

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/73934>

Please be advised that this information was generated on 2020-10-25 and may be subject to change.

## Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik - Deel 1: De arresten Viking, Laval en Rüffert, verdragsaspecten

Mr. drs. A.A.H. van Hoek en mr. M.S. Houwerzijl

**E**ind december 2007 wees het Hof van Justitie twee arresten in de zaken *Viking*<sup>1</sup> en *Laval*.<sup>2</sup> Beide uitspraken leggen het recht op collectieve actie van vakbonden tegen het gebruikmaken van (te) goedkope arbeid aan banden waar dit (in de arresten erkende) grondrecht de uitoefening van de vrijheid van vestiging en van het vrije dienstenverkeer van ondernemingen belemmert. Hoe politiek gevoelig deze uitspraken zijn, valt af te lezen uit reacties van Europese parlamentsfracties en het Europees verbond van vakverenigingen (EVV) maar ook uit de talrijke interventies van lidstaten in deze zaken waarbij veelal de standpunten van oude en nieuwe lidstaten diametraal tegenover elkaar stonden.<sup>3</sup> De nieuwswaarde van de uitspraken blijkt onder andere uit het feit dat ze alle Nederlandse kranten hebben gehaald.<sup>4</sup> De rook was nog niet neergedaald toen het Hof begin april 2008 uitspraak deed in de zaak *Rüffert*.<sup>5</sup> Ook in deze zaak stond de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht centraal van een middel in de strijd tegen sociale dumping door de import van goedkope arbeid.<sup>6</sup>

- HvJ EG 11 december 2007, zaak C-348/05, *ITF/Viking*, NJ 2008, 149.
- HvJ EG 18 december 2007, zaak C- 341/05, *Laval*, NJ 2008, 150.
- HvJ EG 3 april 2008, zaak C-346/06, *Rüffert*.

Mr. drs. A.A.H. van Hoek is UHD bij de vakgroep Europees recht aan de Universiteit van Tilburg.

Mr. M.S. Houwerzijl is UHD bij de vaksectie sociaal recht, Radboud Universiteit Nijmegen.

### Inleiding

De bespreking van de arresten in bovengenoemde zaken valt uiteen in twee onderdelen: een bespreking van de relevante verdragsrechtelijke aspecten en een bespreking van de relevante aspecten met betrekking tot de Detacheringsrichtlijn (Richtlijn 96/71). Om niet teveel van de lezer te vragen en omdat er tussen het moment van schrijven van deze bijdrage en het verschijnen ervan nog een belangrijke uitspraak wordt verwacht inzake de Detacheringsrichtlijn<sup>7</sup>, bevat dit artikel alleen het eerstgenoemde onderdeel. De thans te bespreken rechtszaken hebben eveneens de warme belangstelling van auteurs uit verschillende juridische subdisciplines. Een greep

<sup>1</sup> HvJ EG, arrest van 11 december 2007, zaak C-348/05, *ITF/Viking*, NJ 2008, 149.

<sup>2</sup> HvJ EG, arrest van 18 december 2007, zaak C- 341/05, *Laval*, NJ 2008, 150.

<sup>3</sup> ETUC response to ECJ judgments Viking and Laval. Resolution adopted by the Executive Committee of ETUC at its meeting of 4 March in Brussels; Zie over de interventies van de lidstaten, Nederland ontbreekt overigens, B. Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day*, *European Law Journal* 2007, p. 279-308.

<sup>4</sup> De Telegraaf kopte op 17 december 2007 'Viking aan de poort' en op 19 december: 'Europees Hof bezorgt vakbonden flinke kater'. Het Financieel Dagblad meldde op 19 december: 'Europees Hof fluit bonden terug'. En ook Metro deed mee: 'Buitenlands bedrijf niet te dwingen tot CAO' (19 december 2007).

<sup>5</sup> HvJ EG 3 april 2008, zaak C-346/06.

<sup>6</sup> Het Hof achtte in dit arrest de aan aannemers opgelegde verplichting van een Duitse deelstaat om aan alle ingezette werknemers bij de bouw van een publiek aanbesteed project voor een gevangenis het in de regionale CAO neergelegde minimumloon te betalen onverenigbaar met de vrijheid van dienstverrichting. Zie verder deel II van deze bijdrage.

<sup>7</sup> Namelijk in de zaak *Commissie/Luxemburg*, zaak C-319/06.

uit de publicaties is opgenomen in bijgaande noot.<sup>8</sup> In deze bijdrage wordt maar beperkt op de verschillende wetenschappelijke standpunten ingegaan. Wel wordt daar – waar relevant – in de noten naar verwezen.

We beginnen in dit eerste luik met een weergave van feiten, argumenten en uitspraak in de zaken *Viking* en *Laval*. Daarna gaan we thematisch nader in op de verdragsrechtelijke aspecten van deze uitspraken. Een enkele keer wordt daarbij ook het arrest *Rüffert* aangehaald. De feiten, argumenten en de uitspraak van het Hof in deze zaak worden echter pas uitgebreid besproken in deel II van dit tweeluik, aangezien dit arrest toch vooral de uitleg van de Detacheringsrichtlijn betreft. Achtereenvolgens passeren de volgende thema's de revue: collectieve acties en de werkingssfeer van de verdragsbepalingen, de horizontale werking van de verdragsbepalingen, sociaal beleid en het tegengaan van loonconcurrentie als belemmeringen van het vrij verkeer, gevolgd door de rechtvaardigingsgronden, waarbij we terugkomen op het punt waarmee we de thematische bespreking begonnen, namelijk collectieve acties. Ten slotte besteden we aandacht aan de toetsing door het Hof van de zogeheten Zweedse Lex Britannia en het daarbij gehanteerde discriminatiebegrip. Onze bevindingen vatten we kort samen in een aantal conclusies.

## De arresten Viking en Laval

### Viking

#### Casus en achtergrond

De casus heeft betrekking op het uitvlaggen van een veerboot van Finland naar Estland. De Finse maatschappij Viking is eigenaar van de veerboot Rosella, die een regelmatige verbinding tussen Estland en Finland verzorgt. De Rosella vaart onder Finse vlag, wat onder andere tot gevolg heeft dat Fins recht van toepassing is op de arbeids- en arbeidsovereenkomsten van de bemanning en dat deze in de collectieve onderhandelingen wordt vertegenwoordigd door de Finse zee- en vliegverbond. Door concurrentie van Estse schepen op dezelfde route wordt exploitatie van de Rosella verliesgevend en Viking overweegt in oktober 2003 om het schip uit te vlaggen naar Estland, zodat ook zij kan profiteren van het lagere niveau van werknemersbescherming in Estland. Hiertegen komt de Finse vakbond FSU in het geweer. De vakbond zoekt en vindt steun bij de International Transportworkers Federation (ITF). Het ITF heeft namelijk een anti-goedkope vlaggen beleid dat erop gebaseerd is, dat de bemanning van een schip louter vertegenwoordigd kan worden door de bond uit het land waar de economisch belanghebbenden van het schip zijn gevestigd. In het voorliggende geval blijft Viking Finland de economisch eigenaar van het schip, de exploitatie wordt uitbesteed aan een speciaal voor dit doel opgerichte Estse dochter. De casus valt daarmee onder de zogenoemde *flag-of-convenience* campagne van de ITF.

Als de lopende overeenkomst voor de bemanning van de Rosella is afgelopen, eist de Finse vakbond FSU dat Viking de bemanning van de Rosella uitbreidt en afziet van het omvlaggen. De ITF intussen heeft zijn leden opgeroepen om geen onderhandelingen aan te gaan met Viking over de Rosella, nu deze onderhandelingen zijn voorbehouden aan de FSU. Viking zegt toe wat de omvang van de bemanning betreft, maar weigert af te zien van omvlaggen. FSU zegt hierop een staking aan. In de bemiddelingsprocedure die december 2003 plaatsvindt, zegt Viking toe dat de omvlagging niet tot ontslagen zal leiden en dat de omvlaggingsprocedure niet zal worden begonnen voor 28 februari 2005.

Inmiddels is Estland op 1 mei 2004 lid geworden van de EU. Daardoor komt de casus binnen de werkingssfeer van het EU-Verdrag te liggen. Viking vraagt in augustus 2004 voor de Engelse rechter een verklaring voor recht dat de (dreiging met) collectieve acties van FSU en de oproep van de ITF in strijd zijn met het gemeenschapsrecht.<sup>9</sup> In eerste instantie wordt deze eis toegewezen, in hoger beroep stelt de Court of Appeal een 10-tal prejudiciële vragen. Deze hebben alle betrekking op de interactie tussen de vakbondsvrijheid en het recht op collectieve actie aan de ene kant en het vrij verkeer aan de andere kant.

### Prejudiciële vragen

Het Hof herformuleert de vragen van de Court of Appeal zo, dat uiteindelijk een viertal vragen wordt beantwoord:

<sup>8</sup> Zonder volledigheid te pretenderen willen we wijzen op de volgende besprekingen (verschenen zowel voor als na de uitspraken van het HvJ EG); Nederland – A.T.J.M. Jacobs, *Gaan Liberale Marktprincipes het Stakingsrecht Insnoeren?* SMA 2006, p. 135-140; F. Dorsssemont, T. Jaspers, *Collectieve actie en vrij verkeer*, *Nieuw Juridisch Weekblad*, Vol. 6, Afl. 154, 2007, p. 2-14; A.Ph.C.M. Jaspers, *Collectieve actie door vakbonden beperkt wegens strijd met vrijheid van diensten en vestiging*, *Sociaal Recht* 2008/2, p. 56-60; Mok, noot bij *Viking en Laval*, NJ 2008, 149-150; T. van Peijpe, *De arresten Laval en Viking en hun gevolgen*, SMA 2008/4, p. 175-185; Engelstalig – K. Ahlberg, N. Bruun, J. Malmberg, *the Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, *Transfer* 2/06, p. 155-167; B. Bercusson *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day*, *European Law Journal* 2007, p. 279-308 en *Restoring a Balance of Economic Power in Europe in: Dorsssemont, Jaspers, Van Hoek (eds) Cross-border Collective Action in Europe: a legal challenge*, Antwerpen/Oxford: *Intersentia* 2007, p. 3-21; M. Björkholm, *Safeguarding EC fundamental freedoms: are ship blockades exempt from the freedom of movement rules?* *Annuaire de droit maritime et océanique*, Université de Nantes, t. XXV, 2007, p. 103-124; T. Blanke, *The Viking case*, *Transfer* 2/06, p. 251-266. A.C.L. Davies, *The Right to Strike versus Freedom of Establishment in EC Law: The Battle Commences*, *Industrial Law Journal* 2006, p. 75-86; M. De Vos, *Free Movement of Workers, Free Movement of Services and the Posted Workers Directive: a Bermuda Triangle for National Labour Standards*, *ERA-Forum* no 3/2006, p. 356-370; Orjan Edström, *the free movement of Services in conflict with the Swedish Industrial Relations Model – or was it the other way around?* in: *Wahl/Cramér*, *Swedish Studies in European Law* 2006, p. 129; R. Eklund, *The Laval Case*, *Industrial Law Journal* 2006, p. 202-208; T. Novitz, *The right to strike and re-flagging in the European Union*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2006, p. 129-288; N. Reich, *Free movement v. Social Rights in the Enlarged Union – the Laval and Viking cases before the ECJ*, *German Law Journal* 2008, p. 125-161; C. Woolfson/J.W. Summer, *Labour mobility in construction: European implications of the Laval dispute with Swedish Labour* 12 *European Journal of Industrial Relations* 49(68)(2006); overig – P. Chaumette, *Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaire des entreprises*, *Droit Social* 2008 nno 2, p. 210-220; C. Vigneau Note, *JCP/La semaine juridique* 2008, II 1060, 33-36.

<sup>9</sup> De bevoegdheid van de Engelse rechter in deze zaken was gebaseerd op het EEX. Voor commentaar hierop zie Van Hoek, *Private international law aspects of collective action – comparative report in Dorsssemont/Jaspers/Van Hoek (eds), Cross-border Collective Action in Europe: a legal challenge*, Antwerpen/Intersentia 2007, p. 435 e.v. en met name 442. Zie ook Davies a.w. p. 76.

- I valt het recht op collectieve actie buiten de werkingssfeer van het vrij verkeer wegens het speciale karakter ervan? (werkings-sfeer van de verdragsbepalingen);
- II kan Viking zich in een geschil met de bonden direct op het vrij verkeer beroepen? (horizontale werking)?;
- III Vormen de vakbondsacties zoals omschreven een belemmering van het vrij verkeer; en zo ja,
- IV kunnen ze worden gerechtvaardigd?

Daarnaast wilde het Court of Appeal weten of het in casu om een directe discriminerende beperkingen gaat, dan wel een indirect discriminerende of een niet-discriminerende beperking. Hier gaat het Hof van Justitie niet op in. Vraag 6 van het Court of Appeal heeft betrekking op het onderscheid tussen het vrij verkeer van diensten en de vestigingsvrijheid. Hierop antwoordt het Hof van Justitie dat in casu slechts de vestigingsvrijheid in het geding is. Het vrij verkeer van diensten gaat volgens het Hof pas spelen nadat het schip succesvol is uitgevlagd.

### Beantwoording door het Hof

#### I Werkingssfeer van de vrij verkeer bepalingen

Met betrekking tot vraag I herhaalt het Hof zijn rechtspraak waarin is vastgesteld dat de bepalingen inzake het vrij verkeer van personen en diensten niet alleen van toepassing zijn op handelingen van de overheid, maar ook op 'bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst, zelfstandige arbeid en het verrichten van diensten'.<sup>10</sup> Het organiseren van collectieve acties door werknemersbonden valt onder de juridische autonomie van die bonden naar nationaal recht. Echter, onderhavige acties, 'die door vakorganisaties het laatste redmiddel kunnen vormen om hun eis tot collectieve regeling van de arbeid door te zetten, zijn onlosmakelijk verbonden met het sluiten van collectieve overeenkomsten'.<sup>11</sup> De verdragsbepalingen zijn dan ook op een dergelijke collectieve actie van toepassing.

Aan deze conclusie wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat de EU/EG geen regelgevende bevoegdheid bezit met betrekking tot het collectieve actierecht. Het is vaste rechtspraak dat het feit dat een rechtsgebied onder de autonomie van de lidstaten valt, toepassing van de vrij verkeer bepalingen niet in de weg staat. De lidstaat dient zijn autonomie in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen.

Ook het feit dat het hier een grondrecht betreft, sluit toepassing van het EG-recht niet uit. Hier wijdt het HvJ EG eerst twee overwegingen aan een onderbouwing van het grondrechtelijke karakter van het stakingsrecht. Dit recht wordt erkend in zowel internationale

instrumenten waaraan de lidstaten gebonden zijn (en waarnaar in het EG-Verdrag wordt verwezen) als communautaire instrumenten zoals het Gemeenschapshandvest uit 1989 en het Handvest van de grondrechten van de Unie uit 2000. Het Hof concludeert dan ook dat het recht op collectieve actie te beschouwen is als een 'grondrecht dat integrerend deel uitmaakt van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht'.<sup>12</sup> Echter, het stakingsrecht is niet onbeperkt en dient te worden uitgeoefend in overeenstemming met het recht, waaronder het gemeenschapsrecht. Het Hof verwijst hier naar eerdere rechtspraak inzake het vrij verkeer van goederen (*Schmidberger, Omega*)<sup>13</sup>.

