



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 20 april 2016¹

Zaak C-135/15

**Helleense Republiek
tegen
Grigorios Nikiforidis**

[verzoek van het Bundesarbeitsgericht (Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing — Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken — Recht dat van toepassing is op een arbeidsovereenkomst — Verordening (EG) nr. 593/2008 (Rome I) — Artikel 28 — Toepassing in de tijd — Artikel 9, lid 3 — Buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht — Bepaling van een lidstaat betreffende een korting van de salarissen in de publieke sector vanwege een financiële crisis”

Inleiding

1. De problematiek der buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht is een van de thema's waarmee de rechtsleer op het gebied van het internationaal privaatrecht in bijna de gehele wereld zich sinds vele jaren bezighoudt. Het aantal monografieën en andere werken die aan dit thema zijn gewijd, is nauwelijks te overzien. Tegelijkertijd is het aantal rechtszaken – waaronder begrepen arbitrageprocedures – die rechtstreeks met deze problematiek verband houden, relatief gering.
2. Op 19 juni 1980 hebben de lidstaten van de toenmalige Europese Economische Gemeenschap het Verdrag van Rome inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst² ondertekend. Artikel 7, lid 1, ervan – met betrekking tot buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht – was niet alleen innovatief, maar heeft ook de grootst mogelijke controversen opgeroepen.
3. Het verdrag is op 1 april 1991 in werking getreden. Op 1 augustus 2004 trad protocol nr. 1 in werking, op grond waarvan het Hof van Justitie bevoegd werd de bepalingen van het verdrag uit te leggen.
4. Deze zaak biedt het Hof de gelegenheid enige twijfels weg te nemen omtrent de problematiek der buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht ten aanzien van de regel waarbij artikel 7, lid 1, van het Verdrag van Rome is vervangen, namelijk artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening. Deze kwestie, die binnen de rechtsleer van het internationaal privaatrecht nog steeds voor een levendige discussie zorgt, is pas 36 jaar na de ondertekening van het Verdrag van Rome aan het Hof voorgelegd. Het gezegde „Beter laat dan nooit” is dan ook van toepassing!

1 — Oorspronkelijke taal: Pools.

2 — PB L 266, blz. 1 (hierna: „Verdrag van Rome”).

Toepasselijke bepalingen

Verdrag van Rome

5. Artikel 7 van het Verdrag van Rome, met als opschrift „Bepalingen van bijzonder dwingend recht”, bepaalt het volgende:

„1. Bij de toepassing ingevolge dit verdrag van het recht van een bepaald land kan gevolg worden toegekend aan de dwingende bepalingen van het recht van een ander land waarmee het geval nauw is verbonden, indien en voor zover deze bepalingen volgens het recht van het laatstgenoemde land toepasselijk zijn, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Bij de beslissing of aan deze dwingende bepalingen gevolg moet worden toegekend, wordt rekening gehouden met hun aard en strekking, alsmede met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing van deze bepalingen zouden voortvloeien.

2. Dit verdrag laat de toepassing onverlet van de bepalingen van het recht van het land van de rechter die ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht, het geval dwingend beheersen.”

6. Overeenkomstig artikel 22, lid 1, onder a), van het Verdrag van Rome kan iedere verdragsluitende staat zich op het tijdstip van ondertekening, bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring, het recht voorbehouden artikel 7, lid 1, niet toe te passen.

7. Het Verdrag van Rome is vervangen door 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)³.

Unierecht

8. Artikel 9 van de Rome I-verordening, met als opschrift „Bepalingen van bijzonder dwingend recht”, bepaalt het volgende:

„1. Bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de overeenkomst.

2. Niets in deze verordening beperkt de toepassing van de bepalingen van bijzonder dwingend recht van de rechter bij wie de zaak aanhangig is.

3. De rechter kan ook gevolg toekennen aan de bepalingen van bijzonder dwingend recht van het land waar de verbintenissen krachtens de overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen, voor zover die bepalingen van bijzonder dwingend recht de tenuitvoerlegging van de overeenkomst onwettig maken. Bij de beslissing of aan deze bepalingen gevolg moet worden toegekend, wordt rekening gehouden met hun aard en doel alsmede met de gevolgen die de toepassing of niet-toepassing van deze bepalingen zou kunnen hebben.”

3 — PB L 177, blz. 6, met rectificatie in PB 2009, L 309, blz. 87 (hierna: „Rome I-verordening”).

9. Artikel 28 van de Rome I-verordening, met als opschrift „Toepassing in de tijd”, bepaalt het volgende:

„Deze verordening is van toepassing op overeenkomsten die op of na 17 december 2009 zijn gesloten.”

Duits recht

10. § 34 van het Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (inleidende wet bij het Duitse burgerlijk wetboek), ingetrokken op 17 december 2009, bepaalde het volgende:

„Deze alinea laat onverlet de toepassing van bepalingen van Duits recht die zonder inachtneming van het op de overeenkomst toepasselijke recht, de zaak dwingend regelen.”

11. Volgens de Duitse rechtspraak en -leer sloot deze bepaling de toepassing van bepalingen van bijzonder dwingend recht van een ander land niet uit en kon er minstens als feitelijke omstandigheden rekening mee worden gehouden bij de toepassing van het desbetreffende recht dat begrippen kent die niet duidelijk zijn („ausfüllungsbedürftige Rechtsnormen”).

12. § 241, lid 2, van het Bürgerliches Gesetzbuch (Duits burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”) bepaalt het volgende:

„De schuldverbintenis kan naar haar inhoud iedere partij verplichten rekening te houden met de rechten, rechtsgoederen en belangen van de wederpartij.”

Hoofdgeding

13. Verzoeker in het hoofdgeding, Grigorios Nikiforidis, is leraar op een door de Helleense Republiek gefinancierde Volksschule in Neurenberg, Duitsland.

14. Begin 2010 kondigde het Griekse parlement in verband met de schulden crisis de wetten nr. 3833/2010 en nr. 3845/2010⁴ af, die als doel hadden de overheidsuitgaven te beperken. Bij deze wetten werden de salarissen van werknemers in de publieke sector, onder andere ook van leraren op openbare scholen, verlaagd.

15. Met een beroep op deze wetten verlaagde de Helleense Republiek het salaris van Nikiforidis.

16. Nikiforidis is vanwege de mindering op zijn loon in de periode van oktober 2010 tot en met december 2012 bij een Duitse rechter in beroep gegaan tegen zijn werkgever, de Helleense Republiek, vertegenwoordigd door het ministerie van Onderwijs en Eredienst.

17. Bij uitspraak van 30 maart 2012 heeft het Arbeitsgericht Nürnberg de vordering afgewezen onder verwijzing naar de staatsimmunititeit van Griekenland. Bij uitspraak van 25 september 2013 hief het Landesarbeitsgericht Nürnberg dit vonnis op en besliste het in het voordeel van Nikiforidis. De Helleense Republiek heeft tegen de beslissing van het Landesarbeitsgericht beroep tot Revision ingesteld bij het Bundesarbeitsgericht.

4 — Wet nr. 3833/2010 betreffende dringende maatregelen om de crisis in de overheidsfinanciën op te lossen (staatsblad van de Helleense Republiek, deel I, nr. 40, van 15 maart 2010) en wet nr. 3845/2010 betreffende maatregelen voor de toepassing van het stabiliteitsmechanisme voor de Griekse economie van de eurolanden en het Internationaal Monetair Fonds (staatsblad van de Helleense Republiek, deel I, nr. 65, van 6 mei 2010).

18. In de procedure tot Revision stelde het Bundesarbeitsgericht vast dat de arbeidsverhouding tussen partijen van privaatrechtelijke aard is en een staatsimmunititeit van Griekenland in dat opzicht derhalve dient te worden afgewezen. Het bevestigde bovendien de internationale bevoegdheid van de Duitse rechter overeenkomstig de artikelen 18, lid 1, en 19, punt 2, onder a), van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken⁵.

19. Daarenboven heeft het Bundesarbeitsgericht vastgesteld dat de arbeidsovereenkomst is onderworpen aan het Duitse recht, dat een verlaging van de bezoldiging niet toestaat zonder Änderungsvertrag (wijzigingsovereenkomst) of Änderungskündigung (wijziging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, waarbij het niet-aanvaarden van de gewijzigde overeenkomst door de werknemer diens ontslag tot gevolg heeft). Relevant voor de uitspraak is derhalve of deze rechter de Griekse wetten nr. 3833/2010 en nr. 3845/2010 op de arbeidsovereenkomst tussen partijen kan toepassen of er anderszins gevolg aan kan toekennen.

Prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

20. In deze omstandigheden heeft het Bundesarbeitsgericht de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „1) Is de Rome I-verordening volgens artikel 28 van die verordening uitsluitend dan van toepassing op arbeidsovereenkomsten wanneer de rechtsverhouding tot stand is gekomen door een na 16 december 2009 vastgestelde arbeidsovereenkomst, of leidt iedere latere overeenstemming tussen de overeenkomstsluitende partijen om de arbeidsovereenkomst gewijzigd of ongewijzigd voort te zetten, tot toepasbaarheid van de verordening?
- 2) Sluit artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening alleen de rechtstreekse toepassing uit van bepalingen van bijzonder dwingend recht van een derde staat waar de verbintenissen die voortvloeien uit de overeenkomst niet moeten worden nagekomen of zijn nagekomen, of sluit het ook uit dat indirect rekening wordt gehouden met die bepalingen van bijzonder dwingend recht in het recht van de staat onder het recht waarvan de overeenkomst valt?
- 3) Is het in artikel 4, lid 3, VEU verankerde beginsel van loyale samenwerking juridisch van betekenis voor de beslissing van nationale rechters om bepalingen van bijzonder dwingend recht van een andere lidstaat direct of indirect toe te passen?”

21. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ingekomen bij het Hof op 20 maart 2015.

