

## ARTIKELEN

# De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

*L.G. Verburg*

### Inleiding: de vrijheden van vestiging en ondernemerschap en AGET Iraklis

- 1 In mijn bijdrage aan de Nijmeegse bundel uit 2015 naar aanleiding van het eerste lustrum van het op 1 december 2009 in werking getreden Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) over de invloed van het Handvest op het Nederlandse arbeidsrecht, schreef ik dat het voor de hand lag dat het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap als neergelegd in artikel 16 van het Handvest in de Nederlandse arbeidsrechtelijke rechtspraak een zichtbare rol zou gaan opeisen. Misschien was dit toch wat optimistisch gedacht. Het perspectief van het arbeidsrecht ligt vooral aan de zijde van de werknemer als de te beschermen partij. De vrijheid van ondernemerschap vraagt om ruimte voor de ondernemer, terwijl het arbeidsrecht in de eerste plaats gericht is op het beteugelen van die ruimte. De wetgever heeft op arbeidsrechtelijk terrein ook vaak eerder oog voor de risico's dat er aan ondernemerszijde iets niet goed gaat. Deze aandacht is op zich ongetwijfeld terecht, maar zet niet direct de schijnwerpers op de stuwende kracht van het ondernemerschap als bron van werkgelegenheid.
- 2 Artikel 16 van het Handvest bepaalt dat de vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken. Deze laatste toevoeging wekt wellicht de schijn dat onze wetgeving en praktijken de toets der kritiek in beginsel altijd wel doorstaan. Zou deze indruk inderdaad bestaan, dan is dit een misvatting. De vrijheid van ondernemerschap kent als grondrecht geen absolute gelding, maar roert zich wel als het recht in de kern dreigt te worden aangetast. Bovendien kan deze vrijheid op de bagagedrager klimmen van de fundamentele vrijheden (de vrijverkeerbepalingen c.q. verkeersvrijheden) die zijn opgenomen in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Ik denk hier vooral aan de vrijheid van vestiging van onderdanen van de lidstaten als bedoeld in artikel 49 VWEU.
- 3 De vrijheid van vestiging en de vrijheid van ondernemerschap kunnen onder omstandigheden een geduchte tegenstander zijn van nationale wetgeving en praktijken die qua inhoud of vormgeving om wat voor historische en/of politiek bepaalde redenen dan ook een te grote inbreuk maken op vrijheden die

ondernemers doorgaans in de EU genieten. Dit speelde in een Griekse kwestie die voerde tot het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU, hierna kortweg HvJ) van eind 2016 inzake AGET Iraklis, een Grieks onderdeel van een Frans concern.<sup>1</sup> Het concern wilde in 2013 een Griekse cementfabriek (met indertijd 236 werknemers) sluiten en de productie overhevelen naar twee andere Griekse vestigingen. De Griekse regelgeving verplicht bij collectief ontslag tot overleg met de vakbonden. Komen het bedrijf en de bonden tot overeenstemming, dan vindt het collectieve ontslag plaats volgens de door deze partijen gemaakte afspraken. Komt men er binnen de wettelijke termijn niet uit, dan kan het in de regeling aangewezen Griekse bestuursorgaan de termijn voor overleg (op verzoek van een der partijen) verlengen. Het bestuursorgaan kan bij gebreke van een akkoord met de vakbonden ook weigeren goedkeuring te verlenen aan alle of een deel van de voorgenomen ontslagen. De regelgeving voorziet in de mogelijkheid dat het bestuursorgaan eerst adviezen inwint van in de regeling aangewezen adviesorganen en bevat bepalingen omtrent het vooraf horen van de werkgever, de betrokken vakbonden en deskundigen. De Griekse regeling vormt aldus een variant op het in ons land bekende thema van de preventieve toetsing van ontslagen. In casu weigerde het bestuursorgaan het plan voor collectief ontslag goed te keuren. De Griekse rechter besloot in het op deze weigering volgende geschil het HvJ vragen te stellen omtrent de verenigbaarheid van deze regeling met (1) Richtlijn 98/59/EG van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag,<sup>2</sup> en (2) de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal.<sup>3</sup>

- 4 Het HvJ overwoog dat Richtlijn 98/59/EG de regels betreffende de bescherming van werknemers bij collectief ontslag slechts gedeeltelijk harmoniseert en wel ten aanzien van de regels die zien op de bij een dergelijk ontslag te volgen procedure op het punt van de raadpleging van vakorganisaties en kennisgeving aan de bevoegde overheidsinstantie (AGET Iraklis, punten 28 en 29). Richtlijn 98/59/EG heeft niet tot doel de vrijheid van internationale concerns te beperken om hun activiteiten te organiseren op de wijze die het best aan hun behoeften voldoet.<sup>4</sup> Deze richtlijn staat daarom pas in de weg aan een systeem waarbij een bestuursorgaan onder omstandigheden bevoegd is te weigeren goedkeuring aan voorgenomen ontslagen te verlenen, indien de werkgever in feite geen reële mogelijkheid heeft om tot ontslag over te gaan

1 HvJ (grote kamer) 21 december 2016, C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, JAR 2017/37, m.nt. Laagland (AGET Iraklis), met commentaar van Voogsgeerd in TRA 2017/34.

2 In ons land geïmplementeerd in de Wet melding collectief ontslag (WMCO).

3 Het vrije verkeer van kapitaal (artikel 63 VWEU) vergde in AGET Iraklis naast de vrijheid van vestiging geen aparte behandeling (AGET Iraklis, punten 58 tot en met 60). Deze verkeersvrijheid is voor mijn betoog niet relevant en blijft daarom verder buiten beschouwing.

4 In die zin ook HvJ 7 december 1995, C-449/93, ECLI:EU:C:1995:420 (Rockfon), punt 21; HvJ 10 september 2009, C-44/08, ECLI:EU:C:2009:241 (Akavan/Fukitsu Siemens), punt 59.

De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

(AGET Iraklis, punt 38).<sup>5</sup> Alleen dan ontnemt immers de nationale regeling Richtlijn 98/59 haar nuttige werking. Deze richtlijn verzet zich aldus in beginsel niet tegen een nationale regeling die erin voorziet dat een bestuursorgaan weigert goedkeuring te geven voor een collectief ontslag.

- 5 Ten aanzien van de vrijheid van vestiging lag het in de visie van het HvJ anders. Het HvJ oordeelde dat deze vrijheid zich verzet tegen een nationale regeling 'volgens welke een werkgever die met de vakorganisaties geen overeenstemming heeft kunnen bereiken over een plan voor collectief ontslag, slechts kan overgaan tot dat ontslag voor zover de bevoegde nationale overheidsinstantie, die in kennis moet worden gesteld van dat plan, niet binnen de in de nationale regeling gestelde termijn een gemotiveerd besluit tot weigering van goedkeuring voor alle of een deel van de voorgenomen ontslagen vaststelt na onderzoek van het dossier en na beoordeling van de omstandigheden op de arbeidsmarkt, de situatie van de onderneming en het belang van de nationale economie'. De Griekse regeling voldeed niet aan de voorwaarden voor een rechtvaardiging van de beperking op de vrijheid van vestiging.

### Probleemstelling, nadere overwegingen en afbakening

- 6 Deze bijdrage onderzoekt de vraag of ons Nederlandse systeem van de preventieve toetsing door het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) van ontslagen die het gevolg zijn van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub a van het Burgerlijk Wetboek (BW) (de a-grond), de toets der kritiek van het AGET Iraklis-arrest doorstaat. De te beantwoorden vraag is of de aanwijzingen die het HvJ in zijn rechtspraak, in het bijzonder in AGET Iraklis, geeft omtrent de uitlegging van het Unierecht, in het bijzonder ten aanzien van de toepassing van de vrijheid van vestiging in samenhang met de vrijheid van ondernemerschap, repercussies hebben voor het Nederlandse systeem van de preventieve toetsing van ontslagen op de a-grond.
- 7 Er zijn verschillen tussen de Griekse regeling en de Nederlandse regeling. Zo speelt de Griekse regeling slechts bij collectieve kwesties en kan het bestuursorgaan slechts ingrijpen als de werkgever niet met de vakbonden tot overeenstemming komt. De Griekse regeling biedt een bestuursorgaan bij gebreke van een akkoord met de vakbonden de mogelijkheid te weigeren een plan
- 5 De rechter dient EU-richtlijnen uit te leggen met inachtneming van de grondrechten van het Handvest. Richtlijn 2001/23 inzake de overgang van onderneming maakte met de invloed van de vrijheid van ondernemerschap reeds kennis in HvJ 18 juli 2013, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, JAR 2013/216, m.nt. Beltzer, NJ 2013/569, m.nt. Mok (Alemo-Herron/Parkwood); HvJ 27 april 2017, C-680/15 en C-681/15, ECLI:EU:C:2017:317, JAR 2017/152, m.nt. Beltzer en Kanen (Asklepios). Het HvJ las in Asklepios artikel 3 van Richtlijn 2001/23 'in het licht van de vrijheid van ondernemerschap' (Asklepios, punt 23). Overigens werd reeds in het D'Urso-arrest van het HvJ uit 1991 betoogd dat de voorganger van Richtlijn 2001/23 inbreuk maakte op de ondernemingsvrijheid. Het HvJ overwoog dat dit inherent was aan het doel van de richtlijn. HvJ 25 juli 1991, C-362/89, EU:C:1991:326 (D'Urso), punten 14 en 15.

voor collectief ontslag goed te keuren. De Nederlandse regeling biedt een bestuursorgaan (het UWV<sup>6</sup>) de mogelijkheid toestemming te weigeren voor een voorgenomen ontslag, ongeacht de vraag of er een akkoord is tussen de werkgever en de vakbond en ongeacht het aantal betrokken ontslagen.<sup>7</sup> De bevoegdheid van het UWV is beperkt tot de a-grond (en tot ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, de b-grond<sup>8</sup>). De Griekse regeling is strikt genomen niet beperkt tot wat wij onder de a-grond verstaan, maar collectieve ontslagen zijn (vrijwel) altijd het gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering. Voor mijn betoog zijn de verschillen tussen beide nationale regelingen niet van wezenlijk belang. Wel is van belang dat beide nationale regelingen een systeem van preventieve toetsing van ontslagen door een bestuursorgaan kennen waarbij dit bestuursorgaan de bevoegdheid heeft voorgenomen ontslagen daadwerkelijk tegen te houden.

8 Los van de Griekse aanpak van collectieve ontslagkwesties kent alleen Nederland binnen de EU een systeem van preventieve toetsing van bedrijfseconomische ontslagen door een bestuursorgaan waarbij dit bestuursorgaan de mogelijkheid heeft te weigeren een voorgenomen ontslag goed te keuren.<sup>9</sup> De Nederlandse uitzonderingssituatie is niet zonder belang. In AGET Iraklis overwoog het HvJ dat een nationale regeling die een bestuursorgaan de bevoegdheid geeft te weigeren een voorgenomen collectief ontslag goed te keuren, een substantiële inmenging vormt in bepaalde vrijheden die ondernemers doorgaans genieten (AGET Iraklis, punt 55). Dit ‘doorgaans’ klopt. Ons land is een vreemde eend in de EU-bijt.

9 Het gaat om een maatschappelijk uiterst relevant thema. De materie is bovendien gevoelig. De bescherming van werknemers is een voornam algemeen belang. Ook aan werknemerszijde vraagt voorts een grondrecht om

6 Bestuursorganen zijn alle organen van de lidstaat, met inbegrip van de gedecentraliseerde autoriteiten, of lichamen of entiteiten die onder gezag of toezicht van de staat staan of waaraan een lidstaat een taak van algemeen belang heeft opgedragen en die daartoe over bevoegdheden beschikken die verder gaan dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden, en dit ongeacht de hoedanigheid als werkgever of als openbaar gezag. HvJ 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (Dominguez), punten 38 en 39; HvJ 10 oktober 2017, C-413/15, ECLI:EU:C:2017:745 (Farrell), punten 33 tot en met 35; HvJ 7 augustus 2018, C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631 (Smith), punt 45.

7 Ik meen dat het voor het onderwerp van deze bijdrage geen wezenlijk verschil maakt of het gaat om een collectief ontslag in de zin van de WMCO dan wel om een ontslag op de a-grond dat een geringer aantal werknemers of slechts één werknemer treft. In ieder geval zou het merkwaardig zijn als een lidstaat vanwege de vrijheden van vestiging en ondernemerschap het toezicht op een collectief ontslag op de a-grond minder streng vormgeeft dan het toezicht op een individueel ontslag op de a-grond.

8 De bevoegdheid van het UWV ten aanzien van voorgenomen ontslagen op de b-grond laat ik verder buiten beschouwing. De toetsing van de b-grond is concreet, objectief, controleerbaar en vooraf kenbaar. Daarmee is goed verdedigbaar dat er geen strijd is met Unierecht.

9 Elders kent men wel vormen van preventieve toetsing die tot zorgvuldigheid dwingen en een zekere werknemersbescherming bieden (in Duitsland is een rol toebedeeld aan de ondernemingsraad). Maar nergens treft men een systeem waarbij een bestuursorgaan bevoegd is voorgenomen ontslagen tegen te houden.

