



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Navigeren door artikel 6 EVO-verdrag c.q. artikel 8 Rome I: mogelijkheden tot sturing van toepasselijk arbeidsrecht. Een analyse vanuit de vraag naar de betekenis voor het internationaal arbeidsrecht van de zaak Intercontainer Interfrigo (C-133/08)

Eeckhout, V. van den

Citation

Eeckhout, V. van den. (2010). Navigeren door artikel 6 EVO-verdrag c.q. artikel 8 Rome I: mogelijkheden tot sturing van toepasselijk arbeidsrecht. Een analyse vanuit de vraag naar de betekenis voor het internationaal arbeidsrecht van de zaak Intercontainer Interfrigo (C-133/08). *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 49-64. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15343>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15343>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Navigeren door artikel 6 EVO-Verdrag c.q. artikel 8 Rome I-Verordening: mogelijkheden tot sturing van toepasselijk arbeidsrecht

Een analyse vanuit de vraag naar de betekenis voor het internationaal arbeidsrecht van de zaak Intercontainer Interfrigo (C-133/08)

V. Van Den Eeckhout

1 Inleiding

Aan de hand van artikel 6 EVO-Verdrag¹ c.q. artikel 8 Rome I-Verordening² moet door de rechters van landen die partij zijn bij het EVO-Verdrag c.q. de Rome I-Verordening het op een internationale arbeidsovereenkomst toepasselijke recht worden vastgesteld. Zowel artikel 6 EVO-Verdrag als artikel 8 Rome I-Verordening bevat echter nog tal van onduidelijkheden.

Een van de mogelijke punten van discussie bij toepassing van artikel 6 EVO-Verdrag c.q. artikel 8 Rome I-Verordening is de manier waarop de ontsnappingsclausule zoals geformuleerd in artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag c.q. artikel 8 lid 4 Rome I-Verordening moet worden toegepast. Het Hof van Justitie (hierna het Hof) heeft hieromtrent nog geen uitspraak gedaan. Wel heeft het Hof recent, in de zaak Intercontainer Interfrigo, uitspraak gedaan betreffende artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag.³ De analogie in formulering tussen de ontsnappingsclausule zoals

- 1 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, voor ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980 (PbEG L 266, p. 1).
- 2 Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), PbEU 2008, L 77/6. Over de precieze modaliteiten van inwerkingtreding van de Rome I-Verordening en punten van gelijkens c.q. wijziging bij omzetting van het EVO-Verdrag in de Rome I-Verordening, zie V. Van Den Eeckhout, Alle wegen leiden naar Rome (I), alle wegen vertrekken vanuit Rome (I)?! Mogelijkheden tot opheldering van ipr-onduidelijkheden bij internationale detachering, ArA 2009-2, p. 3-21. Zie ook nog recent de Rectificatie van Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), PbEU 24 november 2009, L 309, p. 87, betreffende artikel 28 Rome I-Verordening (temporeel werkingsgebied van de Rome I-Verordening – overeenkomstig deze rectificatie moet artikel 28 Rome I-Verordening gelezen worden als ‘Deze verordening is van toepassing op overeenkomsten die op of na 17 december 2009 zijn gesloten’). Over de Rome I-Verordening zijn recent vele publicaties verschenen, soms gebundeld in themanummers (zie bijvoorbeeld NIPR 2009, afl. 3 en WPNR 2009, afl. 6824 – met daarin een bijdrage van M. Zilinsky, Rome I en arbeidsovereenkomst, WPNR 2009, p. 1031-1037).
- 3 HvJ 6 oktober 2009, C-133/08. De conclusie dateert van 19 mei 2009. Voor een bespreking van de zaak voor de uitspraak van het Hof, zie S.F.G. Rammeloo, Prejudiciële vraag HR aan HvJ EG. Eenvormige interpretatie van artikel 4 EVO, NIPR 2008, p. 242-251.

opgenomen in artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag enerzijds, en artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag en artikel 8 lid 4 Rome I-Verordening anderzijds noodt tot analyse van de betekenis van deze uitspraak voor de uitlegging van regels inzake internationaal arbeidsrecht. De uitspraak van het Hof in de zaak Intercontainer Interfrigo wordt in deze bijdrage voorgesteld als een van de argumenten om de ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag c.q. artikel 8 lid 4 Rome I-Verordening op een welbepaalde wijze in te kleuren.

De bijdrage gaat echter ook verder in de analyse over de toepassingsmogelijkheden van artikel 6 EVO-Verdrag c.q. artikel 8 Rome I-Verordening: in een ruimere opentrekking van de problematiek wordt een aantal beschouwingen geformuleerd over hoe artikel 6 EVO-Verdrag c.q. artikel 8 Rome I-Verordening moet c.q. kan worden ingevuld.

2 De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Intercontainer Interfrigo

2.1 Opzet

2.1.1 *Onderzoek naar de betekenis voor het internationaal arbeidsrecht van de uitlegging door het Hof van Justitie van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag ...*

Op 6 oktober 2009 heeft het Hof uitspraak gedaan in de zaak Intercontainer Interfrigo. Door de Nederlandse Hoge Raad⁴ waren aan het Hof vijf vragen voorgelegd. In de eerste vier vragen gaat het om de uitlegging van artikel 4 lid 4 EVO-Verdrag inzake vervoersovereenkomsten. De laatste prejudiciële vraag betreft de uitlegging van het vijfde lid van artikel 4 EVO-Verdrag, meer bepaald inzake de gestrengheid waarmee de in dit vijfde lid opgenomen ‘ontsnappingsclausule’⁵ moet worden toegepast:

‘e) Moet de uitzondering in de tweede zin van het vijfde lid van artikel 4 EVO aldus worden uitgelegd dat de vermoedens van het tweede, derde en vierde lid van artikel 4 EVO eerst dan niet gelden indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de daarin bedoelde aanknopingscriteria geen reële aanknopingswaarde hebben, of ook reeds indien daaruit blijkt dat sprake is van een aanknopingsoverwicht met een ander land?’

Dit onderdeel van de zaak Intercontainer Interfrigo leent zich tot nadere bestudering vanuit arbeidsrechtelijk perspectief. Immers, in artikel 6 EVO-Verdrag zijn regels van toepasselijk recht inzake arbeidsovereenkomsten opgenomen, en dit artikel 6 EVO-Verdrag bevat een bepaling die analoog is aan artikel 4 lid 5 EVO-

4 HR 28 maart 2008, NJ 2008, 191 en NIPR 2008, 93.

5 In artikel 4 zijn algemene regels opgenomen inzake toepasselijk recht op overeenkomsten indien door partijen geen rechtskeuze is uitgebracht. Aan de hand van de in artikel 4 lid 2, lid 3 en lid 4 geformuleerde vermoedens omtrent het nauwst verbonden recht wordt dit recht aangewezen. Overeenkomstig artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag gelden deze vermoedens echter niet wanneer uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land.