22. De Duitse en de Griekse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk, en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Naast deze belanghebbenden, heeft ook Nikiforidis aan de behandeling op 1 februari 2016 deelgenomen.

Beoordeling

23. In dit verzoek om een prejudiciële beslissing werpt het Duitse Bundesarbeitsgericht meerdere vragen op die verband houden met de problematiek van buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht. Het internationaal privaatrecht is bekend met deze problematiek, die het voorwerp vormt van menige twist – met name in de doctrine.

⁵ — PB 2001, L 12, blz. 1 (hierna: „Brussel I-verordening”).

24. De moeilijkheden bij het begrijpen van de problematiek van deze bepalingen komen grotendeels voort uit het feit dat zij in het Verdrag van Rome, het internationaal privaatrecht van de lidstaten en de Rome I-verordening verschillend wordt geregeld.

25. Anders dan in artikel 7, lid 1, van het Verdrag van Rome, worden in artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening bepaalde voorwaarden vastgesteld waaronder aan buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht gevolg wordt toegekend. Het moet gaan om bepalingen van het land waar de verbintenissen krachtens de overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen. Bovendien kan aan deze bepalingen slechts gevolg worden toegekend voor zover zij de tenuitvoerlegging van de overeenkomst onwettig maken. Naar het oordeel van de verwijzende rechter is in deze zaak aan de eerste voorwaarde niet voldaan. Daarentegen gaat de verwijzende rechter niet in op de vraag of in deze zaak aan de tweede voorwaarde is voldaan.

26. Naar het oordeel van de verwijzende rechter is voor de beslissing relevant of rekening moet worden gehouden met de bepalingen in de Griekse wetten nr. 3833/2010 en nr. 3845/2010 over de verlaging van de salarissen bij het vaststellen van de plichten van de partijen bij de aan het Duitse recht onderworpen arbeidsovereenkomst. Hij benadrukt bovendien dat het bij deze bepalingen – die van dwingende aard zouden zijn en waarvan de naleving van wezenlijk belang zou zijn voor de bescherming van de economische belangen van Griekenland – zonder twijfel gaat om bepalingen van bijzonder dwingend recht in de zin van het internationaal privaatrecht.

27. De verwijzende rechter wil echter weten of de Rome I-verordening bij de bepaling van het recht waaraan de arbeidsovereenkomst is onderworpen, in de tijd van toepassing is wanneer de overeenkomstige arbeidsovereenkomst vóór 17 december 2009 is gesloten⁶ (eerste prejudiciële vraag).

28. Vervolgens geeft de verwijzende rechter overwegingen met betrekking tot de vraag of, indien wordt vastgesteld dat de Rome I-verordening op deze zaak in de tijd van toepassing is, artikel 9, lid 3, van deze verordening in de weg staat aan de tot nu toe bestaande praktijk van de Duitse rechter om buitenlandse bepalingen niet rechtstreeks toe te passen, maar er bij de toepassing van het recht waaraan de overeenkomst is onderworpen slechts indirect rekening mee te houden (tweede prejudiciële vraag).

29. Daarenboven wenst de verwijzende rechter te vernemen of bij de beslissing over de toepassing van bepalingen van bijzonder dwingend recht van een andere lidstaat betekenis toekomt aan het in artikel 4, lid 3, VEU verankerde beginsel van loyale samenwerking (derde prejudiciële vraag).

30. In deze conclusie zal ik hierna één voor één op deze vragen ingaan.

Toepassing in de tijd van de Rome I-verordening (eerste prejudiciële vraag)

31. Met zijn vraag naar de toepassing in de tijd van de Rome I-verordening beoogt de verwijzende rechter vast te stellen of op onderhavig geding, dat betrekking heeft op een vóór 17 december 2009 gesloten arbeidsovereenkomst, de bepalingen van deze verordening van toepassing zijn dan wel of het moet worden beoordeeld volgens oudere voorschriften die vóór de inwerkingtreding ervan golden.

32. Ik zou willen benadrukken dat de wetgever de toepassing in de tijd van de Rome I-verordening met het oog op reeds bestaande rechtsbetrekkingen uitdrukkelijk heeft geregeld door in artikel 28 te bepalen dat deze verordening „van toepassing [is] op overeenkomsten die op of na 17 december 2009 zijn gesloten”⁷.

6 — Artikel 28 van deze verordening bepaalt dat zij van toepassing is op overeenkomsten die op of na 17 december 2009 zijn gesloten.

7 — Artikel 17 van het Verdrag van Rome bevat een gelijkaardige regeling.

33. Nu de wetgever de kwestie van toepassing in de tijd uitdrukkelijk heeft geregeld, kan in zoverre niet op algemene beginselen worden teruggegrepen, in het bijzonder niet op het beginsel van de rechtstreekse werking van een nieuw voorschrift voor de toekomstige gevolgen van feiten die zijn ontstaan toen het oude voorschrift gelding had.⁸

34. Als uitzondering op dit algemene beginsel leidt artikel 28 ertoe dat de regeling die geldt op het moment dat de desbetreffende overeenkomst wordt gesloten, wordt „bevroren”.⁹

35. Bij de uitlegging van artikel 28 dient vooral te worden overwogen of dit voorschrift, door de toepassing van de Rome I-verordening met het sluiten van een overeenkomst te verbinden, een voor het Unierecht autonoom begrip van het „sluiten van een overeenkomst” invoert dan wel of het verwijst naar overeenkomstige nationale bepalingen.

36. Naar mijn mening pleit een systematische en teleologische uitlegging van artikel 28 tegen het opvatten van het begrip „sluiten van een overeenkomst” als autonoom concept.

37. Het is juist dat de in de rechtshandelingen van de Unie toegepaste begrippen in beginsel autonoom moeten worden uitgelegd. Dit geldt ook voor de begrippen die in de bepalingen van internationaal privaatrecht van de Unie worden gebruikt.¹⁰

38. Naar mijn overtuiging wordt dit beginsel echter niet toegepast op de uitlegging van het begrip „sluiten van een overeenkomst” in artikel 28 van de Rome I-verordening.

39. Zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie terecht aanvoeren, worden overeenkomstig artikel 10 van de Rome I-verordening het bestaan en de geldigheid van de overeenkomst beheerst door het recht dat ingevolge deze verordening toepasselijk zou zijn, indien de overeenkomst geldig zou zijn.

40. Mijns inziens dient bij de vaststelling – met het oog op toepassing van artikel 28 van de verordening – van het moment waarop de overeenkomst werd gesloten, het recht te worden toegepast dat volgens de verordening op de desbetreffende overeenkomst van toepassing is.¹¹

41. Hiervoor pleiten vooral praktische redenen. Het sluiten van een overeenkomst houdt onafscheidelijk verband met het rechtssysteem waaraan de desbetreffende overeenkomst is onderworpen. Het Unierecht kent geen bepalingen die de problematiek van het sluiten van een overeenkomst regelen.¹² Het zou daarom moeilijk zijn een autonoom begrip uit te werken.

8 — Zie arresten Licata/Economisch en Sociaal Comité (270/84, EU:C:1986:304, punt 31), Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, EU:C:2002:57, punt 50) en Bruno e.a. (C-395/08 en C-396/08, EU:C:2010:329, punt 53).

9 — Volgens het beginsel van rechtstreekse werking zouden de nieuwe voorschriften van toepassing zijn op de toekomstige rechtsgevolgen van deze overeenkomst. Zie arrest Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, EU:C:2002:57, punt 52).

10 — Zie Ancel, M.E., „Le Règlement Rome I à l'épreuve du temps”, in: *La justice civile européenne en marche*, Douchy-Oudot, M., Guinchard, E. (red.), Dalloz, 2012, blz. 60.

11 — Zie Calliess, G.P., Hofmann, H., „Article 28, Application in Time”, in: *Rome Regulations*, Calliess, G.P. (red.), tweede druk, Wolters Kluwer, 2015, blz. 438.

12 — In deze context dient te worden verwezen naar de uitkomsten van de studies die in academische kring naar het Europees privaatrecht worden verricht. De problematiek van het sluiten van een overeenkomst betreft bijvoorbeeld de artikelen 4:101 tot en met 4:110 van het project „Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)”, zie Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II – General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier, European Law Publishers, München, 2009, blz. 181-221. Het begrip overeenkomst wordt gedefinieerd in het tweede boek, in artikel II-1:101 van het project „Draft Common Frame of Reference”, zie von Bar, C., Clive, E., en Schulte Nölke, H. (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Sellier, European Law Publishers, München, 2009, blz. 181.

42. Zelfs wanneer een dergelijk begrip zou worden uitgewerkt, zou de toepassing ervan nog op aanzienlijke praktische moeilijkheden stuiten. Het blijft onduidelijk hoe te handelen, indien in het licht van het autonome begrip een overeenkomst zou worden gesloten, terwijl deze volgens het recht dat op de overeenkomst moet worden toegepast niet tot stand zou zijn gekomen. Er zou sprake zijn van gelijkaardige twijfels wanneer wij met het omgekeerde geval te maken zouden hebben.

43. Eventueel zou men als oplossing kunnen bedenken dat men zich pas dan op het autonome begrip van het concept „moment waarop de overeenkomst wordt gesloten” kan beroepen, wanneer is vastgesteld dat de overeenkomst volgens het recht waaraan het is onderworpen, daadwerkelijk tot stand is gekomen. Ik denk echter dat ook deze oplossing overmatig gecompliceerd en onpraktisch is. Het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten kan namelijk niet worden bepaald los van het toepasselijke recht, dat uitmaakt welke handelingen van de rechtssubjecten daadwerkelijk leiden tot het sluiten van een overeenkomst.