Ten slotte wordt ook het beroep van ITF en FSU op het *Albany*-arrest<sup>14</sup> afgewezen. In dit arrest werd een collectieve arbeidsovereenkomst inzake een verplichte pensioenverzekering op grond van zijn sociale karakter uitgezonderd van de werking van de mededingingsbepalingen van artikel 80/81 EG-Verdrag. Dit arrest is echter volgens het Hof niet analoog van toepassing op de onderhavige situatie. Een zekere mededingingsbeperkende werking is volgens het Hof eigen aan CAO's. De verwezenlijking van de sociale doelen die met dergelijk overeenkomsten worden beoogd, zou ernstig worden belemmerd als de mededingingsregels van het verdrag daarop van toepassing zouden zijn. Deze vrijstelling is echter niet zonder meer overdraagbaar naar de fundamentele vrijheden, nu de betreffende bepalingen eigen toepassingsvoorwaarden kennen. De uitoefening van het recht op collectieve acties gaat niet noodzakelijkerwijs gepaard met beperkingen van de fundamentele vrijheden. Daarbij vallen collectieve arbeidsovereenkomsten volgens vaste rechtspraak wel onder de werkingssfeer van het vrij verkeer. Artikel 43 EG-Verdrag is dan ook van toepassing op 'een collectieve actie die een vakvereniging of een verbond van vakverenigingen voert tegen een onderneming om haar ertoe te brengen een collectieve overeenkomst aan te gaan met een zodanige inhoud, dat zij kan worden afgeschrikt gebruik te maken van de vrijheid van vestiging'.<sup>15</sup>

#### II Horizontale werking

In de tweede vraag stelt het Hof aan de orde of particulieren zich tegenover een vakvereniging of een verbond van vakverenigingen kunnen beroepen op artikel 43 EG-Verdrag. Het Hof memoreert dat artikel 43 EG-Verdrag een fundamentele vrijheid behelst. Dergelijke bepalingen kennen volgens eerdere rechtspraak (waaronder *Defrenne*)<sup>16</sup> rechten toe aan particulieren en zijn 'met name van toepassing [...] op alle overeenkomsten die een collectieve regeling van arbeid in loondienst inhouden'.<sup>17</sup> Nu het hier gaat om een handeling die moet leiden tot een collectieve regeling van arbeidsvoorwaarden, kan artikel 43 EG-Verdrag dan ook door een onderneming worden ingeroepen tegen de vakbeweging. Deze uitlegging wordt volgens het Hof bevestigd door de rechtspraak inzake het vrij verkeer van goederen, waarin werd geconstateerd dat het vrij verkeer van goederen ook belemmerd kan worden door het handelen van particulieren. Het Hof verwijst hierbij naar *Commissie v. Frankrijk* (beter bekend als *Spaanse aardbeien*) en *Schmidberger*.<sup>18</sup> Het Hof geeft in reactie op een opmerking van de ITF aan dat horizontale werking niet beperkt is tot quasi-overheidslichamen of tot verenigingen die een regulerende functie uitoefenen en over een quasi-wetgevende bevoegdheid beschikken. Vervolgens echter herhaalt het Hof de constatering dat in casu sprake was van een actie in het kader van het collectief regelen van arbeidsvoorwaarden.<sup>19</sup> Het dictum beperkt zich tot de horizontale werking van de verdragsbepalingen in procedures van particuliere ondernemingen tegen de vakbeweging.

<sup>10</sup> R.o. 34.

<sup>11</sup> R.o. 35-36.

<sup>12</sup> R.o. 44.

<sup>13</sup> HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, *Jur.* p. I-5659 en 14 oktober 2004, C-36/02, *Jur.* p. I-9609.

<sup>14</sup> HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, *Jur.* p. I-5751.

<sup>15</sup> R.o. 55.

<sup>16</sup> HvJ EG 6 april 1976, zaak 32/75, *Jur.* p. 455. Deze uitspraak had betrekking op sexe-discriminatie.

<sup>17</sup> R.o. 58.

<sup>18</sup> HvJ EG 9 december 1997, C-265/95, *Jur.* p. I-6959 en 12 juni 2003, C-112/00 *Jur.* p. I-5659.

### III *Het bestaan van beperkingen*

Ten aanzien van de derde vraag memoreert het Hof allereerst dat artikel 43 EG-Verdrag rechtstreekse werking heeft en ook van toepassing is op maatregelen van de lidstaat van oorsprong die vestiging in een andere lidstaat bemoeilijken – zogenaamde ‘export belemmeringen’. Tevens moet worden geconstateerd dat het omvlaggen van een schip betrekking heeft op het recht van vestiging indien met het schip een economische activiteit wordt uitgeoefend en er sprake is van een vaste inrichting in het land van registratie. De voorwaarden voor registratie van schepen mogen dan ook geen belemmering vormen voor de vestigingsvrijheid.

In drie overwegingen stelt het Hof vervolgens het bestaan van een belemmering vast: ‘In casu kan enerzijds niet worden betwist dat een collectieve actie als door de FSU gepland, het voor Viking minder aantrekkelijk en zelfs zinloos maakt om haar recht van vrije vestiging uit te oefenen, omdat deze actie Viking en haar dochter EestiViking belet, in de lidstaat van ontvangst aanspraak te kunnen maken op dezelfde behandeling als de andere in deze lidstaat gevestigde marktdeelnemers. Anderzijds moet een collectieve actie ter uitvoering van het anti-goedkope vlaggen beleid van de ITF, dat blijkens diens opmerkingen hoofdzakelijk beoogt reders te beletten om hun schepen te registreren in een andere lidstaat dan die waarvan de uiteindelijke gerechtigden op deze schepen onderdaan zijn, ten minste geschikt worden geacht om de uitoefening van Vikings recht van vrije vestiging te beperken. Hieruit volgt dat de acties als aan de orde in het hoofdeding, beperkingen van de vrijheid van vestiging zijn.’<sup>20</sup>

### IV *Rechtvaardiging*

De basisregel is dat een belemmering slechts toelaatbaar is als zij een rechtmatig, met het Verdrag verenigbaar doel nastreeft en haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. De beperking is bovendien slechts gerechtvaardigd als zij geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk. De ITF had zich beroepen op het recht op collectieve actie als zodanig en de noodzaak om werknemers te beschermen. Het Hof koppelt in zijn beantwoording van de laatste vraag de twee rechtvaardigingsgronden: het recht om een collectieve actie te voeren die bescherming van werknemers tot doel heeft, vormt een legitiem belang dat een belemmering van het vrij verkeer kan rechtvaardigen.<sup>21</sup> Vervolgens wordt vastgesteld dat de Gemeenschap niet alleen een economisch, maar ook een sociaal doel heeft. De rechten met betrekking tot het vrij verkeer moeten dan ook worden afgewogen tegen de doelen van sociale politiek.<sup>22</sup> Wat de actie van de Finse bond betreft, deze lijkt op het eerste gezicht gerechtvaardigd ter bescherming van de arbeidsplaatsen en arbeidsvoorwaarden van de leden van FSU. Een eerder door de werkgever gedane toezegging inzake behoud van werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden ten bate van de zittende bemanning kan aan de actie echter haar rechtvaardiging ontnemen.<sup>23</sup> Wat de evenredigheidstoets betreft, erkent het Hof dat stakingen voor vakbonden een geschikt middel vormen ter bescherming van de belangen van hun leden. Echter, de nationale rechter zal moeten nagaan of de FSU geen andere, minder beperkende middelen ter beschikking stonden om de onderhandelingen met Viking tot een goed einde te brengen en of de FSU deze middelen had uitgeput alvorens tot collectieve actie over te gaan.<sup>24</sup>

Met betrekking tot de *flag-of-convenience* campagne van de ITF acht het Hof de acties onverenigbaar met het verdrag, voorzover deze zich richten tegen registratie van het schip in een andere staat

dan waarvan de uiteindelijk gerechtigden onderdaan zijn. Dit beleid van ITF heeft echter, aldus de verwijzingsbeslissing, tevens tot doel om de arbeidsvoorwaarden van het varende personeel te verbeteren. Dat is op zich wel een legitiem doel. Echter, de ITF campagne is algemeen van aard en beperkt zich niet tot situaties waarin de arbeidsvoorwaarden door omvlaggen verslechteren. In zoverre is de actie dus onevenredig.

### Laval

#### *Casus en achtergrond*

De *Laval*-zaak heeft betrekking op grensoverschrijdende detachering van werknemers in de bouw. Het Letse bedrijf Laval heeft via een Zweedse dochter (Baltic) een project voor de bouw van een school aangenomen in het Zweedse Vaxholm. De werkzaamheden worden uitgevoerd door Laval, die daarvoor met ingang van mei 2004, 35 Letse werknemers naar Zweden stuurt. Het voorgelegde conflict betreft de arbeidsvoorwaarden van deze Letse werknemers (en betreft dus het vrij verkeer van diensten).

Zweden kent geen minimumloon, noch in de wet, noch in een bedrijfsoverstijgende CAO. Cao's kennen soms een loonschaal voor ongeschoolde werknemers zonder beroepservaring maar geen uitgebreid systeem van loonschalen zoals in Nederland. Nadere loonafspraken worden vastgesteld door middel van onderhandelingen op de werkplek. Deze nadere afspraken houden wel rekening met opleiding en ervaring van de werknemers bij de vaststelling van de lonen. Als de lokale onderhandelingen niet tot resultaat leiden, worden de onderhandelingen overgenomen door de sociale partners op centraal niveau. Als ook deze er niet uitkomen, geldt een vangnetregeling van 109 SEK/uur (circa 12 euro). Dit bedrag wordt nadrukkelijk beschouwd als vangnet en niet als minimumloon.

Op grond van het Zweedse systeem dient de werkgever zich dus eerst aan te sluiten bij de CAO, en pas daarna volgen onderhandelingen over de lonen. Op verzoek van Laval is hier in het onderhavige geval van afgeweken in die zin dat de onderhandelingen over de CAO en de lonen gelijktijdig plaatsvonden. De koppeling tussen ondertekening van de CAO en het bereiken van een loonakkoord lijkt echter te zijn gehandhaafd. De hier in het geding zijnde bouw-CAO bevat de gebruikelijk bepalingen inzake loon, arbeidstijd, vergoeding van reiskosten, ontslagbescherming, opleidingsverlof e.d. Daarnaast legt de CAO aan de werkgever een aantal financiële verplichtingen op ten opzichte van niet-werknemers. Zo heeft de vakbond recht op een bijdrage in de kosten van toezicht op de handhaving van de CAO en dient de werkgever premies af te dragen aan een verzekeringsmaatschappij in verband met een aantal verplichte aanvullende verzekeringen. Deze kosten belopen 8,2% van de loonsom. De afzonderlijke looneis beliep 145 SEK/uur (circa 16 euro). Laval betaalde – naar eigen opgave – zijn werknemers 13.600 SEK (circa 1.500 euro) plus voordelen in nature (bestaande uit logies,

<sup>19</sup> R.o. 64.

<sup>20</sup> R.o. 72-74.

<sup>21</sup> R.o. 77.

<sup>22</sup> R.o. 79.

<sup>23</sup> R.o. 81-83. Opvallend is hierbij de nadruk op de bescherming van de eigen leden en hun bestaande arbeidsvoorwaarden, zie ook hierna.

<sup>24</sup> R.o. 84-87.

maaltijden, vervoer) ter waarde van circa 6000 SEC (660 euro) per maand.<sup>25</sup>

Als de in juni 2004 begonnen collectieve onderhandelingen in september op niets uitlopen, treedt het Scandinavische collectieve actie systeem in werking: in november wordt het bouwterrein van Laval in Vaxholm geblokkeerd. Als de in Zweden gebruikelijke verzoeningspoging mislukt, breiden de acties zich uit. Dit leidt in januari 2005 tot het stilleggen van alle bouwprojecten van Laval in Zweden. In februari verzoekt de gemeente Vaxholm om ontbinding van de overeenkomst met Baltic, de Zweedse dochteronderneming van Laval. Baltic wordt in maart 2005 failliet verklaard, Laval trekt zich terug van de Zweedse markt.

Pikant in het geheel was dat Laval in september en oktober 2004 – dus nadat de eerste werknemers in Vaxholm waren gedetacheerd en tijdens de Zweedse onderhandelingen – in Letland collectieve arbeidsovereenkomsten had afgesloten met de Letse vakbond voor de bouwnijverheid. Ongeveer 65% van de betrokken Letse werknemers was lid van deze vakbond. Het arrest geeft geen informatie over de loonvoorschriften die golden op grond van deze CAO. In Zweden is het verboden collectieve actie te voeren tijdens de looptijd van een CAO. Deze vredesplicht geldt echter niet ten aanzien van buitenlandse CAO's. De regeling die in dat laatste voorziet wordt aangeduid als de Lex Britannia.

### De prejudiciële vragen

In december 2004 start Laval een procedure bij de Arbetsdomstol met het verzoek de acties onrechtmatig te verklaren en de stopzetting ervan te gelasten. Daarnaast vordert Laval schadevergoeding. De Zweedse rechter stelt vervolgens twee prejudiciële vragen waarvan de eerste betrekking heeft op de geoorlooftheid van de staking in het licht van artikel 49 EG-Verdrag en de Detacheringsrichtlijn en de tweede op het mogelijk discriminatoire karakter van de Lex Britannia.

### Beantwoording door het Hof

#### Ontvankelijkheid

De vakbonden betwisten de ontvankelijkheid van het verzoek omdat zij van mening zijn dat het vrij verkeer van diensten hier toepassing mist. De eigenlijke aannemer (Baltic) is immers in Zweden is gevestigd. Volgens hen zijn Baltic en Laval te vereenzelvigen omdat Baltic (tot eind 2003) een 100% dochter was van Laval. Door het personeel dat nodig is voor de uitvoering van de contracten van Baltic ter beschikking te stellen via een Estse onderneming zou toepassing van het Zweedse recht worden ontweken en is er sprake van misbruik van het vrij verkeer, aldus de vakbonden. Het Hof gaat niet in op

het misbruikargument en stelt slechts dat er geen aanleiding om de vraag niet-ontvankelijk te verklaren, nu er sprake is van een concreet geschil en een antwoord op de gestelde de vragen relevant lijkt met de oog op de beslechting van dit geschil.<sup>26</sup>

#### Strijdigheid met de Detacheringsrichtlijn

Het Hof begint met het vaststellen van de toepasselijke regeling. In casu is een beroep gedaan op artikel 12 EG-Verdrag (algemeen verbod op discriminatie ovg nationaliteit), artikel 49 EG-Verdrag (vrij verkeer van diensten) en de Detacheringsrichtlijn. Nu de zaak onder de regeling inzake het vrij verkeer van diensten valt, is artikel 12 EG-Verdrag niet relevant. Het vrij verkeer van diensten is wat de werknemersbescherming betreft, ingevuld door de Detacheringsrichtlijn. Omdat de casus binnen de werkingsfeer van de richtlijn valt, zal primair aan de richtlijn worden getoetst.

