

INTERNE MARKT EN EUROCRISIS: ARBEIDSRECHT IN DE TANG VAN DE EUROPESE UNIE?

Marc DEVOS,
UGent en Vrije Universiteit Brussel

INHOUD

I. Arbeid, Europa en interne markt: van consensus naar conflict	671
II. Modellen voor conflictbeslechting	673
a. Model 1: arbeid is geen koopwaar	673
b. Model 2: arbeid is vrijgesteld van marktrecht	675
c. Model 3: arbeid en markt in evenwicht	678
d. Model 4: de markt primeert, arbeid is de uitzondering	680
e. Model 4bis: de markt primeert, grondrechten zijn ook de uitzondering	686
III. Het Verdrag van Lissabon en de mensenrechten: naar een nieuw evenwicht?	689
IV. Evaluatie	692
V. Van interne markt naar eurocrisis	694

De Europese Unie is het strijdtoneel van een groeiend conflict tussen de arbeidsbescherming in de lidstaten en de economische regels van de interne markt. Deze bijdrage traceert de ontwikkeling van dat conflict in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. Ze structureert die rechtspraak in verschillende modellen van conflictbeslechting: arbeid is geen koopwaar, arbeid is vrijgesteld van marktrecht, arbeid en markt in evenwicht, de markt primeert en arbeid is de uitzondering. Ze analyseert kritisch de onderbouw en interne tegenstrijdigheden van een rechtspraak in beweging en biedt een alternatief model voor een evenwicht tussen gelijkwaardige beginselen. De bijdrage gaat ook in op de toenemende juridisering van de eurocrisis. Ze schetst hoe arbeidsmarkthervormingen die op lidstaatniveau onder druk van de crisis worden aangenomen, in toenemende mate het voorwerp worden van juridische contestatie vanuit het perspectief van Europese of internationale arbeidsrechtsbeginselen.

Au sein de l'Union européenne s'accroît le conflit entre la protection nationale du travail et les règles économiques du marché commun. La présente contribution retrace cette évolution à travers la jurisprudence de la Cour de justice. Elle classe cette jurisprudence selon la règle adoptée pour résoudre le conflit: le travail n'est pas une marchandise, le travail n'est pas soumis au droit du marché intérieur, travail et marché en équilibre, le marché prime et le travail est l'exception. Elle se livre à une analyse critique des fondements et des contradictions d'une jurisprudence en voie de développement et offre un modèle alternatif pour un équilibre entre des principes de valeur égale. La présente contribution analyse également la judiciarisation croissante de la crise de l'euro. Elle examine comment les réformes du marché du travail adoptées au niveau national sous la pression de la crise font davantage l'objet de controverses et de procédures, sous l'angle des principes européens ou internationaux du droit du travail.

I. ARBEID, EUROPA EN INTERNE MARKT: VAN CONSENSUS NAAR CONFLICT ⁽¹⁾

De Europese Unie is het toneel geworden van conflicten tussen economisch beleid en sociale bescherming. De interne markt blijkt economische concurrentie te vermengen met concurrentie op het vlak van arbeidsnormen. De eurocrisis is de spil van een Europese coördinatie die op nationaal niveau tot grote ingrepen op de arbeidsmarkt leidt. Europa lijkt steeds meer een hefboom om arbeidsrecht in vraag te stellen en te hervormen. Deze bijdrage zoomt in op de juridische emanaties en dimensies van de toenemende spanning tussen marktnormering en arbeidsnormering in de Europese Unie.

Dat de Unie economie en bescherming doet botsen, is opmerkelijk en onverwacht: wie het graduele proces van Europese integratie met enige recul kadert, ziet een scheiding tussen, veeleer dan een samenloop van, het marktrecht en het arbeidsrecht. De constructie van een Europese economische markt staat wezenlijk gescheiden van de organisatie van de arbeidsmarkt: het eerste behoort tot de bevoegdheden van de Europese Unie, het tweede tot die van de lidstaten ⁽²⁾. Die fundamentele bevoegdheidsverdeling heeft lange tijd de wisselwerking tussen de interne markt en het arbeidsrecht tot een marginale kwestie van het Europese recht gemaakt, ook al was het altijd al een belangrijke factor in de Europese economie. Voor zover er juridische wisselwerking was, kwam die er daarenboven niet noodzakelijk in conflictvorm. Europa heeft de interne markt en het arbeidsrecht vaak als geallieerden behandeld, in plaats van als vijanden. Dat kwam van beide kanten: zowel vanuit het marktperspectief als vanuit het arbeidsrechtelijke perspectief.

In het marktperspectief waren Europese economische vrijmaking en concurrentie niet gebaseerd op een voorafgaande harmonisatie van nationale arbeidskosten. Verondersteld werd dat verschillen in arbeidskosten – zijnde loonkosten en reguleringskosten – zouden convergeren naarmate de Europese markt zich integreerde ⁽³⁾. Marktwerking zou via concurrentie tussen nationale arbeidsstelsels een opwaartse spiraal van geleidelijke convergentie en gemeenschappelijke welvaartsgroei faciliteren. Vanuit die optiek zijn verschillen in nationaal arbeidsrecht geen probleem, maar juist een hefboom voor economische marktintegratie. De interne markt vergt en verwelkomt de confrontatie en concurrentie tussen nationale arbeidskosten als een natuurlijk proces van organische marktwerking dat uiteindelijk tot gemeenschappelijke vooruitgang moet leiden, ook op sociaal vlak.

In het arbeidsrechtelijke perspectief pionierde Europa met een marktvriendelijke duiding van het arbeidsrecht zelf. In de rechtstradities van de meeste Europese lidstaten is het arbeidsrecht existentieel marktavers en marktcorrigerend. Met zijn oorsprong in de reactie tegen de 19de-eeuwse "laissez faire"-industrialisatie, voortgezet met een doorgedreven rol voor collectief overleg na de Tweede Wereldoorlog, beoogt het na-

(1) De materie werd bijgehouden tot 1 maart 2013.

(2) In deze bijdrage wordt systematisch de generieke term "Europese Unie" gebruikt, ongeacht de fase van Europese integratie en de verschillende institutionele evoluties die ons uiteindelijk de Unie hebben gebracht.

(3) D. ASHIAGBOR, "Embedding Trade Liberalization in Social Policy: Lessons from the European Union?", 32 *Comp. Labor Law & Pol'y Journal* 2011, (373) 379.

tionale arbeidsrecht traditioneel een inperking van marktwerking met minimale rechten voor werknemers en een sterke rol voor hun vertegenwoordigers. Het Europese arbeidsrecht is daarentegen geenszins bezwaard met een a-priorische marktaversie. Wel integendeel: zowel het vrije verkeer van werknemers als de gelijke behandeling van mannen en vrouwen – de historische vertrekpunten van het Europese arbeidsrecht in het Verdrag van Rome – zijn manifest instrumenten voor marktwerking en ter ondersteuning van marktcreatie, eerder dan een correctie daarop.

