



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Alle wegen leiden naar Rome (I), alle wegen
vertrekken vanuit Rome (I)!? Mogelijkheden tot
opheldering van ipr-onduidelijkheden bij
internationale detachering**

Eeckhout, V. van den

Citation

Eeckhout, V. van den. (2009). Alle wegen leiden naar Rome (I), alle wegen vertrekken vanuit Rome (I)!? Mogelijkheden tot opheldering van ipr-onduidelijkheden bij internationale detachering. *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, (2), 3-21. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13961>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13961>

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

ARTIKELEN

Alle wegen leiden naar Rome (I), alle wegen vertrekken vanuit Rome (I)!?

Mogelijkheden tot opheldering van ipr-onduidelijkheden bij internationale detachering

V. Van Den Eeckhout

1 Het miskende belang van het internationaal privaatrecht

De uitspraken Viking, Laval, Rüffert en C./Luxemburg van het Hof van Justitie¹ hebben al vele pennen in beweging gezet. De zaken zijn inmiddels bekend bij een ruim publiek.

In de commentaren bij deze uitspraken werd de rechtspraak van het Hof vanuit uiteenlopende gezichtspunten belicht. Een vakgebied dat er tot nog toe echter bekaaid van af is gekomen, is het vakgebied van het internationaal privaatrecht (hierna 'ipr'). In de conclusies bij de zaken Rüffert en C./Luxemburg worden regels van toepasselijk recht en voorrangsregels zoals vervat in artikel 6 en 7 van het EVO-Verdrag² wel even aangeraakt,³ maar verder dan dat gaat het niet. In de omvangrijke literatuur die reeds verscheen naar aanleiding van de uitspraken van het Hof kregen

1 Viking (C-438/05, 11 december 2007), Laval (C-341/05, 18 december 2007), Rüffert (C-346/06, 3 april 2008) en C./Luxemburg (C-319/06, 19 juni 2008).

2 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, ter ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980 (PB L 266, p. 1).

3 Zie met name de conclusie bij Rüffert, nr. 10 tot en met 12, evenals de conclusie bij C./Luxemburg, nr. 35 (inclusief de uitgebreide voetnoot 8). Overigens blijkt uit nr. 4 van de uitspraak C./Luxemburg, waarin de Luxemburgse nationale wetgeving wordt aangehaald, dat in die Luxemburgse wetgeving wel verwezen werd naar het EVO-Verdrag.

ipr-aspecten al evenmin grote aandacht.⁴ En in de ipr-commentaren over omzetting van het EVO-Verdrag in een Rome I-Verordening⁵ die momenteel veelvuldig verschijnen, wordt nauwelijks aandacht gegeven aan de uitspraken van het Hof.

Mijns inziens zijn ipr-aspecten in deze materie tot nog toe *ten onrechte* onderbelicht gebleven. Die onderbelichting van ipr-regels is merkwaardig, want regels van toepasselijk recht en voorrangregels kunnen in deze thematiek wel degelijk verschil maken.⁶ Zo benieuwt het mij het standpunt van het Hof te kennen inzake de mogelijkheid dat in zaken van internationale detachering de uitgezonden werknemers op basis van artikel 6 EVO-Verdrag c.q. artikel 8 Rome I-Verordening onderworpen zijn aan een *ander* arbeidsrecht dan het recht van het land van de onderneming die hen heeft uitgezonden, en de impact daarvan. Ook rijzen prangende vragen naar de mogelijkheid bovenop de bescherming die wordt geboden door de Detacheringsrichtlijn⁷ – waarbij de Detacheringsrichtlijn zelf te begrijpen is als een unificatie van voorrangregels – om regels van het gastland als voorrangregels in de zin van artikel 7 EVO-Verdrag c.q. artikel 9 Rome I-Verordening toepasselijk te verklaren.

Ipr-regels vervat in het EVO-Verdrag mogen dan wel relevant en eventueel zelfs richtinggevend zijn in discussies omtrent internationale detachering, er heeft altijd veel onduidelijkheid en controverse bestaan omtrent de hantering van artikel 6 en 7 EVO-Verdrag – ook in situaties buiten internationale detachering om. Zo bestaat bijvoorbeeld controverse omtrent de te hanteren gestrengheid bij hantering van de ‘ontsnappingsclausule’ van artikel 6 lid 2 laatste zinsnede EVO-Verdrag of, nog, omtrent de te volgen handelwijze indien de bepalingen van het door middel van een rechtskeuze aangeduide recht de facto gunstiger zijn voor de werknemer dan de dwingende bepalingen van het normaal toepasselijke recht (situatie die zich kan voordoen bij hantering van artikel 6 lid 1 EVO-Verdrag) evenals, niet in het minst,

4 Dit behoudens een enkele uitzondering: zie, vooral, S. Deakin, *Regulatory competition after Laval* 2008, te raadplegen op <<http://refgov.cpd.r.ucl.ac.be>> onder ‘publications’, ‘Fundamental rights’, ‘FR-18’; zie ook, voor een korte aanstipping van enkele ipr-aspecten, A.A.H. van Hoek & M.S. Houwerzijl, *Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik*, NTER 2008, p. 199 en p. 345. Zie ook, zeer recent, M. Fallon, *Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes*, *Revue Critique de Droit International Privé* 2008, p. 781-818). Na het afronden van het onderhavige artikel is over de problematiek van het internationaal arbeidsrecht in verhouding tot de uitspraken van het Hof recentelijk tevens wel gepubliceerd in H. Verschueren & M.S. Houwerzijl, *Toepasselijk arbeidsrecht over de grenzen heen: België, Nederland, Europa, de wereld*, Deventer: Kluwer 2009. Overigens werd in de ipr-doctrine wél al aandacht getoond voor de ipr-aspecten inzake stakingsrecht van de uitspraken, zie bijv. A.A.H. van Hoek, F. Dorssemont & T. Jaspers, *Cross-Border Collective Actions in Europe*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2007, A.A.H. van Hoek & F. Dorssemont, *De collectieve actie bij arbeidsconflicten in Rome II*, *Tijdschrift Belgisch Handelsrecht* 2008, p. 515-534, en A.A.H. van Hoek, *Stakingsrecht in de verordening betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II)*, *NIPR* 2008, p. 449-455.

5 Verordening (EG) No. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), PbEU 2008, L 177/6.

6 Zo heb ik al eerder betoogd in mijn bijdrage *Internationaal arbeidsrecht gemangeld tussen Europese fundamentele vrijheden*, TRA 2009, afl. 4, p. 5-10, in uitgebreide versie te raadplegen op <www.law.leidenuniv.nl/org/civielrecht/bpr/privaat/eekhoutvanden.jsp>.

7 Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, PBL 018, p. 1-6, 21 januari 1997 (‘Detacheringsrichtlijn’).

de invulling van het begrip ‘tijdelijk’ in artikel 6 lid 2 onder a EVO-Verdrag.⁸ De manier waarop deze controverses worden beslecht, zou op zijn beurt weer repercussies kunnen hebben op de manier waarop controverses inzake internationale detachering worden beslecht.

Tegen deze achtergrond vormt de inwerkingtreding in de nabije toekomst van de Rome I-Verordening een uitgelezen kans tot reflectie. *Opzet* van deze bijdrage is dan ook na te gaan in hoeverre de inwerkingtreding van de Rome I-Verordening, *met* de daaraan gekoppelde interpretatiebevoegdheid van het Hof van Justitie, (nieuwe) kansen biedt tot opheldering van ipr-onduidelijkheden inzake internationale detachering.

2 De artikelen van de Rome I-Verordening vergeleken met het EVO-Verdrag

De Rome I-Verordening is het resultaat van de omzetting van het EVO-Verdrag in een verordening. Overeenkomstig artikel 28 Rome I-Verordening zal de Rome I-Verordening van toepassing zijn op contracten die gesloten worden na 17 december 2009. Voor contracten die voordien zijn gesloten, zal dus ook na 17 december 2009 nog steeds het EVO-Verdrag moeten worden gehanteerd. Overigens is het zo dat Denemarken – als enige EU-lidstaat – *geen* lidstaat is bij de Rome I-Verordening.⁹ Denemarken is wel lidstaat bij het EVO-Verdrag. Bijgevolg zal in Denemarken ook voor contracten die na 17 december 2009 zijn gesloten het EVO-Verdrag de te hanteren ipr-bron blijven. Evenals het EVO-Verdrag heeft de Rome I-Verordening overigens een *universeel* toepassingsgebied.

Ik beperk me hierna tot het aanstippen van de *wijzigingen* die zijn doorgevoerd bij omzetting van artikel 6 en 7 EVO-Verdrag in artikel 8 en 9 Rome I-Verordening.

