

HET HOF VAN JUSTITIE ALS SOCIAAL-ECONOMISCH POLITICUS

Femke Laagland*

De Europese Unie is van oudsher een economische unie. De nadruk van het Europese integratieproces ligt op het tot stand brengen van een interne markt. Dat een interne markt invloed zou hebben op sociale vraagstukken werd al bij de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap in 1957 onderkend. Toch is besloten de sociale politiek bij de lidstaten te laten. De gedachte was dat economische vooruitgang vanzelf zou leiden tot een toenevende welvaart op sociaal terrein.¹ Hoewel sinds het Verdrag van Lissabon meer aandacht bestaat voor de sociale gevolgen van de interne markt,² zijn de regelgevende bevoegdheden van de Europese wetgever op arbeidsrechtelijk terrein nog altijd beperkt. De bevoegdheden zijn coördinerend van aard of regelen slechts een minimumniveau en vereisen bovendien unanimiteit dan wel gekwalificeerde meerderheid binnen de Europese Raad. Het zal dan ook niet verbazen dat het arbeidsrecht van de lidstaten zich tot op heden kenmerkt door diversiteit. De invloed van Europa op het Nederlandse arbeidsrecht lijkt beperkt. Ik schrijf met opzet 'lijkt'. Ondanks de beperkte regelgevende bevoegdheden op Europees niveau ontsnapt haast geen enkel sociaaleconomisch onderwerp aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof). Hoe zit dat en welke invloed heeft het Hof op de Nederlandse sociale politiek?

De invloed van Europa op het Nederlandse arbeidsrecht lijkt beperkt. Ik schrijf met opzet 'lijkt'

Dat het arbeidsrecht veelal een nationaal karakter kent, betekent niet dat het Hof over het onderwerp niets te zeggen heeft. Aan particulieren komt een direct beroep toe op de vier verkeersvrijheden.³ Tel daarbij op dat het Hof zich bevoegd acht zodra een nationale regeling een potentiële indirecte belemmering op de verkeersvrijheden vormt en het wordt duidelijk dat arbeidsrechtelijke regelgeving vrij snel valt binnen de jurisdictie van het Hof. In theorie kan het Hof de geringste belemmering van de verkeersvrijheden aangrijpen om een nationale arbeidsrechtelijke

regel buiten toepassing te stellen. Dat bepaalde onderwerpen expliciet van de competentie van de Europese Unie zijn uitgesloten (zoals het stakingsrecht), staat daaraan niet in de weg. De lidstaten dienen bij het opstellen van arbeidsrechtelijke regels te allen tijde de verkeersvrijheden in acht te nemen, aldus het Hof in de befaamde arresten *Viking* en *Laval*.⁴ In beide arresten delfde het Zweedse stakingsrecht het onderspit.

De activistische houding van het Hof is zeer belangrijk (geweest) voor de totstandkoming van de interne markt. Voor het arbeidsrecht heeft de medaille ook een keerzijde

De activistische houding van het Hof is zeer belangrijk (geweest) voor de totstandkoming van de interne markt. Voor het arbeidsrecht heeft de medaille ook een keerzijde. Het Hof bepaalt hoe de Europese verkeersvrijheden zich verhouden tot sociaaleconomisch beleid neergelegd in nationaal arbeidsrecht. Het Hof laat zich in essentie uit over de vraag in welke mate een beperking op de vrije markt is toegestaan ter bescherming van de werknemer als economisch zwakkere partij. Men kan er niet omheen dat het Hof zich hier begeeft op politiek terrein.⁵ Het Hof oordeelt over een botsing van de vrije mededinging en het nationale arbeidsrecht en maakt daarbij in feite een keuze tussen de tegenstrijdige belangen van werknemers en werkgevers uit lagelonen- en hogelonenlanden. Werknemers en werkgevers uit lagelonenlanden willen zo eenvoudig mogelijk in andere lidstaten hun werk kunnen verrichten, terwijl werknemers en werkgevers uit hogelonenlanden de concurrentie vrezen. De keuze is politiek. Dat is op zichzelf niet erg, zolang er maar een correctie kan plaatsvinden van een democratisch gelegitimeerd orgaan. En hier loopt het spaak. De Europese wetgever beschikt niet over adequate regelgevende bevoegdheden om te kunnen reageren op een uitspraak van het Hof. Hierdoor ligt

* Mr.dr. F.G. Laagland is hoofd-docent Sociaal Recht aan de Radboud Universiteit.

