ in het kader van Rome I kan immers aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU inzake het begrip verbintenis uit overeenkomst in de zin van artikel 7 sub 1 Brussel I-verordening (herschikking).²² Ten aanzien van het door de A-G opgeworpen probleem van mogelijke discrepantie tussen het recht dat van toepassing wordt geacht in het kader van de toepassing van artikel 28 Rome I en het recht dat van toepassing is op grond van de regeling die temporeel de overeenkomst beheerst, kan men zich voorstellen dat dit een kwestie is die meer gevoelsmatig vreemd aandoet dan dat het werkelijk een probleem oplevert nu deze kwesties achtereenvolgens beoordeeld worden en elkaar niet in de wielen kunnen rijden. Ten slotte moet mijns inziens niet uit het oog verloren worden dat het in dit kader vooral gaat om autonome uitleg van wanneer sprake is van een wijziging in een overeenkomst die zo ingrijpend is dat moet worden aangenomen dat vanaf die datum een nieuwe arbeidsovereenkomst is gesloten. Dit zal meer om een uitleg van de feiten vragen dan om een autonome uitleg van wanneer sprake is van het sluiten van een overeenkomst.

19 Vgl F. Zoll, ‘The Draft Common Frame of Reference as an Instrument of the Autonomous Qualification in the context of the Rome I Regulation’, in: F. Ferrari, S. Leible (eds), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München: Sellier European Law Publishers 2009, p. 17-25.

20 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012, L 351 (hierna Brussel I-verordening (herschikking)).

21 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12.

22 Zie Strikwerda 2015, nrs. 166, 66 en 67 (zie noot 8).

4. Toepassing van buitenlandse voorrangsregels (artikel 9 lid 3 Rome I)

Uitgaande van de eventuele temporele toepasselijkheid van de Rome I-verordening en van de kwalificatie van de relevante bepalingen van de hierboven besproken Griekse wetten als voorrangsregels ('bepalingen van bijzonder dwingend recht') in de zin van artikel 9 lid 1 Rome I heeft het *Bundesarbeitsgericht* het Hof van Justitie EU de volgende vraag als tweede vraag voorgelegd:

'Sluit artikel 9 lid 3 van de Rome I-verordening alleen de rechtstreekse toepassing uit van bepalingen van bijzonder dwingend recht van een derde staat waar de verbintenissen die voortvloeien uit de overeenkomst niet moeten worden nagekomen of zijn nagekomen, of sluit het ook uit dat indirect rekening wordt gehouden met die bepalingen van bijzonder dwingend recht in het recht van de staat onder het recht waarvan de overeenkomst valt?'

Dat de voor deze zaak relevante bepalingen van de Griekse wetten als voorrangsregels in de zin van artikel 9 lid 1 Rome I zijn gekwalificeerd, zal bij niemand enige twijfel oproepen. De regels dienen een publiek (in casu economisch en politiek) zwaarwegend belang en de onderhavige casus valt onder de werkingssfeer ervan. De in artikel 9 lid 1 Rome I opgenomen definitie ontbrak in artikel 7 EVO, de voorloper van artikel 9 Rome I, maar in de doctrine en jurisprudentie is steeds van een dergelijke omschrijving uitgegaan.²³

Over het uitgangspunt van het *Bundesarbeitsgericht* dat 'de verbintenissen die voortvloeien uit de overeenkomst' alleen in Duitsland ten uitvoer moeten worden gelegd kan men wel enigszins twifelen. A-G Szpunar plaatst hier zelfs zeer nadrukkelijk vraagtekens bij: naar zijn mening zou wel degelijk gesteld kunnen worden dat naast Duitsland ook Griekenland de plaats van nakoming van de verbintenis is nu sprake is van een arbeidsovereenkomst waarbij de Griekse staat partij is, die – in het kader van zijn overheidstaken – de verplichting dient na te komen om uit de overheidsbegroting gefinancierd onderwijs aan te bieden. Volgens de A-G pleit niets ertegen dat bij bepaalde contractuele verhoudingen de plaats van nakoming van de uit deze verhoudingen volgende verbintenissen – in de zin van artikel 9 lid 3 van Rome I – zich in meerdere landen kan bevinden.²⁴

Het Hof gaat hier – begrijpelijkerwijs nu hier geen vraag over gesteld wordt – aan voorbij. Dat is wel enigszins spijtig nu hiermee een belangrijke onduidelijkheid in artikel 9 lid 3 onopgelost blijft. Vaak zal deze uitleg namelijk – zoals *in casu* – tot gevolg hebben dat de voorrangsregels wel in plaats van niet dienen te worden toegepast.