44. Ook vanuit teleologisch gezichtspunt verdient de door mij voorgestelde oplossing de voorkeur. Door de harmonisering van de collisienormen wilde de Uniewetgever onder andere de rechtszekerheid met betrekking tot het toepasselijke recht bevorderen.¹³ Indien het begrip „sluiten van de overeenkomst” in de zin van artikel 28 autonoom zou worden opgevat, losgeweekt van het toepasselijke recht dat de overige aspecten regelt die samenhangen met het sluiten van de overeenkomst en de geldigheid ervan, zou de voorspelbaarheid van het recht daardoor ongetwijfeld afnemen.

45. Daarom bestaat er wat mij betreft geen twijfel over dat het moment van het sluiten van de overeenkomst in de zin van artikel 28 van de Rome I-verordening moet worden bepaald aan de hand van de *lex causae*.

46. In onderhavige zaak dient over de twijfel met betrekking tot de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen de partijen bij het geschil in de periode vanaf 17 december 2009 werd gesloten en of derhalve de Rome I-verordening op de contractuele verhouding van toepassing is, te worden beslist op grondslag van het recht waaraan de overeenkomst is onderworpen. Zoals blijkt uit hetgeen de verwijzende rechter heeft vastgesteld, is dat in deze zaak het Duitse recht.

47. Dit recht bepaalt onder andere of de arbeidsovereenkomst tussen de partijen bij het geschil in de periode vanaf 17 december 2009 zodanig werd gewijzigd dat men daarin het sluiten van een nieuwe overeenkomst kan zien. Dan valt deze overeenkomst namelijk onder de collisieregels van de Rome I-verordening.¹⁴

48. Gelet op de in de beslissing van de verwijzende rechter uiteengezette omstandigheden lijkt dit weinig waarschijnlijk. De arbeidsovereenkomst tussen partijen werd op 16 september 1996 gesloten en in de periode van 17 december 2009 tot de eenzijdige korting op het salaris die voorwerp is van het geding, werd de arbeidsovereenkomst niet gewijzigd.

49. Ik zou er evenwel op willen wijzen dat de oplossing die ik heb voorgesteld, twijfel kan doen rijzen met het oog op langdurige contractuele overeenkomsten. Dit geldt ten minste voor huurovereenkomsten alsook – zoals in het hoofdgeding – voor arbeidsovereenkomsten. Dergelijke rechtsverhoudingen kunnen zelfs enige decennia duren. Had de Uniewetgever werkelijk de bedoeling dat zulke rechtsverhoudingen ook nog vele jaren na de inwerkingtreding van de Rome I-verordening nog steeds onderworpen blijven aan de daarvoor geldende collisieregels?

13 — Zie overweging 6 van de Rome I-verordening.

14 — De regering van het Verenigd Koninkrijk benadrukt bijvoorbeeld dat hoewel volgens het Engelse recht een wettelijk vermoeden van het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst geldt, in de rechtspraak echter is toegestaan dat een nieuwe datum van sluiting van de overeenkomst wordt vastgesteld, wanneer de werkgever eenzijdig wezenlijke bepalingen wijzigt.

50. Collisieregels die bestaande overeenkomsten van de toepassing van nieuwe voorschriften uitsluiten en de voortdurende toepassing op deze overeenkomsten van oud recht in stand houden, treft men in het privaatrecht relatief vaak aan; ook de doctrine houdt zich hiermee bezig, in het bijzonder met het oog op de gevolgen ervan voor langlopende schuldovereenkomsten. In de Poolse rechtsleer met betrekking tot het intertemporeel privaatrecht, die ontstond tegen de achtergrond van de invoeringswet van het burgerlijk wetboek van 1964 (Ustawa z 1964 r. – Przepisy wprowadzające kodeks cywilny)¹⁵ werd de opvatting gehuldigd dat dergelijke regels niet automatisch zouden kunnen worden toegepast en met name niet op langdurige schuldovereenkomsten betrekking zouden kunnen hebben.¹⁶ Volgens de opvatting die in de huidige Poolse rechtsleer hoofdzakelijk wordt gehuldigd, dient in het geval van langlopende schuldovereenkomsten, dat wil zeggen overeenkomsten waarvan het voorwerp een lopende of terugkerende prestatie is, de voorkeur te worden gegeven aan de toepassing van de nieuwe voorschriften. Met deze aanpak wordt vermeden dat een aanzienlijk aantal rechtsbetrekkingen al te lang door verscheidene systemen van rechtsnormen wordt geregeld.¹⁷

51. Het schijnt dat met het oog op de ondubbelzinnige tekst van artikel 28 van de Rome I-verordening de stelling dat deze verordening noodzakelijkerwijs moet worden toegepast op langlopende contractuele rechtsbetrekkingen die tot 17 december 2009 tot stand zijn gekomen, niet kan worden volgehouden. De aanname dat dergelijke rechtsbetrekkingen onder de Rome I-verordening vallen, zou slechts dan mogelijk zijn wanneer de na deze datum ingetreden wijzigingen in de overeenkomst – in het licht van het toepasselijke recht – als sluiting van een nieuwe overeenkomst kunnen worden beschouwd. De verwijzende rechter dient vast te stellen of in onderhavige zaak van dergelijke omstandigheden sprake is.

52. Uitgaande van bovenstaande overwegingen ben ik van mening dat het moment waarop een overeenkomst wordt gesloten in de zin van artikel 28 van de Rome I-verordening, dient te worden beoordeeld volgens het recht waaraan de overeenkomst zou zijn onderworpen als deze verordening van toepassing was.

Bevoegdheid van het Hof om de artikelen 7, lid 1, en 22, lid 1, onder a), van het Verdrag van Rome uit te leggen

53. Mocht de verwijzende rechter tot de uitkomst komen dat de overeenkomst die voorwerp van het geschil is, niet binnen de werkingssfeer van de Rome I-verordening valt, dan is zij onderworpen aan het systeem van collisienormen die in het Verdrag van Rome zijn vastgelegd.¹⁸

54. Derhalve moet worden bekeken of het Hof, om de verwijzende rechter een ter zake dienend antwoord te geven, geen uitlegging moet geven van artikel 7, lid 1, van het Verdrag van Rome, dat de problematiek van de toepassing van buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht regelde voordat dit verdrag door de Rome I-verordening werd vervangen.

55. Hoewel het Verdrag van Rome geen rechtshandeling van de Unie is, is het Hof overeenkomstig de artikelen 1 en 2, onder a), van het eerste protocol bij dit verdrag voor de uitlegging ervan bevoegd, onder andere op verzoek van een van hoogste gerechtshoven van de Bondsrepubliek.

15 — Dz. U. 1964, nr. 16, volgnr. 94.

16 — Zie Gwiazdomorski, J., „Międzyczasowe prawo prywatne”, *Nowe Prawo*, 1962, nrs. 6 en 7, blz. 761.

17 — Zie Pietrzykowski, T., „Obowiązki i stosowanie prawa cywilnego w czasie”, in: *System prawa prywatnego*, deel 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, Safjan, M. (red.), Warschau, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN 2012, blz. 769.

18 — Overeenkomstig artikel 17 van het Verdrag van Rome is dit verdrag van toepassing op overeenkomsten die zijn gesloten nadat het verdrag voor de desbetreffende staat in werking is getreden – wat Duitsland betreft dus na 1 april 1991. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de rechtsbetrekking die aan het geschil ten grondslag ligt, in 1996 is ontstaan.

56. Aangezien het Hof overeenkomstig het aangehaalde eerste protocol bevoegd is het Verdrag van Rome op verzoek van het Bundesarbeitsgericht uit te leggen, is het naar mijn mening ook bevoegd het verdrag uit te leggen op grond van dit verzoek om een prejudiciële beslissing met betrekking tot de Rome I-verordening. In zijn rechtspraak behoudt het Hof zich uitdrukkelijk het recht voor om de inhoud van een prejudiciële vraag uit te breiden teneinde de verwijzende rechter een ter zake dienend antwoord te geven, voor zover daarbij de essentie van de prejudiciële vraag behouden blijft.¹⁹ In deze zaak zou de essentie van de tweede prejudiciële vraag, die betrekking heeft op artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening, niet worden gewijzigd door rekening te houden met een uitlegging van artikel 7, lid 1, van het Verdrag van Rome, omdat deze bepalingen dezelfde problematiek regelen.

57. Allereerst moet echter worden benadrukt dat de verwijzende rechter – wetende dat er twijfel bestaat met betrekking tot de toepassing in de tijd van de Rome I-verordening – geen vraag stelt over de uitlegging van het Verdrag van Rome. Wanneer de Rome I-verordening niet moet worden toegepast, dient over de vraag naar de toepassing op onderhavig geding van buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht – waar de verwijzende rechter overigens zelf op wijst – op grond van de regels van het eigen internationaal privaatrecht te worden besloten.

58. De Bondsrepubliek Duitsland heeft zich overeenkomstig artikel 22, lid 1, onder a), van het Verdrag van Rome het recht voorbehouden om artikel 7, lid 1, niet toe te passen. Zoals de Duitse regering in haar schriftelijke opmerkingen terecht aanvoert, kan artikel 7, lid 1, van het Verdrag van Rome wegens dit voorbehoud niet worden toegepast in het hoofdeding, dat voor een Duitse rechter wordt gevoerd.

59. Weliswaar kan men zich afvragen, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft aangevoerd, of alleen de omstandigheid dat Duitsland een voorbehoud in de zin van artikel 22, lid 1, onder a), van het Verdrag van Rome heeft gemaakt, de mogelijkheid heeft uitgesloten dat de praktijk van de Duitse rechter wordt voortgezet om – op grond van het eigen internationaal privaatrecht – indirect rekening te houden met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht.