De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

aandacht. Artikel 30 van het Handvest bepaalt immers dat iedere werknemer overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken recht heeft op bescherming tegen iedere vorm van kennelijk onredelijk ontslag.

- 10 Deze bijdrage richt zich specifiek op de toetsing van het besluit van de ondernemer dat de arbeidsplaats van een werknemer is vervallen door beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of structureel vervalt door maatregelen die om bedrijfseconomische redenen noodzakelijk zijn voor een doelmatige bedrijfsvoering. Zoals bekend toetst het UWV deze besluiten 'met een zekere mate van terughoudendheid'. Deze toetsing staat in de sleutel van de gedachte dat het voldoende aannemelijk moet zijn dat de door de ondernemer gekozen maatregelen in de visie van het UWV noodzakelijk zijn met het oog op een doelmatige bedrijfsvoering. Het UWV neemt derhalve met een zekere mate van terughoudendheid plaats op de stoel van de ondernemer.
- 11 Deze bijdrage ziet niet op het thema van de verhouding tussen de procedure bij het UWV (in samenhang met de mogelijkheden die werkgever en werknemer na het oordeel van het UWV nog hebben om de kwestie aan de rechter voor te leggen) en de eisen die uit artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) voortvloeien. Ik meen dat de Wet werk en zekerheid (Wwz) op dit punt rust heeft gebracht.<sup>10</sup>
- 12 Deze bijdrage raakt evenmin aan het thema van de preventieve toetsing van ontslagen op persoonsgebonden gronden. De rechter neemt, als ik het goed zie, bij dergelijke ontslagkwesties niet plaats op de stoel van de ondernemer, ook niet met een zekere mate van terughoudendheid, en de criteria die de rechter hanteert bij het onderzoek naar de aangevoerde persoonsgebonden ontslaggrond zijn zo concreet mogelijk en vooraf kenbaar.<sup>11</sup> Daar komt bij dat niet gesteld kan worden dat de vrijheid van vestiging en de vrijheid van ondernemerschap op zich in de weg staan aan een systeem van preventieve toetsing van ontslagen.

- 10 Zie daarover D.M.A. bij de Vaate, De UWV-procedure oude en nieuwe stijl en art. 6 EVRM, TRA 2015/34. Zij concludeert niet zonder goede grond dat de Wwz de strijdigheid van de UWV-procedure met artikel 6 EVRM heeft geheeld. Ik doel ook, los van het bereik van artikel 6 EVRM, niet op procedurele vereisten als de motiveringsplicht. Het UWV motiveert voor zover bekend (eenmaal genomen) beslissingen met oog voor detail. Zie over het vereiste van motivering HvJ 8 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:383, EHRC 2019/146, m.nt. Beijer (PI).
- 11 De jurisprudentie van de Hoge Raad van 16 februari 2018 geeft overigens geen aanleiding voor de gedachte dat de Nederlandse aanpak niet in overeenstemming zou kunnen zijn met Unierechtelijke vrijheden en grondrechten. HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 (Decor); HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220 (Bossers/Crossen). De nadruk bij de d-grond op zaken als een verbeterplan en ruimte voor bijscholing vloeit naar mijn overtuiging mede voort uit de gedachte dat het oordeel over de geschiktheid van de werknemer (uiteindelijk) aan de werkgever is en niet aan de rechter, ook niet 'met een zekere mate van terughoudendheid'. Zie over deze rechtspraak D.M.A. bij de Vaate, Bewijzen én toch aannemelijk maken in de ontbindingsprocedure, TAP 2018/211; R.A.A. Duk, 'Een zekere mate van beoordelingsruimte', en het bewijsrecht bij de beoordeling van een 'redelijke grond' voor ontslag, ArbeidsRecht 2018/42. Vergelijk voorts ten aanzien van de d-grond de gezichtspuntencatalogus in HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:933 (Ecofys).

L.G. Verburg

- 13 Ik neem u mee in een analyse van de rechtspraak van het HvJ op het gebied van de vrijheid van vestiging, de vrijheid van ondernemerschap en de noodzaak verschillende belangen en beginselen met elkaar te verzoenen, en plaats AGET Iraklis in een breder kader. Gelet op het grote aantal arresten van het HvJ waarnaar deze bijdrage verwijst, volg ik veelal de techniek die het HvJ aanhoudt: ik geef steeds aan welke passage uit de tekst in welke arresten van het HvJ is terug te vinden. Ik heb daarbij niet naar volledigheid gestreefd, maar gekozen voor vermelding van arresten die het HvJ ook zelf in latere arresten aanhaalt als voorbeelden of wegbereiders. Soms gaat het om een selectie van arresten die toont dat het gaat om vaste rechtspraak. Als aan het slot van een zin naar één of meer arresten van het HvJ wordt verwezen, bevat de betreffende zin tekst die het HvJ zelf heeft gebezigd. Deze aanpak maakt transparant waar in de tekst het HvJ zelf aan het woord is, toont de consistentie in de door het HvJ gekozen bewoordingen, draagt bij aan het begrip van wat het HvJ door de jaren heen in zijn (rechtsgebieden overstijgende) rechtspraak overweegt en bevordert het gemak van een rechtstreekse raadpleging van de arresten.
- 14 Wellicht ten overvloede vermeld ik dat de wijze waarop het UWV invulling geeft aan de wet- en regelgeving op het gebied van de a-grond op zich hier niet ter discussie staat. Het onderzoek richtte zich op de spelregels die het UWV ten dienste staan en niet op de vraag hoe het UWV met deze spelregels omspringt. Mijn onderzoek was niet empirisch van aard.

### **Transparantie omtrent de beweegredenen voor het schrijven van deze bijdrage**

- 15 Ik volg met interesse de ontwikkelingen op het gebied van de (door)werking van grondrechten met raakvlakken met de arbeidsmarkt en het arbeidsrecht en de noodzaak van het verzoenen van tegenstrijdige belangen en beginselen.<sup>12</sup> In het voorjaar van 2019 kreeg ik naar aanleiding van het oordeel van het UWV van 19 maart 2019 (JAR 2019/96) het verzoek een opinie af te geven over het thema van de onderhavige bijdrage. Deze bijdrage en het onderzoek dat hieraan ten grondslag ligt, borduren voort op het onderzoek dat ik in het voorjaar van 2019 heb verricht. Het resultaat van mijn onderzoek dat u in deze bijdrage aantreft, stemt (ook na verdere overweging) overeen met de in 2019 afgegeven opinie. Het ontsluiten van wetenschappelijke arbeid kent verschillende kanalen, maar voor de onafhankelijkheid van mijn oordeel bestaat slechts één wetenschappelijke graadmeter.
- 12 Zoals blijkt uit L.G. Verburg, Grondrechten in het arbeidsrecht, in: J. Gerards & C. Sieburgh (red.), De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht, Deventer: Kluwer 2013, p. 67-100; L.G. Verburg, De invloed van het EU-Handvest van de grondrechten op het Nederlandse arbeidsrecht, in: J. Gerards, H. de Waele & K. Zwaan (red.), Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest (serie Staat en Recht, deel 26), Deventer: Kluwer 2015, p. 159-194. Meer in het bijzonder gericht op de vrijheid van ondernemerschap: L.G. Verburg, Ter Visie – Het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap: een nieuw geluid?, TAO 2017, p. 115-117.

De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

16 Er waren diverse beweegredenen voor het weer ter hand nemen van het onderhavige thema. Het leek niet juist dat mijn opinie over een dergelijk gevoelig onderwerp slechts selectief beschikbaar is. Bovendien is de gedachtevorming over het systeem van ons ontslagrecht (wederom) in een stroomversnelling geraakt door de (hier bekend veronderstelde) ontwikkelingen op de arbeidsmarkt en het gereed komen van verkenningen als het Wetboek van Werk 2025<sup>13</sup> en het rapport van de commissie-Borstlap.<sup>14</sup> Het lijkt juist dat men bij het op gang gekomen nadenken over wat in de toekomst beter anders kan, ook betreft wat reeds naar het heden bezien anders moet. Een andere reden houdt verband met het in november 2019 voor internetconsultatie opengestelde voorontwerp Minimumtarief zelfstandigen en zelfstandigenverklaring. Dit voorontwerp voorziet ter bescherming van het door de wetgever gekozen minimumtarief in een systeem van bestuurlijke handhaving (inclusief enorme administratieve verplichtingen over en weer) dat zou voeren tot een bureaucratie van kafkaëske proporties.<sup>15</sup> De in het voorontwerp voorgestelde bureaucratie raakt het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap mogelijk in de kern. Het lijkt juist dat er op arbeidsrechtelijk terrein meer besef komt van de notie van de vrijheden van vestiging en ondernemerschap.

### Beschouwingen over de vrijheid van vestiging

- 17 De vrijheid van vestiging van artikel 49 VWEU omvat de vrijheid om de aard en de omvang te bepalen van de economische activiteit die in de lidstaat van ontvangst zal worden ontplooid en te beslissen over de grootte van de vaste inrichtingen en het aantal benodigde werknemers, alsook de vrijheid om die activiteit nadien terug te schroeven of eventueel af te stoten en die vestiging aldaar op te heffen (AGET Iraklis, punt 53). Tot de vrijheid van vestiging behoren ook de vrijheid om werknemers aan te trekken, de vrijheid om de activiteit van de vestiging stop te zetten om redenen die eigen zijn aan de ondernemer, en de vrijheid om te beoordelen of, en zo ja wanneer, een plan voor collectief ontslag moet worden opgesteld. Dergelijke ontslagen kunnen voortvloeien uit factoren als een stopzetting/inkrimping van de activiteit van de onderneming of een dalende vraag naar het vervaardigde product, maar ook het gevolg zijn van een reorganisatie die losstaat van de omvang van de activiteiten (AGET Iraklis, punt 55). De vrijheid van vestiging omvat aldus de vrijheid van ontvestiging.
- 18 Het begrip ‘vestiging’ is ruim. Het houdt in dat een EU-onderdaan duurzaam kan deelnemen aan het economisch leven van een andere lidstaat dan zijn

13 Wetboek van Werk 2025 van de hand van een VAAN-VvA-expertgroep van november 2019.

14 In wat voor land willen wij werken?, Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk, eindrapport van de Commissie Regulering van werk, 23 januari 2020.

15 Aldus verwoord in de Notitie betreffende de internetconsultatie van het voorontwerp Minimumtarief zelfstandigen en zelfstandigenverklaring (het Voorontwerp) van een door mij voorgezeten VAAN-VvA-expertcommissie van 9 december 2019.

L.G. Verburg

- staat van herkomst, daar voordeel uit kan halen en op die wijze de economische en sociale vervlechting op het terrein van niet in loondienst verrichte werkzaamheden kan bevorderen (Gebhard,<sup>16</sup> punt 25, AGET Iraklis, punt 50).
- 19 Alle maatregelen die de uitoefening van de vrijheid van vestiging verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, moet men volgens vaste rechtspraak van het HvJ beschouwen als beperkingen van deze vrijheid (Commissie/Portugal,<sup>17</sup> punt 29). Een regeling als de Griekse regeling in AGET Iraklis kan in de visie van het HvJ het betreden van de lokale markt minder aantrekkelijk maken en, na het toetreden tot die markt, de mogelijkheden voor ondernemers van andere lidstaten die er toch voor hebben gekozen zich op een nieuwe markt te vestigen, om hun activiteiten aldaar nadien aan te passen of stop te zetten en de eerder in dienst genomen werknemers om die reden te ontslaan, aanzienlijk beperken, zo niet helemaal tenietdoen (AGET Iraklis, punt 56).
- 20 De vrijverkeerbepalingen zijn niet van toepassing op zuiver interne situaties.<sup>18</sup> Het is evenwel voldoende dat de nationale regeling de uitoefening van de vrijheid van vestiging *kan* belemmeren. Het begrip ‘beperking’ in de zin van artikel 49 VWEU ziet in het bijzonder op maatregelen die de uitoefening van de vrijheid van vestiging kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk maken (AGET Iraklis, punt 48, Bernareggio, punt 39). Een verzoek om een prejudiciële beslissing met betrekking tot de uitlegging van de vrijverkeerbepalingen kan reeds ontvankelijk worden verklaard op de grond dat niet kan worden uitgesloten dat in andere lidstaten wonende burgers interesse hadden of hebben om gebruik te maken van die vrijheden om werkzaamheden te verrichten in de lidstaat die de betreffende regeling heeft uitgevaardigd, en dus dat die regeling, die zonder onderscheid geldt voor nationale onderdanen en onderdanen van andere lidstaten, gevolgen kan hebben die niet beperkt zijn tot die lidstaat.<sup>19</sup> Dit geeft zeker voor een klein op internationaal zaken doen georiënteerd land als Nederland aan dat in veel wellicht op het eerste gezicht interne kwesties toch rekening moet worden gehouden met de notie van de vrijheid van vestiging (en de andere verkeersvrijheden).