Regels van toepasselijk recht

Wat betreft de regeling inzake *toepasselijk recht* op arbeidsverhoudingen, heeft men *niet* de gelegenheid te baat genomen bij de formulering van het nieuwe artikel 8 alle voorheen bestaande controverses omtrent artikel 6 EVO-Verdrag op te lossen. Wel is rechtspraak van het Hof inzake overeenkomstige bepalingen in het *EEX-Verdrag* in artikel 8 Rome I-Verordening verwerkt, in die zin dat in het nieuwe artikel 8 expliciet is bepaald dat bij afwezigheid van een vast werkland moet worden gezocht naar het land van waaruit de werkzaamheden worden verricht. Artikel 8 lid 2 bepaalt: ‘Voor zover het op een individuele arbeidsovereenkomst toepasselijke recht niet door de partijen is gekozen, wordt de overeenkomst beheerst door het recht

8 Zie hierover ook V. Van Den Eckhout, Internationaal arbeidsrecht gemengd (uitgebreide versie), p. 4 e.v. Zie ook uitgebreid over de in mijn bijdrage aangestipte en nog andere controverses, A.A.H. Van Hoek, Toepasselijk recht: EVO, in: G.J.J. Heerma van Voss (red.), Arbeidsovereenkomst, Deventer: Kluwer, losbladig (aantekeningen bij art. 6 en 7 EVO-Verdrag).

9 Dit overeenkomstig de ‘opt-out’ van Denemarken in het proces van europeanisatie van het ipr. Het Verenigd Koninkrijk en Ierland hebben gebruikgemaakt van de opt-in mogelijkheid om lid te worden van de Rome I-Verordening. Over de bijzondere positie van Denemarken, het Verenigd Koninkrijk en Ierland in het proces van europeanisatie van het ipr, zie recent K. Vanderkerckhove, Een Europees labirynth: het geografisch toepassingsgebied van de Brussel-I Verordening en aanverwante Europese wetgeving van internationaal privaats- en burgerlijk procesrecht, NTER 2009, p. 90-97.

van het land waar of, bij gebreke daarvan, *van waaruit* de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht. Het land waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht wordt niet geacht te zijn gewijzigd wanneer de werknemer zijn arbeid tijdelijk in een ander land verricht' (cursivering VvdE). Daarom treft men dus duidelijkheid gegeven.

Maar de moeilijkheden omtrent invulling van het begrip 'tijdelijkheid' in artikel 6 lid 2 a EVO-Verdrag lijken ook onder de Rome I-Verordening te zullen voortbestaan. In artikel 8 van de Rome I-Verordening wordt immers geen definitie gegeven van het begrip 'tijdelijkheid'. Enkel is in considerans 36 van de preambule bij de Rome I-Verordening bepaald dat het verrichten van arbeid in een ander land als tijdelijk dient te worden aangemerkt 'wanneer van de werknemer wordt verwacht dat hij na de voltooiing van zijn taak in het buitenland opnieuw arbeid in het land van herkomst verricht'.¹⁰ In diezelfde considerans wordt daar overigens nog aan toegevoegd dat 'het sluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst met de oorspronkelijke werkgever of met een werkgever die tot dezelfde groep van bedrijven behoort als de oorspronkelijke werkgever, mag niet beletten dat de werknemer geacht wordt zijn arbeid tijdelijk in een ander land te verrichten' – op dit punt heeft men de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake overeenkomstige bepalingen in het EEX-Verdrag kennelijk *niet* willen navolgen.

De zogenoemde ontsnappingsclausule van artikel 6 lid 2 laatste zinsnede EVO-Verdrag is behouden in het vierde lid van artikel 8 Rome I-Verordening, met toevoeging van het woordje 'kennelijk' in de bepaling: 'Indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan het in lid 2 of 3 bedoelde land, is het recht van dat andere land van toepassing', aldus het nieuwe artikel 8 Rome I-Verordening.

Voorrangsregels

Wat betreft het leerstuk van de *voorrangsregels* ('bepalingen van bijzonder dwingend recht') is gepoogd in artikel 9 Rome I-Verordening – opvolger van artikel 7 EVO-Verdrag – te verhelderen wanneer men te maken heeft met een voorrangsregel: de door het Hof van Justitie in de zaak *Arblade*¹¹ gehanteerde omschrijving van 'bepalingen van bijzonder dwingend recht', als zijnde 'bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie', is opgenomen in artikel 9 lid 1 Rome I-Verordening.¹² Opmerkelijk is dat het arrest *Arblade* waaruit deze formulering werd overgenomen, werd uitgesproken in het kader van een discussie omtrent internationale detachering. Daarbij was de vraag gerezen in hoeverre wetten die door België waren gecategoriseerd als 'wetten van politie en veiligheid', de

10 Zie ook hieromtrent het Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, COM(2005)650, p. 8.

11 HvJ *Arblade*, C-369/96 en C-376/97, 23 november 1999.

12 Zie wel over de vraag naar invulling van deze bepaling o.a. S.F.G. Rammeloo, *Via Romana*. Van EVO naar Rome I – Nieuw Europees IPR inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, NIPR 2006, p. 239, en A.A.H. Van Hoek, *Het toepasselijke recht op arbeidsovereenkomsten – een reactie op het Groenboek EVO, Sociaal Recht 2003*, p. 366 e.v. (beide betreffende de op dat ogenblik voorhandige conceptversie van Rome I).

toets aan het Gemeenschapsrecht – en meer bepaald de regels inzake vrijheid van dienstenverkeer – konden doorstaan.

Het nieuwe artikel 9 doet tegelijk echter ook nieuwe onduidelijkheden ontstaan, in het bijzonder artikel 9 lid 3 betreffende de toepassing van voorrangsregels die afkomstig zijn uit een ander recht dan het recht van de rechter die de zaak behandelt. Het gaat in dit lid om voorrangsregels die afkomstig zijn uit een *ander* recht dan het recht van de rechter die de zaak behandelt. In de doctrine is al gewezen op de moeilijkheden bij toepassing van deze bepaling.¹³

Verhouding tot EG-regels

Artikel 20 EVO-Verdrag is in min of meer gelijkaardige bewoordingen overgenomen in artikel 23 Rome I-Verordening.¹⁴ Door te spreken over ‘de in de bepalingen van het Gemeenschapsrecht vervatte en op bepaalde gebieden geldende regels’ lijkt artikel 23 wel iets ruimer te zijn geformuleerd dan artikel 20 EVO-Verdrag, waarin wordt gesproken van ‘besluiten’.¹⁵ De vraag kan rijzen wat de opstellers van de Rome I-Verordening precies voor ogen stond bij de redactie van artikel 23. Is bijvoorbeeld, naast richtlijnen als de Detacheringsrichtlijn, ook gedacht aan EG-richtlijnen waarin een ipr-oorsprongslandbeginsel is geformuleerd c.q. wordt onderkend,¹⁶ mogelijk zelfs aan bepalingen van het EG-Verdrag zelf waarin een oorsprongslandbeginsel zou kunnen worden gelezen? Dan zouden overeenkomstig artikel 23 ipr-regels van de Rome I-Verordening moeten wijken. Ik herinner er in deze context aan dat in de

13 Cfr. hierover C.G. van der Plas, Verbintenissen uit overeenkomst: van EVO-Verdrag naar Rome I-Verordening, NTER 2008, p. 327-328, en Van Den Eeckhout, Internationaal arbeidsrecht gemangeld, (uitgebreide versie), voetnoot 84 – de aanduiding van het toepasselijk recht op de arbeidsverhouding zou dan mogelijk impact kunnen hebben op de vraag welke voorrangsregels kunnen worden toegepast. Omtrent de houding van het Verenigd Koninkrijk ter zake – houding die aanleiding gaf tot het in artikel 8 lid 3 geformuleerde ‘compromis’ – zie nog het recent openbaar gemaakte document <www.justice.gov.uk/docs/rome-i-consultation-govt-response.pdf>.

14 Artikel 20 EVO-Verdrag bepaalt: ‘Dit verdrag laat onverlet de toepassing van bepalingen die voor bijzondere gebieden regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot verbintenissen uit overeenkomst bevatten en die zijn of zullen worden neergelegd in besluiten van de instellingen van de Europese Gemeenschappen of in ter uitvoering van deze besluiten geharmoniseerde nationale wetgevingen’; artikel 23 Rome I-Verordening bepaalt: ‘Met uitzondering van artikel 7 laat deze verordening onverlet de toepassing van de in de bepalingen van het Gemeenschapsrecht vervatte en op bepaalde gebieden geldende regels inzake het toepasselijk recht op verbintenissen uit overeenkomst.’