60. De beantwoording van deze vraag vereist evenwel een uitlegging van artikel 22, lid 1, onder a), van het Verdrag van Rome. Het gaat er namelijk om de werkingssfeer vast te stellen van het op grond van dit voorschrift gemaakte voorbehoud met betrekking tot de niet-toepassing van artikel 7, lid 1. Naar mijn mening zou het Hof zich niet met deze vraag moeten bezighouden, daar de verruiming van de prejudiciële vragen omwille van de uitlegging van artikel 22, lid 1, onder a), van het Verdrag van Rome de essentie van onderhavig verzoek om een prejudiciële beslissing zou wijzigen. Los daarvan zou ik willen opmerken, waarbij ik ietwat vooruitloop op mijn verdere overwegingen, dat het antwoord dat ik heb voorgesteld voor de tweede prejudiciële vraag, ook ertoe kan bijdragen de door de Commissie geformuleerde twijfel weg te nemen.

61. Om deze redenen stel ik mij op het standpunt dat het Hof in deze zaak zich niet moet bezighouden met de uitlegging van artikel 22, lid 1, onder a), van het Verdrag van Rome met betrekking tot het uitsluiten van de toepassing van artikel 7, lid 1, van dit verdrag.

19 — De rechtspraak van het Hof met betrekking tot de bevoegdheid voor prejudiciële beslissingen die het zowel op grond van artikel 267 VWEU als op grond van de protocollen bij verdragen tussen de lidstaten op zich neemt, stelt bepaalde grenzen aan het wijzigen van een verzoek om een prejudiciële beslissing. Een door het Hof ambtshalve voorgenomen wijziging van de prejudiciële vraag mag er niet toe leiden dat de essentie van de vraag wordt gewijzigd, aangezien daardoor het recht van de procespartijen om verklaringen te geven, zou worden ondergraven. Zie de arresten *Phytheron International* (C-352/95, EU:C:1997:170, punt 14) en *Leathertex* (C-420/97, EU:C:1999:483, punt 22).

Uitlegging van artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening (tweede prejudiciële vraag)

Inleidende overwegingen

62. De tweede prejudiciële vraag die in deze zaak aan het Hof is gesteld, betreft de uitlegging van artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening. Deze bepaling regelt de kwestie van toepassing van bepalingen van bijzonder dwingend recht die onderdeel zijn van het recht van een derde land. Het gaat derhalve om voorschriften die noch onderdeel zijn van het recht dat op de overeenkomst van toepassing is (*lex causae*), noch van het recht van het gerecht waarbij het geding aanhangig is (*lex fori*).

63. Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing valt op te maken dat de beantwoording van deze vraag voor de verwijzende rechter slechts dan van betekenis is, wanneer hij – stoelend op de criteria die in het antwoord op de eerste vraag zijn opgesteld – vaststelt dat de Rome I-verordening in het hoofdgeding in de tijd van toepassing is.

64. Het lijkt echter dat de problematiek die door deze vraag wordt aangesneden, in een bredere context moet worden gezien en de desbetreffende overwegingen bij de beslissing over de bij de verwijzende rechter aanhangige zaak ook tegen de achtergrond van het recht dat gold vóór de inwerkingtreding van deze verordening ter zake dienend zullen zijn.

Het begrip bepalingen van bijzonder dwingend recht

65. Het begrip bepalingen van bijzonder dwingend recht duikt in vele landen op in de leer van het internationaal privaatrecht en in de rechtspraak.²⁰ Het gaat hierbij om bepalingen die dienen ter verwezenlijking van bijzondere belangen van de desbetreffende staat, en die vanwege hun doel onafhankelijk daarvan van toepassing zijn aan welk recht de desbetreffende rechtsbetrekking is onderworpen. Deze voorschriften bepalen met andere woorden zelf hun werkingssfeer, die dan zelfs niet mag worden beperkt wanneer volgens de collisieregels op de desbetreffende rechtsbetrekking een ander recht van toepassing is.

66. Dit type voorschriften kwam op ten gevolge van de groeiende inmenging van de staat in privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen. Met het oog op de wens van de staat om zijn politieke, sociale en economische belangen te realiseren, kon niet langer worden aanvaard dat sommige rechtsbetrekkingen waren onderworpen aan volledig buitenlands recht. Staten streven er namelijk naar de belangen, waarvan de bescherming door deze bepalingen wordt gediend, zo volledig mogelijk te verwezenlijken – en los daarvan ook te bepalen aan welk recht de desbetreffende rechtsbetrekking qua collisieregels is onderworpen. Deze omstandigheid werd door rechtsgeleerden reeds halverwege de twintigste eeuw waargenomen en beschreven.²¹

20 — In deze conclusie, die in het Pools werd geschreven, gebruik ik hoofdzakelijk het begrip „bepalingen van bijzonder dwingend recht”. Soms gebruikt men in plaats daarvan ook het begrip „dwingende bepalingen”. Het begrip „dwingende bepalingen” mag in deze betekenis echter niet worden verwisseld met het begrip bepalingen waarvan bij overeenkomst niet kan worden afgeweken (bijvoorbeeld artikel 3, lid 3, van de Rome I-verordening).

21 — Op dit gebied is met name de bijdrage van P. Franceskakis van belang, die het begrip „lois d’application immédiate” gebruikte, zie „Quelques précisions sur les lois d’application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois”, RCDIP 1966, blz. 1 e.v.

67. In artikel 7 van de tussen de landen van de toenmalige Europese Economische Gemeenschap gesloten overeenkomst van Rome werd rekening gehouden met de problematiek van de bepalingen van bijzonder dwingend recht. Deze – destijds zeer innovatieve – bepaling vormde dé manier waarop in de doctrine en de rechtspraak – niet alleen in de Europese landen – de bepalingen van bijzonder dwingend recht werden waargenomen. In een duidelijke meerderheid van de codificaties van het internationaal privaatrecht van de afzonderlijke staten is de problematiek van de bepalingen van bijzonder dwingend recht geregeld²², zij het op verschillende wijzen.

Bepalingen van bijzonder dwingend recht en openbare orde

68. Wanneer men de ontstaansgeschiedenis van bepalingen van bijzonder dwingend recht nader beschouwt, zal men vaststellen dat zij zeer sterk verbonden zijn met de idee van de bescherming van de openbare orde. Het volstaat hier zich te beroepen op de vaststelling van Friedrich Carl von Savigny dat de openbare orde van de staat – los van de algemene openbare-ordebepaling, die de gevolgen van de toepassing van het desbetreffende toepasselijke recht corrigeert – ook door bijzondere „Gesetze von streng positiver, zwingender Natur” (wetten van strikt positieve, dwingende aard)²³ wordt beschermd. Op de verbondenheid van bepalingen van bijzonder dwingend recht met de openbare orde wijst ook overweging 37 van de Rome I-verordening, volgens welke „[o]verwegingen van algemeen belang [kunnen] rechtvaardigen, dat de rechters van de lidstaten zich in uitzonderlijke omstandigheden kunnen beroepen op rechtsfiguren zoals de *exceptie van openbare orde* en *bepalingen van bijzonder dwingend recht*” (cursivering van mij).

69. Hoewel beide rechtsinstrumenten hun bestaan te danken hebben aan de bescherming van de openbare orde, werken zij toch niet op dezelfde manier. De openbare-ordebepaling – zoals deze bijvoorbeeld in artikel 21 van de Rome I-verordening tot uitdrukking komt – stoelt op de gedachte geen toepassing van buitenlands recht toe te staan wanneer zij een kennelijke schending van de openbare orde van de staat van de aangezochte rechter tot gevolg zou hebben. Zij dient derhalve tot het uitsluiten van bepaalde – met het oog op de bescherming van de openbare orde, ongewenste – gevolgen van de toepassing van buitenlands recht.

70. Bepalingen van bijzonder dwingend recht beschermen de openbare orde daarentegen op een andere manier. Zij hebben rechtstreeks invloed op de desbetreffende rechtsbetrekking. Zij geven gestalte aan haar inhoud, los van de regels van buitenlands recht waaraan deze rechtsbetrekking is onderworpen.

Bepalingen van bijzonder dwingend recht in het Unierecht

71. De Uniewetgever heeft in artikel 9, lid 1, van de Rome I-verordening bepalingen van bijzonder dwingend recht gedefinieerd als „bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig deze verordening overigens van toepassing is op de

22 — Bijvoorbeeld artikel 8 van de Poolse wet op het internationaal privaatrecht van 2011; artikel 1.11, lid 2, van het Litouwse burgerlijk wetboek van 2000; artikel 20 van de Belgische Wet houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht van 2004; artikel 17 van de Italiaanse wet op het internationaal privaatrecht van 1995; artikel 7 van boek 10 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1992, en de §§ 3 en 25 van de Tsjechische wet op het internationaal privaatrecht van 2012. Wat de landen buiten de Unie betreft, dient vooral te worden gewezen op de artikelen 18 en 19 van de Zwitserse wet op het internationaal privaatrecht van 1987.

23 — Zie von Savigny, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, deel 8, Berlijn, 1849, 36 I 276.

overeenkomst”. Deze definitie sluit aan bij de formulering van het Hof in het arrest Arblade e.a., waarin het Hof zijn standpunt heeft bepaald ten aanzien van de bepalingen van het Belgische arbeidsrecht, die in het licht van het Belgische recht als „wetten van politie en veiligheid”²⁴ werden beschouwd.

72. Zoals reeds vermeld, bepalen de bepalingen van bijzonder dwingend recht hun werkingsfeer zelf, los van het recht waaraan de desbetreffende rechtsbetrekking is onderworpen. Er moet rekening worden gehouden met het feit dat de werkingsfeer van deze voorschriften meestal niet rechtstreeks uit de tekst ervan volgt. Over de toepassing ervan beslist steeds de rechter bij wie de desbetreffende zaak aanhangig is gemaakt. In het kader van de beslissing over de toepassing ervan moet de rechter de *concrete feiten* onderzoeken en daarbij een oordeel uitspreken over de redenen en de doeleinden die de desbetreffende bepaling tot uitdrukking brengt. Deze rechter moet voor zichzelf de vraag beantwoorden of het daadwerkelijk de bedoeling was van de wetgever die deze bepaling heeft opgesteld, haar het karakter te geven van een *bepaling van bijzonder dwingend recht*. Pleiten de politieke, sociale of economische belangen van de staat die deze bepaling heeft opgesteld, daadwerkelijk ervoor dat de bepaling gevolgen heeft voor de desbetreffende rechtsbetrekking, hoewel de collisioneregels verwijzen naar het recht van een andere staat als het recht dat op de desbetreffende rechtsbetrekking van toepassing is?