16 HvJ 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (Gebhard).

17 HvJ 22 oktober 2009, C-438/08, ECLI:EU:C:2009:651 (Commissie/Portugal).

18 HvJ 17 juli 2008, C-389/05, ECLI:EU:C:2008:411 (Commissie/Frankrijk), punt 49; HvJ 20 maart 2014, C-139/12, ECLI:EU:C:2014:174 (Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona), punt 42; HvJ 15 november 2016, C-268/15, ECLI:EU:C:2016:874 (Ullens de Schooten), punt 47; HvJ 19 december 2019, C-465/18, ECLI:EU:C:2019:1125, JAR 2020/17 (Comune di Bernareggio), punt 32.

19 HvJ 5 december 2013, C-159/12 en C-161/12, ECLI:EU:C:2013:791 (Venturini), punten 25 en 26; HvJ 17 november 2015, C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 (RegioPost), punt 51, (Ullens de Schooten), punt 50, (Bernareggio), punt 33.



De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

## Beschouwingen over de vrijheid van ondernemerschap en de relatie tot de vrijheid van vestiging

- 21 De in artikel 16 van het Handvest verwoorde vrijheid van ondernemerschap omvat de vrijheid een economische activiteit of een handelsactiviteit uit te oefenen, alsook de contractsvrijheid en de vrije mededinging, zoals voortvloeit uit de toelichtingen bij dit artikel<sup>20</sup>, die overeenkomstig artikel 6 lid 1 derde alinea van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en artikel 52 lid 7 van het Handvest voor de uitlegging daarvan in acht moeten worden genomen (Sky Österreich,<sup>21</sup> punt 42, AGET Iraklis, punt 67). De contractsvrijheid behelst onder meer de vrije partnerkeuze in het economisch verkeer, alsmede de vrijheid om de prijs voor een verrichting te bepalen (Sky Österreich, punt 43). Het gaat zowel om de vraag met wie men zaken wil doen als om de vraag wat men wil afspreken.
- 22 Artikel 16 van het Handvest impliceert dat een onderneming bij de totstandkoming van een overeenkomst waarbij zij partij is, haar belangen op doeltreffende wijze moet kunnen doen gelden en met het oog op haar toekomstige economische activiteit moet kunnen onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van haar werknemers (Alemo-Herron/Parkwood, punt 33, AGET Iraklis, punt 68).
- 23 De vrijheid van ondernemerschap is een recht in de zin van artikel 52 lid 1 van het Handvest.<sup>22</sup> Het gaat om een vrijheid die de lidstaten alleen maar hoeven te erkennen en te respecteren, en niet hoeven te bevorderen of te bewerkstelligen. Het is aldus voor de toepasbaarheid en de toetsing niet nodig dat de vrijheid van ondernemerschap is uitgewerkt in richtlijnen of verordeningen.
- 24 De vrijheid van ondernemerschap gaat als algemeen beginsel al veel verder terug dan het (inmiddels ruim tien jaar oude) Handvest, waar de vrijheid van ondernemerschap als grondrecht in artikel 16 een vaste plek heeft gevonden.<sup>23</sup> In 1974 refereerde het HvJ in Nold aan de vrijheid van handel, arbeid

20 Toelichtingen bij het Handvest, PbEG 14 december 2007, C 303, p. 23.

21 HvJ 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, EHRC 2013/90, m.nt. Mak (Sky Österreich).

22 Zie Verburg 2015, p. 159-194, op p. 179-180. In dezelfde zin T. Lock in M. Kellerbrauer, M. Klarmert & J. Tomkin (red.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Oxford University Press 2019, p. 2147. Anders: B. Veneziani, Article 16 – Freedom to Conduct a Business, in: F. Dorssemont e.a. (red.), *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, Oxford: Hart Publishing 2019, p. 353. Veneziani meent dat 'slechts' sprake is van een beginsel in de zin van artikel 52 lid 5 van het Handvest. Hij verwijst (onder andere) naar HvJ 31 januari 2013, C-12/11, ECLI:EU:C:2013:43 (McDonagh), welk arrest echter juist (in punt 61) bevestigt dat sprake is van een recht als bedoeld in artikel 52 lid 1 van het Handvest. Deze laatste bevestiging treft men ook in de Conclusie van A-G Bot van 12 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:341 (Sky Österreich), punt 30, en in het Sky Österreich-arrest zelf, punten 45 en 47.

23 Vergelijk ook S.S.M. Peters, *Ondernemingsvrijheid versus werknemersbescherming*, TAO 2014/2.

L.G. Verburg

en andere professionele werkzaamheden.<sup>24</sup> In Hauer/Land Rheinland Pfalz<sup>25</sup> uit 1979 meende de verzoekster dat het in een verordening opgenomen aanplantverbod (in de wijnbouw) haar grondrechten schond, in dier voege dat zij in de vrije uitoefening van haar beroep werd beperkt. Het HvJ overwoog dat het feit dat de constitutionele orde van verschillende lidstaten ‘de vrijheid van professionele werkzaamheden met waarborgen omringt, niet wegneemt dat het aldus gewaarborgde recht, wel verre van als een absoluut prerogatief te mogen worden beschouwd, in verband met de sociale functie der beschermde werkzaamheden moest worden bezien’ (Hauer/Land Rheinland Pfalz, punt 32). In het Schröder-arrest uit 1989 treffen wij de erkenning van het feit dat de vrijheid van beroepsuitoefening een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is, met de in de latere rechtspraak steeds weerkerende toevoeging dat het beginsel echter geen absolute gelding heeft. Het beginsel moet worden beschouwd in relatie tot zijn sociale functie (Schröder,<sup>26</sup> punt 15). In 1991 duidde het HvJ het recht op vrije beroepsuitoefening als grondrecht (Zuckerfabrik Süderdithmarschen en Zuckerfabrik Soest,<sup>27</sup> punt 72) met herhaling van de tekst uit Schröder over het ontbreken van absolute gelding en het in beginsel geoorloofd zijn van beperkingen. Dit is vaste rechtspraak gebleven.<sup>28</sup> In 2004 overwoog het HvJ in Spanje en Finland dat de vrijheid van ondernemerschap als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht samenviel met het recht op vrije beroepsuitoefening (Spanje en Finland,<sup>29</sup> punt 51). Het HvJ hernam de tekst uit Schröder die ook thans nog ‘model’ staat: het recht op vrije beroepsuitoefening heeft geen absolute gelding, maar moet in relatie tot zijn functie in de samenleving worden beschouwd. Het kan dus aan beperkingen worden onderworpen, mits dergelijke beperkingen beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduidelbare ingreep waardoor het gewaarborgde recht in de kern wordt aangetast (Spanje en Finland, punt 52, McDonagh,<sup>30</sup> punt 60, Deutsches Weintor,<sup>31</sup> punt 54, Sky Österreich, punt 45).

- 25 Het Handvest heeft geen verandering gebracht in de wijze waarop het HvJ de materie van de gelding van de vrijheid van ondernemerschap tegemoet treedt. Wel overwoog het HvJ in Sky Österreich met zoveel woorden dat op basis van de eerdere rechtspraak van het HvJ en gelet op de bewoordingen

24 HvJ 14 mei 1974, C-4/73, ECLI:EU:C:1974:51 (Nold).

25 HvJ 13 december 1979, C-44/79, ECLI:EU:C:1979:290 (Hauer/Land Rheinland Pfalz).

26 HvJ 11 juli 1989, C-265/87, ECLI:EU:C:1989:303 (Schröder).

27 HvJ 21 februari 1991, C-143/88, ECLI:EU:C:1991:65 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen en Zuckerfabrik Soest).

28 HvJ 5 oktober 1994, C-280/93, ECLI:EU:C:1994:367 (Duitsland/Raad), punt 78; HvJ 17 oktober 1995, C-44/94, ECLI:EU:C:1995:325 (Fishermen’s Organisations e. a.), punt 55; HvJ 28 april 1998, C-200/96, ECLI:EU:C:1998:172 (Metronome Musik), punt 21; HvJ 9 september 2008, C-120/06 en C-121/06, ECLI:EU:C:2008:476 (FIAMM), punt 183.

29 HvJ 9 september 2004, C-184/02 en C-223/02, ECLI:EU:C:2004:497, NJ 2005/211 (Spanje en Finland).

30 HvJ 31 januari 2013, C-12/11, ECLI:EU:C:2013:43 (McDonagh).

31 HvJ 6 september 2012, C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526 (Deutsches Weintor).

De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

van artikel 16 van het Handvest, die zich onderscheiden van die van de andere fundamentele vrijheden in titel II daarvan, maar die wel dicht bij de bewoordingen van een aantal bepalingen van titel IV van het Handvest liggen, door de overheid op een groot aantal wijzen in de vrijheid van ondernemerschap kan worden ingegrepen. Met dit overheidsingrijpen kunnen, in het algemeen belang, beperkingen aan de uitoefening van de economische activiteit worden gesteld. Deze omstandigheid vindt haar weerslag met name in de wijze waarop het evenredigheidsbeginsel overeenkomstig artikel 52 lid 1 van het Handvest moet worden toegepast (Sky Österreich, punten 46 en 47).

- 26 De grondrechten van het Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten (het 'entreeticket' van artikel 51 lid 1 van het Handvest<sup>32</sup>). Daarnaast kan een grondrecht uit het Handvest in geschillen tussen particulieren inroepbaar zijn op een gebied dat onder het Unierecht valt als het grondrecht een algemeen beginsel van Unierecht verwoordt<sup>33</sup> of op zichzelf volstaat, zowel dwingend als onvoorwaardelijk van aard is en niet nader hoeft te worden geconcretiseerd door bepalingen van het recht van de Unie of van nationaal recht.<sup>34</sup> Dit laatste is bij de vrijheid van ondernemerschap niet het geval. Wel is steeds indirecte horizontale werking mogelijk via de open normen van ons privaatrecht (artikel 7:611 BW, artikel 6:162 BW).<sup>35</sup> De vrijheid van ondernemerschap komt voorts in beeld in het kader van een (rechtmatigheids)toetsing van een richtlijn(bepaling) dan wel uitlegging van een

- 32 Zie voor de meer recente ontwikkelingen rond de werking van grondrechten uit het Handvest A.S. Hartkamp, Rechtstreekse doorwerking van het EU Handvest van de Grondrechten in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, *Ars Aequi* 2019, p. 218-224; M. de Mol, Het leerstuk van de horizontale directe werking van Uniegrondrechten op de voet gevolgd, *Ars Aequi* 2019/5, p. 371-382.
- 33 Denk aan het verbod van discriminatie van artikel 21 van het Handvest. HvJ 17 april 2018, C-414/16, EU:C:2018:257 (Egenberger), punt 76; HvJ 22 januari 2019, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (Cresco), punt 76. Eerder overwoog het HvJ al dat artikel 51 lid 1 van het Handvest niet vermeldt of particulieren eventueel rechtstreeks gehouden kunnen zijn tot naleving van sommige bepalingen van het Handvest en dat artikel 51 lid 1 'bijgevolg niet aldus (kan) worden uitgelegd dat het die mogelijkheid categorisch uitsluit'. HvJ 6 november 2018, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 (Max-Planck-Gesellschaft/Shimizu), punt 76.
- 34 Zoals (naar analogie van Egenberger, punt 76) geldt voor artikel 31 lid 2 van het Handvest (recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon). Zie HvJ 6 november 2018, C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (Stadt Wuppertal/Maria Bauer en Volker Willmeroth/Martina Broßonn), punt 85, en Max-Planck-Gesellschaft/Shimizu, punt 74.
- 35 Vergelijk naast de hiervoor vermelde literatuur C.H. Sieburgh, *Waarom het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt*, *RM Themis* 2015/1, p. 3-13; M. de Mol, *De directe werking van de Grondrechten van de Europese Unie* (diss. Maastricht), Oosterwijk: Wolf 2014.

richtlijn(bepaling).<sup>36</sup> De grondrechten van het Handvest bepalen voorts mede tot welk niveau de vrijverkeerbepalingen beperkingen moeten dulden. Over het thema van de beperkingen aan de vrijheid van vestiging en de rol van de vrijheid van ondernemerschap daarin, kom ik hierna nog te spreken.