- 1 Zie art. 117 EEG-Verdrag 1957.
- 2 Zie bijvoorbeeld art. 9 VWEU.
- 3 Dit zijn de vrijheid van personen, diensten, goederen en kapitaal.
- 4 HvJ EG 11 december 2007, C-438/05 (*Viking*), punt 40 en HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (*Laval*), punt 87.
- 5 Het Unieverdrag bevat weinig aanknopingspunten hoe het Hof tegengestelde economische en sociale belangen moet afwegen. Men kan stellen dat het Unieverdrag de economische doelstellingen voorop stelt omdat de nationale arbeidsrechtelijke regel de inbreuk op de verkeersvrijheid moet rechtvaardigen. Hier staat tegenover dat de verkeersvrijheden ook sociale aspecten kennen nu werknemers uit lagelonenlanden gebaat zijn bij een interne markt.



de uiteindelijke afweging tussen de economische en sociale doelstellingen – en daarmee de invulling van de sociale politiek – in handen van het Hof.

Illustratief voor de macht van het Hof op sociaal-economisch terrein zijn de ontwikkelingen rondom grensoverschrijdende arbeid. De vrijheid van diensten geeft werkgevers uit lagelonenlanden de mogelijkheid hun diensten in hogelonenlanden aan te bieden tegen een aanzienlijk lager tarief dan aldaar gebruikelijk is. Denk aan de Poolse werkgever die zijn Poolse werknemers tijdelijk in Nederland tewerkstelt.⁶ Op de arbeidsovereenkomsten van de Poolse werknemers is het Poolse recht van toepassing.⁷ Bij een onbelemmerde toepassing van de vrijheid van diensten ontvangen de Poolse werknemers voor hun werk in Nederland een loon dat in Nederland als sociaal onaanvaardbaar wordt beschouwd.⁸ De Europese wetgever heeft met de Detacheringsrichtlijn uit 1996 getracht een evenwicht te bereiken tussen de economische en sociale doelstellingen. De Detacheringsrichtlijn heeft een coördinerende functie en regelt dat de buitenlandse werknemer ten minste recht heeft op de 'harde kern' aan arbeidsvoorwaarden uit het tijdelijke werkland. Tot de 'harde kern' behoren onder meer regels inzake het minimumloon en minimaal betaalde vakantiedagen. De Poolse werknemers in het voorbeeld hebben aldus recht op het Nederlandse minimumloon. De Detacheringsrichtlijn staat op grond van artikel 3 lid 7 toe dat het tijdelijke werkland hogere looneisen stelt. Het Hof was in het arrest *Laval* echter een andere mening toegedaan. Volgens het Hof bepaalt de Detacheringsrichtlijn in het licht van de vrijheid van diensten niet alleen de onder- maar ook de bovengrens aan werknemersbescherming (punt 80). Anders gezegd, het minimumloon is ook het maximumloon waartoe de buitenlandse werkgever kan worden verplicht.

Het vrije dienstenverkeer viert hoogtij, maar met een neerwaartse concurrentie op de arbeidsvoorwaarden tot gevolg

De vraag of het Hof in de zaak *Laval* tot de juiste belangenafweging kwam, laat ik hier rusten. Wat men van de uitspraak vindt, is afhankelijk van zijn of haar visie op sociaaleconomisch terrein. Het gaat mij erom dat de lidstaten zich hadden neer te leggen bij de keuze van het Hof. De uitspraak heeft voor Nederland als hogelonenland verregaande consequenties. Nederlandse ondernemers gebruiken verschillende grensoverschrijdende constructies om de loonkosten zo laag mogelijk te houden.⁹ Denk aan de inhuur van buitenlandse uitzendkrachten, maar ook aan het oprichten van buitenlandse BV's die werknemers naar Nederlandse concernonderdelen detacheren. Het vrije dienstenverkeer viert hoogtij, maar met een neerwaartse concurrentie op de arbeidsvoorwaarden tot gevolg. In

een reactie op het SER-advies Arbeidsmigratie uit 2015 noemt het kabinet maatschappelijke fricties en oneerlijke concurrentie als schaduwkanten van de grensoverschrijdende arbeidsmobiliteit.¹⁰

Op initiatief van Nederland doet de Europese wetgever nu – acht jaar na *Laval* – een poging de uitspraak van het Hof te corrigeren.¹¹ In maart dit jaar publiceerde de Commissie een voorstel tot aanpassing van de Detacheringsrichtlijn. Het voorstel komt kort gezegd neer op 'gelijk loon voor gelijke arbeid'.¹² De uit het buitenland gedetacheerde werknemer moet recht krijgen op het loon dat zijn collega in het werkland voor hetzelfde werk ontvangt. Het is echter maar zeer de vraag of het voorstel in de Europese Raad de vereiste gekwalificeerde meerderheid haalt. Elf (voornamelijk Oost-Europese) lidstaten trokken afgelopen mei een gele kaart; zij menen dat de Europese Unie met het voorstel zijn bevoegdheden te buiten gaat. Hoewel de Commissie de kritiek van de hand heeft gewezen, zullen de lagelonenlanden in de Europese Raad niet snel instemmen met een wijziging die hun concurrentievoordeel laat vervallen.