73. Daarom kan er ook geen catalogus van a priori geprivilegieerde bepalingen worden vastgesteld. De Uniewetgever en de doctrine kunnen enkel het fenomeen „bepalingen van bijzonder dwingend recht” beschrijven; de beslissing of aan de desbetreffende bepaling het predicaat „van bijzonder dwingend recht” kan worden toegekend, berust evenwel bij de in de concrete zaak aangezochte rechter.

74. Naar mijn mening heeft het onderzoek door de rechter een functioneel karakter. De rechter onderzoekt of in een concrete situatie voor het doen van een billijke uitspraak is vereist dat rekening wordt gehouden met legitieme en gegronde belangen van een staat, waarvan het recht niet van toepassing is op de desbetreffende rechtsbetrekking. Men kan derhalve stellen dat het begrip bepalingen van bijzonder dwingend recht op zich *de rechter de mogelijkheid biedt* een uitspraak te doen die billijk is en tegelijkertijd rekening houdt met de noodzaak om concurrerende belangen van de betrokken staten af te wegen.

Oorsprong van de bepalingen van bijzonder dwingend recht

75. De meeste collisioneregels van afzonderlijke staten verschillen wat betreft de toelaatbaarheid en de voorwaarden van toepassing van bepalingen van bijzonder dwingend recht naargelang de staat die ze heeft vastgesteld.

76. Wanneer deze regels worden neergelegd in het recht van de staat waaraan de desbetreffende rechtsbetrekking is onderworpen (*lex causae*), doet de vraag zich helemaal niet voor of zij mogen worden toegepast. Daarbij doet het niet ter zake of de *lex causae* overeenkomt met het recht van de aangezochte rechter (*lex fori*). Deze bepalingen behoren namelijk toch al tot het rechtssysteem dat aan de beslissing ten grondslag dient te worden gelegd.

77. De kwestie van de toepasselijkheid van deze voorschriften is niet controversieel, indien zij worden uitgevaardigd door de staat waarvan de rechter in de zaak een beslissing neemt (*lex fori*) en de desbetreffende rechtsbetrekking aan het recht van een andere staat is onderworpen. Dit geval wordt bijvoorbeeld geregeld in artikel 7, lid 2, van het Verdrag van Rome en artikel 9, lid 2, van de Rome I-verordening. Er wordt dan juist aangenomen dat de rechter van de desbetreffende staat een

24 — Zie arrest Arblade e.a. (C-369/96 en C-376/96, EU:C:1999:575, punt 30); Nuyts, A., „Les lois de police et dispositions impératives dans le Règlement Rome I”, *Revue de droit commercial belge*, nr. 6, 2009.

bijzondere verantwoordelijkheid draagt voor de bescherming van de politieke, sociale of economische belangen van deze staat. Bovendien is het voor deze rechter het gemakkelijkst om de reikwijdte van de bescherming van deze belangen te bepalen en de redenen en de doeleinden af te wegen die in de desbetreffende bepaling tot uitdrukking komen.

78. Uiterst omstreden is daarentegen het complex van vragen dat het onderwerp vormt van de tweede vraag van het Bundesarbeitsgericht in dit geding, namelijk die naar de toepassing van bepalingen van bijzonder dwingend recht van een ander land. Deze problematiek was – met name nadat artikel 7, lid 1, van het Verdrag van Rome was vastgesteld – in bijna alle lidstaten het onderwerp van talrijke analyses in de doctrine. Ik heb het gevoel dat de interesse van de doctrine in dit thema zelfs onevenredig is aan de werkelijk geringe praktische betekenis ervan.

79. Artikel 7, lid 1, van het Verdrag van Rome was op het moment waarop het werd vastgesteld een zeer innovatieve bepaling.²⁵ Enerzijds was het een inspiratiebron voor vele nationale wetgevers, en niet alleen in de lidstaten. Anderzijds vormde het ook het onderwerp van controversen. Er werd onder andere tegengeworpen dat de toepassing van bepalingen van bijzonder dwingend recht van een ander land de rechtstoepassingsorganen een te grote beoordelingsvrijheid zou geven. Er werd op gewezen dat het zeer moeilijk is de belangen af te wegen van de *lex causae*, de *lex fori* en het recht van het andere land, ook omdat de voorwaarden voor toepassing van bepalingen van bijzonder dwingend recht in het licht van artikel 7, lid 1, van het Verdrag van Rome weinig nauwkeurig zijn. De rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van beslissingen lijden hieronder. Op grond daarvan voorzag artikel 22, lid 1, onder a), van het Verdrag van Rome ook in de mogelijkheid dat staten die partij zijn bij dit verdrag het voorbehoud maken dat zij artikel 7, lid 1, niet toepassen. Ierland, Duitsland, Litouwen, Luxemburg, Portugal, Slovenië en het Verenigd Koninkrijk hebben dit voorbehoud gemaakt.

80. De pleitbezorgers van artikel 7, lid 1, beriepen zich er in de eerste plaats op dat de mogelijkheid werd geboden om een billijke uitspraak te doen die rekening houdt met de legitieme belangen van een ander land wanneer aan bepaalde dwingende bepalingen van het andere land werking werd verleend.²⁶ Hierdoor zouden eventuele belemmeringen voor de homologatie of tenuitvoerlegging van de beslissing in het andere land worden weggenomen. De mogelijkheid om rekening te houden met bepalingen van bijzonder dwingend recht van een ander land zou de harmonie in de internationale rechtspraak versterken, aangezien – los van de vraag welke staat de staat is waarvan de rechter bevoegd is om uitspraak te doen – een instrument wordt geschapen dat een uniforme beslissing mogelijk maakt.²⁷ Het fenomeen van forumshopping wordt daardoor beperkt. Ten slotte bevordert de mogelijkheid om rekening te houden met bepalingen van bijzonder dwingend recht de internationale samenwerking en solidariteit, wat in het tijdperk van wederzijdse afhankelijkheid van staten absoluut noodzakelijk lijkt te zijn.²⁸

25 — Zie met betrekking tot de travaux van het Verdrag van Rome, Popiołek, W., „Konwencja EWG o prawie właściwym dla zobowiązań”, *Państwo i Prawo*, 9/1982, blz. 105-115; Fuchs, B., *Statut kontraktowy a przepisy wymuszające swoje zastosowanie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 2003, blz. 126 e.v.

26 — Wojewoda, M., „Mandatory Rules in Private International Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (7) 2000, nr. 2, blz. 212.

27 — Bonomi, A., „Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement „Rome I” sur la loi applicable aux contrats”, in: Bonomi, A., Cashin Ritaine, E. (red.), *Le nouveau règlement européen „Rome I” relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Genève, 2008, blz. 235.

28 — Zie Zachariasiewicz, M.A., „Przepisy wymuszające swoje zastosowanie”, in: Pazdan, M. (red.), *System prawa prywatnego*, deel 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warschau, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN 2014, blz. 455.

Bepalingen van bijzonder dwingend recht van een ander land in de Rome I-verordening

– Inleidende overwegingen

81. De controversen met betrekking tot artikel 7, lid 1, van het Verdrag van Rome vinden hun weerklank in de wetgevingsprocedure bij de Rome I-verordening.²⁹ De Raad heeft gediscussieerd over een voorschrift om de vraag te regelen in hoeverre het toegestaan is gevolg toe te kennen aan buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht.³⁰ Uiteindelijk gaf men de voorkeur aan een tekst van dit voorschrift die de indruk wekt dat het in vergelijking met artikel 7, lid 1, van het Verdrag van Rome alleen beperkt mogelijk is gevolg toe te kennen aan de bepalingen van bijzonder dwingend recht van een ander land.

82. De essentiële beperkingen betreffen twee gebieden. Ten eerste kan de rechter *gevolg toekennen* aan de bepalingen van het land waar *de verplichtingen krachtens de overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen*. Ten tweede is dat slechts toegestaan voor zover *die bepalingen de tenuitvoerlegging van de overeenkomst onwettig maken*.

83. Artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening kan wat de uitlegging betreft ook nog andere twijfels oproepen. Het gaat dan bijvoorbeeld om de vraag in hoeverre het Unierecht de toepassing van concrete bepalingen van bijzonder dwingend recht kan verbieden, beperken of voorschrijven. Men moet namelijk bedenken dat artikel 9, lid 1, in tegenstelling tot artikel 7 van het Verdrag van Rome, een definitie van het begrip bepalingen van bijzonder dwingend recht bevat, hetgeen niet zonder invloed kan blijven op de bevoegdheid van het Hof. Het is ook niet duidelijk wat de gevolgen zijn van het feit dat artikel 9, lid 2, met betrekking tot bepalingen van bijzonder dwingend recht spreekt van de *toepassing* ervan, terwijl in artikel 9, lid 3, ervan sprake is dat aan bepalingen van bijzonder dwingend recht van een ander land *gevolg* kan worden toegekend. Aangezien deze vragen echter niet het voorwerp van deze procedure vormen, zal ik daar niet nader op ingaan.

84. De twijfel die in de tweede vraag van de verwijzende rechter is uiteengezet, betreft feitelijk de volgende kwestie. Het gaat er namelijk om een antwoord te geven op de vraag of, wanneer in een zaak aan de voorwaarden van artikel 9, lid 3, is voldaan, de rechter indirect rekening kan houden met de bepalingen van een ander land – in casu dus de Griekse bepalingen. De verwijzende rechter licht toe dat volgens hem de verbintenissen uit de overeenkomst, die voorwerp van het hoofdgeding zijn, niet in Griekenland, maar in Duitsland moeten worden nagekomen.