- 27 De vrijheid van vestiging en de vrijheid van ondernemerschap vallen qua definitie niet samen. De vrijheid van ondernemerschap is het ruimere begrip, omvat meer thema's dan alleen dat van de vrijheid van vestiging en heeft geen intrinsiek grensoverschrijdend karakter. De gelding is niet absoluut.<sup>37</sup> De vrijheid van vestiging is het beperktere begrip en heeft binnen de EU wel een intrinsiek grensoverschrijdend karakter. De vrijheid van vestiging voldoet evenals de overige verkeersvrijheden als fundamentele vrijheid en algemeen beginsel van Unierecht<sup>38</sup> aan de voorwaarden voor directe horizontale werking, in de zin dat werkgevers en werknemers zich in procedures voor nationale rechters rechtstreeks op deze bepalingen kunnen beroepen (Van Binsbergen,<sup>39</sup> punten 26 en 27, Schmidberger,<sup>40</sup> punt 66, ITC, punt 67, Viking, punten 58 en 59, Laval, punt 97, Angonese,<sup>41</sup> punten 34 tot en met 36).<sup>42</sup> Het gaat in de verhouding tussen een werkgever en het UWV als bestuursorgaan overigens om een verticale verhouding.
- 28 De vrijheid van vestiging is in feite een van de belangrijker manifestaties van de vrijheid van ondernemerschap. Wij vinden deze gedachte terug in het

36 Een goede bron is het Handboek van de European Union Agency For Fundamental Rights (FRA), *Applying the Charter of Fundamental Rights of the European Union in law and policymaking at national level – Guidance*, Luxemburg: Publications Office of the European Union 2018, te downloaden van de website fra.europa.eu. Dit handboek bevat een praktische beslisboom ten aanzien van de (door)werking van de grondrechten van het Handvest ten behoeve van de nationale gerechten (p. 30 e.v.). Zie bovendien het stappenplan in B.P. ter Haar, *Doorwerking Europese sociale grondrechten in de nationale rechtsorde. Een eenvoudig stappenplan voor de praktijk*, *ArbeidsRecht* 2016/3.

37 Ook bijvoorbeeld de rechten op vrijheid van meningsuiting en op vrijheid van vergadering die door het EVRM worden gewaarborgd, hebben geen absolute gelding, maar moeten in relatie tot hun functie in de maatschappij worden beschouwd. HvJ 12 juni 2003, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 (Schmidberger), punt 80.

38 Vergelijk R.W.E. van Leuken, *Ambtshalve toepassing van EU-recht*, in: C.J.H. Jansen, M.M.C. van de Moosdijk & R.W.E. van Leuken (red.), *Nijmeegs Europees Privaatrecht (serie Onderneming en Recht, deel 102)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 123-144, op p. 130-133.

39 HvJ 3 december 1974, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131 (Van Binsbergen).

40 HvJ 12 juni 2003, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333, NJ 2004/56 (Schmidberger).

41 HvJ 6 juni 2000, C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 (Angonese).

42 S.S.M. Peters, *Europees arbeidsrecht – een inleiding*, in: F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *Europees Arbeidsrecht, Monografieën Sociaal Recht, Deel 2*, Deventer, Wolters Kluwer 2016, p. 33-34. Of het zich rechtstreeks op een Unierechtelijke bepaling in een privaatrechtelijk dispuut directe horizontale werking oplevert, dan wel een variant betreft op het thema van de indirecte horizontale werking, is een kwestie van definitie. *Asser/Hartkamp 3-I* 2019/1.21 stelt alleen van directe horizontale werking te spreken indien een verdragsbepaling zelf rechten en verplichtingen in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen tot stand brengt (en niet slechts nationaal recht opzij zet). Ik deel deze opvatting, zoals blijkt uit Verburg 2013, p. 73-83. Voor wat betreft de verkeersvrijheden kan men van directe horizontale werking spreken, nu deze vrijheden in privaatrechtelijke verhoudingen een recht voor de ene partij opleveren en daar een verplichting voor de wederpartij tegenover stellen (de verplichting om de betreffende vrijheid te ontzien). Zie omtrent deze materie Sieburgh 2015/1, p. 3-13 (voor wat betreft de verkeersvrijheden op p. 11).

De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

Sokoll-Seebacher-arrest. Het HvJ overwoog dat voor het bepalen van de omvang van de vrijheid van ondernemerschap dit artikel met name naar het Unierecht verwijst en dat deze verwijzing in de betreffende kwestie aldus moet worden uitgelegd dat artikel 16 van het Handvest met name naar artikel 49 VWEU verwijst (Sokoll-Seebacher,<sup>43</sup> punten 21 en 22).

### **Enige beschouwingen over de bescherming van de werknemers als een van de door het HvJ erkende dwingende redenen van algemeen belang**

29 Artikel 9 VWEU stelt dat bij de bepaling en de uitvoering van haar beleid en optreden de Unie rekening houdt met de eisen in verband met de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid, de waarborging van een adequate sociale bescherming, de bestrijding van sociale uitsluiting, alsmede een hoog niveau van onderwijs, opleiding en bescherming van de menselijke gezondheid.<sup>44</sup> De bescherming van werknemers is een door het HvJ erkende dwingende reden van algemeen belang (Arblade,<sup>45</sup> punt 36, Viking,<sup>46</sup> punt 77, AGET Iraklis, punt 73). De doelstellingen van het sociaal beleid omvatten de verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden waardoor de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang mogelijk wordt gemaakt, een adequate sociale bescherming en een sociale dialoog (Laval,<sup>47</sup> punt 105) en de bevordering van de werkgelegenheid, met name gericht op het terugdringen van de werkloosheid (ITC,<sup>48</sup> punt 39, AGET Iraklis, punt 74, Caves Krier Frères Sarl,<sup>49</sup> punt 51).<sup>50</sup> Ook het recht om een collectieve actie te voeren die de bescherming van werknemers tot doel heeft, vormt een legitiem belang dat in beginsel een beperking van een van de verkeersvrijheden kan rechtvaardigen (Schmidberger, punt 74, Viking, punt 77, Laval, punt 103).<sup>51</sup> De EU brengt niet alleen een interne markt tot stand, maar zet zich ook in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, die is gebaseerd op een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang, en in het bijzonder sociale bescherming bevordert (Viking, punt 78, Laval, punt 104, AGET Iraklis, punt 76). Ook de doelstelling van bestrijding van sociale fraude

43 HvJ 13 februari 2014, C-367/12, ECLI:EU:C:2014:68, EHRC 2014/134 (Sokoll-Seebacher).

44 Zie omtrent de historische ontwikkeling van het sociale gezicht van de Europese Unie B. ter Haar e.a., *Europees en internationaal sociaal recht 1996-2016: over de top heen?*, in: A.R. Houweling & L.C.J. Sprengers (red.), *70 jaar VvA: einde van het begin* (reeks VvA 44), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 293-350; Peters 2016, p. 1-40; *Asser/Hartkamp 3-I* 2019/1.25 en 1.26.

45 HvJ 23 november 1999, C-369/96 en C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575 (Arblade).

46 HvJ 11 december 2007, C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, NJ 2008/149 (Viking).

47 HvJ 18 december 2007, C-341/05, NJ 2008/150, m.nt. Mok (Laval).

48 HvJ 11 januari 2007, C-208/05, EU:C:2007:16 (ITC).

49 HvJ 13 december 2012, C-379/11, ECLI:EU:C:2012:798 (Caves Krier Frères).

50 Artikel 3 lid 3 VEU refereert aan een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang.

51 Ik treed hier niet in de discussie die indertijd in de literatuur speelde over het in Viking en Laval gevonden evenwicht met de verkeersvrijheden. Ik verwijs naar hetgeen ik daarover opmerkte in *Verburg* 2013, p. 67-100, op p. 83-85.

L.G. Verburg

en van voorkoming van misbruik, met name schijnzelfstandigheid en zwartwerk, geldt als dwingende vereiste van algemeen belang (Commissie/België,<sup>52</sup> punt 45), met dien verstande dat een algemeen vermoeden van fraude niet kan volstaan als rechtvaardiging voor een maatregel die aan de doelstellingen van het VWEU afbreuk doet (Commissie/Frankrijk, C-255/04,<sup>53</sup> punt 52, Commissie/België, punt 53).

- 30 Bij thema's als de volksgezondheid en sociaal beleid is het de taak van de individuele lidstaten om te beslissen op welk niveau en hoe zij de bescherming van de bij de thema's betrokken doelgroepen wensen te verzekeren. Aangezien dit niveau per lidstaat kan verschillen, dienen de lidstaten (en sociale partners) ter zake over een ruime beoordelingsmarge te beschikken.<sup>54</sup> Het aan de sociale partners overlaten van het bepalen van een evenwicht tussen de betrokken belangen biedt, zoals het HvJ dit uitdrukt, een niet te verwaarlozen flexibiliteit, aangezien elk van de partijen de overeenkomst eventueel kan opzeggen (Palacios de Villa, punt 74, Rosenblatt,<sup>55</sup> punt 67). Deze beoordelingsmarge mag echter niet tot gevolg hebben dat een fundamenteel Unierechtelijk beginsel of voorschrift van zijn inhoud wordt beroofd (Confédération générale du travail e.a., punt 29, Age Concern,<sup>56</sup> punt 51, Andersen,<sup>57</sup> punt 33, AMS, punt 27).<sup>58</sup>
- 31 Wanneer in een gemeenschapsbepaling wordt verwezen naar de nationale wettelijke regelingen en praktijken (zoals geldt voor de vrijheid van ondernemerschap en de bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag), mogen de lidstaten geen maatregelen nemen die de nuttige werking van de communautaire regeling waarvan deze bepaling deel uitmaakt, kunnen ondermijnen (Jaeger,<sup>59</sup> punt 59, ITC, punt 40, Confédération générale du travail e.a., punt

52 HvJ 19 december 2012, C-577/10, ECLI:EU:C:2012:814 (Commissie/België).

53 HvJ 15 juni 2006, C-255/04, ECLI:EU:C:2006:401 (Commissie/Frankrijk).

54 Er is veel rechtspraak van het HvJ met een verwijzing naar de ruimte voor de lidstaten in de beoordelingsmarge. Schmidberger, punt 82, ITC, punt 39; HvJ 22 november 2005, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 (Mangold), punt 63; HvJ 18 januari 2007, C-385/05, ECLI:EU:C:2007:37 (Confédération générale du travail e.a.), punt 28; HvJ 16 oktober 2007, C-411/05, ECLI:EU:C:2007:604 (Palacios de Villa), punt 68, (Caves Krier Frères), punt 51; HvJ 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (AMS), punt 26; HvJ 11 november 2014, C-530/13, ECLI:EU:C:2014:2359 (Schmitzer), punt 38; HvJ 28 januari 2015, C-417/13, EU:C:2015:38 (Starjakob), punt 34; HvJ 26 februari 2015, C-515/13, ECLI:EU:C:2015:115 (Landin), punt 19; HvJ 21 september 2017, C-125/16, EU:C:2017:707 (Malta Dental Technologists Association en Reyn), punt 60; HvJ EU 20 december 2017, C-419/16, ECLI:EU:C:2017:997, JAR 2018/38 (Federspiel/Bolzano), punt 45; HvJ 8 mei 2019, C-24/17, ECLI:EU:C:2019:373 (Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft Öffentlicher Dienst/Österreich), punt 38.

55 HvJ 12 oktober 2010, C-45/09, ECLI:EU:C:2010:601 (Rosenblatt).

56 HvJ 5 maart 2009, C-388/07, ECLI:EU:C:2009:128 (Age Concern).

57 HvJ 12 oktober 2010, C-499/08, ECLI:EU:C:2010:600 (Andersen).

58 In HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:114 (ABN AMRO) overwoog de Hoge Raad dat de ruime beoordelingsmarge van sociale partners aan wie het is overgelaten om een evenwicht te bepalen tussen hun respectieve belangen en de flexibiliteit die zij hebben om een genomen maatregel zo nodig aan te passen, meebrengt dat de rechter de door de sociale partners gemaakte keuzes met terughoudendheid moet beoordelen. Deze overweging lijkt me juist. De grens ligt echter bij hetgeen in de tekst is verwoord.

59 HvJ 9 september 2003, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437 (Jaeger).

De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

- 35). De beperkingen moeten derhalve ook de wezenlijke inhoud van artikel 16 van het Handvest eerbiedigen (AGET Iraklis, punt 82).
- 32 Artikel 30 van het Handvest omtrent de bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag<sup>60</sup> is anders dan de vrijheid van ondernemerschap een beginsel en geen recht in de zin van het Handvest. Dit betekent overeenkomstig het bepaalde in artikel 52 lid 5 van het Handvest dat de rechterlijke bevoegdheid beperkt blijft tot de uitlegging van wetgevings- en uitvoeringshandelingen van de instellingen, organen en instanties van de Unie en door handelingen van de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen.<sup>61</sup> Voor deze bijdrage is het punt zonder wezenlijk belang. Dit heeft twee redenen. In de eerste plaats is de bescherming van de werknemers ook zonder het grondrecht al een dwingende reden van algemeen belang welke een beperking van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van ondernemerschap kan rechtvaardigen. In de tweede plaats heeft deze bijdrage slechts het oog op de specifiek Nederlandse aanpak van de preventieve toetsing van ontslagen op de a-grond door het UWV. Ook elders in de EU kent men regels die invulling geven aan de bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag zonder dat een bestuursorgaan bevoegd is een voorgenomen ontslag tegen te houden. Het ene kan zonder het andere.<sup>62</sup> Bovendien kan men een systeem van preventieve toetsing van ontslagen zo vormgeven dat er geen strijd is met de vrijheden van vestiging en ondernemerschap. Dit thema komt aan de orde in de volgende paragrafen.