De Detacheringsrichtlijn verplicht de lidstaten van ontvangst om werknemers die op hun grondgebied zijn gedetacheerd, op een aantal in de richtlijn genoemde arbeidsrechtelijke onderwerpen (waaronder ook het minimumloon) minimaal de bescherming te bieden die nationale werknemers genieten op grond van het nationale recht of een nationaal systeem van algemeen geldende CAO-bepalingen.<sup>27</sup> De richtlijn bevat dus zelf geen materieelrechtelijke bescherming, maar laat dit over aan de lidstaten.

Volgens het Hof beoogt de Detacheringsrichtlijn aldus om in het belang van werkgevers en hun gedetacheerde werknemers de arbeidsvoorwaarden en omstandigheden vast te stellen die op het dienstverband van toepassing zijn. De vraag is nu:

- 1 of de minimaal van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden (in casu het loon) ook op een andere dan de in de richtlijn opgenomen wijze kunnen worden vastgesteld?
- 2 of er ook regelingen mogen worden opgelegd die a) meer bescherming bieden dan het in de richtlijn voorgeschreven minimum of b) andere onderwerpen betreffen dan die waarop de richtlijn ziet?

#### Ad 1: Wijze van totstandkoming loonafspraken

In Zweden wordt het loon niet vastgesteld volgens een van de in de richtlijn opgenomen manieren. Deze voorziet naast de mogelijkheid om minimumbescherming bij wet te regelen in de mogelijkheid om minimumnormen op te nemen in algemeen verbindend verklaarde CAO's en algemeen verbindende scheidsrechterlijke uitspraken. Bij afwezigheid van een dergelijk stelsel van algemeen verbindend verklaring kunnen de lidstaten op grond van artikel 3 lid 8 van de Detacheringsrichtlijn ook gebruik maken van collectieve arbeidsovereenkomsten en/of scheidsrechterlijke uitspraken die algemene gevolgen hebben voor alle gelijksoortige ondernemingen in de bedrijfstak of op de collectieve arbeidsovereenkomsten die gesloten zijn door de op het nationaal niveau meest representatieve organisaties. De lidstaten moeten volgens het Hof echter nadrukkelijk besluiten om op deze laatste regeling een beroep te doen. Zweden heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.<sup>28</sup>

De richtlijn beoogt geen harmonisatie van de wijze waarop arbeidsvoorwaarden worden vastgesteld. Zweden blijft dan ook vrij om een andere wijze van totstandkoming te kiezen, mits daardoor het vrij verkeer niet wordt belemmerd.<sup>29</sup> Maar Zweden kan zich niet op de richtlijn beroepen om de in individuele onderhandelingen tussen de werkgever en de vakbonden totstandgekomen loonafspraken aan Laval op te leggen. Dergelijke loonafspraken bevatten geen

<sup>25</sup> Het arrest bevat geen omrekening naar effectief uurloon. Wel is duidelijk dat het betaalde loon lager was dan de looneis. Bij een 40-urige werkweek zou het kale loon (dus zonder de vergoedingen in natura) circa 8 euro bedragen en bij een 37-urige werkweek (de norm in Zweden) circa 9 euro.

<sup>26</sup> R.o. 49.

<sup>27</sup> Dit is een verkorte en ietwat versimpelde weergave van de Detacheringsrichtlijn. Op de inhoud van deze richtlijn wordt in deel II van deze bijdrage nader ingegaan.

<sup>28</sup> R.o. 66/67.

<sup>29</sup> R.o. 68.

minimumlonen en zijn bovendien niet totstandgekomen op één van de in artikel 3 lid 1 en 8 voorgeschreven wijzen.<sup>30</sup>

Het Hof concludeert vervolgens 'dat een lidstaat op wiens grondgebied het minimumloon niet wordt vastgesteld volgens een van de in artikel 3, leden 1 en 8 van de richtlijn [...] bedoelde methoden, krachtens deze richtlijn niet bevoegd is om in het kader van een grensoverschrijdende dienstverrichting aan in andere lidstaten gevestigde ondernemingen voor te schrijven dat zij individuele onderhandelingen op de werkplek voeren, met inachtneming van de kwalificaties van de betrokken werknemers en de door hem verrichte werkzaamheden, teneinde te weten te komen welke lonen zij aan de door hen ter beschikking gestelde werknemers dienen te betalen'.<sup>31</sup>

#### Ad 2: Het minimumkarakter van de bescherming

Artikel 3 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn beoogt volgens het Hof enerzijds eerlijke concurrentie te verzekeren tussen nationale ondernemingen en ondernemingen die grensoverschrijdende diensten verrichten, door ten aanzien van een beperkte lijst aangelegenheden minimum arbeidsvoorwaarden op te leggen aan de grensoverschrijdende dienstverlener. Deze minimumvoorwaarden kunnen zijn vastgelegd bij wet, of enig andere in artikel 3 lid 8 voorgeschreven wijze. Op deze wijze voorkomt de richtlijn, volgens het Hof, oneerlijke concurrentie op grond van verschil in arbeidsrechtelijke bescherming. Anderzijds beoogt de richtlijn te verzekeren, dat op ter beschikking gestelde werknemers de in de lidstaat van ontvangst geldende bepalingen voor minimale bescherming worden toegepast wat betreft de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden ten aanzien van voornoemde aangelegenheden, terwijl zij tijdelijk werkzaamheden verrichten op het grondgebied van die lidstaat.<sup>32</sup>

In casu bevat de Zweedse bouw-CAO een aantal bedingen die gunstiger zijn dan de in de wet opgenomen minima. Zoals hierboven vermeld zijn deze CAO-bepalingen niet opgelegd conform artikel 3 lid 8. Het Hof constateert dat de richtlijn de toepassing van gunstiger arbeidsvoorwaarden nadrukkelijk niet uitsluit.<sup>33</sup> Dit kan echter niet zo worden uitgelegd dat het ook aan de lidstaat van ontvangst vrijstaat om arbeidsvoorwaarden op te leggen die verder gaan dan de dwingende bepalingen voor minimale bescherming. Een dergelijke uitlegging zou volgens het Hof de richtlijn van elk nuttig effect beroven.<sup>34</sup>

Wel is het mogelijk dat de werkgevers zich vrijwillig – 'onder meer in het kader van een toezegging aan hun eigen ter beschikking gestelde personeel' – aansluiten bij een CAO die gunstiger voorwaarden bevat. Daarnaast kan het recht van het land van herkomst een betere bescherming bieden.<sup>35</sup>

De richtlijn biedt de lidstaat van ontvangst nog wel de mogelijkheid om, buiten de in artikel 3 lid 1 genoemde onderwerpen om, bepalingen van openbare orde dwingend op te leggen aan buitenlandse ondernemingen. Ook hiervoor geldt echter dat de voorliggende verplichtingen zijn opgelegd zonder dat de Zweedse autoriteiten van deze mogelijkheid gebruik hebben gemaakt. De genoemde bepalingen zijn bovendien vastgesteld in het kader van onderhandelingen tussen de sociale partners, die geen publiekrechtelijke entiteiten zijn en zich niet onder verwijzing naar artikel 3 lid 10 kunnen beroepen op redenen van openbare orde.

#### *Strijdigheid met het EG-Verdrag*

Na in het voorgaande de Detacheringsrichtlijn te hebben uitgelegd, toetst het Hof de collectieve acties aan het EG-Verdrag. Op dit punt volgt aanvankelijk een herhaling van de argumenten uit het Viking-

arrest inzake de werkingssfeer van de verdragsbepalingen (r.o. 86-87), de toepassing van de verdragsbepalingen op de uitoefening van grondrechten (r.o. 88-95) en de horizontale werking van artikel 49 EG-Verdrag (r.o. 97-98). Daarna wordt nagegaan of de onderhavige acties een belemmering vormen van het vrij verkeer van diensten. Het Hof oordeelt van wel: 'In het hoofdgeding moet worden geconstateerd dat het recht van de vakbondsorganisaties van een lidstaat om collectieve actie te voeren, waardoor in andere lidstaten gevestigde ondernemingen zich gedwongen kunnen zien om zich aan te sluiten bij de bouw-CAO, waarvan sommige bedingen afwijken van de wettelijke bepalingen in dier voege dat zij gunstiger arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden ten aanzien van de in artikel 3 lid 1 eerste alinea sub a tot en met g, van Richtlijn 96/71 bedoelde aangelegenheden behelzen, terwijl andere bedingen betrekking hebben op aangelegenheden die niet in deze bepaling zijn genoemd, het voor deze ondernemingen minder aantrekkelijk, ja zelfs moeilijker kan maken om bouwwerkzaamheden uit te voeren op het Zweedse grondgebied en derhalve een beperking op het vrij verrichten van diensten in de zin van artikel 49 EG-Verdrag vormt. Dit geldt a fortiori voor de omstandigheid dat deze ondernemingen, teneinde te weten te komen welk minimumloon zij aan hun ter beschikking gestelde werknemers dienen te betalen, door middel van collectieve acties kunnen worden gedwongen om voor onbepaalde duur onderhandelingen met de vakbondsorganisaties te voeren op de plaats van dienstverrichting'.<sup>36</sup>

Ter rechtvaardiging van deze belemmering beroepen de vakbonden zich op het recht op collectieve actie als een in het gemeenschapsrecht erkend grondrecht, en op de bescherming van werknemers. Het Hof reageert eigenlijk alleen op het beschermingsargument en stelt dat zowel de bescherming van de werknemers in de lidstaat van ontvangst tegen sociale dumping als de bescherming van de gedetacheerde werknemers zelf door hen een bepaald minimum niveau van bescherming te bieden, legitieme doelen zijn in de zin van het verdrag.<sup>37</sup> Niettemin oordeelt het Hof dat, 'met betrekking tot de specifieke verplichtingen die voortvloeien uit de aansluiting bij de bouw-CAO, welke aansluiting de vakbondsorganisaties van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen trachten af te dwingen door middel van een collectieve actie als die van het hoofdgeding, de belemmering die deze actie vormt, niet kan worden gerechtvaardigd door een dergelijke doelstelling'. Dit omdat de werknemers al worden beschermd door het in de richtlijn voorgeschreven minimum.<sup>38</sup> Voor zover de collectieve acties als ondersteuning dienden van de onderhandelingen over het loon, acht het Hof deze evenmin gerechtvaardigd door het in punt 102 van dit arrest genoemde doel van algemeen belang 'wanneer de loononderhandelingen die zij beogen af te dwingen van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming plaatsvinden in een nationale context die wordt gekenmerkt door het ontbreken van bepalingen, van welke aard ook, die voldoende nauw-

<sup>30</sup> R.o. 70.

<sup>31</sup> R.o. 71.

<sup>32</sup> R.o. 74-76.

<sup>33</sup> R.o. 79: Considerans 17 en artikel 3 lid 7 van de Detacheringsrichtlijn.

<sup>34</sup> R.o. 80.

<sup>35</sup> R.o. 81.

<sup>36</sup> R.o. 99-100.

<sup>37</sup> R.o. 103 respectievelijk 107.

<sup>38</sup> R.o. 108.

keurig en toegankelijk zijn, zodat het voor een dergelijke onderneming in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk is te weten welke verplichtingen zij moet nakomen op het gebied van het minimumloon.<sup>39</sup>

#### *De Lex Britannia*

De Lex Britannia maakt het mogelijk om collectief actie te voeren tegen een werkgever die gebonden is aan een buitenlandse CAO, terwijl een dergelijk actie niet mogelijk is tegen een werkgever die gebonden is aan een Zweedse CAO. Dit onderscheid heeft tot gevolg dat de buitenlandse werkgever die in het kader van het vrij verkeer van diensten werknemers in Zweden ter beschikking stelt, wordt gelijkgesteld aan een binnenlandse werkgever die aan geen enkele CAO gebonden is.<sup>40</sup> Daarmee behandelt de Zweedse wet ongelijke gevallen gelijk. Dit is een vorm van discriminatie.<sup>41</sup> Volgens het Hof staat daarom in dit geval alleen een beroep open op de geschreven rechtvaardigingsgronden van artikel 49 EG-Verdrag.<sup>42</sup> De litigieuze regeling beoogt enerzijds om vakbondsorganisaties in staat te stellen om te bewerkstelligen dat alle werkgevers op de Zweedse arbeidsmarkt de in Zweden gebruikelijke lonen en overige arbeidsvoorwaarden toepassen, en heeft anderzijds tot doel om de voorwaarden te scheppen voor een eerlijke concurrentie, op gelijke voet, tussen Zweedse werkgevers en ondernemers uit andere lidsta-

ten. Deze overwegingen houden volgens het Hof geen verband met de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid. Daarmee is de Lex Britannia in strijd met het EG-Verdrag.

### Thematische bespreking

#### Collectieve acties en de werkingssfeer van de verdragsbepalingen

In de procedure inzake Viking waren door FSU, ITF en interveniërende lidstaten drie argumenten aangedragen ter onderbouwing van de stelling dat vakbondsacties niet kunnen worden getoetst aan de bepalingen inzake vrij verkeer. Het Hof verwerpt deze allemaal. Het feit dat de Europese Gemeenschap zelf geen regelgevende bevoegdheid heeft met betrekking tot het collectieve actierecht, verhindert niet dat het Hof het collectieve actierecht (of zoals in casu de uitoefening daarvan) toetst aan de verdragsbepalingen. Dit was al bekend van andere – gevoelige, en daarom van Europese regelgeving uitgesloten – terreinen zoals de directe belastingen, de sociale zekerheid en het onderwijs.<sup>43</sup> Dat het grondrechtenkarakter van het stakingsrecht toetsing aan het verdrag niet in de weg hoeft te staan, wisten we reeds uit het Schmidberger arrest.<sup>44</sup> Tot zover niets nieuws dus. Wel is het interessant om nog even stil te staan bij het laatste in het arrest besproken argument, dat werd aangevoerd door FSU en ITF, namelijk de parallel met het *Albany*-arrest. In dat arrest werd bepaald dat de mededingingsregels van het verdrag niet van toepassing zijn op collectieve overeenkomsten tussen de sociale partners op het terrein van de sociale politiek.<sup>45</sup> Op dezelfde wijze zou de uitoefening van vakbondsvoorwaarden moeten worden uitgesloten van de werking van de vrij verkeer bepalingen. Het Hof stelt echter dat deze parallel niet opgaat; beperking van de mededinging is volgens het hof inherent aan het sluiten van CAO's, terwijl niet kan worden gesteld dat stakingen inherent belemmerend zijn voor het vrij verkeer.<sup>46</sup> Op het eerste gezicht is dit argument steekhoudend. Immers stakingen zijn betrekkelijk zeldzaam. Toch past hierbij een caveat: zoals we hier onder zullen zien, zet het Hof bij de toetsing van het collectieve actierecht aan het vrij verkeer het actierecht in het teken van de collectieve onderhandelingen. Een belangrijke doelstelling van collectieve onderhandelingen is het tegengaan van loonconcurrentie – tussen werknemers onderling maar ook, voor zover het gaat om bedrijfstak-CAO's, tussen ondernemingen onderling.<sup>47</sup> Als echter het tegengaan van loonconcurrentie in de internationale context als een belemmering van het vrij verkeer wordt gezien, ontstaat wel degelijk een principiële tegenstelling. Als deze niet wordt opgeheven middels een vrijstelling voor de collectieve actie c.q. de collectieve overeenkomst als zodanig dan zal minst genomen deze antinomie moeten worden weggenomen in de afweging met betrekking tot de rechtvaardiging van de belemmering. Noch in het *Viking*-arrest, noch in het *Laval*-arrest vindt echter een dergelijke afweging plaats (zie hierna).