Verdrag.⁶ De analogie in formulering tussen artikel 4 lid 5 en artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag leidde er in het verleden toe dat vaak werd betoogd dat beide artikelen ook op analoge manier zouden moeten worden geïnterpreteerd op het vlak van de gestrengheid waarmee de clausules kunnen worden toegepast. In Nederland werd vandaar de stringente interpretatie van de ontsnappingsclausule van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag zoals die door de Hoge Raad was gegeven in het Balenpers-arrest,⁷ ook pertinent geacht voor de gestrengheid waarmee met artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag zou moeten worden omgegaan.⁸ In de Rome I-Verordening, die het EVO-Verdrag onlangs heeft vervangen voor wat betreft overeenkomsten die op of na 17 december 2009 zijn gesloten, is zowel de ontsnappingsclausule van artikel 4 lid 5 als de ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag behouden, respectievelijk in artikel 4 lid 3 en artikel 8 lid 4 Rome I-Verordening. Daarbij is overigens de analogie in formulering eveneens behouden, in de zin dat zowel in de ontsnappingsclausule van artikel 4 lid 3 Rome I-Verordening als in de ontsnappingsclausule van artikel 8 lid 4 Rome I-Verordening het woordje 'kennelijk' is toegevoegd: overeenkomstig deze artikelen van de Rome I-Verordening moet het gaan om een kennelijk nauwere band met een ander land.

2.1.2 ...in een context van groeiende behoefte aan uitklaring door het Hof van IPR- onduidelijkheden bij internationale detachering

Wat zijn nu de repercussies van de uitleg die door het Hof is gegeven omtrent de gestrengheid waarmee artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag dient te worden toegepast op de hantering van artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag c.q. artikel 8 lid 4 Rome I-Verordening? Het antwoord op de vraag is relevant, want een restrictieve dan wel soepele omgang met de ontsnappingsclausule kan van cruciaal belang zijn bij de bepaling van het op een internationale arbeidsovereenkomst toepasselijk recht. De vraag naar omgang met de ontsnappingsclausule is bovendien bijzonder pregnant indien men binnen het internationaal arbeidsrecht focust op de problematiek van internationale detachering, want recent zijn controverses ontstaan omtrent de regulering van internationale detachering.⁹ In zaken van internationale detachering is een groeiende behoefte te onderkennen aan uitklaring door het Hof van IPR-onduidelijkheden.

6 Nadat in artikel 6 lid 2 EVO-Verdrag regels zijn vastgesteld inzake het toepasselijk recht op arbeidsovereenkomsten indien door partijen geen rechtskeuze is uitgebracht, bepaalt artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag met name 'tenzij uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, in welk geval het recht van dat andere land toepasselijk is'.

7 HR 25 september 1992, NJ 1992, 750.

8 Over de vraag in hoeverre de in Nederland traditioneel gevolgde restrictieve hantering van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag wel of niet navolging verdient bij hantering van artikel 6 lid 2 laatste zinsnede EVO-Verdrag, zie A.A.H. Van Hoek, Losbladig commentaar Arbeidsovereenkomst, IPR, Toepasselijk recht, EVO, aantekeningen bij artikel 6 EVO-Verdrag (met verdere verwijzingen).

9 Dit naar aanleiding van de zaken Viking (HvJ 11 december 2007, C-438/05), Laval (HvJ 18 december 2007, C-341/05), Rüffert (HvJ 3 april 2008, C-346/06) en C./Luxemburg (HvJ 19 juni 2008, C-319/06).

In wat volgt, wordt vooreerst uiteengezet wat het Hof van Justitie in de uitspraak *Intercontainer Interfrigo* heeft geoordeeld omtrent de toepassing van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag. Vervolgens wordt een en ander overgezet naar de problematiek van het internationaal arbeidsrecht. Zoals zal blijken, kan de uitspraak *Intercontainer Interfrigo* worden voorgesteld als een van de argumenten om de ontsnapingsclausule van artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag c.q. artikel 8 lid 4 Rome I-Verordening op een welbepaalde manier in te kleuren. In een ruimere analyse wordt de uitspraak *Intercontainer Interfrigo* aangegrepen als een mogelijke invalshoek om de toepassingsmogelijkheden van artikel 6 EVO-Verdrag c.q. artikel 8 Rome I-Verordening te analyseren en in kaart te brengen.

2.2 *De uitspraak van het Hof*

In de zaak *Intercontainer Interfrigo* oordeelt het Hof dat artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag in die zin moet worden uitgelegd dat wanneer uit het geheel der omstandigheden duidelijk blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land dan het land dat wordt bepaald op basis van een van de criteria van artikel 4 lid 2 tot en met 4 van het verdrag, de rechter die criteria buiten toepassing dient te laten en het recht dient toe te passen van het land waarmee die overeenkomst het nauwst is verbonden.

Essentieel is dat het Hof zodoende de zeer strikte interpretatie van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag zoals die tot nog toe in Nederland gangbaar was, afwijst. In de conclusie van de advocaat-generaal¹⁰ bij de zaak *Intercontainer Interfrigo* werd deze Nederlandse interpretatie van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag tegengesteld aan de meer flexibele interpretatie van dit artikel zoals die in meerdere andere Europese landen gangbaar is.

Het dictum van het Hof is het resultaat van een afwegingsproces dat wordt gemaakt tussen de wil tot behartiging van twee streefdoelen: enerzijds het bevorderen van rechtszekerheid en voorspelbaarheid, anderzijds het toelaten van flexibiliteit. Met het aanstippen van overwegingen inzake rechtszekerheid en voorspelbaarheid wordt geraakt aan een fundamenteel aandachtspunt bij de opstelling van uniforme regels van toepasselijk recht; sterker nog, de ratio zelf van Europese uniformering van regels van toepasselijk recht moet (mede) hier worden gezocht: het EVO-Verdrag is immers precies vastgesteld om de nadelen uit de weg te ruimen die voortvloeien uit de verscheidenheid aan conflictregels en om de toepassing van deze regels voorspelbaarder te maken – een doelstelling die ook speelt bij de uitvaardiging van de Rome I-Verordening.¹¹ Uiteraard is het, in een context van bevordering van rechtszekerheid en voorspelbaarheid, belangrijk te bepalen

10 Zie conclusie nr. 71-74. De Nederlandse interpretatie wordt daarbij voorgesteld als deel uitmakend van een minderheidstendens. Naast Nederland wordt enkel nog Schotland hierbij genoemd. Zie ook de verwijzingen in de conclusie van advocaat-generaal Strikwerda bij HR 28 maart 2008, NJ 2008, 191, evenals L. Strikwerda, *Toepasselijk recht bij gebreke van rechtskeuze*; Artikel 4 Rome I-Verordening, NIPR 2009, p. 412, voetnoot 10.