### **Beschouwingen over (de rechtvaardiging van) beperkingen aan de vrijheid van vestiging en het verzoenen van belangen en rechten**

- 33 Het HvJ staat overeenkomstig vaste rechtspraak een beperking op de vrijheid van vestiging (slechts) toe indien aan vier voorwaarden is voldaan.<sup>63</sup> de beperking wordt zonder discriminatie toegepast, is gerechtvaardigd uit

60 Geïnspireerd op artikel 24 ESH (herzien). Zie de Conclusie van A-G Wahl van 9 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:429 (AGET Iraklis), punten 60 en 61.

61 Niet zonder goede grond stelt Hartkamp dat bepalingen die beginselen bevatten zich minder goed voor een rechtmatigheidstoetsing van lagere wetgeving lenen dan bepalingen die rechten toekennen, omdat bepalingen die beginselen bevatten dikwijls niet zullen voldoen aan het daarvoor geldende vereiste dat zij onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn geformuleerd. Maar een absoluut onderscheid is dat niet; het is een kwestie van gradaties, van meer of minder. Zie *Asser/Hartkamp 3-I* 2019/6.231d.

62 Vanuit EU-perspectief is een adequaat beschermingsniveau tegen ongerechtvaardigd ontslag goed mogelijk zonder een systeem van preventieve toetsing van ontslagen. Een andere zienswijze betekent dat alleen ons land een adequaat beschermingsniveau kent. Zou bij ons de preventieve toetsing van ontslagen op de a-grond wegvallen (zoals in onze bestaande regelgeving reeds geldt voor de in artikel 7:671 lid 1 BW uitgezonderde groepen), dan kan de rechter de opzegging vernietigen of naast de transitievergoeding een billijke vergoeding toekennen. Wil men de risico's over en weer kleiner maken, dan valt te overwegen de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV te behouden, maar deze toetsing slechts een adviserende vorm te geven.

63 Men refereert aan de Gebhard-doctrine. Zie de Conclusie van A-G Wahl van 9 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:429 (AGET Iraklis), punt 51.

hoofde van dwingende redenen van algemeen belang, is geschikt om het met de beperking nagestreefde doel te verwezenlijken en mag niet verder gaan dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is.<sup>64</sup>

- 34 De uitoefening van grondrechten ontsnapt niet aan de werkingssfeer van de vrijverkeerbepalingen. Deze uitoefening moet worden verzoend met de vereisten die voortvloeien uit de vrijverkeerbepalingen en dient in overeenstemming te zijn met het evenredigheidsbeginsel (Schmidberger, punt 77, Omega,<sup>65</sup> punt 36, Laval, punt 94). De bevoegde nationale autoriteiten dienen enerzijds aan te tonen dat hun regeling noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel en anderzijds dat die regeling in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel (Commissie/Portugal, punt 47, Caves Krier Frères, punt 49). Het gaat om het afwegen van de rechten met betrekking tot het vrije verkeer (goederen, personen, diensten, kapitaal) tegen de doelen van de sociale politiek, waaronder de bevordering van werkgelegenheid, de gestage verbetering van levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden (Laval, punt 105, Viking, punt 79, AGET Iraklis, punt 77).
- 35 Wanneer meerdere door de rechtsorde van de Unie beschermde rechten met elkaar in conflict komen, moeten bij een beoordeling de vereisten inzake de bescherming van deze verschillende rechten met elkaar worden verzoend, waarbij een juist evenwicht tussen deze rechten moet worden verzekerd.<sup>66</sup> Het vinden van een juist evenwicht is een zaak van de Uniewetgever, de nationale wetgever (zeker in het geval het gaat om omzetting van richtlijnen in lokale regelgeving) en de nationale autoriteiten die over de toepassing waken (waaronder mede de rechter is te verstaan).<sup>67</sup>
- 36 Een systeem van voorafgaande administratieve vergunning vormt in beginsel een beperking op de vrijheid van vestiging (Venturini, punt 32). De vrijheid van vestiging verzet zich in beginsel hier niet tegen wanneer een dergelijk stelsel onmisbaar is voor het nastreven van een legitiem doel (Sokoll-Seebacher, punt 24). Een stelsel van voorafgaande administratieve vergunning kan echter geen rechtvaardiging vormen voor een discretionair optreden van de nationale autoriteiten waardoor de bepalingen van Unierecht, met name die

64 HvJ 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (Cassis de Dijon), punt 8, Arblade, punt 33, ITC, punt 55, Viking, punt 75, Gebhard, punt 37, Commissie/Portugal, punt 46; HvJ 29 november 2011, C-371/10, EU:C:2011:785 (National Grid Indus), punt 42, Commissie/België, punt 44; HvJ 23 februari 2016, C-179/14, ECLI:EU:C:2016:108 (Commissie/Hongarije), punt 166, AGET Iraklis, punt 61; HvJ 13 juli 2016, C-187/15, ECLI:EU:C:2016:550 (Pöpperl), punt 29, Federspiel/Bolzano, punt 38.

65 HvJ 14 oktober 2004, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, NJ 2005/295 (Omega).

66 McDonagh, punt 62; HvJ 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (Promusicae), punten 65 en 66, Schmidberger, punt 81, Deutsches Weintor, punt 47, Sky Österreich, punt 59, AGET Iraklis, punt 90.

67 Beschouwingen over de vraag hoe het 'sociale' gezicht in de rechtspraak van het HvJ vorm heeft gekregen, treft men bijvoorbeeld meer recent in de bijdragen van F. Pennings (How do Social and Economic Rights Relate to Each Other in the Social Market Economy en The Relevance of the Concept of the Social Market Economy) en C. Barnard en S. de Vries (The 'Social Market Economy' in a (Heterogeneous) Social Europe: Does it Make a Difference?) in het Utrecht Law Review 2019/2.



De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

betreffende een fundamentele vrijheid zoals de vrijheid van vestiging, van hun nuttig effect worden beroofd. Bijgevolg is een aan een fundamentele vrijheid derogerend stelsel van voorafgaande administratieve vergunning slechts gerechtvaardigd indien het is gebaseerd op objectieve, niet-discriminerende en vooraf bekende criteria,<sup>68</sup> zodat een grens wordt gesteld aan de wijze van uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de nationale autoriteiten (Analir,<sup>69</sup> punt 48, Hartlauer,<sup>70</sup> punt 64, Sokoll-Seebacher, punt 27).

37 Hoe verkrijgt de vrijheid van ondernemerschap een rol in het debat over de vraag of de vrijheid van vestiging al dan niet moet wijken voor de beperking die de nationale regeling opwerpt? Het antwoord is te vinden in de wijze waarop de rechtspraak van het HvJ omgaat met het bepaalde in artikel 51 lid 1 van het Handvest dat de bepalingen van het Handvest uitsluitend zijn gericht tot de lidstaten wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen (Pfleger,<sup>71</sup> punt 31, Åkerberg Fransson,<sup>72</sup> punt 17). Het begrip ‘het recht van de Unie ten uitvoer brengen’ veronderstelt dat er tussen een Unierechtelijke handeling en de betrokken nationale maatregel een verband bestaat dat verder gaat dan het dicht bij elkaar liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de ene materie op de andere (Baldonado Martin,<sup>73</sup> punt 58). Volgens vaste rechtspraak van het HvJ dient men onder meer na te gaan of de nationale regeling de uitvoering van een Unierechtelijke bepaling beoogt, wat de aard is van de nationale regeling en of zij niet andere doelstellingen nastreeft dan die waarop het Unierecht ziet, ook al zou de regeling dit Unierecht indirect kunnen beïnvloeden, en of er een Unierechtelijke regeling bestaat die specifiek is voor de betreffende materie of deze kan beïnvloeden (Baldonado Martin, punt 59). De door het Handvest gewaarborgde grondrechten kunnen toepassing vinden in alle situaties die door het Unierecht worden beheerst. Zij moeten met name worden geëerbiedigd wanneer een nationale regeling binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt (Pfleger, punt 34, Åkerberg Fransson, punten 19-21, AGET Iraklis, punt 62).

38 Wanneer valt een nationale regeling binnen de werkingssfeer van het Unierecht? Dit is het geval wanneer een nationale regeling een richtlijn uitvoert.<sup>74</sup> Dit is voorts ‘in het bijzonder’ het geval wanneer een nationale regeling de uitoefening van één of meer fundamentele vrijheden kan belemmeren en de betrokken lidstaat zich beroept op dwingende redenen van algemeen belang om een dergelijke belemmering te rechtvaardigen (AGET Iraklis, punt 63). De

68 In AGET Iraklis refereert het HvJ hier aan ‘voorwaarden’ c.q. ‘uitvoeringsbepalingen’. Dit andersluidende woordgebruik maakt verder geen verschil en vloeit voort uit de omstandigheid dat het HvJ in AGET Iraklis het begrip ‘criterium’ al hanteert voor de achterliggende belangen die met de toetsingsbevoegdheid worden gediend.

69 HvJ 20 februari 2001, e.a., C-205/99, ECLI:EU:C:2001:10 (Analir).

70 HvJ 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (Hartlauer).

71 HvJ 30 april 2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 (Pfleger).

72 HvJ 26 februari 2013, C-617/10, EU:C:2013:105, EHRC 2013/112, m.nt. Morijn (Åkerberg Fransson).

73 HvJ 22 januari 2020, C-177/18, ECLI:EU:C:2020:26 (Baldonado Martin).

74 Stadt Wuppertal/Maria Bauer en Volker Willmeroth/Martina Broßonn, punten 52 en 53, HvJ 15 januari 2014, C-176/12, EU:C:2014:2 (Association de médiation sociale), punten 42 en 43.

onderbouwing van deze techniek vindt men in het Pflieger-arrest. In haar conclusie voorafgaand aan Pflieger wees A-G Sharpston op de vermelding van het ERT-arrest<sup>75</sup> in de toelichting bij artikel 51 van het Handvest en op de systematiek van het VWEU ('beschermd recht, beperkte afwijking van dat recht'). Zij stelde dat een lidstaat geacht werd het recht van de Unie ten uitvoer te brengen 'wanneer hij een afwijking van een fundamentele vrijheid voorziet'.<sup>76</sup> Het HvJ volgde deze redenering in Pflieger. Het gebruik door een lidstaat van de in het Unierecht neergelegde uitzonderingen om een belemmering van een door het EU-Verdrag gewaarborgde verkeersvrijheid te rechtvaardigen, wordt derhalve steeds geacht 'het recht van de Unie ten uitvoer te brengen' in de zin van artikel 51 lid 1 van het Handvest (Pflieger, punten 35 en 36, AGET Iraklis, punt 64).

- 39 Deze techniek zorgt ervoor dat men de grondrechten van het Handvest altijd in de strijd kan werpen als een lidstaat een belemmering van een verkeersvrijheid wil rechtvaardigen. De uitoefening van de verkeersvrijheden kan steeds worden afgewogen tegen en beperkt worden door de bescherming van grondrechten.
- 40 Bij het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap komt deze laatste beschermingsgedachte evenwel natuurlijk niet uit de verf. Dit grondrecht werkt parallel aan de verkeersvrijheden, heeft hetzelfde perspectief in het vizier. Of dit de positie van de vrijheid van vestiging daadwerkelijk versterkt, is overigens nog de vraag. Ik neig meer naar de gedachte dat de vrijheid van ondernemerschap de positie van de vrijheid van vestiging in het vinden van een juist evenwicht tussen de diverse bij een kwestie betrokken belangen accentueert en bevestigt, en denk niet (zeker niet op het gevoelige terrein van de bescherming van werknemers) dat effectief sprake is van een aanmerkelijke versterking van de positie van deze verkeersvrijheid.<sup>77</sup>

### **Het oordeel van het HvJ in het AGET Iraklis-arrest in het licht van de voorafgaande beschouwingen**

- 41 Het AGET Iraklis-arrest staat stevig op de schouders van eerdere rechtspraak en borduurt daarop voort. Het HvJ overweegt dat een systeem van preventieve toetsing van voorgenomen bedrijfseconomische ontslagen als aan de orde in de Griekse regeling een beperking vormt op de vrijheid van vestiging (AGET Iraklis, punt 65) en op de uitoefening van de vrijheid van ondernemerschap (AGET Iraklis, punt 66). Het HvJ herneemt de gedachte dat de beperkingen van de verkeersvrijheden het evenredigheidsbeginsel in acht moeten nemen, noodzakelijk moeten zijn en daadwerkelijk moeten beantwoorden aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (AGET Iraklis, punt 89). Ten aanzien van de rechten van anderen wijst het

75 HvJ 18 juni 1991, C-260/89, EU:C:1991:254 (ERT).

76 Conclusie van A-G Sharpston van 14 november 2013, ECLI:EU:C:2013:747 (Pflieger), punt 46.

77 Vergelijk de Conclusie van A-G Sharpston van 14 november 2013, ECLI:EU:C:2013:747 (Pflieger), punt 70. In dezelfde zin Lock 2019, p. 2147.