Die Europese consensuele duiding van arbeidsregels als instrumenten die de marktwerking schragen, veeleer dan de markt te corrigeren of te remmen, gaat ook verder dan het vrijmaken van arbeidsgrenzen en het verbieden van individuele opdeling door discriminatie bij arbeid. Zij reikt ook tot het terrein van klassieke arbeidsrechtelijke garanties die, wanneer gelezen met een nationale bril, op duidelijke marktcorrecties lijken. De basisversies van de Europese richtlijnen die werknemers garanties bieden bij collectief ontslag, bij de insolventie van hun werkgever en bij overgang van onderneming, kwamen alle tot stand als een uitoefening van de toenmalige Europese bevoegdheid voor de vestiging en werking van de gemeenschappelijke markt⁽⁴⁾. Er waren op dat moment natuurlijk weinig andere Europese bevoegdheden dan de marktbevoegdheid. Maar het feit dat die marktbevoegdheid de creatie van arbeidsrechten kon genereren, illustreert een visie op marktwerking die verder gaat dan ongebreidelde concurrentie en die integendeel bepaalde arbeidsbescherming als een bouwsteen van de interne markt aanwendt⁽⁵⁾. In dezelfde zin werd de fameuze Detacheringsrichtlijn 1996/71 aangenomen ter ondersteuning van de marktwerking door vrij verkeer van diensten, niettegenstaande ze dat vrije verkeer aan minimale arbeidsregels onderwerpt. De garantie van minimale arbeidsregels in het ontvangstland van het dienstenverkeer werd door de toenmalige Europese wetgever opgelegd met de uitdrukkelijke bedoeling het dienstenverkeer te bevorderen⁽⁶⁾. Ook deze richtlijn illustreert dus de Europese vereniging van werknemersgaranties en concurrentie onder één gemeenschappelijk marktdeel.

Dat concurrentie op zich een noodzakelijke maar geen voldoende voorwaarde is voor de vorming van een Europese interne markt werd overigens al in het oorspronkelijke Verdrag van Rome erkend. Het toenmalige verdragsartikel voor gelijke beloning van mannen en vrouwen werd precies ingevoerd om de ontwrichtende marktschok van directe loonconcurrentie tussen Duitsland en Frankrijk te vermijden⁽⁷⁾. De creatie van een Europese Investeringsbank onderstreepte dan weer de noodzaak van industrieel beleid om economische convergentie ook via overheidsinterventie te ondersteunen. De Europese agenda voor een geïntegreerde interne markt heeft steeds onderkend dat pure marktintegratie transitiechokken kan genereren die het integratieproces zelf kunnen fnuiken. Precies daarom kunnen interventies en garanties nodig zijn die, niettegenstaande ze de vrije marktwerking als zodanig begrenzen, uiteindelijk precies die marktwerking zullen dienen. Sociale bescherming en economische eenmaking zijn derhalve verzoenbaar als twee kanten van dezelfde Europese marktmedaille. Wat doorgaat voor “sociaal beleid” kan evengoed als economisch beleid worden gezien.

(4) Toenmalig artikel 100 EEG-Verdrag.

(5) Vgl. B. DE WITTE, “Non-market values in internal market legislation”, in N.N. SHUIBHNE (ed.), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006, 61 e.v.

(6) Zie randnummer 5 in de preambule.

(7) Zie C. BARNARD, *EC Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Dit Europese verzoeningsmodel over arbeid en markt is evenwel geleidelijk tot een conflictmodel geëvolueerd. De conflictdrijvers zijn politiek, economisch en juridisch. Politiek is de initiële bevoegdheidsdemarcatie tussen de Europese Unie en haar lidstaten verwaterd. De dagen dat Europa alleen voor een economische markt stond en dat de lidstaten soeverein hun sociale beleid konden bepalen, liggen achter ons. Het sociale beleid zit intussen zelf ook onder de Europese paraplu en het ontmoet daar het alomtegenwoordige economische Europa, met grensgeschillen tot gevolg. De uitbreiding van Europa naar het Oosten heeft daarbij voor een belangrijke dynamiek gezorgd. De Europese Unie is het toneel van een zelfgeorganiseerde interne globalisering, met enorme verschillen in economische ontwikkeling en sociale garanties tussen lidstaten. Door die plotse interne diversiteit is het conflict tussen marktwerking en arbeidsbescherming in de Europese constructie, voordien nog latent en beheersbaar, nu zeer manifest en onbeheersbaar geworden. We beleven thans – en voor het eerst – een echte fase van marktgedreven Europese convergentie en transitie, met echte spanning tussen verworven sociale bescherming en nieuwe economische integratie. Bovenop die veranderde politieke en economische grondstroom, is het juridische instrumentarium nog niet tot volledige wasdom gekomen. Het Hof van Justitie is de afgelopen jaren herhaaldelijk als arbiter moeten optreden. Maar het overzicht van rechtspraak waaraan dit artikel gewijd is, toont een weifelende koers zonder duidelijke lijn en met de nodige ongerijmdheden. Daarbovenop is de basisoriëntatie van het constitutionele Europese verdrag in beweging sinds het Verdrag van Lissabon, maar met een onduidelijke eindbestemming.

In wat volgt, proberen we de lijnen van het bestaande contentieux te trekken. Dit is geen oefening in precieze rechtspraakdissectie, maar een poging tot reductie en conceptualisering: pijnpunten blootleggen en ankerpunten identificeren in wat voorsnog een organisch proces zonder eindconclusie is. We systematiseren de spanning tussen marktrecht en arbeidsrecht in vier verschillende modellen van conflictbeslechting. Aansluitend wordt stilgestaan bij de mogelijke betekenis van het Verdrag van Lissabon. We besluiten met een evaluatie en met een eindafweging die ook het overweldigende belang van de eurocrisis voor onze problematiek onderstreept en illustreert.

II. MODELLEN VOOR CONFLICTBESLECHTING

Hoe moeten we omgaan met een gebeurlijk conflict tussen arbeidsbescherming en marktwerking in het Europese recht? Het vigerende recht biedt geen duidelijk of eenduidig antwoord op deze vraag. Wel integendeel, gaande van het ene uiterste van arbeidssoevereiniteit tot het andere uiterste van marktsoevereiniteit, kunnen niet minder dan vijf mogelijke modellen voor conflictbeslechting geïdentificeerd worden. We overlopen ze in een oplopende schaal van marktgewicht en toetsen ze telkens aan de bestaande jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (EHJ).

a. Model 1: arbeid is geen koopwaar

“Arbeid is geen koopwaar”: aldus het heldere officiële motto van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO). Het bereiken van de omstandigheden waarin alle mensen hun materiële welzijn en spirituele ontwikkeling in vrijheid, eerbied, economische zekerheid en gelijkheid van kansen kunnen nastreven, moet voor de IAO “de centrale doel-

stelling van nationaal en internationaal beleid (zijn)⁽⁸⁾. Wie deze beginselen, vervat in de universele Grondwet van de IAO, naar de letter leest en volgt, heeft een simpele *deus ex machina* voor de verhouding tussen markt en arbeid. Aangezien arbeid geen koopwaar is, kan hij niet aan een marktlogica worden onderworpen. En aangezien de centrale doelstelling van elk beleid moet gericht zijn op zekerheid en gelijkheid, is het ondenkbaar dat de kille logica van marktwerking of marktrecht de warme bescherming van arbeidsrecht zou kunnen breken. Het mogelijke conflict tussen arbeidsrecht en marktrecht wordt *a priori* ontijdend door een natuurlijke soevereiniteit van het arbeidsrecht: er kan geen conflict zijn omdat arbeid buiten de marktlogica moet blijven. Arbeidsrecht is onaantastbaar. Klaar is Kees.