11 Aan deze doelstelling wordt ook herinnerd door de advocaat-generaal in zijn conclusie, nr. 75. De advocaat-generaal citeert hier ook punt 16 van de considerans bij de Rome I-Verordening.

of c.q. in hoeverre alsnog flexibiliteit wordt toegelaten bij hantering van regels van toepasselijk recht die in een IPR-Verdrag c.q. IPR-Verordening worden opgenomen.¹² Welnu, door het afwijzen van een al te strikte hantering van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag wordt alleszins een welbepaalde mate van flexibiliteit geboden.

In de conclusie¹³ had de advocaat-generaal hieromtrent overwogen dat flexibiliteit bij de toepassing van de conflictregel kan worden gerechtvaardigd door de wens om niet arbitrair het recht voor te schrijven van een land waarmee de overeenkomst per saldo in werkelijkheid weinig is verbonden. Aanknoping aan het nauwst verbonden recht noopt er toe een beoordeling volgens de omstandigheden van het geval mogelijk te maken, zodat uiteindelijk in alle gevallen het principe van toepassing van het nauwst verbonden recht wordt toegepast – zo is blijkbaar de redenering. Het Hof gaat mee in deze visie. Het Hof houdt zodoende uiteindelijk vast aan hetgeen kennelijk wordt beschouwd als het basisbeginsel van artikel 4 EVO-Verdrag, te weten het aloude Savigniaanse IPR-principe van aanknoping aan het nauwst verbonden recht.

Enerzijds maakt de door het Hof geboden flexibiliteit het verwijzingssysteem minder voorspelbaar, zoveel is zeker. Maar anderzijds kan ook worden opgemerkt dat het Hof met deze uitspraak bij de rechters van de onderscheiden EU-landen ook een meer uniforme interpretatie van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag afdwingt, zodoende ‘forumshopping’ aan banden legt, en zodoende uiteindelijk toch ook weer rechtszekerheid en voorspelbaarheid bevordert.

Allicht zal de door het Hof gegeven interpretatie van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag ook doorspelen bij de vraag naar de uitlegging van de aan artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag nagenoeg analoge bepaling van artikel 4 lid 3 Rome I-Verordening.¹⁴ Wel is in de Rome I-Verordening – zoals aangegeven – het woordje ‘kenmerkend’ toegevoegd, maar op deze toevoeging lijkt het Hof in de uitlegging van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag zelfs te hebben geanticipeerd door in het dictum de bepaling van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag mét toevoeging van het woordje ‘duidelijk’ te citeren.

12 Conform mutatis mutandis de controverses omtrent opname van een soortgelijke ontsnappingsclausule in de Rome II-Verordening. Tijdens de voorbereidingen van de Rome I-Verordening was vanuit die optiek zelfs overwogen de ontsnappingsclausule van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag niet over te nemen in de verordening; uiteindelijk is in artikel 4 lid 3 Rome I-Verordening toch een ontsnappingsclausule ingebouwd, zij het met toevoeging van het woordje ‘kenmerkend’. Zie artikel 4 van het Voorstel voor een Rome I-Verordening (COM(2005)650 def.). Zie hierover ook uitgebreider F. Ferrari, *Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties*. Art. 4 du Règlement Rome I, RCDIP 2009, afl. 3, p. 459-482.

13 Conclusie nr. 79.

14 Over de problematiek van coherente interpretatie van bepalingen in verdragen enerzijds, verordeningen anderzijds, zie – naar aanleiding van de zaak *Ilsemer/R. Meijer*, Een ‘coherente interpretatie’: uitleg van de EEX-Vo in het licht van het Executieverdrag, *Maandblad voor vermogensrecht* 2009, p. 142-145. Zie ook, over de mogelijkheid tot eigen interpretatie door de lidstaten van begrippen die zijn opgenomen in verdragen enerzijds, verordeningen anderzijds, nr. 35-37 van de conclusie in de zaak *Hadadi* (C-168/08, conclusie d.d. 12 maart 2009).

3 Overzetting naar het internationaal arbeidsrecht

3.1 Analogie in formulering van de twee ontsnappingsclausules – algehele analogie?

Na de uitspraak van het Hof in de zaak Intercontainer Interfrigo kan de Nederlandse restrictieve interpretatie van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag geen doorgang meer vinden en zal allicht ook in de omgang met artikel 4 lid 4 Rome I-Verordening enige flexibiliteit aanvaard moeten worden. Stel nu dat men na deze uitspraak de analogie in omgang met de ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag c.q. artikel 8 lid 4 Rome I-Verordening wil aanhouden. Dan zou in Nederland naar de toekomst toe ook een al te stringente omgang met artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag c.q. artikel 8 lid 4 Rome I-Verordening moeten worden afgewezen.

Ik formuleer hierna een aantal aantekeningen omtrent de vraag in hoeverre een (algehele) analoge interpretatie van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag enerzijds en artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag anderzijds logisch is. (Ook) voor de praktijkjurist is dit relevant in zoverre ik zodoende inga op de precieze appreciatiemarges die de rechter bij hantering van artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag c.q. artikel 8 lid 4 Rome I-Verordening ter beschikking staan, de mogelijke 'argumenten' die zouden kunnen worden ingebracht bij invulling van de clausule en de 'bekommernissen' waarvoor een nationale rechter zich mogelijk gevoelig zou kunnen tonen, de plausibiliteit dat de ene Europese rechter een ander oordeel zou aanhouden dan de andere Europese rechter, en de dienovereenkomstig te onderkennen mogelijkheden tot forumshopping, evenals de mogelijke beoordeling door het Hof bij toetsing van de oordeelsvorming van nationale rechters.

3.2 Specifieke bekommernissen in het internationaal arbeidsrecht bij invulling van de ontsnappingsclausule?

3.2.1 Bescherming c.q. begunstiging van werknemers

Opmerkelijk is dat in welbepaalde doctrine al in de vroegere situatie – onder gelding van het Balenpers-arrest voor wat betreft de interpretatie van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag – werd gepleit voor een meer soepele invulling van de ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag dan deze in het Balenpers-arrest. Zo pleitte Van Hoek¹⁵ voor dergelijke handelwijze, onder meer als alternatief voor een kunstmatige oprekking van het begrip 'tijdelijk' in artikel 6 lid 2 onder a EVO-Verdrag.¹⁶ Van Hoek stelt daarbij tegemoet te willen komen aan eenzelfde bekommernis als deze, waardoor pleitbezorgers van een ruime interpretatie van het begrip 'tijdelijkheid' zouden zijn geïnspireerd: achter de opvatting dat het begrip tijdelijkheid in artikel 6 lid 2 onder a EVO-Verdrag ruim zou moe-

15 Zie Van Hoek in haar aantekeningen bij artikel 6 EVO-Verdrag (Losbladig commentaar Arbeids-overeenkomst, IPR, Toepasselijk recht, EVO), met vermelding van en verwijzing naar andere zienswijzen.