15 Zie hierover ook al Van Den Eeckhout, Internationaal arbeidsrecht gemangeld (uitgebreide versie), voetnoot 73.

16 Zie ook considerans nr. 40, waarin wordt verwezen naar de E-commercerichtlijn. Zie ook, mutatis mutandis, de marktregel vervat in artikel 6 van de Rome II-Verordening versus de onderkenning, door sommige auteurs, van een ipr-oorsprongslandbeginsel in de E-commercerichtlijn, en de gelding in deze context van artikel 27 Rome II, evenals de toelichting daarbij in considerans nr. 35 van de preambule bij de Rome II-Verordening. Zie over deze discussie recent nog M. Wilderspin, The Rome II Regulation; Some policy observations, NIPR 2008, p. 408-413 (vermeldenswaard hierbij is nog dat in de definitieve versie van *Dienstenrichtlijn*, uiteindelijk, geen oorsprongslandbeginsel is opgenomen). Zie ten slotte ook artikel 3 lid 4 Rome I-Verordening omtrent de verhouding tot Gemeenschapsrecht.

conceptversie van de Rome I-Verordening in considerans 13 een zin was opgenomen die als zodanig niet is terug te vinden in de definitieve versie van de Rome I-Verordening, maar die eveneens de voorrang van het EG-recht betrof. Die zin betrof specifiek de mogelijkheid tot toepassing van bepalingen van bijzonder dwingend recht en de exceptie van openbare orde. Considerans 13 van de concept-versie bepaalde met name: 'De eerbiediging van de openbare orde van de lidstaten vereist specifieke regels inzake bepalingen van bijzonder dwingend recht en het mechanisme van de openbare orde-exceptie. *Bij de toepassing van deze regels moeten de Verdragsbepalingen in acht worden genomen*' (cursivering VvdE). Deze bepaling gaf een paar jaar geleden aanleiding tot heftige reacties. Een aantal ipr-juristen toonde zich zeer bezorgd over de mogelijkheid dat het Hof van Justitie in de toekomst de gelding van voorrang-regels zou ondermijnen door deze te toetsen aan de EG-Verdragsbepalingen.¹⁷ Anno 2009 komt deze vraag naar mogelijkheid tot inroepen van voorrangregels van het gastland als bijzonder prangend naar voren.¹⁸ Zowel de interpretatie van artikel 49 EG-Verdrag, waarin de vrijheid van dienstenverkeer is bepaald, als die van de Detacheringsrichtlijn, die recent door het Hof lijkt te worden geïnterpreteerd als (volledig) in functie staand van de stimulering van vrijheid van dienstenverkeer, is daarbij cruciaal.

- 17 Zie hierover al V. Van Den Eeckhout, Internationaal arbeidsrecht gemengd (uitgebreide versie), p. 12, voetnoot 39, met verwijzing naar de Franse 'lettre ouverte'. In de toenmalige conceptversie van Rome I was in artikel 22 overigens sprake van 'besluiten van de instellingen van de Europese Gemeenschappen die a) voor bijzondere gebieden regels van internationaal privaatrecht met betrekking tot verbintenissen uit overeenkomst bevatten (...) c) regels vaststellen ter bevordering van de goede werking van de interne markt, voorzover deze regels niet in combinatie met het door de regels van internationaal privaatrecht kunnen worden toegepast' (in de bijlage waarnaar onder a) was verwezen, was onder andere de Detacheringsrichtlijn opgenomen).
- 18 Cfr. de interpretatie die in de zaken Laval, Rüffert en C./Luxemburg werd gegeven aan artikel 3 lid 7 en 10 van de Detacheringsrichtlijn. Zie vooral, omtrent artikel 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn, de interpretatie van deze bepaling in de *conclusie* bij Rüffert (C-346/06) als zouden ook bepalingen van het gastland langs deze weg toepassing kunnen vinden – voor zover in overeenstemming met Gemeenschapsrecht –; zie conclusie nr. 83 en 84 (inclusief voetnoot 24 van de conclusie waarin de advocaat-generaal verwijst naar de conclusie bij Laval (C-341/05), nummer 151, waarbij de advocaat had gesteld dat 'de bevoegdheid moet worden uitgeoefend met eerbiediging van het in artikel 49 EG gegarandeerde vrije verkeer van diensten'); zie daarentegen de visie van *het Hof*, nr. 32-34. Zie omtrent artikel 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn (waarin het vereiste 'met inachtneming van het Verdrag' is opgenomen) vooral de zaak C./Luxemburg (C-319/06, 19 juni 2008). Voor een korte positionering van artikel 3 lid 7 evenals artikel 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn vanuit ipr-perspectief, zie A.A.H. van Hoek & M.S. Houwerzijl, Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – Deel 2, NTER 2008, p. 345. Opmerkelijk is dat van Hoek en Houwerzijl betreffende artikel 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn aangeven: 'Zoals het Hof wellicht ook bedoeld heeft aan te geven in Laval (r.o. 79) moet deze bepaling dan ook als uitwerking van overweging 17 van de preambule worden beschouwd, waarin wordt gerefereerd aan gunstiger bepalingen in het land van *herkomst*' (cursivering VvdE). In die overweging wordt echter niet (expliciet) vereist dat die gunstiger regels zouden afkomstig moeten zijn uit het land van *herkomst*. Voor een situering van de verhouding tussen artikel 7 EVO-Verdrag en de Detacheringsrichtlijn, voor de recente uitspraken van het Hof, zie M.S. Houwerzijl, De Detacheringsrichtlijn, Deventer: Kluwer 2005, p. 162-164.

3 De uitleggingsbevoegdheid van het Hof van Justitie

Uitleggingsbevoegdheid over het EVO-Verdrag c.q. Rome I-Verordening

Hiervoor bleek dat, al met al, de Europese wetgever in de Rome I-Verordening wel her en der een punt van discussie heeft beslecht; maar meer algemeen beschouwd, heeft de Europese wetgever de rechtsbeoefenaar niet werkelijk veel handvatten geboden waarmee aloude controverses inzake artikel 6 en 7 EVO-Verdrag kunnen worden beslecht, of waarmee nieuw gerezen vragen betreffende de werking van deze artikelen in situaties van internationale detachering kunnen worden beantwoord. In die zin is de uitleggingsbevoegdheid over de artikelen van de Rome I-Verordening die aan het Hof van Justitie is toebedeeld, zeer relevant.

Inzake de Rome I-Verordening zal het Hof van Justitie uitleggingsbevoegdheid hebben op basis van dit artikel 68 EG-Verdrag. Het betreft hier een in vergelijking met artikel 234 EG-Verdrag beperkte mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen.¹⁹ Met betrekking tot het EVO-Verdrag – de voorloper van de Rome I-Verordening – had het Hof van Justitie lange tijd eenvoudigweg *geen* uitleggingsbevoegdheid. Tot 2004 was er voor het Hof hoegenaamd geen mogelijkheid het EVO-Verdrag uit te leggen. De Protocollen van 19 december 1988, op basis waarvan men het Hof van Justitie uitleggingsbevoegdheid over het EVO-Verdrag wou verschaffen, zijn immers pas op 1 augustus 2004 in werking getreden.²⁰ Sinds de inwerkingtreding van de Protocollen bij het EVO-Verdrag heeft het Hof zich nog niet uitgesproken over de artikelen van het EVO-Verdrag. Wel zijn sinds 2004 al meerdere prejudiciële vragen gesteld aan het Hof. De zaken zijn momenteel hangend. Omtrent artikel 6 of 7 EVO-Verdrag zijn, voor zover ik weet, nog geen prejudiciële vragen aan het Hof gesteld. Interessant is wel dat omtrent artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag reeds een prejudiciële vraag aan het Hof werd gesteld door de Nederlandse Hoge Raad.²¹ Het is uitkijken naar het antwoord dat het Hof op deze vraag zal formuleren, nu artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag een min of meer gelijkaardige bepaling