Het is wellicht tekenend voor de politieke waarde van de IAO en voor de juridische waarde van haar hooggestemde Grondwet, waarvan overigens alle Europese landen ondertekenaars zijn, dat de evidente suprematie van arbeidsbescherming nooit een voet aan de grond heeft gekregen in het recht van de Europese Unie. Met enige inspanning vindt men wel de nodige arbeidsjurist die vanop de nationale kansel verklaart dat concurrentierecht alleen de markt voor producten en diensten betreft, en de arbeidsmarkt dus niet raakt⁽⁹⁾. Maar de scheiding tussen producten, diensten en arbeid is artificieel. Er zijn geen producten of diensten denkbaar zonder arbeid. Elke open markt voor producten en diensten impliceert dus concurrentie tussen de arbeidsvoorwaarden die aan de basis daarvan liggen. Het is precies die intrinsieke concurrentie die de bedding is van het merendeel van de recentste Europese rechtspraak over dienstenverkeer, die hieronder nog belicht wordt.

Het EHJ zelf is er nooit voor teruggedeinsd om arbeidsmateries vanzelfsprekend in markttermen te bekijken, in plaats van ze daarvan vanzelfsprekend gescheiden te achten. In de context van *staatssteun* heeft het EHJ systematisch geoordeeld dat maatregelen voor de bevordering van werkgelegenheid en/of het verlagen van loonkosten als gewone staatssteun behandeld moeten worden, ongeacht hun sociale doelstelling⁽¹⁰⁾. Directe loonkostenverminderingen worden over dezelfde kam geschoren als andere subsidies: beide verminderen immers de lasten die normaliter op het budget van een onderneming wegen en beïnvloeden derhalve haar concurrentiepositie⁽¹¹⁾. De beoordeling van staatssteun voor tewerkstelling door het prisma van het marktrecht is zo natuurlijk geworden dat de Europese Commissie ze heeft gestroomlijnd via een voorwaardelijke groepsvrijstelling. De bewuste verordening vertrekt uitdrukkelijk van de premisse dat arbeidskosten ondernemingskosten zijn, zodat tewerkstellingshulp concurrentiegevolgen impliceert⁽¹²⁾.

(8) Declaration of Philadelphia concerning the aims and purposes of the ILO.

(9) Zie en vgl. F. GAMILLSCHEG, *Kollektives Arbeitsrecht*, München, Beck, 1997, 692; A. LYON-CAEN, "Droit social et droit de la concurrence", in *Les orientations sociales du droit contemporain. Liber amicorum Jean Savatier*, Paris, PUF, 1992, 331-332.

(10) Bijvoorbeeld HvJ 29 februari 1996, C-56/93, (1996) ECR I-723; HvJ 26 september 1996, C-241/94, (1996) ECR I-4551; HvJ 29 april 1999, C-342/96, (1999) ECR I-2459; HvJ 17 juni 1999, C-75/97, (1999) ECR I-3671.

(11) HvJ 1 december 1998, *Ecotrade*, C-200/97, (1998) ECR I-7907, par. 34.

(12) Verordening (EG) Nr. 800/2008 van 6 augustus 2008; voordien Verordening (EG) Nr. 2204/2002. Voor een algemeen overzicht, zie K. BACON, *European Community Law of State Aid*, Oxford, Oxford University Press, 2009; C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, Oxford, Portland, Oxford University Press, 2009.

Dezelfde marktoriëntatie heeft het EHJ ertoe gebracht de markt voor *arbeidsbemiddeling* open te breken. Traditioneel was arbeidsbemiddeling een monopolie van de overheid, in overeenstemming trouwens met een IAO-verdrag. Dat monopolie is gesneuveld in een veldslag met het Europese marktrecht. Het Hof van Justitie volgt opnieuw een simpele marktlogica: arbeidsbemiddeling is het matchen van vraag en aanbod, zijnde een economische activiteit in de zin van het Europese marktrecht⁽¹³⁾. De bijzondere aard en finaliteit van arbeidsbemiddeling zijn onvoldoende om haar uit te sluiten van de Europese regels voor dienstenverkeer. Arbeid blijft andermaal economie, al kan de impact van arbeidsbemiddeling op de arbeidsmarkt en op de beroepsbevolking een bijzondere beleidsdoelstelling en daaraan proportionele maatregelen legitimeren⁽¹⁴⁾. Het eindresultaat is een markt vol uitzendkantoren in co-existentie met publieke diensten, alsook een nieuw IAO-verdrag dat het dogma van het overheidsmonopolie – IAO-Grondwet of niet – toch opgeeft⁽¹⁵⁾.

“Arbeid is geen koopwaar” is dus duidelijk een leuze met weinig aanhangers in Luxemburg of Brussel. Uitzonderlijk reflecteert het Europese recht wel een regeling die in die richting gaat. Dat is het geval met de Richtlijn 2000/78. Deze richtlijn verbiedt leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid. Desondanks “(...) kunnen (...) verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in (...) objectief en *redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel (...) van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn*”⁽¹⁶⁾. De richtlijn neemt gelijke behandeling bij arbeid als principe, en de werking van de arbeidsmarkt als afwijking. Ze doet voor rechtstreekse leeftijdsdiscriminatie wat het Europese discriminatierecht in het algemeen doet voor onrechtstreekse discriminatie: een vermoede discriminatoire behandeling alsnog rechtvaardigen, onder vereisten van effectiviteit en proportionaliteit, door nationaal beleid van arbeidsmarktwerking. Arbeidsregels staan voorop en de marktwerking onderwerpt zich eraan. Dichter bij de IAO komt de EU zelden, ook al dient de beschermde arbeidsregel van non-discriminatie uiteraard ook zelf de Europese marktwerking.

b. Model 2: arbeid is vrijgesteld van marktrecht

De rechtspraak die hierboven werd toegelicht, is een klassieke accommodatie van niet-economisch beleid onder een anderszins toepasselijk economisch referentiekader, met als vertrekpunt de economische duiding van het voorwerp van het niet-economische beleid, namelijk arbeid en arbeidsmarkt. Arbeid is wel degelijk koopwaar en zijn organisatie betreft dus een economische activiteit. Vanuit die premisse hanteert het Hof van Justitie een transversale toepassing van het Europese marktrecht op alle economische sectoren en activiteiten. Het laat zich niet afleiden door de specificiteit van een bepaalde sector of activiteit, zolang die maar intrinsiek als een economische activiteit beschouwd kan worden. De bijzondere aard van een bepaalde economische sector kan hem dus niet *a priori* onttrekken aan het marktrecht, maar kan wel een aan-

(13) Bijvoorbeeld HvJ 30 april 1974, *Sacchi*, 155/73, (1974) ECR 409; HvJ 23 april 1991, *Höfner*, C-41/90, (1991) ECR I-1979; HvJ 11 december 1997, *Job Centre*, C-111/94, (1997) ECR I-7119.