De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

HvJ op artikel 30 van het Handvest omtrent de bescherming van werknemers tegen kennelijk onredelijk ontslag. Het HvJ overweegt dat een nationaal mechanisme er op dit gevoelige terrein naar moet streven de belangen die verband houden met de bescherming van de werknemers en de werkgelegenheid, met name tegen ongerechtvaardigd ontslag en tegen de gevolgen van collectief ontslag voor de werknemers, in overeenstemming te brengen met de belangen zoals die zijn erkend in artikel 49 VWEU en artikel 16 van het Handvest. Het mechanisme moet ernaar streven een juist evenwicht tussen beide tot stand te brengen (AGET Iraklis, punt 90).

- 42 Het HvJ meent dat een mechanisme tot instelling van een kader voor collectief ontslag waarbij een nationaal orgaan zich op basis van zijn controlebevoegdheden in bepaalde omstandigheden kan verzetten tegen plannen voor collectief ontslag, passend kan zijn om bij te dragen tot een betere daadwerkelijke bescherming van de werknemers en hun baan, door materiële regels vast te leggen voor de besluitvorming binnen de ondernemingen met betrekking tot dergelijke economische en commerciële beslissingen. Een dergelijk mechanisme is derhalve geschikt om de verwezenlijking van de nagestreefde doelen van algemeen belang te waarborgen (AGET Iraklis, punt 92). De lidstaten mogen bovendien in beginsel het standpunt huldigen dat een dergelijk mechanisme noodzakelijk is om een betere bescherming te waarborgen van de werknemers. In het bijzonder blijkt niet dat minder strenge maatregelen de verwezenlijking van de nagestreefde doelen op een even doeltreffende wijze zouden verzekeren (AGET Iraklis, punt 93). In beginsel kan een kader waarbinnen de voorwaarden worden vastgelegd waarop tot collectief ontslag kan worden overgegaan, dus voldoen aan de vereisten van het evenredigheidsbeginsel en vanuit dat oogpunt verenigbaar zijn met artikel 49 VWEU en artikel 16 van het Handvest (AGET Iraklis, punt 94).
- 43 Het volgende punt betreft de vraag of de concrete uitvoeringsbepalingen die kenmerkend zijn voor het toetsingsmechanisme kunnen garanderen dat de in de rechtspraak van het HvJ ontwikkelde vereisten daadwerkelijk in acht worden genomen.<sup>78</sup> Het belang van de nationale economie betreft een doel van economische aard. Dit criterium vormt geen reden van algemeen belang die een beperking van de vrijheid van vestiging en vrijheid van ondernemerschap kan rechtvaardigen (AGET Iraklis, punten 96 en 97). De andere twee in de Griekse regeling gehanteerde criteria zien op de situatie in de onderneming en de omstandigheden op de arbeidsmarkt. Het HvJ overweegt dat voor deze twee criteria wel, althans op het eerste gezicht, kan worden aangeknoopt bij de legitieme doelstelling van algemeen belang die erin bestaat de werknemers en de werkgelegenheid te beschermen (AGET Iraklis, punt 98). Maar de criteria mogen niet algemeen en vaag zijn geformuleerd. Het HvJ herneemt zijn vaste rechtspraak dat interventiemogelijkheden van een lid-

78 De in de punten 80-82 van AGET Iraklis opgesomde vereisten zijn: (1) geschikt zijn, en (2) noodzakelijk zijn, waarbij (3) de beoordelingsmarge van de lidstaten geen aantasting van de verkeersvrijheden rechtvaardigt, en (4) de beperkingen de wezenlijke inhoud van de vrijheid van ondernemerschap moeten eerbiedigen.

staat of een bestuursorgaan die aan geen enkele voorwaarde zijn onderworpen, met uitzondering van een verwijzing naar in algemene termen geformuleerde criteria, en waarbij de specifieke en objectieve omstandigheden waarin die bevoegdheid zal worden uitgeoefend niet worden gepreciseerd, een ernstige aantasting van de betrokken vrijheid vormen, die deze vrijheid uiteindelijk volledig kan ondergraven wanneer het gaat om beslissingen die fundamenteel zijn in het bestaan van een onderneming (AGET/Iraklis, punt 99<sup>79</sup>).

- 44 Ook al kan het bestuursorgaan de bevoegdheid toestemming te onthouden slechts uitoefenen na onderzoek van het dossier, rekening houdend met de situatie van de onderneming en met de omstandigheden op de arbeidsmarkt, en na vaststelling van een gemotiveerd besluit, dan nog moet volgens het HvJ worden vastgesteld dat de betrokken werkgevers bij gebreke van preciseringen dienaangaande niet weten onder welke concrete en objectieve omstandigheden die bevoegdheid kan worden uitgeoefend, aangezien de situaties op grond waarvan deze bevoegdheid kan worden uitgeoefend potentieel talrijk, onbepaald en onbepaalbaar zijn, en het bestuursorgaan een ruime beoordelingsmarge laten die moeilijk te controleren is. Dergelijke criteria, die vaag zijn en dus niet berusten op objectieve en controleerbare voorwaarden, gaan verder dan nodig is om de aangegeven doelen te bereiken en voldoen dus niet aan de vereisten van het evenredigheidsbeginsel (AGET Iraklis, punt 100<sup>80</sup>).
- 45 De mogelijkheid van verzet dat is onderworpen aan het toezicht van de nationale rechter volstaat op zichzelf niet om de onverenigbaarheid van de criteria met de vrijheid van vestiging op te heffen (Commissie/Italië, punten 54 en 72, AGET Iraklis, punt 101), aangezien, in het bijzonder, de regeling in kwestie ook de nationale rechter geen voldoende duidelijke criteria verschaft die hem in staat stellen de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid door het bestuursorgaan te toetsen (Commissie/Spanje,<sup>81</sup> punt 79).
- 46 Het HvJ komt tot de conclusie dat een mechanisme van toezicht en verzet als het mechanisme dat is ingesteld in Griekenland, wegens de concrete uitvoeringsbepalingen ervan niet voldoet aan de vereisten en dus in strijd is met artikel 49 VWEU. Om dezelfde redenen is de Griekse regeling ook in strijd met het evenredigheidsbeginsel van artikel 52 lid 1 van het Handvest en derhalve met artikel 16 daarvan (AGET Iraklis, punten 102 en 103). Het HvJ voegt er nog aan toe dat het feit dat een lidstaat mogelijk wordt geconfron-

79 Met verwijzing naar HvJ 4 juni 2002, C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327 (Commissie/Frankrijk), punten 50 en 51; HvJ 26 maart 2009, C-326/07, ECLI:EU:C:2009:193 (Commissie/Italië), punten 51 en 52.

80 Met verwijzing naar Commissie/Frankrijk (C-483/99), punten 51 en 53; Commissie/Italië, punten 66 en 72; HvJ 8 november 2012, C-244/11, ECLI:EU:C:2012:694 (Commissie/Griekenland), punten 74-77 en 86. De onzekerheid over de omstandigheden waarin men de bedoelde vrijheden kan uitoefenen, verleent de bevoegdheden een discretionair karakter. Een dergelijke beoordelingsmarge is onevenredig aan de nagestreefde doelstellingen (Commissie/Italië, punt 52, Commissie/Griekenland, punt 75). Het gaat er om dat er specifieke en objectieve omstandigheden zijn die maken dat toestemming mag worden onthouden (Commissie/Griekenland, punt 77).

81 HvJ 13 mei 2003, C-463/00, ECLI:EU:C:2003:272 (Commissie/Spanje).

De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

teerd met een acute economische crisis en een bijzonder hoge werkloosheid, hier niet aan afdoet (AGET Iraklis, punt 108).

- 47 De slotsom is dat een systeem dat voorziet in de bevoegdheid van een bestuursorgaan om zich in bepaalde omstandigheden te verzetten tegen plannen voor (collectief) ontslag, slechts door de beugel kan indien sprake is van een toetsing aan de hand van concrete, objectieve en controleerbare uitvoeringsbepalingen.

### **Omtrent de Nederlandse regeling van de preventieve toetsing van bedrijfseconomische ontslagen in het licht van AGET Iraklis**

- 48 De Hoge Raad overwoog in 2012 dat de preventieve toetsing (zoals indertijd geregeld in artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA)) strekt ter bescherming van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland. Het ging zowel om het belang van de betrokken werknemers als dat van de Nederlandse arbeidsmarkt om sociaal ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen.<sup>82</sup> De Hoge Raad tekende aan dat sinds de wijziging van artikel 6 BBA in het kader van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid<sup>83</sup> de bescherming van de werknemer tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag als strekking nog meer op de voorgrond is komen te staan door het vervallen van de vergunningsplicht voor ontslagneming door de werknemer. Van belang was bovendien, aldus de Hoge Raad, dat de regering 'bij de totstandkoming van deze wijziging heeft opgemerkt dat zij het noodzakelijk achtte de bestuurlijke preventieve ontslagtoets te handhaven en dat deze ontslagtoets belangrijke functies vervult, niet alleen als algemene, onafhankelijke toets op onredelijk ontslag maar ook als overheidsinstrument om zwakke groepen op de arbeidsmarkt, zoals (gedeeltelijk) arbeidsongeschikten en ouderen, tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag te beschermen, terwijl de ontslagtoets tevens een belangrijk overheidsinstrument vormt om oneigenlijke instroom in de sociale zekerheid tegen te gaan (...)'. De Hoge Raad sloot af met de overweging dat een en ander de gevolgtrekking wettigt dat het belang van de Nederlandse arbeidsmarkt bij het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigd ontslag voor een groot deel samenvalt met het belang van de werknemers bij het voorkomen van een zodanig ontslag.
- 49 De Wwz heeft de preventieve toetsing van ontslagen gehandhaafd en bij ontslagen op de a-grond vastgehouden aan de toetsing door het UWV. Er is in 2015 een nieuwe Ontslagregeling tot stand gekomen met Uitvoeringsregels die realiter een bewerking vormen van wat er vóór de Wwz al bestond (voor-

82 HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8512, JAR 2012/93, m.nt. Vogel, NJ 2012/274, m.nt. Polak, (NUON Personeelsbeheer/Olbrych). Vergelijk ook HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3231 (UWV/Belfor Nederland BV).

83 Artikel II van de Wet van 14 mei 1998, houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en van enige andere wetten (Flexibiliteit en zekerheid), Stb. 1998, 300.

- heen ging het om het Ontslagbesluit met daarop gebaseerde Beleidsregels Ontslagtaak UWV). In essentie is de (aard van de) toetsing gelijk gebleven.<sup>84</sup>
- 50 De memorie van toelichting (MvT) bij de Wwz stelde dat de werkgever zijn onderneming zo moet kunnen inrichten dat het voortbestaan daarvan ook op langere termijn verzekerd is. Dat was niet alleen in zijn eigen belang, maar ook in het belang van het behoud van werkgelegenheid in meer algemene zin. Bij de toetsing van die beslissing paste dan ook 'een zekere mate van terughoudendheid' (zoals ook tot 2015 het geval was). De werkgever moet zich wel verantwoorden tegenover het UWV.<sup>85</sup>
- 51 Ons systeem van preventieve toetsing kent dus twee vrijwel samenvallende beoordelingscriteria. Het eerste criterium is het belang van de Nederlandse arbeidsmarkt. Het tweede criterium ziet op het belang van de werknemers bij het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigd ontslag.
- 52 Het belang van de Nederlandse arbeidsmarkt is gelijklopend aan het derde criterium in AGET Iraklis (de omstandigheden op de arbeidsmarkt). Het belang van de Nederlandse arbeidsmarkt is in beginsel een erkende dwingende reden van algemeen belang. De daaraan te ontleen beperking op de vrijheid van vestiging en vrijheid van ondernemerschap is evenwel slechts toelaatbaar als de toetsing berust op vooraf bekende concrete, objectieve en controleerbare uitvoeringsbepalingen.
- 53 Ook het belang van de werknemers bij het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigd ontslag is een door het HvJ erkende dwingende reden van algemeen belang, en de juistheid van deze zienswijze springt in het oog. Ook hier geldt dat de te beantwoorden vraag is of de toetsing berust op vooraf bekende concrete, objectieve en controleerbare uitvoeringsbepalingen.
- 54 Artikel 7:669 lid 1 BW spreekt over een redelijke grond. Dat is vaag. Artikel 7:669 lid 3 sub a BW geeft een uitleg van wat met redelijk is bedoeld. Deze bepaling geeft echter geen uitsluitel over de te hanteren concrete, objectieve en controleerbare uitvoeringsbepalingen.
- 55 De Ontslagregeling van 23 april 2015 bevat regels omtrent de wijze van selecteren (eerst afscheid uitzendkrachten en andere flexibele arbeidsrelaties, afspiegelingsbeginsel en dergelijke) en herplaatsingsverplichtingen.<sup>86</sup> Artikel 3 Ontslagregeling bevat een spelregel over de relatie tot een bestaand groepsverband,<sup>87</sup> en de artikelen 5 en 6 Ontslagregeling regelen wat heeft te

84 Vergelijk HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 (Decor). De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 3.4.7: 'Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz valt immers af te leiden dat de in art. 7:669 lid 3 BW omschreven ontslaggronden aan deze oude regelgeving zijn ontleend en dat op dat punt geen wijziging is beoogd (...).'