- 19 Op basis van artikel 68 (juncto 234) EG-Verdrag kunnen alleen vragen worden gesteld door de rechterlijke colleges waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep. Overigens, wanneer in een zaak aanhangig voor zo'n college een vraag wordt opgeworpen betreffende de uitlegging van een maatregel inzake ipr, is deze instantie wel *gehouden* het Hof van Justitie te verzoeken over deze vraag een uitspraak te doen indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van een vonnis. Over eventuele wijzigingen inzake de uitleggingsbevoegdheid van het Hof over ipr-verordeningen naar de toekomst toe (in de zin van *uitbreiding* van de mogelijkheden, nu gepland was dat uitsluitend nog artikel 234 EG-Verdrag van toepassing zou zijn), zie G.R. de Groot & J.-J. Kuipers, *The New Provisions on Private International Law in the Treaty of Lisbon*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2008, p. 109-114.
- 20 Protocollen van 19 december 1988, PbEG 41 (1998), nr. C27, p. 47 en p. 52. De Protocollen kennen eigen regels omtrent de modaliteiten van het stellen van prejudiciële vragen, met name omtrent de aanduiding van welke nationale instanties verplicht dan wel bevoegd zijn tot het stellen van prejudiciële vragen: overeenkomstig de Protocollen bij het EVO-Verdrag zijn de aangewezen, hoogste, nationale rechterlijke instanties van de lidstaten in casu niet verplicht maar slechts bevoegd om prejudiciële beslissingen van het Hof van Justitie te vragen.
- 21 Het betreft prejudiciële vraag C-133/08, 2 april 2008. Over deze prejudiciële vraag, zie uitgebreid S.F.G. Rammeloo, *Prejudiciële vraag HR aan HvJ EG. Eenvormige interpretatie van artikel 4 EVO*, *NIPR* 2008, p. 242-251.

omvat als artikel 6 lid 2 laatste zinsnede EVO-Verdrag. In beide artikelen is immers een zogenoemde ‘ontsnappingsclausule’ ingebouwd. Het benieuwt mij in hoeverre de uitleg die door het Hof zal worden gegeven aan de gestrengheid waarmee artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag dient te worden toegepast, en de eventuele overwegingen die van tel zijn bij de hantering van artikel 4 lid 5 EVO-Verdrag,²² ook repercussies zal kunnen hebben op de hantering van artikel 6 lid 2 laatste zinsnede EVO-Verdrag c.q. artikel 8 lid 3 Rome I-Verordening.²³

Impact van uitspraken van het Hof van Justitie

Verwacht mag worden dat naar de toekomst toe aan het Hof nog vele prejudiciële vragen omtrent de toepassing van het EVO-Verdrag c.q. de Rome I-Verordening worden gesteld.²⁴ En allicht geldt dit zeker ook voor de artikelen die het internationaal arbeidsrecht aanbelangen, in het bijzonder artikel 6 EVO-Verdrag c.q. artikel 8 Rome I-Verordening. De uitleggingsbevoegdheid van het Hof over het EVO-Verdrag c.q. de Rome I verordening biedt zodoende heel zeker kansen tot opheldering van controverses inzake artikel 6 en 7 EVO-Verdrag. In de mate dat het Hof zich in zulke prejudiciële procedures zal uitspreken over de artikelen die het internationaal arbeidsrecht betreffen, zou het Hof mede richting kunnen geven aan de manier waarop discussiepunten in *zaken van internationale detachering* dienen te worden beslecht. Maar of de uitleggingsbevoegdheid van het Hof ook werkelijk garanties biedt dat de ipr-aspecten van internationale detachering zullen worden verhelderd in prejudiciële vragen die aan het Hof worden voorgelegd over EVO-artikelen die het internationaal arbeidsrecht betreffen, is wellicht afhankelijk van een aantal bijkomende factoren. Zo zijn, uiteraard, de karakteristieken van de casus die voor het Hof wordt gebracht belangwekkend. Vervolgens – ik werp het op bij wijze van vraagstelling –: in hoeverre zou het legitiem zijn te betogen dat in zaken van internationale detachering bij de hantering van artikel 6 en 7 EVO-Verdrag c.q. artikel 8 en 9 Rome I-Verordening *andere of bijkomende* overwegingen van tel zijn dan in zaken buiten internationale detachering om, en uitspraken van het Hof inzake artikel 6 en 7 EVO-Verdrag c.q. artikel 8 en 9 Rome I niet als vanzelf mogen worden

- 22 Waarbij, onder meer, kan worden gedacht aan overwegingen inzake rechtszekerheid, inzake eenvormigheid bij toepassing en vermijden van shopping, inzake het laten aan de rechter van een marge tot beoordeling van individuele gevallen.
- 23 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 Van Hoek, Losbladige Arbeidsrecht, aantekeningen bij artikel 6 EVO-Verdrag.
- 24 Voor wat betreft het EVO-Verdrag op basis van de Protocollen, voor wat betreft de Rome I-Verordening op basis van artikel 68 EG-Verdrag, elk overeenkomstig de daarvoor geldende modaliteiten. Zo ook werden tot nog toe op basis van artikel 68 EG-Verdrag reeds meerdere prejudiciële vragen aan het Hof gesteld omtrent de *Brussel II bis verordening* (zie ook omtrent de rol van het Hof in deze context V. Van Den Eeckhout, Het Hof van Justitie als steun en toeverlaat in tijden van Europeanisatie van het IPR? Mogelijkheden tot het aanspreken van een Europese echtscheidingsrechter na de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Sundelind Lopez (C-68/07), NTER 2008, p. 84-90).

‘overgezet’ naar de thematiek van internationale detachering in EU-verband?²⁵ Heeft men het over ‘andere of bijkomende’ overwegingen, dan zou daarbij uiteraard in eerste instantie kunnen worden gedacht aan de impact van overwegingen inzake stimulering van dienstenverkeer, nu dergelijke overwegingen in zaken van internationale detachering zeer belangrijk worden geacht.²⁶ Stél dat zo wordt geredeneerd, en stel dat het Hof zich in een casus beperkt tot een strikte uitleg van de artikelen, zonder overigens gewag te maken van de problematiek in zaken van internationale detachering, zou dan mogelijk discussie over de handelwijze bij hantering van ipr-regels van het EVO-Verdrag c.q. de Rome I-Verordening nog steeds ‘open’ liggen in zaken waar het internationale detachering betreft? Zo bekeken biedt de uitleggingsbevoegdheid van het Hof zeker kansen tot opheldering van ipr-kwesties, maar zal het uiteraard mede afhangen van het type zaak en het type pleidooi van partijen in hoeverre door het Hof *daadwerkelijk* klaarheid zal (kunnen) worden geboden in zaken van *internationale detachering*.

4 Alternatieve wegen tot opheldering van ipr-onduidelijkheden?

Mogelijkheden van het Hof van Justitie in verleden, heden en toekomst

Men zou kunnen stellen dat het Hof, ook bij ontbreken van uitleggingsbevoegdheid van het EVO-Verdrag, al heel lang gelegenheid had nadere toelichting te geven bij ipr-regels inzake arbeidsovereenkomsten in zaken van internationale detachering. De rechtspraak inzake internationale detachering, die is ingezet met de zaak *Rush Portuguesa*²⁷ is immers uitgebreid. Vaak betrof het in die uitspraken de vraag naar

- 25 Zoals ook omgekeerd de vraag kan worden gesteld in hoeverre aan een interpretatie door het Hof van de artikelen van het EVO-Verdrag c.q. de Rome I-Verordening in zaken die specifiek internationale detachering in EU-verband betreffen, sowieso ruimere gelding zal mogen worden toegekend.
- 26 Over de mogelijkheid (ook) beroep te doen op de vrijheid van *personenverkeer* – die tot andere afwegingen zou kunnen leiden – zie V. Van Den Eeckhout, *Internationaal arbeidsrecht gemengd* (uitgebreide versie), evenals infra, bij de zaak *Boukhalfa*. Van Peijpe (T. van Peijpe, *De arresten Laval en Viking en hun gevolgen*, SMA 2008, p. 184) lijkt, voor wat betreft de mogelijkheid van ‘een werker’ die zich naar een andere lidstaat begeeft, zich te beroepen op de regels van het ontvangende land op basis van het vrij verkeer van personen, een onderscheid te maken dat (mede) rekening houdt met de vraag of de werkgever is gevestigd hetzij in het land van oorsprong, hetzij in het ontvangende land. Over dit onderscheid, zie ook H. Verschueren, *Cross-border Workers in the European Internal Market*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2008, afl. 2, p. 176 (Verschueren haalt overigens meerdere argumenten aan om ook in zaken van internationale detachering het vrij personenverkeer te laten gelden). Zie ook zeer recent over het vrij personenverkeer, F. Dorssemont, *De collectieve arbeidsvoorwaardenvorming (van het werkland) en de gedetacheerde werknemer na Rüffert en Commissie versus Luxemburg*, *ArA* 2008/3, p. 103-104.
- 27 HvJ *Rush Portuguesa* C-113/89, 27 maart 1990. In deze zaak beoordeelde het Hof een casus van internationale detachering in het kader van het vrij dienstenverkeer, en niet in het kader van het vrij verkeer van personen. In de uitspraak is een ‘enerzijds’ en een ‘anderzijds’ te vinden, omtrent de beoordeling van de toelaatbaarheid van vereisten die het gastland oplegt bij internationale detachering. Zie nr. 12 van de uitspraak tegenover nr. 18. Eenzelfde type ‘enerzijds’, ‘anderzijds’ overwegingen is bijv. ook te vinden in het *Arblade*-arrest dat in deze materie als één van de kernarresten wordt beschouwd. Zie ook al over de ‘arbeidsvoorwaarden-werklandformule’ r.o. 14 van de uitspraak *Seco* van het Hof van Justitie (C-62 en C-63/81, 3 februari 1982).