16 Artikel 6 lid 2 onder a EVO-Verdrag bepaalt dat het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, toepasselijk is, 'zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land te werk is gesteld'.

ten worden begrepen, gaat volgens Van Hoek vaak de behoefte schuil om werknemers die worden uitgezonden naar derde landen te beschermen tegen het (mogelijk) veel lagere beschermingsniveau ter plaatse. Van Hoek nu pleit er ook voor aan deze behoefte tegemoet te komen, maar dan via een soepele(r) hantering van de ontsnapingsclausule. Hier blijkt hoe bij discussies omtrent verwijzingsregels voor arbeidsovereenkomsten *specifieke* overwegingen (kunnen) spelen, met name inzake het verzekeren van werknemers van een welbepaald niveau aan arbeidsrechtelijke bescherming.

De opstellers van het EVO-Verdrag waren zelf al doordrongen van de behoefte werknemers wier rechtsverhouding zich in internationale context afspeelt te *beschermen*: de ratio van opstelling van de bijzondere aanknopingsregeling van artikel 6 EVO-Verdrag zelf moet worden gezocht in een bekommernis om bescherming van werknemers, en de bepalingen zijn dienovereenkomstig opgesteld. Ambitie van de basisregel van artikel 6 lid 2 a EVO-Verdrag is op de werknemer het recht toe te passen waarmee hij verondersteld wordt het meest vertrouwd te zijn; dit recht wordt geacht het recht te zijn van zijn gewoonlijke tewerkstelling. De werknemer wordt hier duidelijk beschouwd als de zwakke partij die een conflictenrechtelijke bescherming behoeft. Ditzelfde principe van bescherming van werknemers komt ook naar voren in het eerste lid van artikel 6 EVO-Verdrag, dat toepassing vergt in de hypothese van rechtskeuze: de werknemer kan zichzelf niet beroven van de dwingende bepalingen van het recht dat op hem toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van rechtskeuze. Opmerkelijk is dat in de analyse van artikel 6 lid 1 EVO-Verdrag in de doctrine al een interessant verschil in visie naar voren is gekomen, met name in de hypothese dat de bepalingen van het gekozen recht materieel gunstiger blijken te zijn dan de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht: sommige auteurs willen in die hypothese toepassing geven aan het beginsel van *begunstiging* van de werknemer en op de werknemer de materieel gunstigste bepalingen toepassen.¹⁷ Deze tendens c.q. ambitie om werknemers wier rechtsverhouding zich in internationale context situeert toe te (laten) werken naar toepasselijkheid van *materieel gunstige* bepalingen, is overigens ook elders te herkennen in discussies over het internationaal arbeidsrecht – met name in de manier waarop men welbepaalde begrippen in artikel 6 EVO-Verdrag wil interpreteren c.q. de pleidooien voor opstelling van een welbepaalde verwijzingsregel.¹⁸ Al bij al is het alleszins zo dat sommigen in de interpretatie van de bepalingen van artikel 6 EVO-Verdrag veeleer nog dan een idee van bescherming een idee van begunstiging van werknemers tot uitdrukking willen laten komen.

17 Anderen houden in die hypothese – soms mede vanuit overwegingen inzake rechtszekerheid – vast aan toepasselijkheid van de (materieel minder gunstige) dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht. Zie over deze controverse – met verdere verwijzingen – L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht, Deventer: Kluwer 2008, nr. 175.

18 Zie bijvoorbeeld recent I. Susanti, The conflict rules on the protection of the rights of migrant workers: a proposition for Indonesia and Asean, Groningen: Ulrik Huber Institute for Private International Law 2008. Conform ook al supra de doctrine waarin een interpretatie van het begrip ‘tijdelijkheid’ die de werknemer begunstigt wordt bepleit.

Of het bij hantering van artikel 6 EVO-Verdrag nu uiteindelijk vooral gaat om bescherming van de werknemer als zwakke partij of (zou moeten gaan) om begunstiging van de werknemer, duidelijk is alleszins dat er een verschil in basisvisie is te vinden tussen de aanknopingsregeling van artikel 4 EVO-Verdrag en artikel 6 EVO-Verdrag: daar waar in artikel 4 EVO-Verdrag het aloude uitgangspunt van de IPR-grondlegger Von Savigny wordt gevolgd door te ambiëren los van politieke bekommernissen het met de rechtsverhouding nauwst verbonden recht toe te passen, beoogden de verdragsopstellers in artikel 6 EVO-Verdrag uitdrukking te geven aan de meer moderne en rechtspoliteek geïnspireerde IPR-tendens tot bescherming van zwakke partijen – mogelijk zelfs de moderne tendens tot begunstiging van de werknemer. Zo bekeken, zou kunnen worden betoogd dat dit verschil ook tot uitdrukking zou moeten (kunnen) komen in de omgang met de ontsnapingsclausule van artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag. Voor zowel de ontsnapingsclausule van artikel 4 als die van artikel 6 EVO-Verdrag zou dan een flexibele hantering van de ontsnapingsclausule denkbaar zijn, maar met een andere invulling en oriëntatie. In artikel 6 EVO-Verdrag zou het dan gaan om een flexibele omgang met de ontsnapingsclausule, in die zin dat, in elke casus apart, wordt toegelaten vast te houden aan en terug te keren naar het basisbeginsel van bescherming c.q. begunstiging van artikel 6 EVO-Verdrag, veeleer dan aan het beginsel van nauwste aanknopung – net zoals, zoals hiervoor bleek, een flexibele omgang met de ontsnapingsclausule van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag toelaat vast te houden aan en terug te keren naar het basisbeginsel van aanknopung aan het nauwst verbonden recht van artikel 4 EVO-Verdrag. Een handelwijze in die zin vereist dan wel dat de ontsnapingsclausule van artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag, die is geformuleerd in de zin dat het *nauwer verbonden* recht kan worden toepasselijk verklaard, wordt begrepen als een openingsmogelijkheid naar toepasselijkverklaring van het meest beschermende c.q. materieel gunstigste recht. In het Groenboek bij de Rome I-Verordening zou een voorafspiegeling van deze handelwijze kunnen worden gelezen, met name in de passage¹⁹ waarin inzake de ontsnapingsclausule wordt gesproken over het vermijden van ‘*voor de werknemer schadelijke gevolgen* van een strikte aanknopung van de overeenkomst met de plaats waar de overeenkomst moet worden uitgevoerd’ (cursivering *vvde*). Enige ondersteuning van deze handelwijze lijkt ook gevonden te kunnen worden in een recente publicatie van Verschueren,²⁰ waarin hij stelt te verwachten dat door het Hof bij interpretatie van artikel 6 EVO-Verdrag een oplossing zal worden gezocht ‘die de rechten van de betrokken werknemers het best beschermt’ om uit te maken waar de plaats van gewoonlijke tewerkstelling is in de zin van artikel 6 lid 2 EVO-Verdrag – Verschueren verwijst hierbij naar rechtspraak van het Hof inzake het EEX-Verdrag, evenals naar de recente zaak *Ilsinger*. In zijn conclusie bij de zaak *Ilsinger*²¹ stelde de advocaat-generaal dat de bevoegdheids- en verwij-

19 COM(2002)654def, p. 40-41.

20 H. Verschueren, Toepasselijk arbeidsrecht in grensoverschrijdende situaties, in: H. Verschueren & M.S. Houwerzijl (red), Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen, Deventer: Kluwer 2009, p. 20.