(14) Bijvoorbeeld HvJ 3 december 1974, *Van Binsbergen*, 33/74, (1974) ECR 1299; HvJ 18 januari 1979, *Wesemael*, 110 en 111/78, (1979) ECR 35; HvJ 17 december 1981, *Webb*, 279/80, (1981) ECR 3305.

(15) IAO-Verdrag nr. 181 van 19 juni 1997.

(16) Artikel 6.

gepaste behandeling wettigen die tegemoetkomt aan de betrokken legitieme, niet-economische doelstellingen. Het is de archetypische houding die het Europese recht ook aanneemt voor andere beleidsdomeinen met een niet-economische finaliteit⁽¹⁷⁾. Die traditionele aanpak kreeg evenwel een opdonder met een reeks arresten over de positie van collectieve arbeidsovereenkomsten (cao) in het Europese competitieright.

Voor wie een economische logica hanteert, is de verhouding tussen cao's en competitieright evident problematisch. Een cao over loon en andere arbeidsvoorwaarden belemmert de concurrentie op de arbeidsmarkt, aangezien werknemers en werkgevers respectievelijk geen arbeid kunnen vragen of aanbieden beneden de minimumvoorwaarden. De basisdoelstelling van een cao die het ondernemingsniveau overstijgt, is juist het uitsluiten van concurrentie over arbeid, althans naar de bodem. Als zodanig gelijken cao's op prijskartels, omdat ze prijsconcurrentie via controle van de productiefactor arbeid beperken. Daarenboven is de positie van de vakbonden bij de onderhandelingen – zowel aan werknemerszijde als aan werkgeverszijde – vaak van monopolistische of oligopolistische aard⁽¹⁸⁾. Precies omdat cao's intrinsiek concurrentie rond arbeid inperken, kennen vele westerse landen met een traditie van collectief overleg – waaronder diverse lidstaten van de Europese Unie – daarvoor een specifiek wettelijk regime dat als een wettelijke uitzondering op het concurrentieright kan gelden. De Europese Unie kent zo'n regime evenwel niet. Het was dan ook bibberen voor de vakbeweging toen de vraag naar de verenigbaarheid van cao's met het Europese competitieright uiteindelijk op de tafel van het EHJ belandde via de Nederlandse pensioenzaak *Albany*⁽¹⁹⁾.

Voor de onbevooroordeelde observator met kennis van de Europese precedenten was het verwachte verloop van de analyse voorspelbaar: vertrekkend van een overkoepelende marktcontext zou het Hof de cao toetsen aan het materiële toepassingsgebied van het Europese competitieright, om in geval van toepassing een mogelijke legitimatie te ontwikkelen. Maar het Hof heeft een verrassing in petto. Op basis van een redenering die zowel analytisch als juridisch de commentatoren heeft verbaasd, besluit het Hof cao's *per definitie* vrij te stellen van de toepassing van het Europese competitieright. Het Hof doet zelf voor de Europese Unie wat landen via bijzondere wetgeving hebben gedaan: collectieve arbeidsovereenkomsten als een bijzondere categorie van overeenkomsten uitzonderlijk maar algemeen onttrekken aan de toepassing van het competitieright. Met één pennentrek wordt het sociaal overleg gevrijwaard van elke interferentie van het Europese competitieright. Alleen de afbakening van de "cao" als een collectief onderhandelde overeenkomst tussen sociale

(17) Zie bv. A.M. VAN DEN BOSSCHE, "CAO's en mededingingsrecht" in M. RIGAUX en P. HUMBLET (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 6*, Antwerpen, Intersentia, 2001, (673) 685-686 en de verwijzingen daar.

(18) Zie F. GAMILLSCHEG, *Kollektives Arbeitsrecht*, München, Beck, 1997, 692; M. MOK, "Kartel en collectieve arbeidsovereenkomst" in *Hedendaags arbeidsrecht. Liber amicorum G. Levenbach*, Alphen aan den Rijn, Samsom, 1966, 242, 248 en 251.

(19) HvJ 21 september 1999, *Albany*, C-67/96, (1999) ECR I-5751; HvJ 21 september 1999, *Brentjens*, C-115/97 tot C-117/97, (1999) ECR I-6025; HvJ 21 september 1999, *Drijvende Bokken*, C-219/97, (1999) ECR I-6121; HvJ 12 september 2000, *Pavlov*, C-180/98 tot C-184/98, (2000) ECR I-6451; HvJ 21 september 2000, *van der Woude*, C-222/98, (2000) ECR I-7111.

partners (aard) voor het regelen van loon- en arbeidsvoorwaarden (doel) begrenst de "arbeidsvrijstelling" ten aanzien van het competitie recht ⁽²⁰⁾.

Albany en de navolgende gelijkgestemde arresten hebben voor grote opluchting gezorgd in de hele Europese vakbeweging. Maar de overwinning van het sociaal overleg is er één met een zure nasmaak. Het Hof opent weliswaar de trukendoos met een groepsvrijstelling voor de cao, maar doet dat met de uitdrukkelijke premisse dat de cao per definitie het competitie recht tart ⁽²¹⁾. Dit is dus geen IAO-rechtspraak: het uitgangspunt van de vrijstelling is niet de natuurlijke immuniteit van de cao ten aanzien van een verdreven competitie recht, maar juist het intrinsieke conflict met een toepasselijk competitie recht. Met andere woorden: het Hof onderstreept opnieuw dat arbeid wel degelijk koopwaar is. Zodra de grens van de vrijstelling is bereikt, herneemt het marktrecht en volgt een schier onvermijdelijke schending daarvan. Ten aanzien van het Europese mededingingsrecht genieten collectieve arbeidsovereenkomsten een uitzonderingsstatus die hen weliswaar vrijwaart, maar die ook hun intrinsiek-problematische karakter bevestigt.