het geoorloofd karakter van toepassing van (arbeidsrechtelijke) regels van het gast-land. Maar in de recente zaken Laval, Rüffert en C./Luxemburg bleven ipr-regels, zoals aangegeven, nagenoeg onaangeroerd. En ook bij nalezing van de vroegere zaken betreffende internationale detachering waarover het Hof zich sinds de zaak Rush Portuguesa boog, trof ik nauwelijks enige door het Hof gehanteerde ipr-terminologie of verwijzing naar ipr-bepalingen aan. Alleen in de zaak Arblade²⁸ gaat het Hof mee in de hantering van ipr-jargon, in zoverre daar wordt gesproken van litigieuze bepalingen die naar Belgisch recht waren geklassificeerd als 'wetten van politie en veiligheid'.

Mogelijk zag het Hof tot nog toe in de zaken die reeds voorlagen eenvoudigweg nog geen aanleiding in te gaan op ipr-perikelen en wou het Hof geenszins ongevraagd ingaan op ipr-regels indien die niet als cruciaal en controversieel naar voren kwamen. Of zag het Hof daartoe soms mogelijk wel aanleiding, maar moet de omstandigheid dat het Hof in deze rechtspraak zo goed als geen ipr-overwegingen in de uitspraken heeft betrokken – althans niet in expliciete zin – worden toegeschreven aan de tot voor kort ontbrekende uitleggingsbevoegdheid van het Hof over het EVO-Verdrag? Dan zou het gebrek aan deze uitleggingsbevoegdheid niet alleen debet zijn

28 HvJ Arblade, C-369/96 en C-376/97, 23 november 1999. Zie o.a. nummer 30 van de uitspraak, evenals nr. 24 waarin de vraag wordt opgeworpen '(...) 2) Kunnen de artikelen 59 en 60 EEG-Verdrag artikel 3, eerste alinea, van het Belgisch burgerlijk wetboek betreffende de Belgische wetten van politie en veiligheid, buiten werking stellen?'

aan het voortduren van controverses over artikel 6 en 7 EVO-Verdrag,²⁹ maar ook aan het negeren van ipr-aspecten in zaken van internationale detachering.³⁰

Zo bekeken wordt het alleszins boeiend het blikveld te verruimen en te verkennen in hoeverre het Hof zich tot nog toe meer algemeen terughoudend toonde aangaande het betrekken van ipr-overwegingen in zijn uitspraken. Vanuit die optiek doe ik hierna, op niet-exhaustieve wijze, een greep uit zaken die zich reeds aandienden bij het Hof en waarin het EVO-Verdrag al dan niet aan de orde kon komen. Ik focus daarbij op het EVO-Verdrag, maar beperk me niet tot de artikelen van het EVO-Verdrag inzake arbeidsovereenkomsten. Het beeld dat zal ontstaan is gevarieerd. Interessant is dat dergelijke verkenning tevens toelaat bloot te leggen dat er kennelijk zeer diverse manieren zijn waarop het Hof een zaak waarin ipr-aspecten aan de orde zijn, voor zich zou kunnen krijgen. In de zaken Viking, Laval en Rüffert zelf betrof het procedures op basis van artikel 234 EG-Verdrag tot uitlegging van de artikelen van het EG-Verdrag inzake vrijheid van vestiging, vrijheid van diensten, Verordening nr. 4055/86 en de Detacheringsrichtlijn, terwijl in de zaak C./Luxemburg door de Commissie een procedure krachtens artikel 226 EG-Verdrag was inge-

- 29 En daarbij was het bijv. ook altijd maar de vraag in hoeverre bij hantering van artikelen van het EVO-Verdrag mocht worden teruggegrepen naar de uitlegging die door het Hof was gegeven aan het EEX-Verdrag, daar waar in het EEX-Verdrag en in het EVO-Verdrag gelijkaardige termen opdoeken (aangaande het EEX-Verdrag had het Hof immers al veel langer uitleggingsbevoegdheid op basis van de Protocollen bij het EEX-Verdrag. De uitlegging van het EEX-Verdrag werd bij Protocol van 3 juni 1971, Trb. 1971, nr. 141, opgedragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen – ook dit Protocol kende specifieke modaliteiten inzake de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen: zo bood het Protocol bij het EEX-Verdrag de mogelijkheid aan lagere rechters om vragen te stellen aan het Hof. Inmiddels is het EEX-Verdrag omgezet in een verordening en heeft het Hof van Justitie uitleggingsbevoegdheid op grond van artikel 68 (jo. artikel 234) EG-Verdrag. Met de gelding van artikel 68 EG-Verdrag is de mogelijkheid die het Protocol bij het EEX-Verdrag aan lagere rechters bood om vragen te stellen, komen te vervallen in procedures omtrent de EEX-verordening).
- 30 Werd het gebrek aan uitleggingsbevoegdheid over het EVO-Verdrag door het Hof begrepen als een verbod om nader in te gaan op – of zelfs maar vermelding te maken van – EVO-regels waar hantering van die regels controversieel zou kunnen zijn (of was het Hof er mogelijk voor beducht op onrechtstreekse manier uitleg te geven aan het EVO-Verdrag, en fungeerde het gebrek aan uitleggingsbevoegdheid op die manier als op de achtergrond spelende overweging)? Dergelijke redenering lijkt te worden gevolgd door Van Hoek en Houwerzijl in een recente publicatie (A.A.H. van Hoek & M.S. Houwerzijl, Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – Deel 2: De arresten Laval, Rüffert en Commissie/Luxemburg, interpretatie van de Detacheringsrichtlijn, NTER 2008, p. 345): in hun bespreking van de rechtspraak van het Hof merken deze auteurs op dat het Hof nog geen uitleggingsbevoegdheid had over het EVO-Verdrag ten tijde van ‘de feiten’ in de inbreukprocedure van de zaak C./Luxemburg; zij lijken deze omstandigheid een verklarende factor te achten voor het feit dat het Hof in de zaak C./Luxemburg het EVO-Verdrag niet heeft betrokken bij de interpretatie van het openbare orde-begrip van artikel 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn, nu zij schrijven: ‘(...) het EVO (...). Het is jammer dat dit Verdrag dat per 17 december 2009 zal worden vervangen door Verordening 593/2008 niet betrokken is bij de interpretatie van het openbare orde begrip, maar ten tijde van “de feiten” in deze inbreukprocedure was nog geen sprake van rechtsbevoegdheid van het Hof om het EVO te interpreteren’ Zij zien naar de toekomst toe – in latere zaken – wel kansen in het expliciet beroep doen op artikel 9 Rome I-Verordening: ‘(...) Hierdoor zou het Hof genoodzaakt zijn te bezien of zijn enge interpretatie van het openbare orde begrip in het kader van het vrij verkeer ook houdbaar is in het licht van het IPR-begrip’, aldus Van Hoek en Houwerzijl.

steld wegens niet-nakoming van de verplichtingen zoals voortvloeiend uit de artikelen van het EG-Verdrag inzake vrijheid van dienstenverkeer en de Detacheringsrichtlijn.

De zaak Boukhalfa

Ten eerste verdient de uitspraak Boukhalfa³¹ vermelding. De zaak Boukhalfa betrof weliswaar niet als zodanig het EVO-Verdrag,³² maar wel de toetsing van een regel naar Duits recht die, zo men wil, zou kunnen worden gekwalificeerd als een regel van nationaal internationaal arbeidsrecht;³³ alleszins vormde de Duitse bepaling een scharnierbepaling inzake toepasselijkheid van deze of gene regel van arbeidsrecht. Het Hof was aangesproken krachtens de regeling in het huidige artikel 234 EG-Verdrag tot uitlegging van artikel 48 lid 2 EG-Verdrag en artikel 7 leden 1 en 4 van verordening nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap. Het Hof oordeelde dat het niet-toepassen van het nationale arbeidsrecht op een werknemer met een internationaal arbeidscontract onder omstandigheden discriminatoir kan zijn – en daarmee in strijd met het vrij verkeer van werknemers. Zo mocht de Duitse overheid geen regeling treffen voor het ambassadepersoneel waarbij Duitsers onder Duits recht vielen en werknemers met een andere nationaliteit onder het lokale recht. De uitspraak kreeg vooral veel aandacht met betrekking tot het punt van toepassing van gemeenschapsrecht in een casus waarin sprake was van tewerkstelling buiten Europa. Meer bepaald betrof het dan discussies omtrent de elementen van aanknoping met gemeenschapsrecht. In de context van deze bijdrage is het echter vooral belangrijk op te merken dat het Hof er in deze zaak niet voor terugschrok een regel van ‘nationaal’ internationaal arbeidsrecht te beoordelen.