Geeft het Hof in deze uitspraak dus geen antwoord op de vraag wat de precieze betekenis is van de zinsnede 'het land waar de verbintenissen krachtens de overeenkomst moeten worden of zijn nagekomen' van artikel 9 lid 3, wel bevestigt het in heldere bewoordingen dat artikel 9

23 De formulering van de definitie is ontleend aan het arrest HvJ EG 23 november 1999, gevoegde zaken nr. C-369/96 en C-376/96, *Jur.* 1999, p. I-8457; *NJ* 2000/251 (*Arblade*). Zie omtrent de definitie van art. 9 lid 1 Rome I Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/932.

24 Conclusie van A-G Szpunar, ov. 95.

restrictief dient te worden uitgelegd.²⁵ Het Hof onderbouwt de restrictieve uitleg van artikel 9 gebruik makend van systematische, wetshistorische en teleologische argumenten.

In de eerste plaats wijst het Hof erop dat artikel 9 een uitzonderingsbepaling is. Uit artikel 3 lid 1 en in het geval van arbeidsovereenkomsten artikel 8 lid 1, blijkt dat de vrije keuze van het toepasselijk recht als algemeen beginsel is neergelegd in Rome I. Artikel 9 wijkt hiervan af met als doel – zoals verwoord in overweging 37 van de verordening – het mogelijk te maken dat de aangezochte rechter in uitzonderlijke omstandigheden rekening kan houden met overwegingen van algemeen belang.

In de tweede plaats wijst het Hof op de ontstaansgeschiedenis van artikel 9. Het Hof wijst erop dat de ruimere bepaling omtrent buitenlandse voorrangsregels zoals deze was opgenomen in artikel 7 lid 1 EVO (deze bepaling bood de mogelijkheid om werking te verlenen aan de bepalingen van bijzonder dwingend recht van een staat die nauwe banden heeft met de betrokken overeenkomst) door de Uniewetgever is geschrapt en aldus bewust gekozen is voor een bepaling met een geringere reikwijdte.²⁶

In de derde plaats doet het Hof een beroep op zowel de algemene doelstellingen van Rome I als het specifieke doel van artikel 8: respectievelijk rechtszekerheid in de Europese rechtsruimte, voorspelbaarheid van de materiële regels die op de overeenkomst van toepassing zijn en bescherming van de werknemer door het recht van het land waarin deze zijn beroepsactiviteiten uitoefent (punten 46-48).

Zoals hierboven aangegeven komt het Hof onder verwijzing naar deze argumenten tot de conclusie dat artikel 9 restrictief moet worden uitgelegd. Dit brengt met zich dat alleen voorrangsregels van de *lex fori* en buitenlandse voorrangsregels die voldoen aan de beperkingen van artikel 9 lid 3 voor toepassing in aanmerking komen.

Deze conclusie is van belang, maar verrast niet in die zin dat het gezien de eigen jurisprudentie van het Hof in de lijn der verwachting lag. Het vervolg van het betoog van het Hof is van groter belang nu het Hof hier een duidelijk antwoord geeft op een vraag waarover nog geen jurisprudentie bestond: namelijk op de vraag in hoeverre voorrangsregels die niet onder het bereik van artikel 9 vallen nog een rol kunnen spelen bij de toepassing van het op de betreffende overeenkomst toepasselijke recht.

Het Hof maakt duidelijk dat deze regels *noch* direct *noch* indirect kunnen worden *toegepast*, maar dat artikel 9 er niet aan in de weg staat dat als *feitelijk element rekening wordt gehouden* met de bepalingen van bijzonder dwingend recht van een andere staat dan de forumstaat (lid 2) of de staat waar de verbintenissen krachtens de overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen (lid 3). Dit althans voor zover daarin is voorzien in een materiële regel van het als toepasselijk aangewezen recht. We zien dat het Hof hier in zijn formulering van het antwoord nadrukkelijk enigszins afwijkt van de wijze waarop de vraag door het *Bundesarbeitsgericht* gesteld was. De verwijzende rechter maakte immers het onderscheid tussen ‘rechtstreeks toepassen’ en ‘indirect rekening houden met’. Met ‘indirect rekening houden met’ doelde het *Bundesarbeitsgericht* op het naar Duits recht geaccepteerde materieelrechtelijk rekening houden met buitenlandse voorrangsregels (‘materiële rechtliche Berücksichtigung ausländischer

25 In HvJ EU 17 oktober 2013, C-184/12, EU:C:2013:663, *NIPR* 2013, 349 (*Unamar*), punt 49 heeft het Hof bepaald dat als zijnde een afwijkende maatregel art. 9 Rome I strikt dient te worden uitgelegd.