Daarenboven lijkt het Hof duidelijk niet van plan nog meer groepsvrijstellingen uit zijn mouw te schudden. Het is daarentegen zorgvuldig in de afbakening van de cao-vrijstelling, die een unieke uitzondering in het Europese competitie recht blijft. In latere rechtspraak heeft het Hof de grenzen van die uitzondering overigens vrij strikt toegepast tot de sfeer van het pure mededingingsrecht. Zo heeft het Hof geoordeeld dat cao's toepasselijke regels voor overheidsopdrachten moeten respecteren ⁽²²⁾, als ook de principes van het vrije verkeer ⁽²³⁾. De mededingingsimmuniteit is dus de *species* die het *genus* van onderwerping aan marktrecht onderstreept. Het is zelfs niet uitgesloten dat de natuurlijke terugvalpositie naar het marktrecht ook onrechtstreeks de mededingingsimmuniteit zelf afkalft. Zodra de mededingingsbeperking – die het Hof dus per definitie aan cao's verbindt – een belemmering voor het vrije verkeer uitmaakt, zal die minstens vanuit die laatste invalshoek legitimatie vergen, waardoor de onvoorwaardelijke mededingingsimmuniteit langs een omweg voorwaardelijk wordt.

De voorwaardelijke mededingingsimmuniteit voor cao's is een *Sonderstatus* die het EHJ creatief uit de Europese basisverdragen heeft geconstrueerd. Het is de gemakkelijksoplossing voor onze conflictvraag. Ze vergt geen moeilijke evenwichtsoefening door de gelijke combinatie van arbeidsrecht en marktrecht: beide blijven parallel gelden. Mogelijke onderlinge tegenstellingen worden via een uitzonderingsstatuut structureel ontmi jnd. Politiek is het een elegante ontwijkingsstrategie die de conflictvraag juridisch ontloopt zonder ze economisch op te lossen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de Europese wetgever zich al eens tot eenzelfde manoeuvre laat verleiden. Zo verklaart de zogenaamde "Monti-verordening", die het vrije verkeer

(20) Zie M. DEVOS, "European Social Dialogue and European Competition Law: an Inherent Contradiction?" in M. DE VOS (ed.), *A Decade Beyond Maastricht: the European Social Dialogue Revisited*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, 53-87.

(21) HvJ 21 september 1999, *Albany*, C-67/96, (1999) ECR I-5751, par. 59: "een zekere mededingingsbeperkende werking (...) is (eigen) aan collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties (...)".

(22) HvJ C-271/08, *Commissie v. Duitsland*.

(23) HvJ C-271/08, *Commissie v. Duitsland*; HvJ C-37/09, *Prévoyance*. Zie ook hieronder, met betrekking tot de rechtspraak in *Laval* en *Viking*.

van goederen regelt: “Deze verordening mag niet zo worden geïnterpreteerd dat zij op enigerlei wijze afbreuk doet aan de uitoefening van de grondrechten (...) met inbegrip van het stakingsrecht of de stakingsvrijheid (...)”⁽²⁴⁾. De Europese wetgever geeft daarmee een politiek signaal dat het marktrecht geen fundamente van het arbeidsrecht mag breken. De juridische waarde van dat signaal is echter beperkt. Vrij verkeer van goederen steunt immers op het primaire en direct werkende recht van het Europese basisverdrag. Of arbeidsrechten effectief gevrijwaard blijven van inmening door vrij verkeer moet dus beslecht worden op basis van verdragsinterpretatie. Wanneer het Hof van Justitie daarbij dan geen immuniteit formuleert, moet de andersluidende boodschap van het afgeleide recht van een verordening zonder meer genegeerd worden.

Zolang het primaire recht niet volgt, is elke poging tot uitzonderingsstatus via het afgeleide recht dus wezenlijk doodgeboren. Dat is ook de onvermijdelijke kanttkening bij het doodgeboren ontwerp van “Monti II-verordening”, dat de vrijstelling uit “Monti I” wil doortrekken voorbij goederen tot in het domein van het dienstenverkeer. Zoals hieronder wordt toegelicht, hanteert het EHV geenszins een dergelijke vrijstelling bij de interpretatie van de verdragsartikelen over vrij verkeer van diensten. Zolang die rechtspraak overeind blijft, is marktimmuniteit uitgesloten en is “Monti II” dus een slag in het water. Alleen door het primaire verdragsrecht zelf in vraag te stellen – via verdragswijziging, verdragsinterpretatie, of via nationale grondwettelijke contestatie – kan eventueel een ruimte ontstaan die dan door het afgeleide recht kan worden ingevuld⁽²⁵⁾.

c. Model 3: arbeid en markt in evenwicht

De voorgaande modellen voor conflictbeheersing zijn beide voorkeursmodellen die arbeid hetzij principieel, hetzij voorwaardelijk onttrekken aan marktinterferentie. Het volgende stadium in de oplopende schaal van marktgewicht laat elk preferentieel statuut achter zich en gaat voor een evenwicht onder gelijken. In deze benadering zijn arbeid en markt gelijkwaardige bouwstenen in één en dezelfde Europese configuratie zonder uitgesproken predestinatie, zodat gebeurlijke conflicten tussen beide beslecht moeten worden via een balansoefening die beide domeinen als equivalent respecteert. Het Hof van Justitie heeft dit model benaderd in een enkel geschil over de verhouding tussen economische vrijheden en sociale grondrechten.

In de zaak *Schmidberger* stond de gelijknamige transportfirma tegenover een Oostenrijk dat grensblokkades aan de beruchte Brennerpas had toegelaten, met schade voor de firma tot gevolg. Schmidberger dagvaardde de Oostenrijkse Staat, stellende dat de autoriteiten hun verplichting om het vrije verkeer van goederen te waarborgen niet waren nagekomen en daarvoor tegenover haar aansprakelijk waren voor zover zij haar hadden verhindert met voertuigen over de normale transitroute te rijden. Schmidberger vorderde schadevergoeding voor periodes van stilstand, gederfde inkomsten en bijkomende, daarmee samenhangende kosten. Oostenrijk argumen-

(24) Art. 2 Vo 2679/98.

(25) Zie N. BRUUN en A. BÜCKER, “Critical assessment of the proposed Monti II regulation – more courage and strength needed to remedy the social imbalances”, ETUI Policy Brief n° 4/2012; F. DORSSEMONT, “De ontwerp-Verordening Monti II, oude wijn(azijn) in nieuwe zakken?”, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2012 (11).

terde dat de autoriteiten, na afweging van de verschillende betrokken belangen, een redelijke beslissing hadden genomen en terecht tot de conclusie waren gekomen dat het onvervreembare democratische recht van betogers om te vergaderen in dit geval kon worden uitgeoefend zonder ernstige of blijvende hinder voor het langetermijnsverkeer. Het EHV moest zich dus buigen over een conflict tussen het vrije verkeer van goederen en de rechten op vrijheid van meningsuiting en op vrijheid van vreedzame vergadering. Het Hof identificeert beide conflicterende principes als fundamenteel maar niet absoluut, zijnde beide vatbaar voor beperkingen. Het komt tot de volgende conclusie: "In die omstandigheden moeten de betrokken *belangen tegen elkaar worden afgewogen en moet aan de hand van alle omstandigheden van elk afzonderlijk geval worden nagegaan of een juist evenwicht tussen die belangen is geëerbiedigd.*"⁽²⁶⁾