21 C-310/07 (*Ilsinger*).

zingsregels voor arbeidsovereenkomsten als doel hebben de werknemer toegang te verschaffen tot de rechter, doordat hij zich op nauw bij zijn juridische en persoonlijke situatie aansluitend recht kan beroepen.

‘Artikel 6 van het EVO-verdrag drukt dit wellicht het duidelijkst uit, waar het spreekt van een arbeidsovereenkomst die “nauwer verbonden is” met een ander land. Deze nauwe banden met een grondgebied dienen als aanknopingspunt wanneer het erom gaat een omgeving te vinden *waar de rechtsbescherming van de werknemer kan worden gewaarborgd*,’

aldus de advocaat-generaal in deze conclusie (cursivering *vvde*). Deze passage leent zich wellicht tot diverse interpretaties, maar denkbaar is dat hier argumenten zijn te vinden voor een interpretatie van de ontsnappingsclausule die gericht is op de bescherming c.q. begunstiging van de werknemer.

In zoverre *het Hof* dergelijke interpretatie zou afdwingen, zou de ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag op een zodanige manier een *specifieke*, mogelijk niet alleen op de bescherming maar ook op de begunstiging van de werknemer gerichte, *uniforme* interpretatie kunnen krijgen.

3.2.2 *Stimulering van het vrij verkeer van diensten*

Maar, ook al mocht gevoeld worden voor dergelijke interpretatie, dan moet er wel nog op gewezen worden dat bij het Hof in het internationaal arbeidsrecht ook nog heel *andere* bekommernissen (kunnen) spelen dan bekommernis om de bescherming c.q. begunstiging van de werknemer. Het Hof zal dan het gewicht daarvan mee in rekening moeten brengen. Met name in de hypothese van internationale detachering – als specifieke vorm van tijdelijke tewerkstelling van werknemers in een ander land – is al gebleken dat naast de motieven van bescherming van mobiele werknemers – min of meer samenvallend met het motief van bescherming van lokale werknemers en vermindering van social dumping – ook een heel ander motief kan spelen, met name het beginsel van vrijheid van dienstenverkeer. Dit kwam naar voren in de zaak *Rush Portuguesa*²² en kwam nog recent bijzonder scherp naar voren in de zaken *Laval*, *Rüffert* en *C./Luxemburg*.

De uitspraken *Laval*, *Rüffert* en *C./Luxemburg* hebben grote ophef veroorzaakt, nu het Hof in deze uitspraken een verregaande mate van liberalisering van het dienstenverkeer lijkt af te dwingen ten koste van de bescherming van gedetacheerde werknemers c.q. ten koste van de bestrijding van social dumping. Eerder publiceerde ik al over deze problematiek en wees ik daarbij op het belang van de onderkenning van de impact van IPR-regels, meer bepaald regels van toepasselijk

22 HvJ 27 maart 2009, C-113/89 (*Rush Portuguesa*).

arbeidsrecht en voorrangsregels.²³ Voor wat betreft regels van toepasselijk arbeidsrecht is cruciaal dat het Hof in de uitspraken Laval enzovoort volgens de doctrine lijkt uit te gaan van de vooronderstelling dat de arbeidsovereenkomst van gedetacheerde werknemers beheerst wordt door het recht van de vestiging van de werkgever die hen heeft uitgezonden.²⁴ Maar tegenover deze vooronderstelling en de mogelijk *dusdanige* interpretatie door het Hof van artikel 6 EVO-Verdrag kan artikel 6 EVO-Verdrag in zijn diverse geledingen en met al zijn onduidelijkheden en punten van controverse worden geplaatst. Uitspraken van het Hof waarin de onduidelijkheden van artikel 6 EVO-Verdrag worden uitgeklaard, moeten dan ook heel zeker bij diegenen die geïnteresseerd zijn in de huidige controverses inzake internationale detachering, op bijzondere belangstelling kunnen rekenen. De procedurele mogelijkheden om tot zo'n uitklaring te kunnen komen zijn overigens gevarieerd, maar tot nog toe nauwelijks benut. Het Hof c.q. een advocaat-generaal had immers al jaren geleden de gelegenheid kunnen krijgen c.q. creëren tot 'indirecte' uitlegging van de artikelen van het EVO-Verdrag inzake internationaal arbeidsrecht, maar dergelijke mogelijkheid werd onbenut gelaten. De meest voor de hand liggende procedurele mogelijkheid om tot uitklaring van de artikelen van het EVO-Verdrag te komen, is uiteraard een uitleggingsprocedure van de artikelen van het EVO-Verdrag zelf. Die mogelijkheid is echter pas recent beschikbaar geworden.²⁵ De uitspraak Intercontainer Interfrigo is de eerste uitspraak waarbij een artikel van het EVO-Verdrag – in casu artikel 4 EVO-Verdrag – in een uitleggingsprocedure over het EVO-Verdrag wordt uitgelegd.

In de recente uitspraken Viking, Laval, Rüffert en C./Luxemburg nu werden door de doctrine dus aanduidingen gevonden dat het Hof kennelijk vooronderstelt dat in zaken van internationale detachering het recht van het land van herkomst van de onderneming die de gedetacheerde werknemers uitstuurt toepasselijk is. Uitgaan van dergelijke vooronderstelling speelt duidelijk in het voordeel van onder-

23 V. Van Den Eeckhout, Internationaal arbeidsrecht gemengd tussen Europese fundamentele vrijheden, Tijdschrift Recht en Arbeid 2009, p. 5-10, en V. Van Den Eeckhout, Alle wegen leiden naar Rome (I), alle wegen vertrekken vanuit Rome (I)? Mogelijkheden tot opheldering van ipr-onduidelijkheden bij internationale detachering, ArA 2009-2, p. 3-21. Over de IPR-problematiek (daarin begrepen de problematiek van de voorrangsregels, waarop in deze bijdrage nauwelijks wordt ingegaan) zie ook, nog recenter, meerdere bijdragen in H. Verschuere & M.S. Houwerzijl (red.), Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen, Deventer: Kluwer 2009.

24 Zo ook gaf Barnard nog recent aan: 'A clue to understanding the Court's approach can perhaps be gained from Advocate General Mengozzi's Opinion: he says that Article 3(1) is a "derogation" from the principle of home state control laid down in Article 6 (2) of the Rome Convention (...) According to the Orthodox, derogations must be narrowly construed.' C. Barnard, Viking and Laval: An Introduction, The Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2007-2008, p. 477, waar zij verwijst naar r.o. 132 van de conclusie bij Laval – in die passage van de conclusie wordt door de advocaat-generaal zelf overigens niet expliciet gewag gemaakt van artikel 6 EVO-Verdrag.