85 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 43.

86 Regeling van 23 april 2015, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding, Stcrt. 2015, 12685, zoals laatstelijk gewijzigd.

87 Zie daarover HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212 (ANWB).

De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

- gelden bij uitbesteding van werkzaamheden.<sup>88</sup> De Ontslagregeling geeft echter geen uitsluitsel over door het UWV zelf ten aanzien van de interventiebevoegdheid te hanteren vooraf bekende concrete, objectieve en controleerbare uitvoeringsbepalingen.
- 56 Het door het UWV opgestelde document met Uitvoeringsregels betreffende het ontslag om bedrijfseconomische redenen van augustus 2018 bevat meer dan honderd bladzijden. Men treft er tal van regels over het aanleveren van informatie en andere eisen aan de ondernemer en over de selectiecriteria en herplaatsingsverplichtingen. De Uitvoeringsregels geven echter geen uitsluitsel over door UWV zelf ten aanzien van de interventiebevoegdheid te hanteren concrete, objectieve en controleerbare uitvoeringsbepalingen.
- 57 Wel vermelden de Uitvoeringsregels (op p. 9) onder verwijzing naar p. 43 van de MvT bij de Wwz dat bij de toetsing van voorgenomen ontslagen door het UWV een zekere mate van terughoudendheid past. Een 'zekere mate van terughoudendheid' is vaag. Terughoudend zijn is ook vaag. Een en ander is voorts niet concreet en zeker niet controleerbaar. De wijze waarop het UWV invulling zal geven aan de 'zekere mate', is vooraf niet bekend.
- 58 Op p. 9 van de Uitvoeringsregels treft men de passage dat het UWV aan de hand van de verstrekte informatie toetst of hetgeen de ondernemer aanvoert zijn besluit 'voldoende ondersteunt', onder toevoeging van de tekst dat daarbij 'eventuele andere oplossingen mede kunnen worden betrokken, voor zover zij voor de hand liggend zijn'. Op grond van welke voorwaarden het UWV bepaalt of sprake is van een 'voldoende' ondersteuning, is niet duidelijk. Ook hier ontbreken (vooraf bekende) concrete, objectieve en controleerbare uitvoeringsbepalingen. De toevoeging dat eventuele andere door het UWV voor de hand liggend geachte (op grond waarvan?) oplossingen in de toetsing door het UWV kunnen worden betrokken, impliceert dat het UWV op de stoel van de ondernemer gaat zitten, daar althans op kan gaan zitten. Hoe dit verder in de overwegingen allemaal een rol speelt, is vooraf onbekend.
- 59 Mogelijk vat het UWV in bepaalde gevallen de verkregen bevoegdheid zo op dat slechts wordt nagegaan of inderdaad een bedrijfseconomische reden is aangevoerd en blijft een inhoudelijke toetsing daarvan achterwege. Zou dit juist zijn, dan verandert dit niets aan het oordeel dat de Nederlandse regeling van de toetsing op de a-grond in strijd is met het Unierecht zoals dit met AGET Iraklis tot ons komt. Het gaat niet om de vraag hoe het UWV in een specifiek geval met de gegeven bevoegdheden omgaat. De vaagheid van de
- 88 Geen redelijke bedrijfseconomische ontslaggrond is aanwezig als een werkgever arbeidsplaatsen wenst te laten vervallen doordat hij werkzaamheden uitsluitend uitbestedt om werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te vervangen door personen die niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of de werkzaamheden tegen een lagere vergoeding verrichten (artikel 5 Ontslagregeling). In de toelichting staat dat de reden voor de weigering niet zozeer is dat er geen bedrijfseconomische reden aanwezig kan zijn, maar gelegen is in het feit dat de arbeidsplaatsen niet vervallen (toelichting bij artikel 5 Ontslagregeling, p. 13). Men zou deze spelregel kunnen zien als een voorbeeld van een concreet en controleerbaar criterium. Het criterium staat evenwel los van de toetsing van de bedrijfseconomische redengeving zoals in deze bijdrage aan de orde.

spelregels en de verwijzing naar ‘een zekere mate van terughoudendheid’ en ‘voldoende’ dwingen tot de conclusie dat er voor het UWV meer toetsingsruimte is dan strookt met een louter procedurele benadering. Het argument dat het UWV praktisch gesproken aan de ondernemer een grote beoordelings- en beleidsvrijheid laat, schiet (ongeacht de vraag of het argument waar is) langs het doel. Uit de nadruk die het HvJ legt op zaken als concreet, controleerbaar en objectief spreekt argwaan tegen nationale regelingen die bestuursorganen discretionair in te vullen bevoegdheden geven om barrières op te werpen tegen de in deze bijdrage bedoelde vrijheden.<sup>89</sup>

- 60 De Ontslagregeling bevat bepalingen op het punt van de (omvang van de) verplichting tot herplaatsing. Herplaatsingsverplichtingen kunnen de vrijheid van vestiging aan banden leggen en behoren derhalve tegen het licht van AGET Iraklis beperkt te blijven tot wat noodzakelijk is om een ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen.<sup>90</sup> De spelregels die het UWV moet hanteren, zijn evenwel gedetailleerd. Door de bank genomen zijn deze regels, als uitgewerkt in de Ontslagregeling en de Uitvoeringsregels, tot op zekere hoogte concreet en controleerbaar. Het is (behoudens de herplaatsingsverplichtingen binnen groepsverbanden) verdedigbaar dat een toetsing op basis van de huidige herplaatsingsregels, toegepast op een wijze die aan de ondernemer een redelijke ruimte laat,<sup>91</sup> op zichzelf beschouwd geen strijd oplevert met Unierecht. Toch is het nog de vraag of gevaar schuilt in de mogelijkheid dat de herplaatsingsverplichtingen door het UWV kunnen worden gebruikt om het deficit aan concrete en controleerbare uitvoeringsbepalingen ten aanzien van de interventiebevoegdheid op te lossen. Ik noem dit het risico van een aantasting van wat goed zit door wat niet goed zit. Ik acht dit risico reëel. Ik betwijfel verder of de spelregels omtrent de herplaatsingsverplichtingen binnen groepsverbanden (zeker voor zover grensoverschrijdend van aard) tegenover de vrijheden van vestiging en ondernemerschap stand houden.
- 61 Selectiecriteria bepalen de ontslagvolgorde en beperken de beleidsvrijheid van een ondernemer om, gelet op de bedrijfseconomische omstandigheden, tot het treffen van maatregelen over te gaan indirect. Dit indirecte karakter ziet op de bescherming van de werknemers die voortvloeit uit het feit dat de ondernemer niet zelf de ontslagvolgorde mag bepalen. Deze beperking op het

89 In zijn conclusie voorafgaand aan AGET Iraklis overwoog A-G Wahl het op zijn minst opmerkelijk te vinden dat de autoriteiten van een lidstaat beter dan het management van de onderneming in staat zouden zijn te bepalen wat het beste was in de situatie waarin de onderneming zich bevond. Hij achtte het in ieder geval niet juist om werknemers te beschermen door een autoriteit toe te staan de bedrijfsbesluiten die uiteindelijk door de werkgever zijn genomen, terzijde te schuiven. Conclusie van A-G Wahl van 9 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:429 (AGET Iraklis), punt 70.

90 In die zin ook, aan het slot van haar betoog, B.P. ter Haar, Sociaal recht in conflict met de vrijheid van ondernemerschap: is het HvJ EU een nieuwe constitutionele rechter?, TAP 2018/61.

91 Vergelijk HR 19 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64 JAR 2019/54, m.nt. Foesenek (Shell International Exploration and Production BV), met annotatie van De Laat in TRA 2019/49. Zie over dit arrest ook S. Gerritse & S.E.J.M. van Well, Het herplaatsingsvereiste in internationale context naar aanleiding van de ‘Expatri/Shell’-beschikking: eindelijk duidelijkheid?, ArbeidsRecht 2019/23; M.A.N. van Schadewijk, Het concern en het ontslagrecht: de Hoge Raad eist maatwerk, ArA 2019/2.



De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

punt van de selectie is niet het soort beperking waarop het HvJ in AGET Iraklis het oog had. In AGET Iraklis ging het om de bevoegdheid van een bestuursorgaan om zich tegen een voorgenomen reorganisatie te verzetten en niet om een kader dat waakt over een evenwichtige selectie. De Nederlandse regeling van de ontslagvolgorde is voorts concreet, objectief en controleerbaar. Ik meen dat deze spelregels de toets der kritiek van het Unierecht goed doorstaan.

- 62 Een vanuit het perspectief van het Unierecht aanvaardbare regeling van het bepalen van de ontslagvolgorde kan het ontbreken van concrete, objectieve en controleerbare uitvoeringsbepalingen ten aanzien van de interventiebevoegdheid als zodanig in mijn visie niet goed maken. Een onvoldoende regeling van de hoofdvraag wordt niet alsnog voldoende door een voldoende regeling van de vervolgvraag. De beide onderwerpen vloeien niet in elkaar over. In de praktijk ziet men ook dat het UWV eerst nagaat of er sprake is van een a-grond en pas daarna, als het oordeel over de a-grond in bevestigende zin luidt, toekomt aan een bespreking van de (vervolgvraag omtrent de) herplaatsingsmogelijkheden en de ontslagvolgorde.<sup>92</sup>
- 63 De mogelijkheid van verzet bij de nationale rechter volstaat niet om de onverenigbaarheid van de uitvoeringsbepalingen met de vrijheid van vestiging op te heffen. Dit speelt in ieder geval als voldoende duidelijke uitvoeringsbepalingen ontbreken die de rechter in staat stellen de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid door het bestuursorgaan te toetsen. De Nederlandse regeling van de preventieve toetsing voorziet niet in rechtstreeks toezicht op de bevoegdheid van het UWV door de rechter.<sup>93</sup> Maar bovendien verschaft de regeling van artikel 7:671b lid 1 onder b BW (in het geval toestemming door het UWV is geweigerd) en artikel 7:682 BW (in het geval toestemming door het UWV is verleend) geen kader dat voorziet in duidelijke criteria die de rechter in staat stellen de uitoefening van de discretionaire interventiebevoegdheid door het bestuursorgaan te toetsen of zelf daarover een standpunt in te nemen dat niet in strijd komt met Unierecht.<sup>94</sup>
- 64 Uit het hiervoor gestelde blijkt dat het Nederlandse systeem van de preventieve toetsing van bedrijfseconomische ontslagen strijdig is met de vrijheid van vestiging en de vrijheid van ondernemerschap. Ik doel op de toetsing door het UWV van het besluit van de ondernemer dat de arbeidsplaats van een werknemer is vervallen door beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of structureel vervalt door maatregelen die om bedrijfsecono-

92 Zoals blijkt uit het oordeel van het UWV van 19 maart 2019, JAR 2019/96.

93 Op het besluit van het UWV op de aanvraag van een ontslagvergunning als bedoeld in artikel 7:671a BW, is de Awb van toepassing. Tegen dit besluit staat geen bezwaar of beroep open (artikel 8:5 lid 1 Awb in verbinding met artikel 1 van de als Bijlage 2 bij de Awb gevoegde Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak).

94 De wetgever wilde dat de rechter hetzelfde toetsingskader had als het UWV. Inmiddels geldt dit, met uitzondering van de Uitvoeringsregels van het UWV. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de rechter niet is gebonden aan de Uitvoeringsregels. Dit laatste punt maakt voor wat betreft het thema van deze bijdrage geen verschil. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212, TRA 2019/80, m.nt. De Laat, JAR 2018/202, m.nt. Van Heusden (ANWB).

mische redenen noodzakelijk zijn voor een doelmatige bedrijfsvoering, en niet op de vervolgvraag betreffende de ontslagvolgorde.