De geciteerde passage suggereert een evenwichtsbenadering waarbij conflicterende beginselen in een harmonie van co-existentie zonder hiërarchie met elkaar verzoend moeten worden. Maar wanneer het Hof vervolgens tot de verzoening overgaat, tapt het plots uit een ander vaatje. Het Hof overweegt namelijk dat "moet worden nagegaan of de beperkingen op het intracommunautaire handelsverkeer evenredig zijn met de nagestreefde legitieme doelstelling, *in casu* de bescherming van de grondrechten"⁽²⁷⁾. Wat begint als een balans tussen gelijke economische vrijheden en sociale grondrechten, eindigt dus in de constructie van het grondrecht als een te rechtvaardigen beperking van de economische vrijheid. Het Hof vereist geen vergelijkbare toetsing van de economische vrijheid als een te rechtvaardigen interferentie met de uitoefening van het grondrecht. Het predikt gelijkwaardigheid, maar praktiseert ondergeschiktheid. De uitoefening van een grondrecht moet als een belemmering van vrij verkeer worden gerechtvaardigd volgens de daarvoor klassieke criteria van legitiem doel, effectiviteit en proportionaliteit.

De oorsprong van de belemmering in de beoefening van een grondrecht kan deze courante rechtvaardigingstoets wel gemakkelijker vervuld laten. Het Hof beklemtoont in *Schmidberger* een "ruime beoordelingsbevoegdheid" voor de bevoegde nationale autoriteiten, waarna het doodleuk zelf de beoordeling doet. Het is daarbij opvallend hoe het zich flexibel opstelt ten aanzien van het vereiste van *proportionaliteit* tussen de veronderstelde legitieme belemmering van het vrije verkeer en de beoogde finaliteit. Normaliter mag elke belemmering van vrij verkeer niet verder gaan dan noodzakelijk is en moeten lidstaten de economische vrijheid dus maximaal vrijwaren. Precies op dat vlak beklemtoont het Hof echter een ruime beoordelingsmarge voor de lidstaten en introduceert het opnieuw de nood aan belangenafweging: "nationale autoriteiten moeten weliswaar pogen de gevolgen die een betoging op de openbare weg onvermijdelijk heeft voor het wegverkeer zoveel mogelijk te beperken, maar dit neemt niet weg dat zij dit belang moeten afwegen tegen het belang van de betogers, die de aandacht van de publieke opinie willen vestigen op de doelstellingen van hun actie." Daarom kon Oostenrijk van oordeel zijn "dat een eenvoudig verbod van de betoging een ontoelaatbare inmenging zou zijn geweest in de grondrechten van de betogers om te vergaderen en in het openbaar vreedzaam hun mening te verkondigen"⁽²⁸⁾.

(26) HvJ 12 juni 2003, C 112/00 *Schmidberger* [2003] ECR I 5659, par. 81, eigen cursivering.

(27) *Ibid.*, par. 82.

(28) *Ibid.*, par. 89-90.

Kort na *Schmidberger* kreeg het EHV opnieuw de gelegenheid zijn positie over de verhouding tussen economische en niet-economische beginselen te bepalen. De firma *Omega Spielhallen* wilde in Bonn een "Laserdrome" uitbaten waar onder andere met een laserspel gesimuleerde dodingshandelingen zouden plaatsvinden. De politie verbood de exploitatie wegens bedreiging van de openbare orde, waarvan de handhaving ook de bescherming van de menselijke waardigheid zou omvatten. Omega riposteerde door zich op het vrije verkeer van diensten te beroepen, aangezien het onder franchise een door Pulsar ontwikkeld en in het Verenigd Koninkrijk wettig in de handel gebracht spelmodel wenste te exploiteren. Het Hof valt meteen in *Schmidberger*-modus terug. Grondrechten zijn algemene rechtsbeginselen van de Europese rechtsorde; lidstaten zijn gehouden hen te eerbiedigen. Derhalve vormt de bescherming van die rechten een rechtmatig belang, dat potentieel een rechtvaardiging kan vormen voor een beperking van door het gemeenschapsrecht opgelegde verplichtingen, inclusief fundamentele vrijheden zoals de vrijheid van dienstverrichting. Vervolgens komt het Hof snel tot de conclusie van een effectief gerechtvaardigde belemmering, vaststellend dat enkel de laserspelvariant waarbij het "doden van mensen wordt gesimuleerd" werd verboden, zodat "niet verder is gegaan dan noodzakelijk is om het door de bevoegde nationale autoriteiten beoogde doel te bereiken"⁽²⁹⁾.

Zowel *Schmidberger* als *Omega* landen in het voordeel van grondrechten boven economische vrijheden. Maar de overwinning is bitterzoet omdat het Hof van Justitie een conflict dat het eerst uitdrukkelijk in termen van botsende gelijkwaardige beginselen kwalificeert, alsnog oplost door het grondrechtbeginsel als een te rechtvaardigen belemmering van het beginsel van economische vrijheid te behandelen. In *Schmidberger* geeft het Hof weliswaar nog uitdrukkelijk meer dan gebruikelijke beoordelingsmarge voor het inschatten van de proportionaliteit van de veronderstelde belemmering. In *Omega* gebruikt het, zonder verdere toelichting, de normale en striktere toets van een belemmering die "noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken".

Al bij al een weinig coherente en zelfs verwarrende rechtsvinding. Het Hof van Justitie is niet consequent met zichzelf: een conflict dat geduid wordt als een clash tussen evenwaardige beginselen kan niet worden beslecht door het ene beginsel als een te rechtvaardigen uitzondering op het andere te behandelen. Ofwel moet het Hof kleur bekennen en de economische vrijheden van het marktrecht als superieure beginselen van de communautaire rechtsorde hanteren, ofwel moet het Hof zijn criterium voor conflictbeslechting omvormen van een te rechtvaardigen uitzondering naar een te bereiken balans. Het Hof doet geen van beide. Het blaast warm en koud tegelijk: het bewijst de grondrechten lippendienst, maar bedient uiteindelijk de economische vrijheden. Die interne spagaat komt pijnlijk en met de nodige controverse aan de oppervlakte in de bruisende rechtspraak over detachering en dienstenverkeer, waarin het primaat van de markt onmiskenbaar op het voorplan komt.

d. Model 4: de markt primeert, arbeid is de uitzondering

Het gros van de Europese rechtspraak over de wisselwerking tussen arbeidsrecht en marktrecht in de Europese Unie wordt gedreven door een vorm van dienstenverkeer dat arbeidsverkeer impliceert: de detachering van werknemers. De basisconfiguratie

(29) HvJ 14 oktober 2004, C-36/02.

is een dienstenverkeer dat gepaard gaat met de tijdelijke aanwezigheid in het ontvangstland van werknemers afkomstig uit de arbeidsmarkt van het herkomstland. Meestal gaat het om werknemers van de dienstverrichter zelf, die voor het verlenen van gecontracteerde diensten tijdelijk uitgezonden worden naar het grondgebied van het ontvangstland waar de klant van de dienstverrichter aanwezig is. Het uitzenden en ter beschikking stellen van werknemers kan ook zelf de geleverde dienst uitmaken, in welk geval arbeidsverkeer en dienstverkeer volledig samenvallen. Daargelaten een eventueel misbruik van dienstenverkeer dat zou dienen als dekmantel voor eigenlijk werknemersverkeer, is detachering van werknemers in principe geen werknemersverkeer in de zin van het EU-Verdrag. De betrokken werknemers zijn immers alleen onderdeel van een tijdelijk dienstenverkeer en penetreren als zodanig niet de arbeidsmarkt van het ontvangstland⁽³⁰⁾.