#### Horizontale werking van de verdragsbepalingen

Een van de hoofdpunten van het *Viking*-arrest betreft de horizontale werking van de verdragsbepalingen: kan de werkgever zich in een conflict met de vakbeweging over de rechtmatigheid van een collectieve actie direct beroepen op de bepalingen inzake het vrij verkeer? De Europese Commissie had zich uitgesproken tegen een dergelijke horizontale werking omdat naar haar mening de bepalingen betreffende het vrij verkeer en de uitzonderingen daarop niet

<sup>39</sup> R.o. 110.

<sup>40</sup> Zie r.o. 112-113.

<sup>41</sup> R.o. 115-116.

<sup>42</sup> R.o. 117.

<sup>43</sup> Zie ook N. Reich *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union – the Laval and Viking Cases before the ECJ*, *German Law Journal* 2008, p. 125-161, p. 128, die onder meer verwijst naar de arresten in de zaken C-192/05 (*Tas Hagen*), C-209/03 (*Bidar*), C-544/03 (*Mobistar*), C-545/03 (*Belgacom*) en C-372/04 (*Watts/Bedford*). Zie over deze beleidsterreinen recent ook: R. H. van Ooik, *Vrij verkeer van personen – Export van studiefinanciering in de EU*, *NTER* 2008/5, p. 125-129; A.P. van der Mei, *Sociaal beleid – Woonplaatsvereisten voor sociale uitkeringen: Verordening 1408-71 versus Verordening 1612-68*, *NTER* 2008/5, p. 143 e.v.; S. Wolvers, *Belastingen – Van harmonisatie naar coördinatie; Communautaire soft law op het gebied van de directe belastingen*, *NTER* 2008/3, p. 66-73; H. van Eijken, *Vrij verkeer van personen – Onderwijsdiensten: een burgerrecht, maar wie betaalt de rekening? Een bespreking van de zaak Schwarz: belemmeringen van het vrije verkeer op onderwijs (artikel 49 en 18 EG-Verdrag)*, *NTER* 2008/1-2, p. 1-7.

<sup>44</sup> Reich a.w. p. 129-133; A.Ph.C.M. Jaspers, noot HvJ EG 11 december 2007, C-438/05 (*Viking*) *Sociaal Recht* 2008/2, p. 12. Over Schmidberger zie: B.J. Drijber, *Vrij verkeer van goederen – Botsende vrijheden op de Brenner*, *NTER* 2003/9, p. 229-232.

<sup>45</sup> Zie over *Albany*: E.J.A. Franssen, A.T.J.M. Jacobs, A. Ph. C. M. Jaspers en K.J.M. Mortelmans, 'Cao's en mededingingsrecht', *SMA* 2000/7-8, p. 324-339.

<sup>46</sup> Bovendien zet het Hof het stakingsrecht in het teken van de collectieve onderhandelingen en is het vaste rechtspraak dat CAO's kunnen worden getoetst aan het verdrag. r.o. 33-37. Overigens maakt de Dienstenrichtlijn (RI. 2006/123/EG, *Pb. EU* L276/36) in artikel 4 lid 7 een onderscheid tussen collectieve regelingen van professionele associaties in de uitoefening van hun juridische autonomie enerzijds en CAO's anderzijds.

<sup>47</sup> Vergelijk Ahlberg/Bruun/Malmberg a.w. p. 157-158.



voor toepassing op particulieren zijn ontworpen.<sup>48</sup> A-G Maduro daarentegen bepleit in algemene bewoordingen de toepassing van de vrij verkeer bepalingen op 'handelingen van particulieren die door het algemeen effect ervan op de houders van de rechten van vrij verkeer, deze laatste in de uitoefening van die rechten kunnen beperken door het opwerpen van een obstakel dat zij redelijkerwijs niet kunnen omzeilen'. In zijn redenering speelt de marktpositie van de partij die de belemmering opwerpt een belangrijke rol. Zo zou de houder van een intellectueel eigendomsrecht (zonder de correcties van het EG-recht) in staat zijn via zijn intellectuele eigendomsrecht de nationale markten voor zijn product af te grendelen. Professionele sportclubs hebben een machtspositie met betrekking tot de organisatie van sportevenementen. De werkgever ten slotte wordt geacht een machtspositie te hebben ten opzichte van de werkzoevende werknemer. Dit zet Maduro af tegen de individuele winkelier die weigert goederen uit een andere lidstaat te verkopen. Deze heeft volgens de A-G geen machtspositie. Leveranciers zouden nog steeds hun goederen via andere kanalen kunnen afzetten en daarenboven zou de winkelier waarschijnlijk door concurrentie van andere winkels gedwongen worden alsnog het buitenlandse product in het arsenaal op te nemen. Dergelijke belemmeringen zouden dus door de markt zelf gecorrigeerd worden. Correctie door de vrij verkeer bepalingen is dan niet nodig.<sup>49</sup>

Opvallend in deze redenering is de dominantie van het economische denken. De particulier moet praktisch gezien in staat zijn een belemmering op te werpen voor het vrij verkeer, en deze belemmerende praktijk of handeling moet niet afdoende worden gecorrigeerd door de markt zelf. De voorbeelden zelf geven al aan dat deze afbakening problematisch is: of een werknemer feitelijk belemmerd wordt door discriminerende eisen van een individuele werkgever, zal afhangen van vele omstandigheden zoals de (relatieve) omvang van de onderneming van de werkgever, het algemene evenwicht tussen vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en de marktpositie van de individuele werknemer. Bij een groot tekort aan bouwtechnisch personeel en IT'ers (om maar wat te noemen) stijgt de bereidheid om buitenlands personeel aan te nemen navenant. Een internationaal actieve werknemer zal dan niet effectief gehinderd worden bij de toegang tot de markt van een andere lidstaat door de weigering van de individuele kleine werkgever om buitenlanders aan te nemen. Omgekeerd zal een grote winkelketen met een dominante marktpositie wel degelijk in staat zijn om met zijn inkoopbeleid belemmeringen op te werpen voor het vrij verkeer van goederen.

Ook lijkt de redenering tot de vreemde conclusie te leiden, dat collectieve acties slechts aan de vrij verkeer bepalingen hoeven te worden getoetst als ze effectief zijn. Daarmee wordt – uitsluitend! – een krachtige vakbeweging tot een bedreiging voor de interne markt.<sup>50</sup>

Ten slotte verdwijnt door de mededingingsrechtelijke benadering het fundamentele en meer moreel geladen karakter van discriminatieverboden op de achtergrond. De A-G verwijst in zijn betoog onder andere naar het arrest *Angonese*. In dat arrest is voor het eerst volmondig de horizontale werking geaccepteerd van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit dat is neergelegd in artikel 39 EG-Verdrag. In dat arrest rept het Hof van Justitie echter niet over de eventueel bestaande marktmacht van de werkgever, maar trekt het een parallel met de rechtspraak inzake discriminatie op grond van geslacht. Daarmee plaatst het Hof in de *Angonese*-uitspraak de horizontale werking in een ander kader dan de A-G Maduro in het *Viking*-arrest. De boodschap van *Angonese* is ons inziens dat discriminatie

van werknemers niet is toegestaan – ongeacht of het nu gaat om discriminatie op grond van geslacht (*Defrenne*), nationaliteit (*Angonese*) of leeftijd (*Mangold*). Het arrest *Angonese* past daarmee binnen een ontwikkeling met betrekking tot het erkennen (en horizontale toepassen) van fundamentele beginselen van EG-recht. Deze ontwikkeling staat los van de context van het vrij verkeer.

Voor zover bovenstaande discriminatieverboden worden beschouwd als algemene beginselen van EG-recht, is horizontale werking van de vrij verkeer bepalingen dus niet (meer) nodig om werknemers tegen deze vormen van discriminatie te beschermen.<sup>51</sup> Intussen zou het toekennen van horizontale werking aan (alle?) vrij verkeer bepalingen – zoals voorgestaan door A-G Maduro – verstrekkinge gevolgen hebben. Zo zou de werking van het discriminatieverbod worden uitgebreid tot andere dan arbeidsverhoudingen. Tevens kan in dat geval, zoals ook uit de voorliggende casus blijkt, het vrij verkeer door de werkgever worden ingezet tegen het werknemerscollectief, waarmee de bescherming ten opzichte van de *Angonese*-casus wordt omgedraaid. Ten slotte zou de horizontale werking niet meer beperkt zijn tot (direct en/of indirecte) discriminatie maar worden ook door particulieren opgeworpen 'overige belemmeringen' aan toetsing onderhevig.<sup>52</sup>

In het *Viking*-arrest volgt het Hof noch de discriminatiearresten noch het marktdenken van de A-G.<sup>53</sup> Daarbij lijkt het Hof voor twee ankers te zijn gaan liggen. Enerzijds benadrukt het Hof de speciale rol van de sociale partners bij het totstandbrengen van collectieve regelingen van arbeidsvoorwaarden. In die redenering staat dus de regulerende rol van de sociale partners centraal.<sup>54</sup> Diezelfde regulerende bevoegdheid is echter volgens het Hof niet doorslaggevend voor de horizontale werking. In dit kader wordt verwezen naar de arresten *Spaanse aardbeien* en *Schmidberger*. Deze arresten hadden betrekking op de aansprakelijkheid van de staat ten aanzien van particuliere acties en niet (direct) op horizontale werking. Het Hof gebruikt deze arresten om aan te tonen dat ook particulieren met hun handelen het vrij verkeer kunnen beperken.<sup>55</sup> Het gaat in beide arresten om *feitelijk* handelen van particulieren. Verder valt op dat in minstens een van deze gevallen geen sprake is van een *marktpartij*: de belemmering wordt in de zaak *Schmidberger* opgeworpen door protesterende burgers die gebruikmaken van hun politieke recht op

<sup>48</sup> Zie de verwijzing hiernaar in de Conclusie van A-G Maduro, ov. 40.

<sup>49</sup> Conclusie A-G Maduro, ov. 41-47.

<sup>50</sup> En in de Scandinavische landen zijn deze krachtige vakbonden te vinden: de gemiddelde dekkingsgraad in Zweden en Denemarken ligt tussen de 70 en 90%. Ter vergelijking: in Nederland is rond de 20% van de werknemers aangesloten bij een vakbond.

<sup>51</sup> Verg. Mok, Noot bij *Viking* en *Laval*, NJ 2008, 150.

<sup>52</sup> Verg. Mok, NJ 2008, 150 die ons inziens terecht stelt dat het wegnemen van een concurrentievoordeel niet is te beschouwen als discriminatie. Zie voor een pleidooi om horizontale werking in de context van het collectieve actie-recht te beperking tot (directe en indirecte) discriminatie: Ahlberg/Bruun/Malmberg, a.w. p. 164.

<sup>53</sup> Overigens wordt in r.o. 58 wel verwezen naar de *Defrenne*-zaak.

<sup>54</sup> Zie voor een auteur die hierop de nadruk legt: Reich p. 135.

<sup>55</sup> Zoals gezegd, staat dit element centraal bij A-G Maduro.

demonstratie.<sup>56</sup> Daarmee wordt de casus van de *Viking*-zaak gedekt: Deze wordt in de verwijzingsbeslissing en de uitspraak zo geformuleerd dat hij betrekking heeft op een vakbond (door ons beschouwd als *niet-marktpartij*) die door *feitelijk handelen* (de collectieve actie) zijn wederpartij beoogt te bewegen tot het afsluiten van een *collectieve regeling* van arbeidsverhoudingen.

Het Hof doet in het *Viking*-arrest geen uitspraak over horizontale werking in het algemeen. Het dictum beperkt zich tot de verhouding tussen onderneming en vakbond en lijkt zich verder te beperken tot collectieve acties ter ondersteuning van het collectief overleg over arbeidsvoorwaarden. Met deze nadruk op het sluiten van de CAO als doelstelling van de staking wordt noch de casus, noch het stakingsrecht in het algemeen recht gedaan;<sup>57</sup> de staking van de Finse zeeliedenbond richt zich – minstens ten dele – tegen de eenzijdige beslissing van de werkgever/onderneming om tot uitvlagen over te gaan. Ook de vergelijking met de zaken *Schmidberger* en *Spaanse aardbeien* gaat mank qua casuïstiek: terwijl in beide zaken het vrij verkeer van goederen daadwerkelijk geblokkeerd werd door feitelijk handelen van particulieren, is van een dergelijke feitelijke blokkade in de zaak *Viking* geen sprake. Het feitelijke handelen van de ITF bestond uit het versturen van een oproep om niet met de werkgever te onderhandelen. Hoe dat volgens het Hof kon leiden tot een belemmering van de vestigingsvrijheid, wordt hieronder nader belicht. Het door de A-G aangekaarte probleem van de merkbaarheid en de effectiviteit van de opgeworpen belemmering lijkt door het Hof te worden doorgeschoven naar de vraag of er daadwerkelijk een belemmering van het vrij verkeer plaatsvindt en zal dus ook daar nader worden bekeken.

### Sociaal beleid en het tegengaan van loonconcurrentie als belemmeringen van het vrij verkeer van diensten en de vestigingsvrijheid.