85. Ik zou er direct toe kunnen overgaan deze problematiek te bespreken, als het voor de beantwoording van de vraag van de verwijzende rechter niet nodig was deze in een bredere context te plaatsen.

– Beperking van de toepassing van bepalingen van bijzonder dwingend recht van een ander land in het licht van artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening

86. In hun opmerkingen in deze zaak stellen de regeringen van Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, alsook de Commissie, voor de voorwaarden van artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening beperkt uit te leggen. Volgens hen is de mate waarin rekening kan worden gehouden met die bepalingen van een ander land tegenwoordig in vergelijking met artikel 7, lid 1, van het Verdrag van Rome aanzienlijk

29 — Deze controversen worden niet bevestigd in de praktische toepassing van artikel 7, lid 1, in de staten die geen voorbehoud overeenkomstig artikel 22, lid 1, van het Verdrag van Rome hebben gemaakt. Zie Zachariasiewicz, M.A., „Rozwój nauki prawa prywatnego międzynarodowego”, in: Pazdan, M. (red.), *System prawa prywatnego*, deel 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warschau, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN 2014, blz. 81.

30 — Zie over dit thema Hellner, M., „Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?”, *Journal of Private International Law*, 2009, nr. 5 (3), blz. 451-454; McParland, M., *The Rome I Regulation on the Law applicable to contractual obligations*, Oxford University Press, 2015, blz. 697-705.

beperkt. Het gaat dan vooral om de beperkingen waarvan ik in punt 82 van deze conclusie gewag heb gemaakt. Deze mening delen, zou betekenen dat – enerzijds – de bepalingen van bijzonder dwingend recht van het land van de aangezochte rechter bijna onbeperkt mogen worden toegepast, terwijl het – anderzijds – slechts onder strikte voorwaarden mogelijk zou zijn met dergelijke bepalingen van een ander land rekening te houden.

87. Naar mijn mening komt een dergelijke oplossing noch overeen met het doel van de Rome I-verordening, noch met het doel van de mogelijkheid om rekening te houden met bepalingen van bijzonder dwingend recht.

88. Ten eerste heeft, zoals ik hierboven uiteen heb gezet³¹, de toets die voorafgaat aan de beslissing of in een concrete zaak met een bepaalde bepaling van bijzonder dwingend recht rekening moet worden gehouden, een functioneel karakter. De rechter die deze beslissing neemt, weegt de redenen en de doeleinden van de desbetreffende bepaling af en kijkt ook kritisch naar de gevolgen die zij voor de desbetreffende rechtsbetrekking kan hebben. Dit moet ertoe bijdragen dat een billijke beslissing wordt gegeven die rekening houdt met het legitieme belang van de andere staat. In veel gevallen kan het hierbij ook gaan om het belang van een andere lidstaat. Het kan nauwelijks worden miskend dat deze mogelijkheid ook nuttig is voor het – ruim opgevatte – wederzijdse vertrouwen tussen de lidstaten.³² Bovendien kan niet worden uitgesloten dat het in sommige situaties rekening houden met bepalingen van bijzonder dwingend recht van een ander land, in het belang van de staat is waarvan de rechter is aangezocht om een uitspraak te doen.³³ Die staat kan er een legitiem belang bij hebben dat door de rechters van andere landen ook met zijn bepalingen van bijzonder dwingend recht rekening wordt gehouden.

89. Ten tweede werkt aanvaarding van een zo verschillende behandeling van bepalingen van bijzonder dwingend recht van het land van de rechter bij wie de zaak aanhangig is en van die van het andere land, forumshopping in de hand. In gevallen waarin de verzoekende partij de mogelijkheid heeft de procedure bij de rechter van meerdere landen aanhangig te maken, kan hij er op deze manier over beslissen of met bepaalde bepalingen van bijzonder dwingend recht rekening moet worden gehouden of niet. Zelfs in het hoofdgeding in deze zaak kan men zich voorstellen dat een Griekse rechter wanneer hij over hetzelfde voorwerp van het geding een uitspraak zou moeten doen, op grond van artikel 9, lid 2, van de Rome I-verordening, zonder twijfel de eigen bepalingen van bijzonder dwingend recht zou toepassen.

90. Ten derde ben ik uiteindelijk niet overtuigd door de argumenten dat het rekening houden met de bepalingen van bijzonder dwingend recht van een ander land, afbreuk doet aan de rechtszekerheid en tot onvoorspelbare beslissingen leidt. Dit verwijt zou evengoed gelden voor de toepassing van openbare-ordebepalingen (artikel 21 van de Rome I-verordening) of bepalingen van bijzonder dwingend recht van het land van de rechter bij wie de zaak aanhangig is (artikel 9, lid 2, van de Rome I-verordening). Ook in deze gevallen gaat het om een vorm van ingrijpen in de werkingssfeer van het toepasselijke recht. Dit ingrijpen vindt zijn rechtvaardiging in de noodzaak om de fundamentele waarden van de desbetreffende rechtsorde of de essentiële belangen van de desbetreffende staat te beschermen. In ieder geval – en ongeacht of het gaat om de toepassing van artikel 21, artikel 9, lid 2, of artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening – mag een dergelijke ingreep slechts bij wijze van uitzondering plaatsvinden en moet deze op bijzonder belangrijke redenen van openbaar belang zijn gebaseerd.

31 — Zie punt 74 van deze conclusie.

32 — Zie Bonomi, A., Cashin Ritaine, E., op. cit. (voetnoot 27), blz. 235.

33 — In dit verband moet worden verwezen naar de rechtspraak van de Engelse rechter (bijvoorbeeld arrest Foster/Driscoll [1929] 1 KB 470), die op de aanname berust dat niet-inachtneming van bepalingen van bijzonder dwingend recht in sommige gevallen kan leiden tot een schending van de op de „comity of nations” gestoelde openbare orde van het land van de geadieerde rechter. Zie McParland, M., op. cit. (voetnoot 30), blz. 711, 715 en 716; Harris, J., „Mandatory Rules and Public policy under the Rome I Regulation”, in: Ferrari, F., Leible, S. (red.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, München, 2009, blz. 298 e.v.

91. Om de hierboven uiteengezette redenen ben ik van mening dat bij de uitlegging van artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening het begrip „land waar de verbintenissen [...] moeten worden nagekomen of zijn nagekomen” niet al te restrictief mag worden opgevat.³⁴ Bovenal mag de uitlegging niet analoog plaatsvinden aan die van artikel 5, punt 1, van de Brussel I-verordening, waarin eveneens sprake is van „plaats van uitvoering van de verbintenis” – als grondslag voor de rechterlijke bevoegdheid in burgerlijke en handelszaken.³⁵ Met beide bepalingen worden volstrekt verschillende doeleinden nagestreefd. In het geval van de Brussel I-verordening gaat het om de vaststelling van een bepaalde plaats in een lidstaat als grondslag voor de relatieve bevoegdheid van de rechter. Deze plaats moet zo sterk verbonden zijn met de plaats waar de overeenkomst ten uitvoer wordt gelegd, dat – om redenen van proceseconomie – op grond daarvan het forum wordt bepaald, en dit overigens in afwijking van de algemene bevoegdheidsregels in artikel 2 van de Brussel I-verordening. Het begrip plaats van tenuitvoerlegging van de verbintenis in de zin van artikel 5, punt 1, van de Brussel I-verordening moet daarom eng worden uitgelegd.

92. Anders is het gesteld met de uitlegging van het begrip „land waar de verbintenissen krachtens de overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen” in artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening. Bij de uitlegging van dit voorschrift³⁶ gaat het met het oog op de relatieve bevoegdheid er niet om een concrete plaats te bepalen, maar gaat het om het bepalen van het *land* waar de verbintenissen krachtens de overeenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen. Het gaat hier dus niet slechts om de materiële (feitelijke) uitvoering van een handeling door de partij bij de overeenkomst op een bepaalde geografische plek, maar ook om de verbinding met de rechtsmacht en het rechtssysteem van de desbetreffende staat.

93. Voorts gaat het hierbij niet slechts om de tenuitvoerlegging van een verbintenis, die bestaat uit het verrichten van de voor de desbetreffende contractuele verhouding „kenmerkende prestatie”³⁷. Bij het bepalen van de voorwaarden waaronder artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening kan worden toegepast, kan integendeel de tenuitvoerlegging van een willekeurige contractuele verbintenis als aanknopingspunt dienen.

94. Daarnaast moet het daarbij nog niet eens gaan om een *verbintenis* die de partijen rechtstreeks in de overeenkomst hebben vastgelegd.³⁸ Het recht waaraan de desbetreffende overeenkomst is onderworpen, kan de verbintenissen van de partijen anders vormgeven dan de partijen rechtstreeks in de overeenkomst zijn overeengekomen of de contractuele afspraken aanvullen.

95. Om deze redenen staat naar mijn mening niet van meet af aan volledig vast dat in het hoofdeding in deze zaak de plaats van tenuitvoerlegging van de verbintenis uitsluitend Duitsland is. Wanneer wij te maken hebben met een arbeidsovereenkomst waarbij de Griekse Staat, die – in het kader van zijn overheidstaken – de verplichting nakomt om uit de overheidsbegroting gefinancierd onderwijs aan te bieden, partij is, dan kan niet van meet af aan worden uitgesloten dat ook Griekenland de plaats van tenuitvoerlegging van de verbintenis is. Niets pleit ertegen dat bij bepaalde contractuele verhoudingen de plaats van tenuitvoerlegging van de uit deze verhoudingen volgende verbintenissen – in de zin van artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening – zich in meerdere landen kan bevinden.³⁹

34 — Zo Schmidt-Kessel, M., „Article 9”, in: Ferrari, F. (red.), *Rome I Regulation*, Sellier, München, 2015, blz. 350. Ik ben bovendien van mening dat ook de andere voorwaarde die uit artikel 9, lid 3, volgt, namelijk die dat de desbetreffende bepalingen van toepassing zijn, voor zover zij „de tenuitvoerlegging van de overeenkomst onwettig maken”, op dezelfde wijze ruim moet worden uitgelegd. Zie Schmidt-Kessel, M., op. cit.; Harris, J., op. cit. (voetnoot 33), blz. 322; Hellner, M., op. cit. (voetnoot 30), blz. 461.