26 Zie voor een uitgebreidere bespreking van de ontstaansgeschiedenis van art. 7 lid 1 EVO en art. 9 lid 3 Rome I: Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/941. Zie ook de Conclusie van A-G Szpunar, ov. 66-68.

Eingriffsnormen'). Ook naar Nederlands recht is dit een geaccepteerde vorm van rekening houden met voorrangsregels die niet direct voor toepassing in aanmerking komen.²⁷ Het Hof maakt met zijn antwoord duidelijk dat – nu dit zijns inziens een kwestie is van nationaal materieel recht en buiten het kader van het in Rome I geharmoniseerde conflictenrecht valt – het aan het toepasselijke nationale recht is of dit mogelijk is of niet. Mijns inziens is de keuze voor de afwijkende formulering van het Hof een gelukkige omdat hiermee helder wordt aangegeven wat onder 'materieelrechtelijk rekening houden met' dient te worden verstaan.

Overigens heeft het *Bundesarbeitsgericht* op 26 april 2017 uitspraak²⁸ gedaan in de *Nikiforidis* zaak: het heeft de Griekse wetten ook niet als feiten meegewogen nu het (toepasselijk geachte) Duitse arbeidsrecht daar – volgens de rechter – in dit geval geen ruimte toe liet. Naar Duits arbeidsrecht hoeft een werknemer geen kortingen op het salaris te accepteren enkel omdat zijn werkgever in financiële problemen verkeert.

Wellicht aardig hier tot slot op te merken dat de A-G geen enkele twijfel heeft over de status van voorrangsregels die deel uitmaken van de *lex causae* (al dan niet zijnde de *lex fori*). Naar zijn mening vallen deze niet onder het regime van artikel 9 maar worden deze eenvoudigweg toegepast nu het immers regels zijn die deel uitmaken van het als toepasselijk aangewezen recht.²⁹ In de literatuur bestaat een sterke stroming die hier anders over denkt.³⁰ In deze uitspraak wordt hierover door het Hof geen oordeel geveld. Met betrekking tot dit punt en nog enkele andere aspecten van artikel 9 – waaronder de hierboven behandelde vraag omtrent waar de nakoming van de verbintenissen gelokaliseerd moet worden – zal men dus nog in onzekerheid blijven tot de gelegenheid zich voordoet dat het Hof hierover een uitspraak doet.³¹

5. Het beginsel van loyale samenwerking

Artikel 4 lid 3 VEU luidt als volgt:

'Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien.

De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.

27 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/947.

28 5 AZR 962/13.

29 In deze zin ook: Strikwerda 2015 (zie noot 8); C.G. van der Plas, 'Verbintenissen uit overeenkomst: van EVO-Verdrag naar Rome I-Verordening', *NTER* 2008, p. 327;

30 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/946; Chr. Reithmann, D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 8e druk, Keulen: Otto Schmidt, nr. 5.23 en 5.124. De Nederlandse wetgever lijkt overigens ook voor deze opvatting te hebben gekozen in het kader van artikel 7 van Boek 10 BW. Zie A.E. Oderkerk, 'Art. 1-9 Boek 10 BW: Titel 1 Algemene Bepalingen', in: P. Vlas e.a., *Hoofdlijnen Boek 10 BW (Internationaal Privaatrecht)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 16-17.

31 Aspecten van art. 9 Rome I die nog uitleg behoeven zijn naast de in de hoofdttekst behandelde onderdelen (uitleg begrip 'land waar de verbintenissen [...] moeten worden nagekomen of zijn gekomen' en 'voorrangsregels van het contractstatuut') onder meer de vraag waar moet het land van nakoming worden gelokaliseerd indien de overeenkomst nog niet is nagekomen en wat is precies het verschil tussen 'toepassen' zoals gesteld in art. 9 lid 2 en 'gevolg toekennen' zoals opgenomen in art. 9 lid 3?