De precieze omvang en inhoud van de verboden inzake het vrij verkeer zijn geen constante. In de loop der jaren heeft het Hof van Justitie voor alle vrijheden (met uitzondering van de export van goederen<sup>58</sup>) een uitbreiding bewerkstelligd van een discriminatieverbod naar een belemmeringenverbod.<sup>59</sup> Het is echter niet altijd duidelijk waarom het Hof in een bepaald geval een belemmering aanwezig acht. Soms is hiervoor redengevend dat een nationaal vereiste de toetreding tot de markt bemoeilijkt. Dit is bijvoorbeeld het geval met vergunningsvereisten voor het uitoefenen van bepaalde beroepen. Ongeacht het feit dat ook nationale ondernemingen deze drempel moeten nemen, kan worden geconstateerd dat hierdoor de toegang tot de markt wordt bemoeilijkt voor alle potentiële toetreders. In een iets andere – en mogelijk verdergaande – formulering wordt getoetst of een maatregel de grensoverschrijdende vestiging, handel of dienstverrichting minder aantrekkelijk maakt.<sup>60</sup> Hierdoor kunnen ook de voorwaarden waaronder een product wordt verhandeld, een dienst wordt verleend of een beroep wordt uitgeoefend, worden getoetst aan het verdrag.<sup>61</sup> Door ook dergelijke belemmeringen te toetsen aan het verdrag krijgen de vrij verkeer bepalingen echter een andere betekenis: ze dienen niet langer uitsluitend ter bescherming tegen protectionistisch en/of discriminatoire maatregelen maar bevorderen tevens een zekere mate van liberalisering van nationale markten en een rationalisering van het nationale publiekrecht.<sup>62</sup> Er kan worden gediscussieerd – en dit wordt ook in ruime mate gedaan – of aan het verdrag een dergelijke ordno-liberale betekenis gegeven zou moeten worden. Ook kan worden betwijfeld of het wenselijk is om vrijwel al het nationale ordeningsrecht op deze wijze open te stellen voor toetsing door de Europese rechter. Op een aantal punten – bijvoorbeeld ten aanzien van verkoopmodaliteiten – is het Hof inmiddels teruggekeerd van zijn ruime uitleg, en beperkt het zich weer in belangrijke mate tot toetsing op directe en indirecte discriminatie. De uitleg van de vrij verkeer bepalingen in het verdrag is dus – zeker voor de grensgevallen – niet geheel gefixeerd en allerm minst politiek neutraal.<sup>63</sup> Het is dan ook interessant om preciezer te kijken wat in de onderhavige casus nu precies volgens het Hof de verboden belemmeringen vormden.<sup>64</sup>

### *Viking*

De *Viking*-zaak had betrekking op het uitvlagen van een Fins schip naar Estland. De achtergrond van deze verplaatsing van de formele eigendom was gelegen in de lagere loonkosten in Estland. Praktisch gezien veranderde er niets aan de exploitatie van het schip, dat veerdiensten verzorgde tussen Finland en Estland. De Finse vakbond FSU had begrijpelijkerwijs bezwaar tegen het uitvlagen wegens de negatieve gevolgen ervan voor het personeel. De FSU werd daarin gesteund door de internationale federatie van vervoersbonden ITF, omdat het uitvlagen in strijd was met het *flag-of-convenience*-beleid van de internationale federatie. Zowel de Finse vakbeweging als de internationale federatie van werknemers in het vervoer (ITF) eisten van de Finse werkgever dat deze – ook na het uitvlagen – CAO-onderhandelingen zou blijven voeren met de vakbonden van het land waar zich de economische eigenaar<sup>65</sup> van het schip bevond – in casu dus Finland. Hierdoor zou de scheepseigenaar de facto geen gebruik kunnen maken van de lagere lonen en andere arbeidsvoorwaarden in het land waarnaar wordt uitgevlagd. Het Hof stelt hierover dat 'in casu [...] enerzijds niet [kan] worden betwist dat een collectieve actie

<sup>56</sup> In de *Spaanse aardbeien*-zaak worden de protestacties gevoerd door Franse boeren, die zich bedreigd voelen door import van landbouwproducten vanuit Spanje. De Franse boeren zijn dus wel te beschouwen als marktpartij.

<sup>57</sup> Vergelijk Jacobs, a.w. p. 136. Zie tevens, met iets andere argumenten: T. van Peijpe, a.w. SMA 2008/4, para 4.2.

<sup>58</sup> Verg. W.T. Eijssbouts, J.H. Jans, F.O.W. Vogelaar, Europees Recht; Algemeen Deel, Groningen: Europa Law Publishing, 2<sup>e</sup> herziene druk 2006, p. 83-84.

<sup>59</sup> Idem p. 86 e.v. Zie specifiek in het licht van de besproken arresten: De Vos, a.w. p. 362 e.v.

<sup>60</sup> Zie voor een discussie over het verschil tussen belemmeringen van de markttoegang (access) en van de uitoefening (exercise) van de fundamentele vrijheden Barnard p. 276 ev.

<sup>61</sup> Wel ligt bij deze formulering de nadruk meer op het belemmeren van het grensoverschrijdende verkeer.

<sup>62</sup> Hiermee bedoelen we dat op grond van de evenredigheidstoets publiekrechtelijke maatregelen die een belemmering vormen voor het vrij verkeer aan een soort kwaliteitstoets worden onderworpen. Zo moeten ze tenminste geschikt zijn om hun doel te bereiken.

<sup>63</sup> Zie voor een uitgebreide analyse de conclusie van A-G Tizzano bij *CaixaBank France*, HvJ EG 5 oktober 2004, C-442/02, *Jur.* 2004, p. I-8961.

<sup>64</sup> Opvallend is overigens dat in de literatuur over de arresten het bestaan van een beperking eigenlijk niet ter discussie wordt gesteld.

<sup>65</sup> De Engelse tekst spreekt over *beneficial owner*, de Nederlandse over 'de uiteindelijke gerechtigde' op het schip.

als door de FSU gepland, het voor Viking minder aantrekkelijk en zelfs zinloos maakt om haar recht van vrije vestiging uit te oefenen, zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, omdat deze actie Viking en haar dochtermaatschappij Eesti Viking belet, in de lidstaat van ontvangst aanspraak te kunnen maken op dezelfde behandeling als de andere in deze lidstaat gevestigde marktdeelnemers'.<sup>66</sup> De actie van de ITF, bestaande uit een oproep aan de aangesloten bonden om niet met Viking te onderhandelen over een CAO, moet volgens het Hof 'tenminste geschikt worden geacht om de uitoefening van Vikings recht van vrije vestiging te beperken'.<sup>67</sup>

Deze constatering past binnen de logica van de vestigingsvrijheid. Het Hof constateert dat de registratie van een schip dat voor economische doeleinden wordt gebruikt, deel uitmaakt van de vestigingsvrijheid. Deze vrijheid gaat zeer ver nu een reële band tussen de door de rechtspersoon gevoerde onderneming en het land van vestiging van de rechtspersoon niet is vereist onder artikel 43 EG-Verdrag.<sup>68</sup> Als een rechtspersoon gevestigd is in een land, heeft het recht op gelijke behandeling ten opzichte van andere daar gevestigde rechtspersonen. Onderscheid op grond van de nationaliteit of het land van vestiging van de eigenaren (of andere economisch belanghebbenden in de rechtspersoon) is een vorm van discriminatie die vrijwel nooit valt te rechtvaardigen.<sup>69</sup> Deze staande jurisprudentie wordt vervolgens toegepast op de onderhavige casus en de positie van de ITF. Ons inziens verliest het Hof daarbij echter twee zaken uit het oog: ten eerste de internationaal privaatrechtelijke afwegingen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden in het internationaal transport en ten tweede de rol van de internationale vakbeweging bij het reguleren van loonconcurrentie.

Wat dat eerste betreft, zijn transportbedrijven niet te vergelijken met bedrijven waar sprake is van een vaste vestiging waarin de werkzaamheden plaatsvinden. Als een fabriek wordt verplaatst van Nederland naar Polen, spreekt het vanzelf dat de in die fabriek werkzame lokale arbeiders beloond worden naar Poolse maatstaven. Dat deze vorm van loonconcurrentie inherent is aan de verwezenlijking van de interne markt, is inmiddels algemeen geaccepteerd.<sup>70</sup> Omgekeerd blijven bijvoorbeeld de lokale medewerkers van het ABN/AMRO kantoor in Amsterdam onderworpen aan Nederlands recht, ook nu de bank is overgenomen door een buitenlands consortium. De eigendomsverhoudingen binnen de bank zijn niet relevant voor het toepasselijke recht op de arbeidsovereenkomsten van de Amsterdamse medewerkers. In beide gevallen volgt dit uit het internationaal privaatrecht: arbeidsovereenkomsten worden geacht de nauwste band te hebben met het land waar de werkzaamheden in het kader van de arbeidsovereenkomst gewoonlijk worden uitgevoerd. De aanknopng aan de plaats waar de werkzaamheden worden verricht, levert echter problemen op in het internationaal transport omdat de werkzaamheden daar plaatsvinden in meerdere landen, dan wel op volle zee. In de Verordening Rome I (vastgesteld op 17 juni 2008) is dan ook, mede met het oog op het internationale transport, de regel opgenomen dat bij afwezigheid van een vast werkland gezocht moet worden naar het land van waaruit de werkzaamheden worden verricht. Als ook deze regel geen eenduidig antwoord oplevert, wordt aangeknoopt aan het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen.<sup>71</sup> Dit alles tenzij een ander land nauwer met de arbeidsovereenkomst is verbonden. Doelstelling is dus steeds het aanwijzen van een recht dat een reële band heeft met de (uitvoering van de) arbeidsovereenkomst. Deze doelstelling wordt niet bereikt als het toepasselijke recht kan worden bepaald door het openen van een brievenbus. Zowel in het wegtransport als bij het zee-

vervoer gaan er dan ook stemmen op om met het oog op de bescherming van werknemers een formele vestiging niet langer maatgevend te achten – in ieder geval niet ten aanzien van de geldende arbeidsvoorwaarden.<sup>72</sup> Het *flag-of-convenience*-beleid van de ITF sluit naadloos aan bij dit streven.<sup>73</sup> Daarnaast kan dit beleid nog worden gezien als een poging om het niveau van arbeidsvoorwaarden af te stemmen op de economische mogelijkheden van de werkgever – waarbij ook hier de werkgever niet in formele juridische zin wordt bepaald, maar waarbij wordt aangesloten bij concernverhoudingen en andere vormen van economische en organisatorische verwevenheid.

Van deze hele context is niets te vinden in het arrest en overigens ook niet in de conclusie van de A-G. De A-G spreekt over het recht van een onderneming om haar activiteiten te verplaatsen naar een lidstaat waar de exploitatiekosten lager zijn en waar het aanbod aan productiemiddelen beter is. In casu wordt de commerciële activiteit zelf echter niet verplaatst. Voor zover werknemers als productiemiddel worden gezien, is van een beter plaatselijk aanbod geen sprake – de feitelijke werkplek verandert immers niet en een verlaging van de arbeidsvoorwaarden zal het aanbod aan werknemers niet verbeteren. Wat overblijft in de redenering van de A-G is het recht om te profiteren van lagere sociale bescherming als onderdeel van de vestigingsvrijheid. Ook als de plaats van vestiging geen reële waarde heeft als aanknopingspunt voor de arbeidsovereenkomsten van de werknemers

Er zitten dus een vooronderstelling en twee stellingnames in het betoog van Hof en A-G in *Viking*. Het Hof en de A-G gaan er blijkbaar van uit dat de formele vestiging van de rechtspersoon/werkgever doorslaggevend is voor het toepasselijke recht op de arbeidsovereenkomsten van de bij die rechtspersoon in dienst zijnde medewerkers.

<sup>66</sup> R.o. 72.

<sup>67</sup> R.o. 73.

<sup>68</sup> HvJ EG 9 maart 1999, C-212/97, *Jur.* 1999, p. I-1459 (*Centros*), HvJ EG 05 november 2002, C-208/00 *Jur.* 2002, p. I-9919 (*Überseering*).

<sup>69</sup> Verg. HvJ EG 14 oktober 2004, C-299/02, *Jur.* 2004, p. I-9761 (*Commissie v. Nederland*) waarin het stellen van eisen aan de (EU-)nationaliteit en (EU-)woonplaats van de eigenaren en bestuurders van een in Nederland te registreren schip in strijd werd geacht met het EG-recht.

<sup>70</sup> Zie voor een groot aantal voorbeelden van recente verplaatsingen van werkgelegenheid vanuit Nederland naar 'goedkopere' lidstaten: Jacobs, a.w. p. 136.

<sup>71</sup> Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *Pb. EU* 2008, L 177/6, art. 8. Zie de toelichting op deze wijziging in COM(2005) 650 p. 8.

<sup>72</sup> Voor het wegtransport; zie Commissie voorstel voor een Verordening van het EP en de Raad tot vaststelling van gemeenschappelijke regels betreffende de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om het beroep van wegvervoerder uit te oefenen Com(2007)265 final; Staff working paper SEC(2007)635, p. 11-12 en 21-22 en European Parliament legislative resolution of 21 May 2008, T6-0218/2008, amendement 6 en 15. Voor het zee-transport, zie Chaumette, a.w. p. 218-220 met de daar genoemde literatuur en regelgeving; Losbladig commentaar Arbeidsovereenkomst, IPR-toepasselijkrecht-EVO artikel 6 aant. 9.1 (Van Hoek). Verg. ook de brievenbusclausule in de dienstenrichtlijn (Ri 2006/123, *Pb. EU* L376/36) considerans 37.

<sup>73</sup> Zie voor ondersteuning van ons standpunt o.a. Chaumette, a.w. p. 218 en Reich a.w. p. 149 en 154, zie voor een tegenovergestelde mening o.a. Mok, *NJ* 2008, 150.

Een eerste stellingname is dat het gebruikmaken van een verschil in arbeidskosten een inherent onderdeel is van de vrijheid van vestiging – ook bij brievenbusfirma's en ook in het internationale transport. Als tweede stellingname geldt dat een vakbeweging die zich (effectief) verzet tegen concurrentie op arbeidsvoorwaarden, daarmee het vrij verkeer belemmert.

### Laval en Rüffert

Dezelfde vooronderstelling en stellingnames zijn ons inziens terug te vinden in de arresten *Laval* en *Rüffert* (en overigens in de formulering van de Detacheringsrichtlijn), maar dan met betrekking tot het vrij verkeer van diensten. *Laval* en *Rüffert* speelden zich af in een geheel andere context, namelijk grensoverschrijdende detachering van werknemers in de bouw. Het merendeel van de overwegingen in die arresten heeft betrekking op de uitleg van de Detacheringsrichtlijn. Toch toetst het Hof in beide gevallen ook aan het Verdrag. Loonconcurrentie in het grensoverschrijdende dienstenverkeer ligt zo mogelijk nog gevoeliger dan loonconcurrentie in het internationale (weg)transport: terwijl de vakbeweging streeft naar gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde werkplek, beroept de werkgever zich op zijn

dienstenvrijheid om zijn werknemers te belonen naar de normen van het land van herkomst.<sup>74</sup> De Detacheringsrichtlijn adresseert deze spanning door gedetacheerde werknemers op een aantal punten minimaal de bescherming te bieden op het niveau van het tijdelijke werkland. In de vervolgbijdrage van dit tweeluik wordt de richtlijn en de uitleg daarvan door het Hof van Justitie nader besproken. Hier interesseert ons met name de vraag of het stellen van looneisen als zodanig een beperking vormt voor het vrij verkeer van diensten.