25 Zo gaf ik eerder al aan in mijn bijdrage Alle wegen leiden naar Rome (I), alle wegen vertrekken vanuit Rome (I)?, ArA 2009-2, p. 3-21, toegespitst op een verkenning van die *procedurele* mogelijkheden (in de in TRA gepubliceerde bijdrage bevroeg ik me vooral over de *inhoudelijke* relevantie van IPR voor de thematiek). Zie overigens wel de vermelding daar (p. 17-18) van de bewoordingen van de A-G in de conclusie bij de zaak Ilsinger, waarover al meer supra.

nemingen die hun werknemers uitsturen vanuit een land met veeleer lage arbeidsrechtelijke bescherming naar een land met veeleer hoge arbeidsrechtelijke bescherming: door toepassing van het recht van het herkomstland wordt immers hun concurrentiepositie versterkt in het land waar de dienst wordt verstrekt. Het streefdoel om op mobiele werknemers een materieel gunstig recht toe te passen zou daarentegen in zo'n situatie veeleer leiden tot toepasselijkverklaring van het recht van het gastland. Denkbaar is nu dat gepoogd wordt hetzij het streefdoel van bescherming c.q. begunstiging van werknemer, hetzij het streefdoel van bevordering van vrij dienstenverkeer te realiseren door middel van een welbepaalde interpretatie van artikel 6 EVO-Verdrag – *bijvoorbeeld* een inschakeling van de ontsnappingsclausule in de zin van toesturing naar toepasselijkheid van het recht van het gastland respectievelijk in de zin van toesturing naar toepasselijkheid van het recht van het land van herkomst van de onderneming.

3.3 *Te verwachten regionale verschillen in interpretatie van de ontsnappingsclausule?*

Houdt men daarbij rekening met het feit dat internationale detachering binnen Europa actueel vooral in de richting oost-west plaatsvindt, dan zou het wel eens kunnen evolueren in die zin dat een uiteenlopende interpretatie van artikel 6 EVO-Verdrag wordt aangehouden, bekeken vanuit het perspectief van Oost-Europese ondernemingen die hun concurrentievoordeel willen optimaliseren, dan wel bekeken vanuit het perspectief van West-Europese landen die situaties van social dumping willen vermijden. Mocht het zelfs zo ver komen dat dergelijk verschil in interpretatie en handelwijze tot uitdrukking zou komen bij de beoordeling door een *rechter* in een Oost-Europees land dan wel een rechter in een West-Europees land, dan zou een situatie kunnen ontstaan van *regionale* verschillen in interpretatie van artikel 6 EVO-Verdrag, want naargelang de plaats waar een procedure wordt aangespannen zou een verschil in interpretatie te onderkennen zijn.²⁶ De interpretatie door rechters van 'nieuwe' Europese lidstaten zou dan kunnen worden tegengesteld aan die van rechters van 'oude' Europese lidstaten – resulterend in mogelijkheden tot 'forumshopping'.

In de zaak Intercontainer Interfrigo werd, zoals ik al aangaf, in de conclusie door de advocaat-generaal gewag gemaakt van uiteenlopende *nationale* tendensen bij de interpretatie van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag. De vraag of dergelijk verschil in interpretatie als zodanig als problematisch moet worden aangemerkt – bijvoorbeeld omdat zodoende mogelijkheden tot forumshopping bestaan – wordt noch door het Hof, noch door de advocaat-generaal als zodanig aangeroerd; de twee visies worden enkel gewogen op het vlak van de gemaakte keuze inzake flexibiliteit bij de hantering van de verwijzingsregel – de mate waarin aansluiting kan worden gevonden bij de basisregel van toepasselijkheid van het nauwst verbonden recht –, waarbij gekozen wordt voor de meer soepele benadering. Als men benadrukt dat het Hof in het dictum zodoende uiteindelijk toch wel (ook) een

26 Ik stip hierbij aan dat artikel 7 EVO-Verdrag zich ook leent tot een verschil in *toepasselijkheid* van voorrangregels naargelang een procedure wordt aangespannen in deze of gene rechtsorde, dit door het in dit artikel gemaakte onderscheid tussen forale voorrangregels enerzijds, niet-forale voorrangregels anderzijds.

(meer) *uniforme* interpretatie van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag afdwingt en het afdwingen van een uniforme interpretatie ook van groot belang wordt geacht, kan worden betoogd dat een regionaal verschil in interpretatie van artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag bij toetsing door het Hof allicht op geen sympathie zal kunnen rekenen. Anderzijds blijkt in de zaak Intercontainer Interfrigo ook wel dat het Hof ruimte wil laten aan rechters om rekening te houden met de concrete omstandigheden van een bepaalde zaak. In die zin wordt mogelijk toch ruimte geboden voor afwegingen die per land c.q. regio zouden kunnen gaan verschillen.²⁷ Ik wijs in deze context op een opmerkelijke passage in het Groenboek bij de Rome I-Verordening,²⁸ waar omtrent de uitdrukking ‘tijdelijke tewerkstelling in een ander land’ in artikel 6 lid 2 a EVO-Verdrag wordt overwogen dat het verdrag de rechter de taak toevertrouwt om te bepalen vanaf welke duur de tewerkstelling in een ander land haar tijdelijke karakter verliest.

‘De oplossingen zijn derhalve weinig voorspelbaar *en kunnen van land tot land verschillen*. Deze soepelheid met betrekking tot het toepasselijke recht stelt de rechter echter ook in staat om beter rekening te houden met de concrete omstandigheden van een bepaalde zaak, aangezien “tewerkstelling in een ander land” betrekking kan hebben op een verschillende situatie.’ (cursivering *vvde*)

Hier lijkt een mogelijke verschillende nationale interpretatie door de Europese wetgever voor lief genomen te worden en als eventueel te betalen prijs te worden beschouwd voor het bieden van de vereiste flexibiliteit aan nationale rechters.