De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.’

De onderhavige Griekse wetten waren het directe gevolg van een door de Raad goedgekeurd Europees besluit (Besluit 2010/320/EU). In dit besluit werd Griekenland met het oog op de versterking en verdieping van het begrotingstoezicht aangemaand tot het treffen van maatregelen om het bestaande tekort te verminderen. In die context was zeer goed te verdedigen dat het beginsel van loyale samenwerking voor de andere lidstaten de plicht met zich zou brengen de Griekse wetten toe te passen dan wel er rekening mee te houden. Dit vanuit de gedachte dat de verplichting tot loyale samenwerking ertoe verplicht om Griekenland te ondersteunen in de uitvoering van de akkoorden die het had gesloten met de Commissie, het Internationaal Monetair Fonds (VN) en de Europese Centrale Bank, en van besluit 2010/320.

Het *Bundesarbeitsgericht* stelde de vraag in de volgende bewoordingen:

‘Is het in artikel 4 lid 3 VEU verankerde beginsel van loyale samenwerking juridisch van betekenis voor de beslissing van nationale rechters om bepalingen van bijzonder dwingend recht van een andere lidstaat direct of indirect toe te passen?’

Het Hof maakt in de onderhavige uitspraak echter met een strikt formele en omgekeerde redenering korte metten met deze gedachte. Volgens het Hof is het niet alleen zo dat het beginsel van loyale samenwerking *niet de verplichting met zich brengt* met regelingen zoals de bovengenoemde Griekse wetten rekening te houden, maar is het zelfs zo dat dit beginsel het een lidstaat *niet toestaat* de verplichtingen *te ontwijken* die hem bij het Unierecht zijn opgelegd. In dit geval het zojuist vastgestelde feit dat de opsomming in artikel 9 van Rome I van de bepalingen van bijzonder dwingend recht waaraan hij werking kan verlenen, limitatief van aard is.³²

De enige ruimte die het Hof open laat is de weg van het rekening houden met dergelijke regelingen als feiten. Dat is echter alleen omdat – zoals het Hof aangeeft – het materiële recht op dit terrein niet is geharmoniseerd en het vervolgens aan de nationale rechter is om te beoordelen of het nationale recht deze ruimte biedt. Van een *verplichting* tot toepassing of rekening houden met is volgens het Hof dus op generlei wijze sprake.

6. Conclusie

Het onderhavige arrest is naar mijn mening met betrekking tot een paar onderdelen interessant en van belang. In de eerste plaats is van belang de onverwachte maar mijns inziens terechte keuze van het Hof artikel 28 autonoom uit te leggen. Daarnaast is ook het minder onverwachte oordeel dat duurovereenkomsten gesloten voor 17 december 2009 onder specifieke omstandigheden onder het temporeel toepassingsgebied van de Rome I-verordening kunnen vallen belangwekkend. Het oordeel dat artikel 9 restrictief moet worden uitgelegd voegt niet iets toe aan de rechtsontwikkeling: dit oordeel lag in de lijn der verwachtingen gezien eerdere uitspraken van het Hof. Dat de nationale rechter wel – als de *lex causae* dat toelaat – met andere voorrangswetgevingen dan die van de forumstaat of de staat waar de verbintenissen krachtens de overeenkomst

32 Een soortgelijke redenering volgde het Hof (zoals het zelf ook aangeeft in punt 54 slot) in HvJ EU 23 januari 2014, C-537/11, EU:C:2014:19 (*Manzi en Compagnia Naviera Orchestra*), punt 40.

moeten worden nagekomen of zijn nagekomen als feitelijk element rekening mag houden, is interessant nu het Hof hiermee een leer bevestigt die reeds in Nederland en Duitsland opgeld deed. Een van de vragen die spelen rond artikel 9 Rome I-verordening is hiermee beantwoord. Er zijn echter nog vele aspecten rond artikel 9 Rome I-verordening die om opheldering vragen. De A-G heeft met betrekking tot enkele hiervan reeds zijn mening gegeven. Enigszins teleurstellend is mijns inziens de formele en strikte benadering van het Hof met betrekking tot het beginsel van loyale samenwerking. Van het Hof van Justitie EU had men in de context van de Griekse financiële crisis meer flexibiliteit mogen verwachten.