Het *Laval*-arrest biedt op dit punt weinig duidelijkheid. In die zaak gingen de eisen van de vakbond veel verder dan louter het loonpeil. *Laval* werd immers onder druk gezet om partij te worden bij de CAO zelf. Deze bevatte onder andere verplichtingen tot afdracht van bijdragen aan derden. Daarnaast was een belangrijk verwijt aan het Zweedse systeem, dat dit de werkgever onvoldoende mogelijkheden bood om van te voren de omvang van zijn loonverplichtingen te achterhalen. Dit gebrek aan voorspelbaarheid en doorzichtigheid maakte de Zweedse methode van vaststellen van arbeidsvoorwaarden op zich al in strijd met het vrij verkeer.<sup>75</sup> Daarnaast was in de zaak *Laval* sprake van een praktische blokkade van de grensoverschrijdende dienstverrichting: door de boycot en blokkade acties werd *Laval* het werken in Zweden feitelijk onmogelijk gemaakt. In dat opzicht vertoont de *Laval* zaak overeenkomsten met de casusposities in de arresten *Spaanse aardbeien* en *Schmidberger*.

Het *Rüffert*-arrest bevat de in het kader van onze hierboven gestelde vraag interessante passage dat 'een wettelijke regeling [...] door de aannemers van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, en indirect hun onderaannemers, te verplichten tot betaling van het minimumloon voorzien in de CAO bouwnijverheid, dienstverrichters die zijn gevestigd in een andere lidstaat, waar de minimumlonen lager zijn, een bijkomende economische last [kan] opleggen die het verrichten van hun diensten in de ontvangende lidstaat kan beletten, belemmeren of minder aantrekkelijk maken'.<sup>76</sup> De suggestie die hiervan uitgaat is dat het belemmerende effect niet veroorzaakt wordt door de extra administratieve verplichtingen die de dubbele loonberekening met zich meebrengt,<sup>77</sup> maar door het opleggen van hogere lonen als zodanig.<sup>78</sup>

Hier is ook iets voor te zeggen vanuit economisch perspectief. De hoogte van de loonkosten bepaalt in belangrijke mate de wijze van bedrijfsvoering. Een tijdens vakantie in Marokko opgevangen anekdote kan dat verduidelijken. De verteller wilde een waterput laten slaan op zijn erf. Hiervoor kon hij een machine huren (met operator) die daar twee dagen voor nodig had. Het alternatief was de put puur manueel te laten graven, dit zou bij inzet van een enkele handarbeider ongeveer acht maanden duren. De kosten waren in beide gevallen even hoog: twee dagen machinehuur plus loonkosten voor de operator was even duur als acht maanden arbeidsloon.<sup>79</sup> Nu zijn de verschillen in Europa minder extreem, maar ook hier is er een verband tussen de inzet van machines en de efficiëntie van de bedrijfsvoering enerzijds en het loonpeil anderzijds. Als een onderneming die zijn werkproces heeft afgestemd op een laag loonniveau gedwongen wordt een veel hoger loonniveau te betalen aan zijn werknemers, past de wijze van bedrijfsvoering niet meer op de loonkosten. Dit levert een belemmering op: de buitenlandse onderneming zit in een nadelige positie ten opzichte van zijn binnenlandse collega, die immers zijn werkwijze niet hoeft aan te passen aan een afwijkend loonpeil.<sup>80</sup>

Als de statistieken over het loonpeil in Europa erop worden nageslagen,<sup>81</sup> blijkt echter dat verschillen in loon tussen de lidstaten maar gedeeltelijk zijn terug te voeren op verschillen in arbeidspro-

<sup>74</sup> Zie uitgebreid hierover: M. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn* (diss. Tilburg), Kluwer, 2005; Transfer, speciaal nummer 2/2006, A-G Mengozzi, Conclusie bij *Laval*.

<sup>75</sup> Zie over het Zweedse model: Ahlberg/Bruun/Malmberg, a.w., Transfer 2/06 en R. Eklund, a.w., ILJ 2006. We gaan hier niet verder in op de consequenties van deze uitspraak voor het Zweedse model. Wel kan worden geconstateerd dat de uitspraak aanleiding geeft tot het verschuiven van arbeidsvoorwaardenvorming van zelfregulering naar statelijk recht. Vergelijk voor een soortgelijk effect van de Detacheringsrichtlijn: Van Hoek, 2000, p. 547-546.

<sup>76</sup> R.o. 37. Zie over dit arrest verder deel II van dit tweeluik.

<sup>77</sup> Vergelijk De Vos a.w. p. 364.

<sup>78</sup> Dezelfde suggestie is terug te vinden in de conclusie van A-G Mengozzi. Reich (a.w. p. 134) trekt in zijn bespreking zelfs een parallel met het *Überseering* arrest: onderwerping aan het lokale arbeidsrecht zou zijn te vergelijken met een verplichting tot re-incorporatie.

<sup>79</sup> De betrokkene koos overigens op sociale gronden voor het handmatige alternatief.

<sup>80</sup> Dat ook in ander verband de discussie speelt over (hoge) minimumlonen als toetredingsbelemmering, blijkt uit de discussie rond de lonen van postbezorgers in Duitsland en Nederland. Deze discussie vindt plaats in het kader van het opheffen van de nog bestaande monopolies in de postbezorging. Zie 'Uitstel van executie – het kabinet doet alles om de postbode te beschermen en regelt nu zelfs zijn CAO', *De Pers* 11 juni 2008, p. 1; 'Heemskerk moet weer openen voor nieuwe postbedrijven', *Volkskrant* 29 mei 2008, p. 9 en 'Rel over financiën Duitse postbond', *Financieel Dagblad* 21 maart 2008, p. 7.

<sup>81</sup> [http://ec.europa.eu/employment\\_social/employment\\_analysis/earnings/eie2003\\_chap3\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/employment_analysis/earnings/eie2003_chap3_en.pdf)  
[http://www.konj.se/download/18.10c0ef21072c21c2ce8000619/3\\_boxes\\_WF\\_05.pdf](http://www.konj.se/download/18.10c0ef21072c21c2ce8000619/3_boxes_WF_05.pdf)  
Statistical yearbook 2007 [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY\\_OFFPUB/KS-CD-06-001-06/EN/KS-CD-06-001-06-EN.PDF](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-CD-06-001-06/EN/KS-CD-06-001-06-EN.PDF) p. 180.

ductiviteit.<sup>82</sup> De aanzienlijke loonverschillen<sup>83</sup> tussen de lidstaten correleren in belangrijke mate met prijsverschillen in de lidstaten. Een bouwvakker uit Estland kan genoeg nemen met een lager loon dan zijn Zweedse collega, mede omdat de eerste geconfronteerd wordt met beduidend lagere kosten van levensonderhoud dan de laatste.<sup>84</sup> Na correctie voor productiviteitsverschillen blijft er dus nog steeds een loonverschil over. Dit verschil levert een concurrentievoordeel op voor de buitenlandse ondernemer.<sup>85</sup> Het lijkt erop dat volgens het Hof het wegnemen van dit concurrentievoordeel al een belemmering vormt voor het vrij verkeer van diensten.<sup>86</sup> Daarmee wordt het streven naar gelijke behandeling van gedetacheerde en lokale werknemers tot een (in beginsel verboden) belemmering van het dienstenverkeer, ook – of misschien wel juist<sup>87</sup> – voor de vakbonden.

De zaak *Laval* laat een fundamenteel verschil van mening zien over de vraag of concurrentie op basis van nationale verschillen in loonkosten en werknemersbescherming ook in het vrij verkeer van diensten beschouwd moet worden als een eerlijke c.q. wenselijke vorm van concurrentie. Het Hof vindt van wel, zolang de minimumnormen van de Detacheringsrichtlijn maar in acht genomen worden. Een groot aantal vakbonden, waaronder de Zweedse bonden, vindt van niet. Een politiek verschil van mening, zou je kunnen zeggen. Echter, door de horizontale werking van de vrijheid van dienstverlening worden ook de vakbonden gebonden aan de uitleg die het Hof geeft aan de bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten. Daarbij wordt niet alleen het feitelijk handelen van de vakbond beoordeeld, maar ook – en zelfs in belangrijke mate – het doel dat de vakbond hiermee nastreeft. Nu de speciale positie van de bonden niet heeft geleid tot een aanpassing van de werkingssfeer van de vrij verkeer bepalingen, en ook niet is terug te vinden in de omvang van het daarin opgenomen verbod, rijst de vraag of er wel rekening mee wordt gehouden in het stadium van de rechtvaardiging.

### Rechtvaardigingsgronden en collectieve acties

#### Collectieve acties als fundamenteel recht en als rechtvaardigingsgrond

In het *Viking*-arrest beroept de ITF zich op de bescherming van het grondrecht van collectieve actie als een zelfstandige rechtvaardiging. Deze stellingname past in de lijn van de door het Hof aangehaalde arresten *Schmidberger* en *Omega*. Het respecteren c.q. beschermen van fundamentele rechten, respectievelijk de vrijheid van meningsuiting en het recht op menselijke waardigheid, vormde in die twee arresten een algemeen belang dat op zichzelf een beperking van het vrij verkeer kan rechtvaardigen. Het arrest *Schmidberger* is in de huidige context het meest interessant. In die casus hadden milieuactivisten de Brennerpas geblokkeerd. De vraag was of Oostenrijk, die hiervoor toestemming had gegeven, aansprakelijk gesteld kon worden voor de blokkade van het goederenverkeer die hieruit voortvloeide. Het Hof stelde in het arrest dat de specifieke doelstelling van de betoging in casu niet doorslaggevend was voor de vraag of er staatsaansprakelijkheid was ontstaan.<sup>88</sup> Immers, voor het ontstaan van staatsaansprakelijkheid was met name relevant welk belang de republiek Oostenrijk beoogde te beschermen met het besluit om toestemming voor de demonstratie te verlenen. Dit belang was niet gelegen in milieubescherming (de doelstelling van de actievoerders) maar in de demonstratievrijheid als zodanig. Wel werd, ter onderscheiding van de casus in de Spaanse aardbeien zaak, vastgesteld dat de betoging niet tot doel had om het verkeer van goe-

deren van welbepaalde aard of herkomst te belemmeren.<sup>89</sup> Blijkbaar weegt het doel van de actie toch mee, naast aspecten als de omvang en de duur ervan, maar dan bij het vaststellen van de evenredigheid van de door Oostenrijk – middels het verlenen van toestemming voor de actie – veroorzaakte belemmering.

In de arresten *Viking* en *Laval* is niet de aansprakelijkheid van de lidstaat in het geding, maar direct die van de actievoerders. Deze hebben, anders dan de EU en de lidstaten, niet tot taak hun eigen grondrecht op collectieve actie te respecteren. Ze kunnen zich – anders dan Oostenrijk – dan ook niet beroepen op een soort ‘conflict van plichten’.<sup>90</sup> Verder is het op grond van het arrest *Laval* twijfelachtig of particulieren zich kunnen beroepen op de openbare orde als rechtvaardigingsgrond voor een door hen opgeworpen belemmering van het vrij verkeer.<sup>91</sup> Het respecteren van grondrechten door de staat wordt daarentegen in het algemeen beschouwd als onderdeel van de openbare orde.<sup>92</sup> Er lijkt dus op het punt van grondrechtenbescherming een verschil te bestaan tussen de toetsing in het kader van horizontale werking en de toetsing in het kader van staatsaansprakelijkheid met betrekking tot door particulieren opgeworpen belemmeringen. Het gevolg is dat het zelfstandige beroep op het grondrecht tot collectieve actie in horizontale verhoudingen enigszins in de lucht komt te hangen. Het Hof erkent dit recht wel – wat winst is – maar lijkt er vervolgens niets mee te doen.

Het Hof toetst direct of op grond van het EG/EU-recht de onderhavige acties in doel en vorm rechtmatig waren. Daarbij lijkt voor de rechtvaardigingsvraag het *doel* van de collectieve actie centraal te staan – niet het recht op collectieve actie als zodanig.<sup>93</sup> In

<sup>82</sup> Zie over het belang van het onderscheid tussen nominale loonkosten en ‘costs per unit’ ook Ahlberg/Bruun/Malmberg a.w. p. 157.

<sup>83</sup> De Eurostat gegevens voor 2007 geven aan dat de gemiddelde loonkosten/uur (= brutolonen plus andere afdrachten en arbeidgerelateerde kosten minus tbv deze kosten verleende subsidies) variëren van Euro 2,10 in Bulgarije tot Euro 35,00 in Denemarken. <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/VerdiensteArbeitskosten/Arbeitskosten/Tabellen/Content75/JahresschVeraenderungAK,templatedel=renderPrint.psml>.

<sup>84</sup> Dit voordeel vervalt overigens – op zijn minst gedeeltelijk – als de Estse bouwvakker gedurende langere tijd voor zijn werk in Zweden verblijft: de koopkracht van zijn Estse loon is dan simpelweg ontoereikend, tenzij hij in andere vorm gecompenseerd wordt voor het verschil in prijspeil.

<sup>85</sup> We gaan hier nog voorbij aan de voordelen die kunnen voortvloeien uit verschillen in belastingen en sociale zekerheid.

<sup>86</sup> Reich (a.w. p. 140, 145 en 151) spreekt in dit verband zelfs van discriminatie. Vergelijk ook de jurisprudentie over minimum en maximumprijzen in het vrij verkeer van goederen: C. Barnard *The Substantive law of the EU – The four freedoms*, 2d edition p. 103.

<sup>87</sup> Zie hierover onze vervolgpublishatie over *Laval* en *Rüffert*.

<sup>88</sup> HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, r.o. 66.

<sup>89</sup> HvJ EG r.o. 86.

<sup>90</sup> Zie ook Chaumette, a.w. p. 212.

<sup>91</sup> Zie *Laval* r.o. 84. Daarin stelt het Hof dat beroep op de openbare orde in artikel 3 lid 10 van Ri 96/71 niet mogelijk is nu de litigieuze bepalingen zijn opgesteld door ‘de sociale partners, die geen publiekrechtelijke entiteiten zijn en zich niet onder verwijzing naar deze bepaling kunnen beroepen op redenen van openbare orde’.

<sup>92</sup> Zie bijv. Davies a.w. p. 83.

<sup>93</sup> Vergelijk Davies a.w. p. 79 en 83.

r.o. 77 van het *Viking*-arrest is te lezen dat 'het recht om een collectieve actie te voeren die de bescherming van werknemers tot doel heeft, [...] een legitiem belang [vormt] dat in beginsel een beperking van één van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen.' Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of de in het geding zijnde acties ook daadwerkelijk betrekking hadden op de bescherming van werknemers.<sup>94</sup> Ook in het *Laval*-arrest wordt slechts gesproken over de mogelijke rechtvaardiging van collectieve acties ter bescherming van de werknemers.

Nu kan deze toevoeging in eerste instantie worden geïnterpreteerd als een afbakening van het type collectieve actie dat bescherming verdient als Europees grondrecht.<sup>95</sup> Zo gelezen, zou het Hof in *Laval* een ruime opvatting tentoonspreiden van het begrip 'collectieve actie' door ook blokkades daaronder te scharen.<sup>96</sup> Er is echter ook een andere lezing mogelijk, die volgens ons beter past op de uitspraken. Het Hof weegt namelijk niet twee gelijkwaardige grondrechten tegen elkaar af, maar toetst steeds of een bepaalde belemmering te rechtvaardigen valt vanuit het oogpunt van werknemersbescherming. Of deze belemmering te beschouwen valt als collectieve actie (als grondrecht) is in feite niet relevant: het uitoefenen van het recht op collectieve actie moet passen binnen het systeem van rechtvaardigingsgronden inzake het vrij verkeer.