Precies dat onderscheid tussen werknemers die de arbeidsmarkt van een ontvangstland betreden en werknemers die alleen als onderdeel van dienstenverkeer fysiek in het ontvangstland aanwezig zijn, is de draaischijf geworden van een hele evolutie in Europese wetgeving en rechtspraak. Het pompde hart van die evolutie is de uitbreiding van de Europese Unie naar nieuwe en armere landen in Centraal- en Oost-Europa, met overgangsmaatregelen die weliswaar het vrije verkeer van werknemers maar niet het vrije verkeer van diensten aan banden leggen. Geconfronteerd met de gesloten voordeur van de arbeidsmarkt, kunnen werknemers uit de nieuwe lidstaten alsnog via de achterdeur van tijdelijk dienstenverkeer economisch actief worden op het grondgebied van de oude en rijkere lidstaten. Aangezien ze daarbij niet formeel als werknemers in de lokale arbeidsmarkt staan, bestaat het gevaar dat ze – met toepassing van de regels van het internationaal privaatrecht – kunnen ontsnappen aan de lokale en duurdere arbeidsvoorwaarden, met rechtstreekse concurrentie op basis van arbeidskosten tot gevolg. Ontvangstlanden die protesten tegen “sociale dumping” willen vermijden en hun eigen economie of arbeidsmarkt willen vrijwaren, zullen daarom geneigd zijn op het internationale dienstenverkeer de nationale arbeidsregels toe te passen die normaliter toepasbaar zouden zijn indien het wel om internationaal werknemersverkeer zou gaan. Ziedaar de contouren van een conflict tussen economisch verkeer en arbeidsbescherming, dat sinds de historische uitbreiding van de Unie in 2004 in een enorme stroomversnelling is beland.

Het is niet onze bedoeling hier een verfijnde dissectie te verrichten van de niet-aflattende stroom aan rechtspraak die de geschetste problematiek zowel op nationaal als op Europees niveau genereert⁽³¹⁾. Wij focussen op conceptualisering voor de onderzoeksvraag naar de wisselwerking tussen arbeidsrecht en marktrecht in de Europese Unie. Daarvoor beginnen we stroomopwaarts, bij het eerste arrest dat principiële stelling nam. In *Rush Portuguesa* werd het EHJ geconfronteerd met Franse regelgeving

(30) Zie bv. HvJ C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] ECR I-1417; C-49/98, C-50/98, C-52/98 tot C-54/98 en C-68/98 tot C-71/98 *Finalarte* [2001] ECR I-7831.

(31) Voor een overzicht, zie o.a. 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* 2006, 356-370; V. HATZOPOULOS, “The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005,” 43 *C.M.L. Rev.* 2006, 43, 923. Vgl. ook A. DREESEN, “Het arrest *Vicoplus* en zijn gevolgen voor de grensoverschrijdende terbeschikkingstelling van werknemers in het kader van het vrij verkeer van diensten,” *Or.* 2012, 38-49 en voor een breder beeld, zie Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009.

die dienstenverkeer met gedetacheerde werknemers vanuit Portugal op het Franse grondgebied onderwierp aan toegangsbeperkingen en die daarenboven het respect van reguliere Franse arbeidsvoorwaarden oplegde. Het Hof heeft er geen moeite mee om vast te stellen dat de beperkingen in toegang tot het grondgebied ingaan tegen de verdragsrechtelijke vrijheid van dienstenverkeer. Maar in een verrassend en zeldzaam *dictum*, uitdrukkelijk geïnspireerd door verzuchtingen van de Franse regering, verklaart het Hof boudweg dat "het gemeenschapsrecht de Lid-Staten niet belet hun wetgeving of collectieve arbeidsovereenkomsten tussen de sociale partners te laten gelden voor eenieder die – zelfs tijdelijk – arbeid in loondienst op hun grondgebied verricht, ongeacht het land van vestiging van de werkgever, evenmin als het gemeenschapsrecht de Lid-Staten verbiedt de inachtneming van deze voorschriften met passende middelen af te dwingen"⁽³²⁾.

Rush gaf lidstaten een vrijgeleide nationaal arbeidsrecht op te leggen aan dienstenverkeer dat daaraan normaliter kon ontsnappen. Wat volgde, was een voorspelbaar opbod van nationale wetgeving. De Europese Commissie rook het nationalistisch gevaar en wou het Europese dienstenverkeer stroomlijnen door een gecoördineerd antwoord. Uit de politieke molen kwam uiteindelijk de Detacheringsrichtlijn 1996/71 gedraaid. Met die richtlijn gebod de Europese wetgever wat eerder het Europees Hof alleen had gedoogd: lidstaten waren voortaan verplicht een belangrijk deel van hun nationaal arbeidsrecht *sowieso* op te leggen aan dienstenverkeer met detachering van werknemers op hun grondgebied⁽³³⁾. De Detacheringsrichtlijn was een belangrijke opsteker voor zij die rechtstreekse concurrentie op basis van arbeidsvoorwaarden uit de Europese marktwerking wilden houden. De Europese wetgever kiest duidelijk voor een vrijwaring van de duurder nationale standaarden in rijkere ontvangstlanden. Inkomende dienstverrichters die daaraan alsnog wensen te ontsnappen, moeten hun hele activiteit niet meer met eigen werknemers maar met andere zelfstandige dienstverrichters organiseren. De toename van betwistbare zelfstandigen of klare schijnzelfstandigen in diverse rijkere lidstaten is ongetwijfeld daaraan gebonden en illustreert dat het bloed van lagere kosten kruipt waar het niet gaan kan.