Het afstaan van bevoegdheden om de grip te behouden. Leg dat de burger maar eens uit!

De bovengenoemde ontwikkelingen laten zien hoe lastig het is een uitspraak van het Hof via wetgeving te corrigeren als lidstaten menen dat hun nationale sociale waarden in het gedrang raken. De uiteenlopende belangen van de huidige 28 lidstaten staan regelgevend optreden in de weg. Is Nederland voor de invulling van zijn nationale sociale politiek dus overgeleverd aan het Hof? Zo'n vaart zal het niet lopen. Een zaak moet eerst nog het Hof bereiken. Dat vereist een prejudiciële vraag. Hoewel een belemmering op de verkeersvrijheden in theorie snel is vastgesteld, is daarmee nog niet gezegd dat een nationale rechter de noodzaak ziet tot het stellen van een prejudiciële vraag.¹³ Aan de andere kant: er is maar één Nederlandse rechter nodig die zich bijvoorbeeld afvraagt of onze – in Europa vrij unieke – preventieve ontslagtoets een buitenlandse werkgever onrechtvaardig belemmert in de uitoefening van zijn verkeersvrijheden. En wat te denken van onze 104 weken loondoorbetaling bij ziekte die binnen de Europese Unie als zeer extreem te gelden heeft.¹⁴ Nu acht ik de kans gering dat het Hof de preventieve ontslagtoets en/of de loondoorbetaling bij ziekte buiten toepassing stelt, maar dat het Zweedse stakingsrecht het zou afleggen tegen de verkeersvrijheden had ook niemand verwacht. Willen de lidstaten de uiteindelijke zeggenschap op sociaal terrein behouden dan zit er maar één ding op: er moeten meer bevoegdheden naar Europa zodat regelgevend optreden – mocht dat nodig zijn – eenvoudiger wordt.¹⁵ Het afstaan van bevoegdheden om de grip te behouden. Leg dat de burger maar eens uit!

- 6 De Poolse werkgever kan een klus in Nederland uitvoeren met zijn Poolse werknemers of zijn Poolse werknemers aan een Nederlandse inlener ter beschikking stellen.
- 7 Zie art. 8 lid 2 Rome I-Verordening. Voor een analyse van het toepasselijke recht bij grensoverschrijdende detachering verwijst ik naar mijn artikel 'Navigeren door het labyrint van grensoverschrijdende detachering', *ArA* 2016, afl. 2, p. 3-27.
- 8 Het verschil is groot. Het minimumloon in Polen ligt rond de € 400 en in Nederland rond de € 1500 per maand.
- 9 De buitenlandse werknemers hebben slechts recht op de Nederlandse harde kern aan arbeidsvoorwaarden. Bovendien draagt de buitenlandse werkgever premies voor de sociale zekerheid af in het land van herkomst.
- 10 Kabinetsreactie SER-advies Arbeidsmigratie d.d. 16 juni 2015, p. 2 (op www.ser.nl).
- 11 Minister Asscher, 'Brief aan Eurocommissaris Thyssen over de Detacheringsrichtlijn', d.d. 18 juni 2015 (www.rijksoverheid.nl). De brief is mede ondertekend door zes hogelonenlanden.
- 12 Voorstel tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG, Com (2016) 128 def. Het voorstel beperkt het principe 'gelijk loon voor gelijke arbeid' tot grensoverschrijdende uitzending. Voor contracting geldt een meer vrijblijvende regeling.
- 13 Art. 267 VWEU bepaalt dat rechterlijke instanties in laatste aanleg verplicht zijn zich tot het Hof te wenden, tenzij het Hof al uitspraak heeft gedaan of de interpretatie van de Europese rechtsregel duidelijk is. Het laatste aspect biedt een zekere beoordelingsvrijheid.
- 14 Beide vragen spelen niet bij tijdelijke detachering; het ontslagrecht en de loondoorbetaling bij ziekte zijn geen 'harde kern' arbeidsvoorwaarden. De vragen kunnen opkomen indien de buitenlandse werkgever Nederlandse werknemers in dienst heeft of buitenlandse werknemers permanent naar Nederland detachereert.
- 15 Uiteraard kleven aan deze oplossing nadelen. Als binnen de Europese Raad een gewone meerderheid de maatstaf wordt, kan Europese arbeidsrechtelijke wetgeving eenvoudiger maar ook eerder tegen de wil van Nederland worden aangenomen. Het is bovendien onmogelijk de bevoegdheden te reserveren voor de situatie dat het Hof een 'ongewenste' uitspraak doet.