### Nadere eisen voor de rechtmatigheid

Uit eerdere rechtspraak over werknemersbescherming en vrij verkeer was duidelijk geworden dat abstracte sociale maatregelen moeilijk zijn te rechtvaardigen omdat het Hof vereist dat met de maatrege-

len die het vrij verkeer belemmeren concrete baten worden beoogd c.q. bereikt voor concrete groepen werknemers.<sup>97</sup> Dit komt ook terug in het *Viking*-arrest, waar het Hof ten aanzien van de collectieve actie van de FSU stelt: 'ook al kan deze actie ter bescherming van de arbeidsplaatsen en van de arbeidsvoorwaarden van leden van deze vakvereniging, die nadeel konden lijden door de omvlagging van de Rosella, op het eerste gezicht redelijkerwijs worden geacht onder de doelstelling van werknemersbescherming te vallen, zou deze kwalificatie echter niet kunnen worden gehandhaafd indien werd vastgesteld dat de betrokken arbeidsplaatsen of arbeidsvoorwaarden niet op het spel stonden of ernstig in gevaar waren'.<sup>98</sup> Opvallend is hierbij de verwijzing naar de arbeidsplaatsen en arbeidsvoorwaarden van de leden van de vakvereniging die de actie voert c.q. entameert. Eenzelfde (ogenschijnlijke?) beperking tot de bescherming van de belangen van de eigen leden komt ook terug in r.o. 83-84.<sup>99</sup>

Op dit punt lag het arrest *Laval* problematisch. Daarin was sprake van een blokkade door Zweedse werknemers gericht tegen een Letse werkgever. De Letse werkgever had in de aanloop van het conflict een CAO gesloten met de Letse vakbond waarbij een groot deel van de werknemers was aangesloten. De Zweedse bonden zullen geen of nauwelijks leden hebben gehad onder de Letse werknemers.<sup>100</sup> Het Hof plaatst de acties dan ook primair in het teken van de bescherming van Zweedse werknemers tegen sociale dumping.<sup>101</sup> Dat ook dit een legitiem belang is, is eigenlijk al bekend sinds het arrest Franse zeelieden,<sup>102</sup> maar het is wel belangrijk dat het Hof dit hier nogmaals memoreert. Helaas wordt dit belang in hoge mate uitgehouden (en de acties van de vakbonden aan sterke beperkingen gebonden) door de uitleg die het Hof geeft aan de Detacheringsrichtlijn.<sup>103</sup> Streven naar een hogere bescherming dan het minimum van de Detacheringsrichtlijn, valt – zo weten we sinds het *Laval*-arrest – niet te rechtvaardigen met een beroep op het tegengaan van 'sociale dumping'. De lidstaat mag zelf bepalen wat de hoogte is van het minimumloon dat aan een ieder moet worden gegarandeerd, maar dit minimum vormt tegelijkertijd het maximum dat dwingend kan worden opgelegd. Hiermee wordt het tegengaan van loonconcurrentie in detacheringssituaties dus uitsluitend een taak van de overheid.<sup>104</sup> De vakbond wordt in belangrijke mate buiten spel gezet. Het Hof laat nog een kleine opening door erop te wijzen dat het de werkgevers uiteraard vrijstaat om zich vrijwillig – 'onder meer in het kader van een toezegging aan hun eigen ter beschikking gestelde personeel' – aan te sluiten bij een gunstiger CAO in de lidstaat van ontvangst.<sup>105</sup> Maar het Hof gaat niet in op de vraag hoe een dergelijke toezegging in de praktijk tot stand moet komen.

Het is denkbaar dat een actie van de Letse bond, eventueel met steun van de Zweedse bonden, wel genade zou kunnen vinden in de ogen van het Hof. In de arresten *Viking* en *Laval* benadrukt het Hof immers de rol die de vakbeweging speelt bij de bescherming van de eigen leden. Daarbij past het om te eisen dat een staking ter bescherming van gedetacheerde werknemers uit moet gaan van de gedetacheerde werknemers zelf en/of de bond die die werknemers vertegenwoordigt. In de *Laval*-zaak was hier geen sprake van. Integendeel zelfs: er lijkt sprake te zijn van een belangentegenstelling, niet alleen tussen de Zweedse bonden en de Letse werkgever, maar ook tussen de Zweedse bonden en de Letse werknemers en hun bond. De Letse bond had immers, terwijl het conflict in Zweden al volop gaande was, een CAO gesloten met *Laval*. Beter coördinatie tussen de Europese vakbonden zou een dergelijk openlijk belangenconflict in de toekomst (misschien) kunnen voorkomen. Daarnaast kunnen vakbonden uit de verschillende lidstaten overeenkomsten sluiten waarbij ze toe-

<sup>94</sup> Zie r.o. 80.

<sup>95</sup> En dat wordt erkend door de internationale instrumenten die het Hof noemt: ESH, ILO verdrag nr. 87, Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden uit 1989, artikel 136 EG-Verdrag, Handvest van de grondrechten van de EU (Nice 2000).

<sup>96</sup> R.o. 107. Zie over dit punt ook F. Dorsemont, A. Van Hoek, De collectieve actie bij arbeidsconflicten in Rome II, Belgisch Tijdschrift voor Handelsrecht speciaal nummer juni 2008, p. 55.

<sup>97</sup> Vergelijk C-445/03 (*Commissie/Luxemburg*), HvJ EG 21 oktober 2004; Gevoegde zaken C-49/98, C-50/98 – 54/98 en C-68/98, *Jur.* 2001, p. I-7831 (*Finalarte*); C-164/99 *Jur.* 2002, p. I-787 (*Portugaia*); C-60/03, *Jur.* 2004, p. I-9533 (*Wolff & Müller*). Idem De Vos, a.w. p. 366.

<sup>98</sup> R.o. 81.

<sup>99</sup> Van Peijpe, a.w., *SMA* 2008/4, p. 175-186, wijst er terecht op dat het Hof niet duidelijk maakt of het hier alleen om de zittende werknemers gaat. Dit aspect blijft hier verder buiten beschouwing. Ook gaan we hier niet in op de algemenere kritiek die mogelijk is op de omschrijving van vakbonden als vertegenwoordigers van hun leden. We beperken ons hier tot de grensoverschrijdende aspecten.

<sup>100</sup> Chaumette (a.w. p. 213) gaat ervan uit dat de Zweedse bond geen enkele Letse werknemer van *Laval* onder haar ledenbestand telde.

<sup>101</sup> R.o. 103.

<sup>102</sup> 4 april 1974, zaak 167/73, *Jur.* 1974, 359 (*Commissie v. Frankrijk*). Deze zaak had betrekking op nationaliteitsonderscheid in de Franse wetgeving en het vrij verkeer van werknemers.

<sup>103</sup> Zie voor een uitgebreide commentaar, het deel II van deze bijdrage.

<sup>104</sup> Deze stelt zelf het minimumloon vast of delegeert dat aan de sociale partners. Zie ook deel II van dit tweeluik en Chaumette a.w. p. 215.

<sup>105</sup> R.o. 81.

zeggen ook de belangen van elkaars leden te zullen behartigen.<sup>106</sup> Dergelijke afspraken zouden de legitimiteit van de vakbondsacties in het land van ontvangst kunnen vergroten. Maar de vraag is, of dit in de ogen van het Hof genoeg is. In de arresten lijkt de algemene eis besloten te liggen dat ook de gedetacheerde werknemers zelf kenbaar achter de actie moeten staan. Het is de vraag in hoeverre deze eis – ook in Europa – effectieve bescherming in de weg staat. Immers, uit de internationale zeevaart is bekend dat de werknemers die werken op een onder goedkope vlag varend schip, vaak niet in staat zijn om zelf actie te voeren. Bijvoorbeeld omdat het toepasselijke recht op hun arbeidsovereenkomsten stakingen verbiedt of sterk aan banden legt. Solidariteit van bonden in landen met een betere werknemersbescherming en een ruimer stakingsrecht is dan noodzakelijk om nog enige bescherming voor deze groep werknemers te effectueren. In Europa is een zeker minimum aan erkenning van het stakingsrecht gegeven nu het is opgenomen in diverse internationale instrumenten en ook het Hof van Justitie het erkent als een fundamentele beginsel van EU-recht. Dit garandeert echter niet dat de werknemers ook feitelijk in staat zijn om door middel van stakingen een betere rechtspositie af te dwingen. Als toch betrokkenheid van deze werknemers geëist wordt, zoals het Hof nu lijkt te doen, betekent dit een duidelijke inperking van de praktijk van solidariteitsstakingen, zoals deze in de Scandinavische landen gebruikelijk zijn.

#### De positie van de ITF en de *flag-of-convenience* campagne

Bij de solidariteitsacties in het zeetransport speelt de ITF een belangrijke rol. Een directe band tussen de door de ITF verrichte handeling en de arbeidsvoorwaarden van haar leden is er – uiteraard – niet. De leden van de ITF zijn namelijk geen werknemers, maar vakbonden. Er zit dus een extra schakel tussen de werknemersbescherming en het handelen van de ITF. Dit verhindert overigens niet dat ook de ITF actie volgens het Hof (mede) tot doel heeft de arbeidsvoorwaarden van het varende personeel te verbeteren. Echter, de *flag-of-convenience* campagne richt zich in de weergave door het Hof ook tegen uitvlaggen als zodanig – los van de eventuele gevolgen daarvan voor het varende personeel. Dat laatste valt volgens het Hof niet te rechtvaardigen. Hierboven hebben we al aangegeven dat wij van mening zijn, dat de *flag-of-convenience*-campagne past in een algemene (ook Europese) tendens om ernaar te streven dat er een reële band bestaat tussen de arbeidsovereenkomsten in het internationale transport en het recht dat deze arbeidsovereenkomsten beheerst. Dit dient volgens ons – zij het in abstracto – de bescherming van de werknemer. Voor het Hof is dit echter niet genoeg. Blijkbaar telt slechts de concrete bescherming van concrete werknemers.

Nu was de ITF oproep op zijn minst mede gericht op het ondersteunen van de actie van de FSU. Het Hof stelt in het arrest dat de acties van de FSU gerechtvaardigd zijn uit het oogpunt van werknemersbescherming, voor zover deze acties een reactie vormen op een daadwerkelijke bedreiging van de arbeidsplaatsen en arbeidsvoorwaarden van haar leden. Daarmee zou op het eerste gezicht dus ook de ITF actie gered zijn: het is immers voldoende als een maatregel op één van de aangevoerde gronden kan worden gerechtvaardigd. Toch lijkt de beoordeling ongunstig uit te vallen voor de ITF. Het Hof lijkt de *flag-of-convenience*-campagne namelijk te veroordelen omdat deze verder gaat dan noodzakelijk: immers – in beginsel zou ook een omvlaggen naar een lidstaat met hogere arbeidsstandaarden kunnen worden getroffen door een *flag-of-convenience*-actie. Het Hof valt de ITF hiermee dus aan op de formulering van de doelstelling van het

*flag-of-convenience*-beleid, niet zozeer op het ondersteunen van de onderhavige actie.

Positief in dit geheel is dat de toelaatbaarheid van solidariteitsacties niet principieel wordt ontkend. Dit biedt enige hoop voor de toekomst – zelfs in de onderhavige procedure. Het zal zaak zijn om in de vervolprocedure voor de nationale (Engelse) rechter aan te tonen dat deze actie wel degelijk bijdroeg aan de bescherming van werknemers.<sup>107</sup> Zowel r.o. 90 als het dictum laten ons inziens ruimte om ook de ITF actie in dat geval gerechtvaardigd te achten. Daarnaast lijkt het overigens wel raadzaam om de formulering van de *flag-of-convenience*-campagne aan te passen en het ondersteunen van acties nadrukkelijk te beperken tot situaties waarin omvlaggen tot verslechtering van de arbeidsvoorwaarden zou leiden.

#### De Lex Britannia en het discriminatiebegrip

De Lex Britannia heeft betrekking op de vredesplicht in het Zweedse collectieve actierecht. Deze vredesplicht houdt – kort gezegd – in dat het niet is toegestaan te staken tijdens de looptijd van een CAO. De Lex Britannia specificeert deze vredesplicht en beperkt hem tot arbeidsverhoudingen die onder de Zweedse wet vallen. Laval, die voor zijn Letse werknemers een CAO heeft gesloten met de Letse vakbond, wordt dan ook niet tegen collectieve acties beschermd door de Zweedse vredesplicht. De Lex Britannia is controversieel – ook in Zweden – om dat deze het bestaan van een buitenlandse CAO geheel negeert, en wel ongeacht het niveau van bescherming dat deze CAO biedt. De buitenlandse CAO wordt dus anders behandeld dan de Zweedse CAO, niet op basis van inhoudelijke criteria, maar puur op basis van ‘herkomst’ van de CAO. Dat dit onverenigbaar is met het discriminatieverbod van het EG-Verdrag, zullen wij niet bestrijden. Beide auteurs hebben reeds op andere plaatsen aangegeven dat we op dit punt twijfelden aan de houdbaarheid niet alleen van de Lex Britannia, maar ook van het Nederlandse dispensatiebeleid.<sup>108</sup> Dit heeft betrekking op het verlenen van vrijstellingen van de algemeenverbindendverklaring van CAO-bepalingen op grond van een ondernemings-CAO's. Ook deze (overigens inmiddels grondig gewijzigde regeling) kent ons inziens discriminatoire aspecten waardoor ondernemingen die partij zijn bij een buitenlandse CAO in het nadeel zijn ten opzichte van ondernemingen die een Nederlandse CAO hebben afgesloten. De veroordeling van de Lex Britannia door

<sup>106</sup> In 2000 hebben bijvoorbeeld de Belgische, Duitse en Nederlandse bouwbonden een overeenkomst tot wederzijdse bijstand aan elkaars leden afgesloten. Zie Eironline, 28.9.00 (BE009327F). Zie voorts inzake bilaterale overeenkomsten tussen vakbonden naar aanleiding van het arrest Guioit, M. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn* (diss. Tilburg), Kluwer 2005, p. 219-229.

<sup>107</sup> Daarnaast is het raadzaam om de terminologie van de FOC-campagne nog eens tegen het licht te houden om ook daar de beschermingsdoelstelling te benadrukken. Hoewel wij eerder hebben betoogd, dat ons inziens ook de inzet van de FOC-campagne als zodanig valt te verdedigen, lijkt er bij de huidige rechtspraak weinig ruimte voor een dergelijk standpunt. Het zal voornamelijk aan de Europese wetgever zijn om te bereiken dat er een reële band bestaat tussen de arbeidsovereenkomsten in het internationale transport en het recht dat deze arbeidsovereenkomsten beheerst. Zie ook hierboven in paragraaf ‘Sociaal beleid en het tegengaan van loonconcurrentie als belemmeringen van het vrij verkeer van diensten en de vestigingsvrijheid’.