- 65 In de Nederlandse literatuur van na AGET Iraklis treft men deze conclusie verder nog niet, althans niet met zoveel woorden.<sup>95</sup> Dit is wellicht toch niet zo opmerkelijk. Voorheen bestond de gedachte dat het met onze aanpak van een marginale toetsing door het UWV wel goed zat met de invloed van het Unierecht. Veel Nederlandse arbeidsrechtelijke literatuur neemt voorts het Nederlandse perspectief en de bescherming van de werknemer tot uitgangspunt. De vrijheid van vestiging en de vrijheid van ondernemerschap zijn geen traditionele arbeidsrechtelijke thema's. Een rol kan spelen dat AGET Iraklis een Griekse kwestie betreft en dat de indruk kan hebben bestaan dat men daar zaken anders heeft geregeld (op zich juist) en dat het arrest van het HvJ vooral een lokaal karakter had (terwijl het arrest wel degelijk richting geeft aan wat hier kan en mag). De Ontslagregeling en Uitvoeringsregels bevatten een aanzienlijke mate van regeldichtheid. De gedachte kan hebben postgevat dat bij zoveel regels toch wel iets concreets, objectief en controleerbaars zit.<sup>96</sup> Dat is echter ten aanzien van de interventiebevoegdheid als zodanig niet het geval. Ondernemers moeten concrete gegevens aanleveren over van alles en nog wat (in de terminologie van AGET Iraklis: men moet een heel dossier aanleveren), maar wat de wegingsfactor is, wat 'een zekere mate' is en wat 'voldoende' is, is ter discretie van het UWV.<sup>97</sup>
- 66 De verkeersvrijheden zijn niet van toepassing bij zuiver interne kwesties. Ik meen echter dat het voor een land als Nederland niet goed denkbaar en evenmin rechtvaardig of praktisch werkbaar is dat de wetgever in de toetsing van ontslagen op de a-grond een onderscheid maakt tussen zaken die wel en zaken die niet een zuiver intern karakter hebben. Als ons systeem van de preventieve toetsing van ontslagen op de a-grond op de schop moet, dan geldt dit naar mijn overtuiging over de gehele linie.
- 67 Ik zie voor wat betreft de thematiek van AGET Iraklis een aanmerkelijk verschil met de regeling van de marginale toetsing van voorgenomen bedrijfs-economische besluiten van een ondernemer door de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (de OK) als bedoeld in de artikelen 25 en 26 Wet op de ondernemingsraden (WOR). Ook in die situatie is sprake van een 'marginale' toetsing en een beperking op de vrijheden van vestiging en ondernemerschap. Hier speelt naast artikel 30 van het Handvest ook het grondrecht van artikel 27 van het Handvest. Het betreft voorts geen preventieve toetsing door een bestuursorgaan, maar een preventieve toetsing door een

95 Wel hint Ter Haar in 2018 al op een met mijn opvatting vergelijkbare conclusie in Ter Haar 2018.

96 In haar noot bij het arrest in de JAR (JAR 2017/37) geeft Laagland aan dat in haar visie de Uitvoeringsregels van het UWV en het BW concreet maken onder welke materiële voorwaarden een collectief ontslag is toegestaan en dat daarom AGET Iraklis voor de Nederlandse ontslagpraktijk geen directe gevolgen heeft. Ik vermoed dat zij doelde op de regels over de herplaatsingsverplichtingen en de regels omtrent de ontslagvolgorde.

97 Ik wijs op Rb. Oost-Brabant 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5646, JAR 2019/263 (Ryanair). Het past mij niet op deze uitspraak commentaar te leveren. Het betreft de kwestie waarin mijn opinie bij de processtukken was gevoegd.

De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

onafhankelijk rechterlijk college. AGET Iraklis staat heel duidelijk in de sleutel van de opvatting over wat bestuursorganen mogen en heeft geen betrekking op de toetsing van besluiten van ondernemers door de rechter.

- 68 AGET Iraklis is consistent met eerdere arresten op het terrein van de verkeersvrijheden en nationale regelingen die een systeem van voorafgaande vergunningverlening in stand houden. Het perspectief van het HvJ is rechtsgebied overstijgend. Zoals eerder Albron/Roest uit 2010<sup>98</sup> en recenter het Smallsteps-arrest uit 2017<sup>99</sup> lieten zien, heeft dit perspectief niet veel op met lokale tradities van het type ‘zo doen wij dit hier’. Het wordt steeds belangrijker goed zicht te houden op de ontwikkelingen op EU-niveau op terreinen met potentiële raakvlakken met arbeidsrechtelijk relevante aandachtsgebieden.

### **De gevolgen van het strijdig zijn van ons systeem van preventieve toetsing van (collectieve) bedrijfseconomische ontslagen in een grensoverschrijdende context met de vrijheid van vestiging en vrijheid van ondernemerschap**

- 69 Het beginsel van voorrang van het Unierecht brengt volgens vaste rechtspraak met zich dat nationale rechters die in het kader van hun bevoegdheden belast zijn met de toepassing van de bepalingen van het Unierecht,<sup>100</sup> zorg moeten dragen voor de volle werking van die bepalingen en daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige nationale bepaling buiten toepassing moeten laten zonder dat zij eerst de intrekking hiervan bij wet of via enige andere constitutionele procedure hoeven te vragen of af te wachten.<sup>101</sup> Deze vaste rechtspraak geldt eveneens ingeval de rechter de aan de orde zijnde nationale regeling niet in overeenstemming met een grondrecht van het Handvest kan uitleggen.<sup>102</sup>
- 70 Een en ander geldt *ex tunc*. Het HvJ hanteert in zijn rechtspraak omtrent kwesties van uitlegging van Unierechtelijke bepalingen het uitgangspunt dat het resultaat daarvan met terugwerkende kracht van toepassing is op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan vóór het arrest waarbij op het verzoek om uit-

98 HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09, ECLI:EU:C:2010:625, JAR 2010/298, NJ 2010/576, m.nt. Mok (Albron/Roest).

99 HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, JOR 2017/217, m.nt. Verburg, NJ 2017/369, m.nt. Verstijlen, JAR 2017/189, m.nt. Loesberg (FNV/Smallsteps), met commentaar van Kullmann in TRA 2017/95.

100 Het HvJ is niet bevoegd zelf uitspraak te doen over de verenigbaarheid van nationale wettelijke bepalingen met het Unierecht. Deze taak ligt bij de nationale rechter. Zie bijvoorbeeld HvJ 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (Gebhard), punt 19; HvJ 25 oktober 2018, C-331/17, ECLI:EU:C:2018:859 (Sciotto), punt 27.

101 HvJ 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (Simmenthal), punten 17, 21 en 24, ITC, punten 68 en 69; HvJ 19 januari 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (Kücükdeveci), punt 51, Dominguez, punt 41, Åkerberg Fransson, punt 45, SEGRO en Horváth, punt 46; HvJ 11 september 2018, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 (IR/JQ), punt 71; HvJ 4 december 2018, C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979 (An Garda Síochána/Workplace Relations Commission), punt 35.

102 Egenberger, punt 79, Stadt Wuppertal/Maria Bauer en Volker Willmeroth/Martina Broßonn, punt 91 en 92.

legging is beslist, indien voor het overige is voldaan aan de voorwaarden waaronder een geschil over de toepassing van dat voorschrift voor de bevoegde rechter kan worden gebracht.<sup>103</sup> Een beroep op het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel zal zelden kans van slagen hebben.<sup>104</sup>

- 71 In Egenberger overwoog het HvJ in een kwestie waarin een spanningsveld bestond tussen verschillende grondrechten uit het Handvest dat het aan de nationale rechter stond om bij een eventuele afweging van meerdere betrokken belangen te bepalen welke verplichtingen er in de omstandigheden zoals in het geding aan de orde uit het Handvest voortvloeiden (Egenberger, punt 81). Men kan daar enige lenigheid in lezen, maar ik zie geen aanleiding voor de gedachte dat men hierin een argument kan vinden voor het standpunt dat de nationale rechter minder streng mag zijn op het punt van de aanwezigheid van concrete en controleerbare voorwaarden bij de toepassing van een systeem van preventieve toetsing van ontslagen (of andere vergunningsplichten). Egenberger had geen betrekking op een spanningsveld tussen de verkeersvrijheden en het Handvest.
- 72 Nederland moet dus afscheid nemen van het bestaande systeem van de preventieve toetsing van ontslagen op de a-grond. Zolang de regels niet zijn gewijzigd en concrete en controleerbare uitvoeringsbepalingen ontbreken, doet het UWV er juist aan qua terughoudendheid van een 'zekere mate' op te schuiven naar een louter procedurele toetsing.<sup>105</sup> Ik licht hierna nog toe wat ik daarmee bedoel. Het niet concreet zijn van 'een zekere mate van terughoudendheid' laat dit toe. Wie bevoegd is tot het meerdere, is gerechtigd tot het mindere. De Unietrouw van artikel 4 lid 3 VEU verplicht bovendien tot deze handelwijze. Het ligt in de rede dat het UWV publiekelijk bekend behoort te maken dat de toetsing opschuift naar een louter procedurele toetsing. Deze suggestie adresseert voorts het risico van aansprakelijkheid wegens handelen in strijd met Unierecht. Dit risico ligt er overigens al voor zaken die in het verleden hebben gespeeld.
- 73 Ook de van de werkgever onafhankelijke ontslagcommissie bedoeld in artikel 7:671a lid 2 BW (de 'cao-ontslagcommissie') zal zich dienen te richten naar wat geldt voor het UWV. Ik noteer daarbij dat artikel 7:669 lid 6 BW slechts afwijkende regels toestaat op het punt van de selectiecriteria en niet ten aanzien van de vraag of op zich is voldaan aan de a-grond.

103 HvJ 2 februari 1988, C-24/86, ECLI:EU:C:1988:43 (Blaziot), punt 27; HvJ 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (Bosman), punt 141; HvJ 13 april 2010, C-73/08, ECLI:EU:C:2010:181 (Bressol), punt 90, Albron/Roest, punt 35. Zie omtrent dit thema verder I.V. Aronstein, *Vlees noch vis*, in: C.J.H. Jansen, M.M.C. van de Moosdijk & R.W.E. van Leuken (red.), *Nijmeegs Europees Privaatrecht (serie Onderneming en Recht, deel 102)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 145-169, en haar dissertatie: *I.V. Aronstein, Remedies for infringements of EU law in legal relationships between private parties (diss. Nijmegen) (series Law of Business and Finance)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

104 Blaziot, punt 28, Bressol, punt 91, Albron/Roest, punten 36 en 37; HvJ 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (Danski Industri/Rasmussen), punten 38, 39 en 41.

105 Duk bepleit los van Unierechtelijke overwegingen de werkgever volledige beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid te geven; zie Duk 2018.

De vrijheden van vestiging en ondernemerschap en de preventieve toetsing van de a-grond door het UWV: is de toetsing in overeenstemming met AGET Iraklis?

- 74 Voor de rechter (denk aan ontbindingsverzoeken op grond van artikel 7:671b lid 1 sub b BW) geldt eveneens dat de Unietrouw vergt dat de toetsing van ontslagen op de a-grond zich behoudens misbruikgevallen concentreert op de herplaatsingsverplichtingen en de selectiemethode. Ik teken aan dat het HvJ heeft geoordeeld dat het vereiste van Unierechtconforme uitlegging voor de nationale rechterlijke instanties de verplichting inhoudt om in voorkomend geval vaste rechtspraak te wijzigen wanneer deze berust op een met het Unierecht onverenigbare uitlegging van het nationale recht (Danski Industri/Rasmussen, punt 33, Egenberger, punt 72, IR/JQ, punt 64).
- 75 Het toetsingskader ziet er bij een louter procedurele toetsing als volgt uit:

*Omtrent de bedrijfseconomische reden:*

Het UWV, de 'cao-ontslagcommissie' en/of de rechter toetsen slechts of een bedrijfseconomische reden is aangevoerd en of op basis van de aangeleverde stukken aannemelijk is dat hetgeen is aangevoerd strookt met de onderliggende gegevens. De ondernemer heeft beoordelingsvrijheid ten aanzien van de situatie waarin de onderneming verkeert en beleidsvrijheid ten aanzien van de te nemen maatregelen.<sup>106</sup> Hierin ligt besloten dat het UWV toetst dat geen sprake is van een verhulde persoonsgebonden grond (denk aan een poging om via de a-grond van zieke of niet goed functionerende werknemers af te komen). Voorts wordt in voorkomend geval getoetst of sprake is van een (verboden) reorganisatie wegens een overgang van onderneming (artikel 7:670 lid 8 BW).

*Omtrent de herplaatsingsverplichtingen:*

Het UWV, de 'cao-ontslagcommissie' en/of de rechter toetsen de herplaatsingsverplichtingen marginaal om te voorkomen dat via deze indirecte weg alsnog de vrijheden van vestiging en ondernemerschap worden aangetast. Deze toetsing op basis van de bestaande uitvoeringsbepalingen volgt het stramien van een zekere mate van terughoudendheid zoals deze nu al voortvloeit uit de regelgeving. De regeling van het groepsverband is aan herziening toe.

*Omtrent de bij de ontslagvolgorde te hanteren selectiecriteria:*

Er is vanuit het perspectief van het Unierecht geen beletsel voor handhaving van het bestaande stelsel van selectiecriteria voor het bepalen van de ontslagvolgorde.

106 Het eindrapport van de commissie-Borstlap van 23 januari 2020 (op p. 66) stuurt ook aan op ondernemersvrijheid bij het afslanken van het personeelsbestand vanwege bedrijfsorganisatorische dan wel -economische redenen. De commissie meent dat deze ondernemersvrijheid reeds geldt. Deze zienswijze is ook in mijn visie juist. De commissie geeft echter niet aan dat dit juist zijn voortvloeit uit het feit dat de verder reikende bevoegdheden van het UWV strijd opleveren met het Unierecht en daarom buiten toepassing moeten blijven. Het is daarmee niet helemaal duidelijk of de commissie mijn zienswijze deelt of (ten onrechte) meent dat het UWV minder interventiebevoegdheid heeft dan voortvloeit uit de 'zekere mate van terughoudendheid'. Wat daar ook van zij: mijn opzet bevindt zich in goed gezelschap.