Wat hier ook van zij, als het Hof wil vermijden dat naar de toekomst toe mogelijk regionale verschillen in interpretatie van artikel 6 EVO-Verdrag en de diverse geledingen daarvan ontstaan, dan is het belangrijk dat duidelijk wordt gesteld of, vooreerst, het effectief zo is dat in situaties van internationale detachering sowieso het arbeidsrecht van het land van herkomst van de onderneming toepasselijk is en, vervolgens, op welke manier artikel 6 EVO-Verdrag in situaties van internationale detachering kan worden gehanteerd en geïnterpreteerd – daarin begrepen de mogelijkheden tot aanwending van de ontsnapingsclausule in deze

27 Zie ook, *mutatis mutandis*, M.W.D. van der Burg, De algemene verwijzingsregel van de nieuwe Rome II-verordening, SEW 2009, 374-391 over de ontsnapingsclausule in artikel 4 lid 3 van de Rome II-Verordening, waar Van der Burg oppert dat de ontsnapingsclausule als dekmantel zou kunnen gaan fungeren voor het doorzetten van nationale tradities. Overigens wijs ik hier niet alleen op de analogie tussen de ontsnapingsclausule(s) van de Rome I-Verordening en de Rome II-Verordening, maar ook op een mogelijke *koppeling* tussen enerzijds het toepasselijk arbeidsrecht, aangewezen op basis van de Rome I-Verordening en, anderzijds, het via de Rome II-Verordening op een vordering uit onrechtmatige daad toepasselijk te verklaren recht via de ‘accessoire aanknopng’ zoals verwoord in de laatste zinsnede van artikel 4 lid 3 Rome II-Verordening. Zo bekeken, zou hantering van de ontsnapingsclausule van de Rome I-Verordening in deze of gene zin niet alleen consequenties kunnen hebben voor het op een arbeidsovereenkomst toepasselijke recht, maar als verder uitvloeisel en uitloper eveneens op het recht dat toepasselijk wordt verklaard op een aan die arbeidsovereenkomst gerelateerde vordering uit onrechtmatige daad.

28 Groenboek bij de Rome I-Verordening (COM(2002)654def), p. 41, voetnoot 21.

of gene zin. Zo blijkt ook hier hoezeer enige nadere toelichting van het Hof over artikel 6 EVO-Verdrag bijzonder welkom is, in casu specifiek over de verhouding van de in artikel 6 EVO-Verdrag opgenomen IPR-bepaling met het beginsel van vrij dienstenverkeer.

3.4 Te verwachten verschillen in interpretatie van de ontsnappingsclausule naargelang het wel of niet een ‘intracommunautaire’ situatie betreft?

Voorgaande opmerkingen betreffende de werking en impact van het beginsel van vrij dienstenverkeer doen de vraag rijzen naar de plausibiliteit van een nog heel ander type variatie bij uitlegging van artikel 6 EVO-Verdrag. Immers, het EVO-Verdrag heeft een universeel toepassingsgebied. Zodoende is allicht niet in alle situaties waarin artikel 6 EVO-Verdrag toepassing vergt, sprake van een situatie waarbij het principe van vrijheid van dienstenverkeer binnen Europa geldt en bekommernis om de vrijheid van dienstenverkeer dus van tel kan zijn. Is dan denkbaar, zo kan worden opgeworpen, dat de interpretatie van artikel 6 EVO-Verdrag – inclusief de interpretatie van de ontsnappingsclausule in artikel 6 EVO-Verdrag – zou verschillen naargelang wel of niet rekening moet worden gehouden met het beginsel van vrijheid van dienstenverkeer – en dus wel of niet de druk wordt gevoeld van het geven van uitwerking aan het streefdoel van bevordering van dienstenverkeer binnen Europa. Ruimer geformuleerd gaat het hier om de plausibiliteit van verschil in interpretatie naargelang wel of niet Europeesrechtelijke beginselen in het gedrang komen. Daarbij moet overigens zeker ook gedacht worden aan de impact van de fundamentele Europese vrijheid van personenverkeer en het beginsel van non-discriminatie; verdiscontering van deze beginselen in het IPR lijkt vooral toe te sturen naar toepasselijkheid van het recht van het gästland van een mobiele werknemer, als *minimumnorm*.

Omtrent het onderscheid tussen intracommunautaire en extracommunautaire situaties moet wel, nuancerend, worden opgemerkt dat dit onderscheid uiteindelijk mogelijk kleiner is dan op het eerste zicht kan worden vermoed. Inzake de impact van het vrij personenverkeer en het non-discriminatiebeginsel kan bijvoorbeeld worden herinnerd aan de zaak Boukhalfa²⁹ van het Hof, waarbij het argument dat het Gemeenschapsrecht beperkt is tot het grondgebied van een lidstaat geen gehoor vond bij het Hof; het Hof aarzelde niet een Duitse regel op grond waarvan Algerijns arbeidsrecht toepasselijk werd verklaard op een buiten Europees grondgebied werkende werknemer te toetsen aan het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit zoals vervat in het toenmalige artikel 48 EG-Verdrag.³⁰ En inzake de impact van het vrij dienstenverkeer – waarbij de gelding van de Detacheringsrichtlijn van fundamenteel belang is – moet weliswaar worden onderkend dat de vrijheid van dienstenverkeer geldt voor *Europese* ondernemingen, maar moet toch ook worden gewezen op artikel 1 paragraaf 4 van de

29 HvJ 30 april 1996, C-214/94 (Boukhalfa). Over het punt van nationaliteitsdiscriminatie in verhouding tot de regulering van de situatie van expats, zie van Hoek in haar aantekeningen bij artikel 6 EVO-Verdrag (Losbladig commentaar Arbeidsovereenkomst, IPR, Toepasselijk recht, EVO).

30 Zie overigens ook de discussie of het Europese non-discriminatiebeginsel en het vrij verkeer van personen ook voor derdelanders kunnen gelden.

Detacheringsrichtlijn, waarin is bepaald dat ondernemingen die zijn gevestigd in een land dat geen lidstaat is, geen gunstigere behandeling mogen krijgen dan een in een lidstaat gevestigde onderneming.³¹ Overigens moet worden aangestipt dat de regels van de Detacheringsrichtlijn zeker ook op niet-Europese werknemers van toepassing zijn.

Kortom, de werkingskracht van beginselen als vrijheid van personenverkeer en vrijheid van dienstenverkeer is mogelijk ruimer dan gedacht, maar allicht is sowieso toch een *aantal* situaties denkbaar waarin artikel 6 EVO-Verdrag geldt *los van* Europese fundamentele vrijheden. De vrijheid om artikel 6 EVO-Verdrag op deze of gene manier te hanteren is dan mogelijk *anders* dan wanneer het belang van EG-beginselen mee moet worden gewogen; de interpretatie van de geledingen van artikel 6 EVO-Verdrag zou dienovereenkomstig mee kunnen variëren. Ook in de omgang met de ontsnapingsclausule – op het vlak van flexibiliteit bij hantering ervan, evenals op het vlak van overwegingen die van tel (kunnen) zijn bij de invulling ervan – zou dan mogelijk verschil te merken zijn. In zoverre nu daadwerkelijk een verschil in interpretatie van artikel 6 EVO-Verdrag zou ontstaan naargelang men wel of niet te maken heeft met een intracommunautaire situatie, zou hier een nieuwe dimensie te onderkennen zijn in de tweespalt die zich actueel aftekent in de ontwikkeling van het IPR. Immers, inmiddels is in het IPR al het fenomeen gekend van tweespalt in de zin van hantering in EU-landen van verschillende IPR-regels naargelang die IPR-regels wel of niet van Europese origine zijn en de nationale IPR-regels wel of niet impact hebben ondervonden van uitspraken van het Hof – zie bijvoorbeeld de tweespalt in Nederlandse IPR-regels inzake internationaal vennootschapsrecht en internationaal namenrecht.³² In casu zou men echter te maken hebben met IPR-regels die alle van Europese origine zijn. Ze zijn vervat in het EVO-Verdrag c.q. de Rome I-Verordening; maar de tweespalt laat zich dan kennen in een verschil in interpretatie ervan, met name naargelang zij van toepassing gelden in extracommunautaire of intracommunautaire situaties. Daarbinnen mogelijk nog met verdergaande onderscheiden naargelang de vrijheid van dienstenverkeer en/of de vrijheid van personenverkeer in het geding is. Hier duikt het beeld op van een matrix bij hantering en interpretatie van artikel 6 EVO-Verdrag c.q. artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag, telkenmale ingevuld vanuit bekommernissen en overwegingen die her en der rechtspolitiek van aard zijn. Zo bekeken zou het ook mogelijk zo zijn dat *als* het Hof een uitlegging geeft van artikel 6 EVO-Verdrag in een ‘intracommunautaire’ situatie, dergelijke uitlegging niet noodzakelijk navolging dient te krijgen in een ‘niet-commu-