<sup>108</sup> Zie laatstelijk Van Hoek/Houwerzijl, *De Europese werknemer en het Nederlandse arbeidsrecht*, SMA Jubileum nummer oktober 2006, p. 436 respectievelijk 437-438.

het Hof van Justitie wekt dan ook geen verbazing. Wel zetten wij vraagtekens bij de redenering waarlangs dit gebeurt. Het Hof constateert dat de Lex Britannia buitenlandse dienstverleners met CAO gelijk stelt aan binnenlandse dienstverleners zonder CAO. Volgens het Hof worden daarmee ongelijke gevallen gelijk behandeld. Dit is volgens het Hof een vorm van directe discriminatie.<sup>109</sup> Dit is ons inziens onjuist. Het onderscheidend criterium in de Lex Britannia is de herkomst van de CAO,<sup>110</sup> niet de nationaliteit van de dienstverlener. Dit criterium zal in het algemeen nadelig uitpakken voor buitenlandse dienstverleners en is daarmee te beschouwen als een vorm van indirecte discriminatie. De twee criteria (herkomst van de dienstverlener en herkomst van de CAO) vallen echter niet noodzakelijk samen;<sup>111</sup> het is wel degelijk mogelijk dat een buitenlands bedrijf partij wordt bij een Zweedse CAO (sterker nog: dat is een belangrijk doel van de collectieve acties) of omgekeerd, dat een Zweedse bedrijf een CAO sluit met een buitenlandse partner. Door het discriminatiebegrip in te vullen zoals het Hof doet, wordt het begrip 'directe discriminatie' ver buiten zijn oorspronkelijke betekenis opgerekt. Het gevolg hiervan is dat Zweden slechts een beroep kan doen op de geschreven rechtvaardigingsgronden, zijnde openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid. De ongeschreven rechtvaardigingsgronden staan immers niet open bij directe discriminatie.<sup>112</sup> Werknemersbescherming en sociaal beleid zijn daardoor als rechtvaardigingsgronden buiten spel gezet.

Zou het mogelijk zijn geweest om de Lex Britannia te rechtvaardigen vanuit het oogpunt van werknemersbescherming? Niet in zijn huidige vorm. De wet gaat namelijk – afgaand op de voor ons toegankelijke secundaire bronnen – uit van een strikte niet-erkenning van de buitenlandse CAO, ongeacht het beschermingsniveau dat deze CAO biedt. Dit gaat verder dan vanuit het oogpunt van de werknemersbescherming noodzakelijk zou zijn. Maar als geaccepteerd wordt dat werknemersbescherming een reden kan zijn om buitenlandse CAO's aan een nadere toetsing te onderwerpen, zijn er ons inziens wel degelijk mogelijkheden om de Lex Britannia verdragsconform aan te passen.<sup>113</sup>

<sup>109</sup> Zie ook Th. Ackermann, Case C-148/02, Carlos, Garcia Avello v. État Belge, Judgment of the Full Court of 2 October 2003, [2003] ECR I-11613, *CML-Rev* 2007, p. 141-154.

<sup>110</sup> Het wordt in de voor ons toegankelijke stukken niet helemaal duidelijk of de Lex Britannia nu ziet op individuele arbeidscontracten naar Zweeds recht, of op CAO's naar Zweeds recht. Zie ook Chaumette, a.w. p. 215, Eklund a.w. p. 203.

<sup>111</sup> Anders dan zwangerschap en vrouw zijn. Zie o.a. HvJ EG, zaak C-177/88 (*Dekker*), *Jur.* 1990, p. I-3941, NJ 1992, 224 en zaak C-109/00 (*Tele Danmark*), *Jur.* 2001, p. I-6933, NJ 2002, 160. Verg. I.P. Asscher-Vonk en A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij arbeid*, Kluwer 2005, met name p. 57-61.

<sup>112</sup> Vergelijk in het kader van de Viking zaak: Davies a.w. p. 80.

<sup>113</sup> Zie voor voorstellen in die richting o.a. Ahlberg/Bruun/Malmberg, *the Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, *Transfer* 2/06, p. 155-167; Verg. voor het Nederlandse systeem van vrijstelling van avv: Van Hoek en Houwerzijl a.w. *SMA* 2006/10, p. 437, 439 en Van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers*, Den Haag: Sdu 2000 p. 549.

## Conclusies

Hierboven zijn de verschillende verdragsrechtelijke aspecten van de arresten *Viking*, *Laval* en *Rüffert* uitgebreid behandeld. Onze belangrijkste conclusies zijn puntsgewijs als volgt samen te vatten:

- Het Hof zet in de arresten *Viking* en *Laval* een belangrijke stap in de richting van de horizontale werking van de vrij verkeer bepalingen. Zowel artikel 43 als artikel 49 EG-Verdrag kennen aan particuliere ondernemingen rechten toe, die zij kunnen inroepen tegen een vakvereniging of verbond van vakverenigingen. Hiermee is het laatste woord over horizontale werking echter nog niet gezegd. Het Hof spreekt zich niet uit over horizontale werking van het vrij verkeer van goederen. Ook blijft de vraag open in hoeverre de door particulier handelen opgeworpen belemmering van het vrij verkeer merkbaar moet zijn.
- De vakbonden kunnen zich niet beroepen op een algemene exceptie waarbij collectieve acties aan toetsing aan de vrij verkeer bepalingen zijn onttrokken. Dit lijkt logisch voor zover er geen inherente onverenigbaarheid is tussen de economische vrijheden en het collectieve actierecht. Echter, in de arresten toetst het Hof niet het collectieve actierecht als zodanig, maar veeleer de met die acties beoogde sociale doelen. En dan blijkt er wel degelijk een fundamentele spanning te bestaan tussen vrij verkeer en sociaal beleid. In de uitleg van het Hof maakt namelijk loonconcurrentie een integraal onderdeel uit van het vrij verkeer. Dit terwijl het tegengaan van loonconcurrentie nu juist de basis vormt voor de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.
- Het vrij verkeer van goederen kan – eventueel in combinatie met de vestigingsvrijheid – leiden tot verplaatsing van werkgelegenheid op basis van verschillen in loonpeil tussen de lidstaten. Dit is inmiddels een geaccepteerde vorm van loonconcurrentie. Minder vanzelfsprekend is de acceptatie van loonverschillen tussen lokale werknemers en gedetacheerde werknemers in het dienstenverkeer. In dit conflict neemt het Hof, door een radicale uitleg van de Detacheringsrichtlijn, stelling ten gunste van het vrij verkeer en ten nadele van de sociale cohesie. Hierop wordt in een latere bijdrage nader teruggekomen. Het belangrijkste effect van de *Laval* uitspraak voor het collectieve arbeidsrecht is, dat er door deze uitspraak een duidelijke verschuiving optreedt van autonome arbeidsvoorwaardenvorming naar heteronome normstelling.
- Wat loonconcurrentie in het internationaal transport betreft, valt op dat zowel het Hof als A-G Maduro ervan uitgaan dat de formele vestiging van de rechtspersoon/werkgever doorslaggevend is voor het toepasselijk recht op de arbeidsverhoudingen van de bij die rechtspersoon in dienst zijnde medewerkers. Dit spreekt echter niet vanzelf. Op diverse niveaus wordt op dit moment getracht om het gebruik van brievenbusmaatschappijen in het transport aan banden te leggen. De FOC-campagne past in dit streven. Ook hier lijkt echter, onder druk van de rechtspraak van het Hof, een beweging gaande van autonome rechtsvorming naar heteronome normstelling.
- Als collectieve acties het vrij verkeer belemmeren, kunnen ze op grond van de gangbare criteria worden gerechtvaardigd. Voor niet-discriminerende belemmeringen kan een beroep worden gedaan op zowel de geschreven rechtvaardigingsgronden als dwingende redenen van algemeen belang. In de arresten *Viking* en *Laval* staat daarbij de werknemersbescherming centraal. Het recht op collectieve actie lijkt in horizontale verhoudingen geen rol te spelen als zelfstandige rechtvaardigingsgrond. Hierdoor is



- er van een afweging tussen twee gelijkwaardige fundamentele rechten geen sprake.
- Vakbonden lijken door het Hof te worden gezien als vertegenwoordigers van hun leden. Het is zeer twijfelachtig of de Europese bonden zich in een dergelijk omschrijving van hun rol en betekenis herkennen. Intussen beperkt deze omschrijving de mogelijkheden van de vakverenigingen tot effectieve actie zodra het sociale conflict een interne markt component heeft.
  - Als positief kan worden aangemerkt, dat het Hof het recht op collectieve actie als grondrecht erkent. Daarbij lijkt het Hof geen moeite te hebben met blokkades en solidariteitsacties, mits deze concreet bijdragen aan een betere bescherming van werknemers.
  - Intussen doen de vakverenigingen en Europese en internationale federaties er goed aan om rekening te houden met de randvoorwaarden die het Hof stelt aan collectieve acties met een interne markt component. Een betere afstemming tussen nationale bonden en een herformulering van het beleid van het ITF kan een aantal bezwaren van het Hof ondervangen.
  - Ten slotte kan worden geconstateerd dat de Lex Britannia in zijn huidige vorm reddeloos is verloren. Wij ondersteunen de uitspraak van het Hof voor zover deze elke wet of praktijk veroordeelt waarbinnen buitenlandse CAO's worden genegeerd, ongeacht het beschermingsniveau dat deze bieden. Door deze praktijk – ons inziens ten onrechte – te betitelen als directe discriminatie, blokkeert het Hof echter ook regelingen die met het oog op de bescherming van werknemers alleszins zijn te rechtvaardigen.

Het moge duidelijk zijn dat het belang van deze uitspraken voor de interpretatie van het EG-Verdrag, groot is. Maar wat is nu, wat betreft de in dit eerste deel van ons tweeluik behandelde punten, de directe relevantie voor de Nederlandse rechtspraktijk? Zijn er soortgelijke zaken als in *Viking* en *Laval* bekend in Nederlandse context? Over *Laval* kunnen we kort zijn: De massale Zweedse boycot-actie van het Letse bedrijf *Laval* is een typisch Scandinavische methode van afdwingen en handhaving van nationale CAO's die wij in Nederland niet kennen. Onderwerping van buitenlandse gedetacheerde werknemers aan (een harde kern van) Nederlandse CAO-bepalingen gebeurt bij ons via de Wet Arbeidsvoorwaarden Grensoverschrijdende Arbeid (*Waga*), waarover meer in het vervolg van ons tweeluik.<sup>114</sup> Wat betreft *Viking* is de impact van de uitspraak van het Hof voor de Nederlandse rechtspraktijk groter. Protesten, soms uitmondend in stakingen tegen uitvlaggen en *offshoring* van werkgelegenheid wegens lagere loonkosten komen ook in Nederland voor. Toch is het belang van deze zaak voor Nederland in theorie groter dan in praktijk. Allereerst, omdat het aantal door staking verloren arbeidsdagen in Nederland in vergelijking met andere lidstaten laag is. Nederlandse vakbonden zijn vaak geneigd tot meewerken aan overheveling van werkgelegenheid naar de nieuwe lidstaten, vanuit het idee dat dit op macro-economisch niveau ook goed is voor de werknemers in Nederland en mits hier een goed sociaal plan tegenover staat voor de gedupeerde zittende werknemers.<sup>115</sup> Ten tweede sluiten de in het arrest *Viking* uiteengezette toetsingscriteria van een collectieve actie, zoals het 'ultimum remedium' criterium goed aan bij de Nederlandse benadering.<sup>116</sup>

De juridische en politieke gevolgen zijn vooral groot voor de Scandinavische vakbonden en de internationale vakvereniging. Hun strijdmiddelen tegen wat zij zien als sociale dumping door oneigenlijk gebruik van de vrijheid van vestiging (de formele vestiging van een

bedrijf verplaatsen naar een land met lagere loonniveaus, zonder verplaatsing van de commerciële activiteiten) en van diensten (opdrachten aannemen en uitvoeren in een lidstaat met hoge loonkosten met behulp van gedetacheerde werknemers die minder betaald krijgen dan gebruikelijk in de lidstaat van vestiging) zijn duidelijk aan banden gelegd.

De grondtoon in alledrie de arresten is een positieve waardering van het Hof van loonconcurrentie als drijfveer voor verplaatsing naar of het aanbieden van diensten in een andere lidstaat. Niet eerder was het Hof hierin zo uitgesproken.<sup>117</sup> De meest aannemelijke verklaring voor deze trendbreuk is niet te vinden in de juridische maar in de politieke achtergrond van de zaken. Wat betreft de wenselijkheid van loonconcurrentie staan de belangen in de zendende lidstaten lijnrecht tegenover de belangen in de ontvangende lidstaten. De scheidslijn tussen zendende en ontvangende lidstaten loopt vrijwel gelijk met de scheidslijn tussen nieuwe en oude lidstaten. De nieuwe koers inzake loonconcurrentie zou dan ook een uitdrukking van het toenemende gewicht van de nieuwe lidstaten in de Europese Unie kunnen zijn, mede tot uitdrukking komend in de samenstelling van het Hof. Dat vakbonden zwakke spelers zijn in de nieuwe lidstaten past ook in deze mogelijke verklaring. Vanuit – deels historisch – Europeesrechtelijk perspectief en zeker vanuit Europees arbeidsrechtelijke én internationaal-privaatrechtelijke optiek zetten wij onze vraagtekens bij de omarming van loonconcurrentie als motor van de interne markt. Bovendien vinden wij dat juist het Hof terughoudendheid zou moeten betrachten op dit politiek beladen terrein. Niet alleen omdat het Hof idealiter het uitzetten van de politieke koers aan de Europese wetgever zou moeten overlaten, maar ook vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid voor de cohesie van de Europese Unie. Europese burgers die in hun rol als werknemer tot elkaars concurrenten worden gemaakt, kunnen ook op andere (niet-sportieve) terreinen strijd boven integratie gaan stellen.

<sup>114</sup> De *Waga* is de Nederlandse implementatie van de Detacheringsrichtlijn.

<sup>115</sup> Zie over de Nederlandse 'cultuur' van arbeidsverhoudingen uitgebreider A.T.J.M. Jacobs, a.w., *SMA* 2006/4, p. 136, 139. Desalniettemin heeft overplaatsing van werkgelegenheid naar lidstaten met lagere loonkosten altijd nieuwswaarde, zie voor een rits aan krantenberichten Jacobs, a.w., p. 136.

<sup>116</sup> Die overigens onderwerp van kritiek is van de Europese Commissie van Sociale Grondrechten in het kader van de beoordeling van de naleving van artikel 6 lid 4 ESH. Zie hierover Jaspers, a.w., SR 2008/2 en over de verschillende nationale tradities van stakingsrecht Dorssmont/Jaspers/Van Hoek, *Cross-border Collective Action in Europe: A legal challenge*, *Intersentia* 2007.

<sup>117</sup> Zie voor een analyse van de wisselende houding van het Hof tegenover sociale dumping cq. loonconcurrentie in de detacheringsjurisprudentie tussen 1982 en 2005, M. Houwerzijl, a.w. diss. Tilburg, 2005, p. 212-216.