De zaak Boukhalfa is ook interessant omdat in de zaak gesteund wordt op de vrijheid van personenverkeer – het huidige artikel 39 EG-Verdrag. Eerder gaf ik al aan³⁴ dat in de doctrine controverserig bestaat over de mogelijkheid artikel 39 EG-Verdrag in te roepen in zaken van *internationale detachering*. Bekeken vanuit de optiek van deze controverserig omtrent artikel 39 EG-Verdrag, is het interessant te wijzen op het

31 HvJ EG Boukhalfa, C-214/94, 30 april 1996, Jur I 1996, p. 2253.

32 In een bespreking van de zaak Boukhalfa geeft O. Golyner, *Ubiquitous Citizens of Europe: The Paradigm of Partial Migration*, Intersentia 2006, p. 88, aan dat in casu het Hof niet verwees naar het EVO-Verdrag omdat: ‘Since in Boukhalfa the choice was between the law of a Member State and a non-Community country the Court of Justice did not refer to the Rome Convention (...)’. Dit kan echter niet de reden zijn, nu het EVO-Verdrag een universeel toepassingsgebied heeft. Overigens houdt Golyner wel zelf de zaak Boukhalfa tegen het licht van het EVO-Verdrag, wordt daarbij verwezen naar de ontsappingsclausule van artikel 6 lid 2 laatste zinsnede en wordt vermeld: ‘It is this rule which is paralleled in Boukhalfa.’

33 Het betrof het Duitse Gesetz ueber den Auswaertigen Dienst (GAD) dat, onder meer, het statuut regelt van het personeel van de buitenlandse vertegenwoordigingen, dat bestaat uit gedetacheerde personeelsleden van het ministerie en uit niet-gedetacheerde personeelsleden (plaatselijke functionarissen). Ten aanzien van laatstgenoemden werd in het GAD onderscheid gemaakt tussen plaatselijke functionarissen van Duitse nationaliteit en plaatselijke functionarissen die deze nationaliteit niet hebben.

34 Zie V. Van Den Beekhout, *Internationaal arbeidsrecht gemangeld* (uitgebreide versie). Zie hierover ook al supra, voetnoot 26.

eventuele belang van de artikelen 12, 17 en 18 EG-Verdrag. In artikel 12 EG-Verdrag betreft het met name het non-discriminatiebeginsel, in artikel 17 EG-Verdrag het Europees burgerschap, en in artikel 18 EG-Verdrag de vrijheid tot reizen en verblijven binnen Europa. De uitlegging door het Hof van deze artikelen heeft in de materie van het (internationaal) namenrecht al geleid tot ophefmakende uitspraken – met name de zaken Garcia Avello en Grunkin Paul.³⁵ Opmerkelijk is ook dat het in de zaak Garcia Avello niet meer nodig bleek zich te kunnen beroepen op een van de Europese fundamentele vrijheden,³⁶ terwijl dit bijvoorbeeld nog wel vereist bleek in een zaak als Konstantinides.³⁷

Zo bekeken zou het inroepen van deze artikelen in zaken van internationale detachering wel eens nieuwe horizonten kunnen openen: het doet interessante vragen rijzen naar de toelaatbaarheid, *bekeken vanuit de artikelen 12, 17 en 18 EG-Verdrag*, van het *onthouden* van toepassing van in het gastland geldend arbeidsrecht op aldaar werkzaam zijnde gedetacheerde werknemers of, anders gezegd, van *aanspraken* van werknemers op toepassing van het arbeidsrecht van het land waarin zij (tijdelijk) werkzaam zijn.

Ik maak daarbij nog wel de aantekening dat in het internationaal familierecht uit de rechtspraak van het Hof in het internationaal namenrecht door sommigen reeds afleidingen zijn gemaakt als zou aan EU-burgers een 'keuzerecht' moeten worden toegekend tussen het recht van 'het land van herkomst' en het recht van 'het gastland'.³⁸ Zo bekeken en mutatis mutandis: zouden gedetacheerde werknemers zelf in extremis ook kunnen betogen dat zij op basis van het non-discriminatiebeginsel 'aanspraak' hebben op 'het voordeel' van toepassing van het arbeidsrecht van het land van *herkomst* indien dit arbeidsrecht een lagere beschermingsgraad biedt dan het arbeidsrecht van het gastland – bijvoorbeeld omdat zij zodoende kunnen concurreren met lokale werknemers? Bekeken vanuit het gelijkheidsbeginsel bevreedt dergelijke redenering alleszins: het zou dan uiteindelijk gaan om een soort 'recht' zich te laten uitbuiten in het gastland. Tegenover de redenering zou

35 HvJ Garcia Avello (C-148/02, 2 oktober 2003) en HvJ Grunkin Paul (C-353/06, 14 oktober 2008).

36 Overigens, daar waar het Hof in de zaak Johannes t. Johannes (C-430/97, 10 juni 1999) (een uitspraak die nog werd beslecht onder EG-recht zoals in gelding voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam, waarbij het ipr werd gecommunautariseerd) zich nog verplicht voelde zich af te houden van toetsing van (nationaal) internationaal familierecht aan het non-discriminatiebeginsel van het EG-recht, is van dergelijke houding geen sprake meer in de uitspraken Garcia Avello en Grunkin-Paul. Zie ook r.o. 16 van het arrest Grunkin-Paul, waarin wordt overwogen: 'Weliswaar vallen bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht de bepalingen betreffende iemands familienaam onder de bevoegdheid van de lidstaten, maar de lidstaten dienen bij de uitoefening van deze bevoegdheid het gemeenschapsrecht in acht te nemen, tenzij het een interne situatie betreft die geen enkel verband met het gemeenschapsrecht vertoont.' Cfr. ook de rechtspraak van het Hof inzake het nationaliteitsrecht van de lidstaten – en in het bijzonder de omgang, in de EU-lidstaten, met situaties van multipatridie – in de uitspraken Micheletti en volgende (HvJ Micheletti, HvJ 7 juli 1992, C-369/90, mede vanuit ipr-perspectief becommentarieerd door G.-R. de Groot, noot bij Micheletti, Migrantenrecht 1992, 139).

37 HvJ Konstantinides, C-168/91, 30 maart 1993.

38 Zie bijv. M. Bogdan, Concise introduction to EU Private International Law, Europa Law Publishing 2006.

bijvoorbeeld ook al meteen de redenering kunnen worden geplaatst die normalerwijze wordt gehanteerd bij de gelijkbehandelingsnorm in artikel 39 EG-Verdrag: zie, bijvoorbeeld, het hiernavolgende citaat uit het arrest Finalarte,³⁹ waarin met name een argumentatie van de Duitse regering werd weergegeven inzake de mogelijkheid voor *de werkgever* om artikel 48 EG-Verdrag (het huidige artikel 39 EG-Verdrag) in te roepen in de zin dat regels van het land van herkomst zouden moeten toepasselijk zijn: '26. De Duitse regering stelt dat de vraag of artikel 48 van het Verdrag van toepassing is op de detachering van werknemers, niet van belang is voor de beslechting van de hoofdgedingen, daar het vrij verkeer van werknemers een fundamenteel recht is dat alleen door de werknemers zelf kan worden ingeroepen. 27. Artikel 48, zo stelt de regering subsidiair, behelst niet voor een gedetacheerde werknemer het recht om werkzaam te zijn onder de voorwaarden die gelden in het land van herkomst, maar bevestigt daarentegen het beginsel van gelijke behandeling, hetgeen inhoudt dat de werknemer tewerkgesteld moet kunnen worden onder de arbeidsvoorwaarden die gelden voor nationale werknemers' (cursivering VvdE).