31 Over de betekenis daarvan voor IPR-regels, zie onder andere het Document van de Groupe Européenne de droit international privé van 19-21 september 2003, p. 13 (te raadplegen via <http://www.gedip-egpil.eu/>), evenals het Groenboek bij de Rome I-Verordening, p. 42, voetnoot 80.

32 Zie hierover ook V. Van Den Eeckhout, Tien jaar Europees internationaal privaatrecht. Een verrassende metamorfose van exotisch muurbloempje tot goed geïntegreerde deelnemer in diverse gezelschappen, NTER 2005, p. 299.

nautaire situatie', en vice versa.³³ Zo bekeken zouden toekomstige uitspraken van het Hof waarbij een welbepaalde hantering van artikel 6 EVO-Verdrag wordt voorgeschreven, mogelijk nog steeds ruimte kunnen laten voor hantering van artikel 6 EVO-Verdrag in andere zin in confrontatie met 'andere types' situaties.

4 Slot: sturing van toepasselijk recht met kompas gericht op noord, oost of west?

Bij de aanduiding van het normaal toepasselijke recht op een internationale arbeidsovereenkomst kan de ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag zich lenen tot het verdisconteren van diverse bekommernissen. De rechter is degene die uiteindelijk het laatste woord heeft over het op een internationale arbeidsovereenkomst toepasselijk recht. Partijen kunnen hem daarbij aanzetten tot deze of gene koers. De rechter zou uiteindelijk op een al dan niet openlijke wijze kunnen varen op een welbepaald kompas³⁴ – ten gunste van de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer, ten gunste van de stimulering van het vrij personenverkeer, ten gunste van de stimulering van het dienstenverkeer, enzovoort. De rechter zou, los van enige rechtspolitieke bekommernis, kunnen richten op 'noord', te begrijpen als sturing op het kompas van het conflictenrechtelijk zwaartepunt van een rechtsverhouding – het Savigniaanse uitgangspunt van neutrale sturing naar het nauwst verbonden recht, een uitgangspunt waarvan ook artikel 4 EVO-Verdrag, inclusief artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag is doordrongen. De rechter zou echter ook kunnen sturen vanuit meer 'rechtspolitieke' bekommernissen. Zo zou de rechter in aarzeling tussen 'noord' en 'zuid' kunnen varen op het kompas van 'noord' in de zin van sturing naar het recht dat de werknemer een betere bescherming biedt – ik wijs hier op de passage in het Groenboek bij de Rome I-Verordening,³⁵ waarin omtrent de mogelijkheden die de ontsnappingsclausule biedt wordt overwogen:

'Zo kan men bijvoorbeeld oordelen dat een overeenkomst die in Frankrijk tussen een Franse werkgever en een Franse werknemer wordt gesloten om twee jaar werk te verrichten in een Afrikaans land, eventueel met de belofte van een nieuwe baan in Frankrijk na het aflopen van de overeenkomst, niet dient te worden beheerst door het recht van het Afrikaanse land waar de

33 Zie hierover ook al V. Van Den Eeckhout, *Alle wegen leiden naar Rome (I)*, alle wegen vertrekken vanuit Rome (I)?, *ArA* 2009-2, p. 10-11 en 12. Zie ook, *mutatis mutandis*, betreffende de impact van de rechtspraak van het Hof op de Rome II-Verordening, A.A.H. van Hoek, *Stakingsrecht in de verordening betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen* (Rome II), *NIPR* 2008, 455.

34 In zijn conclusie bij HR 28 maart 2008 (NJ 2008, 191) stelde advocaat-generaal Strikwerda dat de Hoge Raad in het Balenpers-arrest bij de uitleg van artikel 4 lid 5 EVO 'op eigen kompas heeft moeten varen', aangezien ten tijde van de uitspraak van het arrest het Protocol van 19 december 1988, *Trb.* 1989, 49, betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van het EVO, nog niet in werking was en de Hoge Raad derhalve geen prejudiciële vragen over de uitlegging van artikel 4 lid 5 EVO aan het Hof van Justitie kon voorleggen.

35 Groenboek bij de Rome I-Verordening, noot 78.

overeenkomst moet worden uitgevoerd, maar door het Franse recht, waarmee de overeenkomst het nauwst is verbonden.’

In een ander, actueel scherp in de schijnwerpers staand spanningsveld gaat het veeleer om sturing ‘op oost dan wel west’: specifiek in situaties van internationale detachering zou de rechter kunnen toesturen naar toepasselijkheid van het recht van het land van herkomst van een Oost-Europese onderneming die werknemers detacheert naar een van de oude lidstaten, of toepasselijkheid van het westers land van ontvangst.

Het is de taak van het Hof te fungeren als loods voor nationale rechters. Maar het Hof heeft zich tot nu toe nog niet uitgesproken over de ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag, noch op het punt van overwegingen die van tel kunnen zijn bij invulling ervan, noch op het punt van de ruimte die überhaupt openstaat om deze ontsnappingsclausule in te roepen. Wel heeft het Hof zich in de zaak *Intercontainer Interfrigo* uitgesproken over de gestrengheid waarmee de ontsnappingsclausule van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag mag worden toegepast. De traditioneel rigide omgang met deze bepaling in Nederland, zoals die in het *Baleners-arrest* was geformuleerd, is in deze uitspraak door het Hof van de hand gewezen. Daarmee kunnen alleszins ook argumenten dat de ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 in fine EVO-Verdrag rigide moet worden toegepast *omdat* met deze ontsnappingsclausule even rigide moet worden omgegaan als de Hoge Raad inzake artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag had gedaan inzake het *Baleners-arrest*, geen gehoor meer krijgen. *Die* rem op flexibele omgang met de ontsnappingsclausule is nu opgeheven. Overigens blijft het wachten op uitspraken van het Hof waarin IPR-regels inzake arbeidsovereenkomsten worden uitgelegd.