35 — Zie Nuyts, A., op. cit. (voetnoot 24), blz. 563 en 564.

36 — Er bestaat bij mij geen twijfel dat dit begrip autonoom moet worden uitgelegd. Zie Harris, J., op. cit. (voetnoot 33), blz. 315; Marazopoulou, V., „Overriding Mandatory Provisions of Article 9 § 3 of the Rome I Regulation”, *Revue Hellénique de Droit International* 2/2011, blz. 787.

37 — Op het begrip kenmerkende prestatie is bijvoorbeeld artikel 4 van de Rome I-verordening gestoeld, dat bepaalt welk recht op de overeenkomst van toepassing is, voor zover de partijen geen rechtskeuze overeenkomstig artikel 3 van deze verordening hebben gemaakt.

38 — McParland, M., op. cit. (voetnoot 30), blz. 706; Hellner, M., op. cit. (voetnoot 30), blz. 466.

39 — In die zin Renner, M., „Rome I Article 9, Overriding Mandatory Provisions”, in: *Rome Regulations*, op. cit. (voetnoot 11), blz. 258; Zachariasiewicz, M.A., op. cit. (voetnoot 28), blz. 459; Nuyts, A., op. cit. (noot 24), blz. 564.

96. Nu de verwijzende rechter heeft vastgesteld dat de plaats van tenuitvoerlegging van de overeenkomst die voorwerp van het geschil is, uitsluitend Duitsland is, en wat dat betreft ook niet uitdrukkelijk om uitlegging van artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening heeft verzocht, stel ik voor dat het Hof zich slechts met het complex vragen bezighoudt dat het voorwerp van de tweede vraag is.

– Toepassing en materieelrechtelijk rekening houden met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht

97. Deze vraag berust op de veronderstelling dat er een onderscheid bestaat tussen het *toepassen* van bepalingen van bijzonder dwingend recht en het *materieelrechtelijk rekening houden* met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht („materiell-rechtliche Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen”). De verwijzende rechter wijst daarbij op de Duitse rechtspraak en doctrine, volgens welke met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht – in het kader van de toepassing van Duits recht als *lex causae* – als feitelijke omstandigheden rekening kan worden gehouden.⁴⁰ De verwijzende rechter wijst erop dat in het hoofdgeding op grond van § 241, lid 2, BGB met Griekse voorschriften rekening zou kunnen worden gehouden (punt 13).⁴¹

98. Het is niet vereist om in casu in te gaan op de verschillende rechtsdogmatische grondslagen waarop materieelrechtelijk rekening kan worden gehouden met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht. Doorslaggevend zou een vraag moeten zijn waarvan de beantwoording voor de verwijzende rechter van betekenis kan zijn.

99. De Commissie stelt zich in haar opmerkingen op het standpunt dat artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening de mogelijkheid om met behulp van andere instrumenten dan deze bepaling rekening te houden met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht, volledig uitsluit. Ook met betrekking tot artikel 7, lid 1, van het Verdrag van Rome is de Commissie van mening dat een staat die overeenkomstig artikel 22, lid 1, onder a), van dit verdrag een voorbehoud heeft gemaakt, zichzelf daarmee de rechtsgrondslag ontnemt voor het rekening houden met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht.

100. Uitgaande van deze opvatting zou de verwijzende rechter, zoals de Commissie overigens ter terechtzitting heeft bevestigd, zich zelfs dan niet kunnen beroepen op de bestaande praktijk van de Duitse rechter met betrekking tot het materieelrechtelijk rekening houden met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht, als hij zou veronderstellen dat het Verdrag van Rome in casu in de tijd kan worden toegepast.

101. Het is juist dat het praktische onderscheid tussen *het toepassen van* en *het materieelrechtelijk rekening houden met* buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht nauwelijks valt waar te nemen. Het onderscheid wordt slechts in het kader van de dogmatische toelichting op dit onderscheid duidelijk. In die zin kan ik mij inleven in de overwegingen van de Commissie, dat indien het wordt toegestaan rekening te houden met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht, dit ertoe kan leiden dat de in artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening vastgelegde beperkingen of de overeenkomstig artikel 22, lid 1, onder a), van het Verdrag van Rome gemaakte voorbehouden, worden omzeild. Nochtans is naar mijn overtuiging de door de Commissie voorgestelde uitlegging van artikel 9, lid 3 – op grond waarvan iedere andere mogelijkheid om rekening te houden met bepalingen van bijzonder dwingend recht van een ander land is uitgesloten – al te restrictief.

40 — Ook in de Poolse doctrine wordt gewezen op de mogelijkheid om in het kader van de toepassing van de *lex causae* rekening te houden met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht. Zie Popiolek, W., *Wykonanie zobowiązania umownego a prawo miejsca wykonania: zagadnienia kolizyjnoprawne*, Katowice, 1989, blz. 163 e.v.; Mataczyński, M., *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Zakamycze, 2005, blz. 181 e.v.

41 — Op grond van de Schuldstatuttheorie. Zie daartoe Harris, J., op. cit. (voetnoot 33), blz. 302.

102. Ten eerste ben ik van mening dat de Rome I-verordening – als collisieregeling – ertoe dient het recht aan te wijzen dat op de desbetreffende contractuele verhouding van toepassing is (lex causae). Wanneer in het kader van de toepassing van het aangewezen recht en op grond van dit recht rekening kan worden gehouden met een buitenlandse bepaling van bijzonder dwingend recht, dan is uitsluitend sprake van toepassing van de lex causae. Een dergelijk rekening houden met een bepaling van bijzonder dwingend recht is daarom niet het voorwerp van de regeling door de Rome I-verordening.⁴²

103. Het doel van de Rome I-verordening is het aanwijzen van het recht dat van toepassing is op de contractuele verhouding, en mogelijk legt zij de grondslag voor een „correctie” van de gevolgen die eruit voortkomen, wellicht gebaseerd op de openbare-ordebepaling of het instituut van de bepalingen van bijzonder dwingend recht. Artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening sorteert alleen dan effect als de rechter rekening zou willen houden met een buitenlandse bepaling van bijzonder dwingend recht, los van de lex causae. Met andere woorden, het gaat hier om het uitvoeren van een bepaalde *ingreep* in de werkingssfeer van de lex causae door rekening te houden met een bepaling die uit een andere rechtsorde afkomstig is.

104. Van een dergelijke situatie is geen sprake wanneer in het kader van de toepassing van de lex causae rekening wordt gehouden met een buitenlandse bepaling van bijzonder dwingend recht.⁴³

105. Ingeval men het standpunt van de Commissie onderschrijft, zou dit ten tweede betekenen dat de Rome I-verordening er niet enkel toe dient het recht aan te wijzen dat op de contractuele verhouding van toepassing is, maar zelf ook de toepassing van het recht waarop een beroep wordt gedaan, kan beïnvloeden. Hoe zou anders kunnen worden uitgelegd dat volgens de Commissie de bestaande praktijk van de Duitse rechter dat in het kader van de toepassing van Duits recht materieelrechtelijk rekening kan worden gehouden met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht, in strijd moet zijn met artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening?

106. Ieder rechtssysteem kent voorschriften die onbepaalde rechtsbegrippen bevatten. Het gaat hierbij om begrippen als „goede zeden”, „te goeder trouw”, „voldoende procesbelang” of „beginselen van maatschappelijke betamelijkheid”. Zij dienen ertoe de rechter een passende beoordelingsmarge te garanderen. Ik twijfel er niet aan dat in het kader van de toepassing van dat soort bepalingen rekening kan worden gehouden met de rechtsregels van andere landen, *als feitelijke omstandigheden*. Dit geldt vooral voor die rechtsregels die dienen ter bescherming van objectief gemotiveerde belangen en passend verband houden met de desbetreffende contractuele verhouding. Ik twijfel er geenszins aan dat wij in deze gevallen te maken hebben met een toepassing van het recht waaraan de desbetreffende overeenkomst is onderworpen. Met andere woorden, het gaat niet om een afwijking van de toepassing van de lex causae.

107. Zou men de opvatting van de Commissie delen, dan zou dit om deze redenen tot bevoegdheidsproblemen leiden. De Rome I-verordening werd vastgesteld op grond van een Verdragsbepaling die dient ter „bevordering van de verenigbaarheid van de [...] regels voor collisie” [voormalig artikel 65 EG juncto artikel 61, onder c), EG]. Zij mag daarom niet ingrijpen in de praktijk van toepassing van het toepasselijk verklaarde recht, vooral niet wanneer het gaat om regelgeving – hoofdzakelijk op het terrein van het privaatrecht – die aan de rechter een zekere beoordelingsmarge laat.

42 — Zie zo ook Martiny, D., „Art. 9 Rom I-VO”, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H. Beck, zesde druk, München, 2015, punten 114-114b; Remien, O., „Art. 9 ROM I-VO”, in: *BGB Kommentar*, Prütting, H., Wegen, G., Weinreich, G. (red.), 2015, punt 45. De auteurs van de aangevoerde commentaren wijzen er evenwel op dat in de Duitse doctrine ook een andere opvatting wordt aangehangen, namelijk dat het materieelrechtelijk rekening houden met buitenlandse bepalingen moet worden beschouwd als het „toekennen van gevolg” in de zin van artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening, zodat dit ook onderworpen is aan de beperkingen die uit deze bepalingen volgen.