De zaken Ingmar en C./Spanje

Een volgende uitspraak die bijzondere vermelding verdient, en waarin het *Euro-pese* ipr-regels betrof, is de zaak Ingmar.⁴⁰ In de zaak Ingmar betrof het een verzoek om een prejudiciële beslissing, op basis van het huidige artikel 234 EG-Verdrag, over de uitlegging van Richtlijn 86/653/EEG van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten. In de uitspraak zelf zijn geen overwegingen besteed aan het EVO-Verdrag.⁴¹ In de conclusie maakte de advocaat-generaal wel gewag van ipr-regels, waarbij hij het had over ipr-regels zoals vervat in het EVO-Verdrag.⁴² Overigens ontstond naderhand in de doctrine wel controverse in hoeverre aan de redenering van het Hof een ipr-constructie ten grondslag lag, en zo ja welke. Interessant is dat in sommige commentaren ook, kort, werd gewezen op mogelijke analogieën tussen

39 HvJ Finalarte, C-49/98, 25 oktober 2001.

40 HvJ Ingmar, C-381/98, 9 november 2000.

41 Enkel wordt in het arrest in nr. 15 omtrent 'internationaal privaatrecht' gesteld: 'Partijen (...) zijn het erover eens, dat de vrijheid van de contractpartijen om het op hun contractuele verhouding toepasselijke rechtstelsel te kiezen, een fundamenteel beginsel van internationaal privaatrecht is en dat die vrijheid slechts voor bepalingen van dwingend recht moet wijken. 16. Hun meningen lopen echter uiteen ten aanzien van de voorwaarden waaraan een rechtsregel moet voldoen om als dwingende bepaling in de zin van het internationaal privaatrecht te kunnen worden gekwalificeerd.'

42 Zie de conclusie, nr. 62, 86 en 88, mede omtrent artikel 7 EVO-Verdrag. Wel viel de casus, door een overgangsprobleem, buiten het temporeel toepassingsgebied van het EVO-Verdrag, maar de advocaat-generaal besloot: 'In those circumstances, that convention cannot be relied on as a source of positive law. I will refer to it, however, purely for guidance, in so far as it usefully supplements the interpretation of the Directive which might be derived from its own content.' Cfr., mutatis mutandis, de verhouding van het EVO tot de Detacheringsrichtlijn, evenals, op het punt van temporeel toepassingsgebied, de situatie die ontstaat na inwerkingtreding van de Rome I-Verordening voor overeenkomsten die zijn gesloten nog voor 17 december 2009.

de benadering van de zwakke partij van de handelsagent enerzijds, en andere zwakke partijen zoals de consument en de *werknemer* anderzijds.⁴³

Opmerkelijk is dat het Hof door de doctrine niet zozeer onwil of een misplaatste terughoudendheid op ipr-vlak werd verweten, maar wel een 'gebrek aan affiniteit met het ipr'.⁴⁴ Interessant is dat er werd opgeroepen daarin naar de toekomst toe verandering te brengen, '(n)iet alleen omdat er in Brussel een hele reeks verordeningen op het terrein van het conflictenrecht op stapel staat, maar ook omdat het Hof op 1 augustus 2004 de bevoegdheid heeft gekregen een bindende uitleg te geven aan het EVO (...)'.⁴⁵

Mede gezien de parallellen die in het ipr vaak worden getrokken tussen bescherming van de werknemer en bescherming van andere 'zwakke' partijen zoals de consument, wijs ik nog op de zaak C./Spanje.⁴⁶ In deze zaak betrof het een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG-Verdrag, omtrent richtlijn 93/13/EG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in concurrentiebedingen. In deze uitspraak⁴⁷ schuwt het Hof er niet voor expliciet het EVO-Verdrag in de analyse te betrekken, meer bepaald artikel 5 EVO-Verdrag inzake toepasselijk recht op consumentenovereenkomsten.

Twee recente conclusies: een voorafspiegeling voor de toekomst?

Overigens werd, eveneens in een zaak van consumentenbescherming, recent in een conclusie bij de zaak Ilsinger⁴⁸ gewag gemaakt van de Rome I-Verordening, in een prejudiciële vraag gesteund op artikel 68 EG-Verdrag. In deze zaak betrof het een verzoek tot uitlegging van artikel 15 van de EEX-verordening. In dit artikel gaat het om regels van rechtsmacht inzake consumentenovereenkomsten. In nummer 66 van de conclusie heeft de advocaat-generaal het over het streven van de Gemeenschap naar een betere bescherming van de consument. Hij haalt daar ook de ipr-regeling inzake toepasselijk recht bij aan, waar hij met name stelt: 'Uit de recentelijk vastgestelde verordening nr. 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op

43 Zie o.a. Th.M. de Boer, noot bij Ingmar, NJ 2005, 332, met verdere verwijzingen, evenals H.L.E. Verhagen, Het spanningsveld tussen de vrijheid van rechtskeuze en het communautair harmonisatieproces, NIPR 2001, p. 27-39. Zie ook meer algemeen over de complexe verhouding tussen EG-richtlijnen en ipr J. Meeusen, EVO, oneerlijke bedingen, verkoop op afstand, timesharing, in: XXVIe post-universitaire cyclus Willy Delva, Overeenkomstenrecht 1999-2000, Gandaius: Kluwer p. 379-435, en S. Francq, L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé, LGDJ: Bruylant 2005. Zie ook supra, de paragraaf 'Verhouding tot EG-regels', m.b.t. artikel 3 lid 4 Rome I-Verordening, artikel 20 EVO-Verdrag en artikel 23 Rome I-verordening, evenals artikel 27 Rome II-Verordening.

44 Zie Th.M. de Boer, noot bij Ingmar, NJ 2005, 332, evenals A.A.H. van Hoek, noot bij Ingmar, SEW 2001, p. 195-197.

45 Aldus de Boer. Daaraan kan nog worden toegevoegd dat het Hof de voorbije jaren meer en meer gevraagd wordt op basis van artikel 234 EG-Verdrag-procedures nationale ipr-regels te toetsen aan EG-recht, hetgeen eveneens verdieping in het ipr vereist – zo bijv. in het internationaal namenrecht (cfr. supra voetnoot 35, 36 en 37) en het internationaal vennootschapsrecht.

46 HvJ C./Spanje, C-70/03, 9 september 2004.

47 Zie nr. 26 e.v.

48 Ilsinger, C-180/06, conclusie d.d. 11 september 2008.

verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), blijkt eveneens dat een hoog niveau van consumentenbescherming een vereiste is.' Verder gaat de advocaat-generaal in casu niet. De vermelding doet wel de vraag rijzen in hoeverre we mogen verwachten dat de advocaat-generaal c.q. het Hof zich in prejudiciële procedures omtrent de artikelen inzake rechtsmacht in geval van arbeidsovereenkomst zoals vervat in de EEX-verordening⁴⁹ naar de toekomst toe mogelijk ook zal laten verleiden tot beschouwingen over de regels van toepasselijk recht inzake internationale arbeidsovereenkomsten zoals vervat in de Rome I-Verordening.

Een zeer recente uitspraak is nog de zaak Holmqvist.⁵⁰ In deze zaak ging het om een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG-Verdrag. Het betrof de uitlegging van de Richtlijn 80/987/EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van werknemers bij insolventie van de werkgever. Alleszins in de conclusie van de advocaat-generaal bij deze zaak lijkt hier al meer bereidheid getoond te worden om in te gaan op ipr-overwegingen: opvallend is dat de advocaat-generaal in zijn conclusie bij deze zaak het EVO-Verdrag in zijn redenering betreft en zelfs uitdrukking geeft aan zijn interpretatie van artikel 6 EVO-Verdrag, waarbij benadrukt wordt dat ipr-regels ervoor zorgen dat de werknemer zich op 'nauw bij zijn juridische en persoonlijke situatie aansluitend recht kan beroepen'.⁵¹ Mogelijk is de zaak illustratief, in de zin dat advocaten-generaal c.q. het Hof zelf zich naar de toekomst toe almaar minder terughoudend zullen tonen ipr-overwegingen in hun analyse te betrekken.⁵²

5 Alle wegen leiden naar Rome I, alle wegen vertrekken vanuit Rome II?

De artikelen van het EVO-Verdrag die het internationaal arbeidsrecht betreffen, zijn nauwelijks aangepast ter gelegenheid van de omzetting van het EVO-Verdrag in de Rome I-Verordening. Bestaande controverses omtrent artikel 6 en 7 EVO-Verdrag zijn door de Europese wetgever in de Rome I-Verordening niet beslecht. Controverses over toepassing van regels van internationaal arbeidsrecht kunnen daarmee ook naar de toekomst toe, onder gelding van de Rome I-Verordening, voortduren. Door de Europese wetgever zijn niet veel handvatten geboden over de toepassing van regels van de Rome I-Verordening, noch in geschillen van interna-

49 Zoals bijv. recent nog inzake internationale arbeidsovereenkomsten gebeurde in HvJ Glaxosmithkline c.s./Rouard, C-462/06, 22 mei 2008. Interessant is dat het Hof daarbij het motief van bescherming van het werknemersbelang plaatste tegenover andere motieven.

50 HvJ Holmqvist, C-310/07, de uitspraak dateert van 16 oktober 2008, de conclusie dateert van 3 juni 2008.

51 Nr. 54-55 van de conclusie.

52 A la limite is nog denkbaar dat ook in zaken inzake (internationaal) vennootschapsrecht zoals die de voorbije jaren meer en meer voor het Hof van Justitie worden gebracht (cfr. supra voetnoot 45) aspecten inzake internationaal arbeidsrecht aan de orde zouden komen – zie kort, voor een positionering van de recente uitspraak, Cartesio (HvJ Cartesio, C-210/06, 16 december 2008) in die zin: <www.iue.it/LAW/Events/CartesioRoudtable30Jan%209.pdf>. Zie overigens ook r.o. 69 van de uitspraak Viking (HvJ Viking, C-438/05, 11 december 2007).

tionaal arbeidsrecht buiten internationale detachering om, noch in de specifieke situatie van internationale detachering.

Zo wordt het antwoord op de vraag naar de potentie van het Hof van Justitie om controverses te beslechten, zeer relevant. Welnu, lange tijd bestond er eenvoudigweg geen mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen over de uitlegging van het EVO-Verdrag. En in procedures voor het Hof waarin het EVO-Verdrag zijdelings kon worden betrokken of op een andere manier aan de orde was, stelde het Hof zich vaak veeleer terughoudend op. In de doctrine werd deze houding reeds toegeschreven aan een ‘gebrek aan affiniteit’ van het Hof van Justitie met het vakgebied van het ipr.⁵³ Voor zover het inderdaad zo is dat het Hof in het verleden weinig affiniteit had met het ipr, wordt het Hof momenteel – en naar de toekomst toe almaar meer – alleszins wel gedwongen tot het *ontwikkelen* van affiniteit. Met de inwerkingtreding van de Protocollen bij het EVO-Verdrag heeft het Hof van Justitie in 2004 uitleggingsbevoegdheid gekregen over het EVO-Verdrag. Over de opvolger van het EVO-Verdrag – de Rome I-Verordening – zal het Hof van Justitie uitleggingsbevoegdheid hebben op grond van artikel 68 EG-Verdrag. Zo zijn recentelijk dus kansen ontstaan tot uitlegging van ipr-onduidelijkheden waartoe het EVO-Verdrag c.q. de Rome I-Verordening aanleiding geeft, met name via een prejudiciële procedure tot uitlegging van het EVO-Verdrag c.q. de Rome I-Verordening. Het is zeer wel denkbaar dat in dergelijke procedures ook expliciet ipr-vragen *omtrent situaties van internationale detachering* aan het Hof worden voorgelegd.

Wil men ipr-aspecten van internationale detachering aan de orde stellen en door het Hof laten verhelderen, dan blijken overigens, (ook) naar de toekomst toe, diverse paden te kunnen worden bewandeld om het Hof daartoe te bewegen. Er is een variëteit van procedures denkbaar waarin het EVO-Verdrag c.q. de Rome I-Verordening – al of niet in een casus van internationale detachering – aan de orde zou kunnen komen, zij het bij loutere vermelding ‘terzijde’, zij het bij wijze van juridische ‘reconstructie’ en ‘positionering’ van de zaak die voorligt, zij het in een doorgedreven analyse van omstreden ipr-aspecten. In alle procedures zal veel van wat precies ter discussie zal kunnen worden gesteld afhangen van de karakteristieken van de zaak en het type pleidooi dat het Hof voor zich krijgt: van dergelijke factoren zal mede

53 Supra, voetnoot 44.

afhangen of het Hof *verplicht* zal worden in te gaan op ipr-aspecten van internationale detachering.⁵⁴

Het benieuwt mij in welk type procedure het Hof het eerst uitgedaagd zal worden – of een advocaat-generaal in een conclusie zelf het initiatief zal nemen – tot het ingaan op ipr-regels inzake arbeidsovereenkomsten in zaken van internationale detachering. En het benieuwt mij in hoeverre een door het Hof gegeven zienswijze in – bijvoorbeeld – een uitleggingsprocedure omtrent artikel 8 en 9 Rome I-Verordening ook automatisch begrepen zal worden als richtinggevend in toekomstige zaken ‘genre’ Viking, Laval, Rüffert en C./Luxemburg, of vice versa: in zaken als Viking, Laval, Rüffert en C./Luxemburg betreft het geenszins procedures die op basis van de Protocolen bij het EVO-Verdrag c.q. artikel 68 EG-Verdrag worden gebracht; maar de eventuele wijze van uitlegging van regels van het EVO-Verdrag c.q. de Rome I-Verordening zou wel richtinggevend kunnen zijn – mogelijk ook voor de hantering van regels van internationaal arbeidsrecht buiten internationale detachering om. Illustratief voor de mogelijke impact ‘over en weer’ is de impact die de uitspraak *Arblade* heeft gehad op de uitwerking van het leerstuk van de ‘voorrangsregels’ in de Rome I-Verordening: zoals aangegeven, werd in artikel 9 Rome I-Verordening bij het definiëren van ‘voorrangsregels’ immers teruggegrepen naar een bepaling in dit arrest.

54 Zie ook, omtrent ontwikkelingen op het vlak van ambtshalve toetsing door de Europese rechter van Gemeenschapsrecht, het overzicht van de stand van zaken in D.J.M. de Grave, *Ambtshalve toetsing door de Europese rechter: een ander perspectief*, SEW 2009, p. 12-20. Als kanttekening stip ik hierbij nog aan dat ook de toelaatbaarheid van hantering van ‘facultatief ipr’ hierbij wel eens als relevant naar voren zou kunnen komen. Bij hantering van facultatief ipr wordt immers toegelaten ipr-regels in een procedure te negeren: facultatief ipr is het systeem waarin de rechter het conflictenrecht alleen toepast als een der partijen zich erop beroept (zie voor een recente weergave van de omgang met ‘facultatief ipr’ in diverse EU-landen R. Hausmann, *Private International Law and International Civil Procedure. Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis*, The European Legal Forum 2008, p. 1-13. Interessant is dat Hausmann ook de specifieke Engelse benadering bespreekt, met inbegrip van de omgang met het EVO-Verdrag). Bekeken vanuit de optiek van beslechting van discussies omtrent facultatief ipr, zou het zeer zeker interessant zijn mocht juist vanuit Engeland in deze materie een vraag aan het Hof worden gesteld waarin tegelijk ook de toelaatbaarheid van facultatief ipr aan de orde kan komen. Op dit ogenblik is niet geheel duidelijk in hoeverre binnen Europa, bij hantering van ipr-bronnen, de hantering van ‘facultatief ipr’ is toegestaan c.q. zal worden toegestaan. Zie hierover ook V. Van Den Eeckhout, *Europeanisatie van het ipr: aanleiding tot herleving van discussies over facultatief ipr, of finale doodsteek voor facultatief ipr?*, NIPR 2008, p. 258-262, evenals een momenteel lopend, door de EU gesubsidieerd, project (<www.europeanproject.eu>).

Sowieso is het woord nu aan het Hof van Justitie.⁵⁵ Voor ipr-juristen met interesse in de huidige debatten omtrent internationale detachering, evenals voor juristen van andere disciplines die openstaan voor de onderkenning van ipr-dimensies, wordt het uitkijken naar zaken waarin ipr-regels inzake internationale arbeidsovereenkomsten aan de orde worden gesteld c.q. ipr-overwegingen inzake internationale arbeidsovereenkomsten betrokken worden. Verstandig is daarbij het blikveld ruim te houden.

55 Zeker in zoverre de Europese wetgever op korte termijn geen wijzigingen c.q. verduidelijkingen zou aanbrengen in regelgeving – waarbij in eerste instantie kan worden gedacht aan een aanpassing van de Detacheringsrichtlijn (bijv. in de zin van uitbreiding van de daarin toegekende bescherming aan gedetacheerde werknemers door uitbreiding van de in artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn genoemde materies c.q. de bepaling van een materieelrechtelijk minimum ervan; of door precisering van de woorden ‘een bepaalde periode’ in artikel 2 lid 1 Detacheringsrichtlijn; of nog, door opname van een ‘brievenbusclausule’). Zie ook, kort, over een mogelijke wijziging in de toekomst van de Detacheringsrichtlijn A.A.H. van Hoek & M.S. Houwerzijl, Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – Deel 2, NTER 2008, p. 346.