43 — In die zin Renner, M., op. cit. (voetnoot 39), blz. 261; Schmidt-Kessel, M., op. cit. (voetnoot 34), blz. 353; Marazopoulou, V., op. cit. (voetnoot 36), blz. 792.

108. Ten derde ten slotte zou het uitsluiten van de mogelijkheid om bij toepassing van de *lex causae* rekening te houden met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht, forumshopping in de hand werken.⁴⁴

109. Dit deel van de conclusie samenvattend, zou ik willen benadrukken dat niet automatisch moet worden toegestaan rekening te houden met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht – ongeacht of het erom gaat deze *toe te passen* of om *er materieelrechtelijk rekening mee te houden*. De rechter bij wie de zaak aanhangig is gemaakt beschikt over een ruime beoordelingsmarge die hem in staat moet stellen een billijke beslissing te nemen, die rekening houdt met de legitieme belangen van de partijen en ook met de belangen van de landen waarvan het recht een gevolg heeft voor de desbetreffende rechtsbetrekking.

110. Niet kan worden uitgesloten dat de verwijzende rechter in onderhavige zaak niet volledig rekening heeft gehouden met de Griekse regelgeving en slechts een gedeeltelijke verlaging van Nikiforidis' bezoldiging gerechtvaardigd acht. De rechter kan ook – zoals de rechter in tweede aanleg in deze zaak (het Landesarbeitsgericht) – tot de conclusie komen dat de fundamentele beginselen van het Duitse arbeidsrecht het niet mogelijk maken rekening te houden met de Griekse bepalingen.

111. In ieder geval heeft artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening geen beperking tot gevolg van de objectieve werkingssfeer en de manier waarop het Duitse recht – als het recht waaraan de overeenkomst is onderworpen – wordt toegepast.

Uitkomst van de tweede prejudiciële vraag

112. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de nationale rechter op de tweede prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening niet uitsluit dat indirect materieelrechtelijk rekening wordt gehouden met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht, indien dit is toegestaan in het recht van het land waaraan de overeenkomst is onderworpen.

Betekenis van het beginsel van loyale samenwerking (artikel 4, lid 3, VEU) wanneer rekening wordt gehouden met bepalingen van bijzonder dwingend recht van andere lidstaten (derde prejudiciële vraag)

113. In het verzoek om een prejudiciële beslissing benadrukt de Duitse rechter dat de wetten nr. 3833/2010 en nr. 3845/2010 ertoe dienden de verplichtingen van de Helleense Republiek na te komen die het gevolg waren van de bepalingen van het VWEU met betrekking tot economisch beleid, met name de in artikel 126, lid 1, VWEU geformuleerde verplichting om buitensporige overheidstekorten te vermijden. In verband met de financiële crisis in Griekenland en de steun die de eurolanden Griekenland hebben verleend, werd aan deze verplichting door besluit 2010/320/EU van de Raad van de Europese Unie⁴⁵ concreet vorm gegeven. Volgens dit besluit moest Griekenland een serie maatregelen treffen om een einde te maken aan het buitensporige tekort.

114. In dat verband moet worden nagegaan of het in artikel 4, lid 3, VEU verankerde beginsel van de loyale samenwerking van de lidstaten gebiedt dat gevolg wordt verleend aan de aangevoerde Griekse wetten.

44 — Zie punt 89 van deze conclusie.

45 — Besluit van de Raad van 8 juni 2010 gericht tot Griekenland met het oog op de versterking en verdieping van het begrotingstoezicht en tot aanmaning van Griekenland om maatregelen te treffen om het tekort te verminderen in de mate die nodig wordt geacht om de buitensporigtekortsituatie te verhelpen (PB L 145, blz. 6).

115. Ik zou willen benadrukken dat het in artikel 4, lid 3, VEU verankerde beginsel van de loyale samenwerking van de lidstaten zonder twijfel een van de fundamentele kenmerkende beginselen van Unierecht is.

116. Bij de toepassing van dit beginsel moet echter worden gelet op de werkingssfeer ervan. De organen van een lidstaat – waaronder ook de gerechten – zijn slechts aan dit beginsel gebonden voor zover zij het Unierecht toepassen.

117. Ik zou willen opmerken dat toepassing van de Rome I-verordening er enkel in bestaat dat het recht wordt aangewezen waaraan de desbetreffende overeenkomst is onderworpen. In casu wordt over het voorwerp van het geding niet langer op grond van de Rome I-verordening beslist, maar op grond van het recht dat van toepassing is (*lex causae*).

118. Naar mijn mening speelt het in deze context geen rol of het recht dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, wordt bepaald door Unierechtelijke collisieregels. Met andere woorden, voor het antwoord op de derde vraag maakt het in beginsel niet uit of de toepassing van het Duitse recht op deze overeenkomst uit de Rome I-verordening volgt of uit Duitse collisieregels waarbij het Verdrag van Rome wordt omgezet.

119. De verwijzende rechter doet uitspraak in een geding met betrekking tot een arbeidsovereenkomst waarop het Duitse recht van toepassing is.

120. Op deze plaats dient eraan te worden herinnerd dat het Unierecht deel uitmaakt van de rechtsordes van de lidstaten. Wanneer dus de rechter van een lidstaat een uitspraak doet over een geschil, kunnen bepalingen van bijzonder dwingend recht, waarvan de oorsprong in het Unierecht ligt, op grond van artikel 9, lid 2, van de Rome I-verordening worden toegepast.⁴⁶ Deze bepalingen behoren namelijk tot het rechtssysteem van de plaats van de rechter bij wie de zaak aanhangig is gemaakt (*lex fori*).⁴⁷

121. Vooral de problematiek omtrent het rekening houden met de Griekse wetten nr. 3833/2010 en nr. 3845/2010 wijst op een mogelijk verband tussen het hoofdgeding en de toepassing van Unierecht.

122. Ten eerste zou ik willen benadrukken dat besluit 2010/320 – tot omzetting waarvan de beide Griekse wetten werden opgesteld – tot Griekenland is gericht, en niet tot Duitsland. Een Duitse rechter kan daarom niet worden gelast – ook niet in het licht van artikel 4, lid 3, VEU – af te zien van toepassing van het Duitse recht waaraan de arbeidsovereenkomst die voorwerp is van het geding, is onderworpen.

123. Ten tweede volgt, zoals de Commissie terecht benadrukt, uit besluit 2010/320 – met uitzondering van enkele bijzondere uitkeringen⁴⁸ – niet rechtstreeks een verplichting om te korten op de salarissen van werknemers in de publieke sector.

124. Ten derde staan, zoals blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing, de bepalingen van het Duitse arbeidsrecht niet in de weg aan een verlaging van de salarissen van werknemers in Griekse openbare instellingen in Duitsland; zij vereisen slechts dat de werkgever bepaalde verplichtingen nakomt met betrekking tot de wijziging van de arbeidsovereenkomst of met betrekking tot het ontslag.

46 — Schmidt-Kessel, M., op. cit. (voetnoot 34), blz. 329; Sánchez Lorenzo, S., „Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts after Rome I”, *Yearbook of Private International Law*, deel 12, 2010, blz. 78.

47 — De Rome I-verordening bevat ook een bepaling die toepassing van het Unierecht verzekert ingeval voor het recht van een ander land is gekozen (artikel 3, lid 4).

48 — Artikel 2, onder f), bepaalt dat Griekenland tot eind juni 2010 de aan ambtenaren betaalde paas-, zomer- en kerstbonussen en toelagen verlaagt.

125. Met het oog daarop ben ik van mening dat uit het beginsel van de loyale samenwerking – zoals geformuleerd in artikel 4, lid 3, VEU – niet de verplichting kan worden afgeleid om gevolg toe te kennen aan bepalingen van een andere lidstaat, zelfs niet wanneer deze ertoe dienen dat deze staat zijn verplichtingen ten opzichte van de Unie nakomt. Dit geldt zowel voor het geval dat de rechter overweegt rekening te houden met deze bepalingen als feitelijke omstandigheden in het kader van de toepassing van de *lex causae*, als voor het geval dat de rechter artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening toepast.

126. Evenwel dient erop te worden gewezen dat artikel 9, lid 3 *in fine*, van de Rome I-verordening uitdrukkelijk bepaalt dat bij de beslissing of aan zulke bepalingen gevolg moet worden toegekend, rekening wordt gehouden met hun aard en doel alsmede met de gevolgen die toepassing of niet-toepassing van deze bepalingen zou kunnen hebben. Volgens mij betekent dit dat de rechter bij de beslissing of overeenkomstig artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening aan deze bepalingen gevolg moet worden toegekend, rekening moet houden met de omstandigheid dat deze bepalingen door een andere lidstaat werden vastgesteld om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit het lidmaatschap van de Unie. Dit loopt echter niet vooruit op de einduitspraak die de rechter bij wie de zaak aanhangig is gemaakt in dit opzicht moet doen.

Conclusie

127. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de vragen van het Bundesarbeitsgericht te beantwoorden als volgt:

- „1) Het moment waarop een overeenkomst wordt gesloten in de zin van artikel 28 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), dient te worden beoordeeld volgens het recht waaraan de overeenkomst zou zijn onderworpen als deze verordening van toepassing was.
- 2) Artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening sluit niet uit dat indirect materieelrechtelijk rekening wordt gehouden met buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht, indien dit is toegestaan in het recht van het land waaraan de overeenkomst is onderworpen.
- 3) In het licht van de in artikel 4, lid 3, VEU verankerde plicht tot loyale samenwerking moet de rechter van een lidstaat bij de beslissing of hij overeenkomstig artikel 9, lid 3, van de Rome I-verordening gevolg toekent aan buitenlandse bepalingen van bijzonder dwingend recht, rekening houden met de omstandigheid dat deze bepalingen door een andere lidstaat zijn vastgesteld om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit het lidmaatschap van de Unie. Dit is echter niet van invloed op de einduitspraak die de rechter bij wie de zaak aanhangig is gemaakt in dit opzicht moet doen.”