De hele constructie van de georganiseerde verplichting van lokale arbeidsstandaarden berustte op een eenmalig *dictum* dat het Hof van Justitie zich op een onbewaakt moment in één enkele zaak had laten ontvallen. Toen het Hof zich uiteindelijk rechtstreeks en expliciet over dezelfde rechtsvraag moest buigen, bleek het een andere en meer orthodoxe benadering genegen. Daarvoor moeten we even terugkoppelen naar het algemene recht van de interne markt. Gedreven door een bijzonder rijke Europese rechtspraak, zijn de verdragsrechtelijke principes van vrij verkeer in de loop der jaren hun oorspronkelijke verbod van nationaliteitsdiscriminatie gaan overstijgen. Als altijd bekommerd om het nuttige effect van het Europese recht, heeft het Hof de verdragsrechtelijke garantie van vrij verkeer namelijk niet alleen als een verbod van rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie gelezen, maar ook als een bescherming tegen beperkingen die niet discrimineren maar wel het verkeer kunnen hinderen. In wat intussen een standaardformule van de Europese rechtspraak is geworden, verlangt vrij dienstenverkeer aldus "niet alleen de afschaffing van elke discriminatie van de in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter op grond van diens na-

(32) C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] ECR I-1417, par. 18.

(33) Art. 3 Richtlijn 1996/71.

tionaliteit, maar tevens de opheffing van elke beperking, ook indien deze beperking zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten, wanneer deze de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig gelijksoortige diensten verricht, verbiedt of meer belemmert.” Het volstaat daarbij een potentiële belemmering of beperking te kunnen vaststellen opdat het beginsel van vrij verkeer ingeroepen zou kunnen worden ⁽³⁴⁾.

In het licht van deze hoofdstroom van de Europese rechtspraak was het maar een kwestie van tijd vooraleer de aansluiting van het zijriviertje van vrijgeleide voor nationaal arbeidsrecht bij grensoverschrijdend dienstenverkeer ter tafel zou komen. Er kan immers geen twijfel over bestaan dat de toepassing van nationaal arbeidsrecht in het ontvangstland op een dienstverrichter met personeel onder arbeidsstatuut in het herkomstland effectief een belemmering creëert in termen van kosten en complexiteit. De vraag was dus of een speciaal uitzonderingsstatuut zou worden gemaakt om “arbeid” te vrijwaren van de algemene logica van dienstenverkeer, of dat integendeel de vrijbrief in *Rush* zou worden herschreven. Het werd het laatste. Het Hof had duidelijk geen zin in een precedent dat zijn rechtspraak over vrij verkeer evident zou blootstellen aan gelijkaardige vrijstellingsverzoeken uit andere beleidshoeken dan de arbeidsmarkt ⁽³⁵⁾. Aldus wordt de toepassing van nationaal arbeidsrecht, nochtans voorgeschreven door de Detacheringsrichtlijn, *a priori* erkend voor wat het economisch is: een obstakel voor het verdragsrechtelijk gegarandeerde vrije dienstenverkeer. De volgende vraag is dan of en hoe dat problematische obstakel gerechtvaardigd kan worden. Ook daarvoor grijpt het Hof terug naar zijn standaardrechtspraak, die de volgende cumulatieve criteria hanteert ⁽³⁶⁾:

- de beperking moet een legitiem doel van hoger openbaar belang dienen;
- dat doel mag nog niet beschermd zijn door de regels waaraan de dienstverlener is onderworpen in zijn herkomstland;
- de beperking is nuttig voor het bereiken van het nagestreefde doel;
- de beperking is proportioneel, in die zin dat ze niet verder gaat dan noodzakelijk is voor het bereiken van het doel, hetwelke dus niet op een minder beperkende wijze bereikt kan worden;
- de beperking is niet discriminatoir.

Met dit verworven referentiekader is de kritieke restvraag hoe welwillend of restrictief het Hof van Justitie zich uiteindelijk opstelt in de rechtvaardigingscontrole van nati-

(34) Zie bv. de rechtspraakoverzichten in M. DE VOS, “Free Movement of Workers, Free Movement of Services and the Posted Workers Directive: a Bermuda Triangle for National Labour Standards?”, *I.c.*; P. CRAIG and G. DE BURCA, *EU Law – Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2008, hoofdstuk 22.

(35) Zie en vgl. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, Londen, Sweet & Maxwell, 2005, 234-236.

(36) Zie de overzichten in C. BARNARD, “Internal Market v. Labour Market: A Brief History”, in M. DE VOS (ed.), *European Union Internal Market and Labour Law: Friends or Foes?*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 19-42; M. DE VOS, “Free Movement of Workers, Free Movement of Services and the Posted Workers Directive: a Bermuda Triangle for National Labour Standards?”, *I.c.*; V. HATZOPOULOS, “The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005”, *I.c.*, 923. Voor een breder beeld, zie S. GIUBBONI, *Social Rights and Market Freedoms in the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

onaal arbeidsrecht dat wordt opgelegd aan de dienstenverrichter wiens werknemers nochtans de nationale arbeidsmarkt niet juridisch betreden. Wie zich daarbij de geschetste voorgeschiedenis herinnert, weet al meteen waar het schoentje zal knellen. Het opleggen van de duurdere nationale arbeidsvoorwaarden aan buitenlandse dienstenverleners vindt zijn politieke wortels immers in het vermijden van concurrentie op arbeidskosten. Met andere woorden: het evidente motief voor het verplichten van nationale arbeidsvoorwaarden is het afschermen van de nationale arbeidsmarkt en het vrijwaren van de lokale economie. Maar dergelijke protectionistische economische doeleinden zijn onaanvaardbaar: in de context van de interne markt kunnen ze *per definitie* niet als legitiem worden aangezien⁽³⁷⁾. De koerswending van het Hof richting marktrecht leek dan ook voorbestemd om het lot van de Detacheringsrichtlijn te bezegelen. Maar dat was buiten de creativiteit van het Hof van Justitie gerekend⁽³⁸⁾.

Het Hof laat vooreerst een opening voor rechtvaardiging op grond van “oneerlijke concurrentie”, “de ontwrichting van de lokale arbeidsmarkt” of “het voorkomen van sociale dumping”⁽³⁹⁾. Die opening is echter klein, omdat concurrentie door verschillen in arbeidsvoorwaarden niet intrinsiek oneerlijk is, omdat de lokale arbeidsmarkt slechts dan wezenlijk door dienstenverkeer ontwricht kan worden wanneer dat misbruikt wordt als feitelijk werknemersverkeer en omdat het Hof het “voorkomen van sociale dumping” niet verder trekt dan het handhaven van het minimumloon. Het hoofdmotief waarmee het Hof bereid is gevonden de verplichting tot lokale arbeidsvoorwaarden als legitiem te klasseren, is *de bescherming van inkomende werknemers* zelf. Dat is uiteraard een verrassende interpretatie, aangezien het opleggen van duurdere arbeidsvoorwaarden in het ontvangstland er uitgerekend komt om de concurrentie en dus de tewerkstellingskansen voor diezelfde inkomende werknemers te verminderen. Maar dat is het macroperspectief dat aandacht heeft voor de ontwikkeling van de interne markt in zijn geheel. Het Hof gaat voor het microperspectief van het dienstenverkeer dat, ondanks het verplichte respect van lokale arbeidsvoorwaarden, alsnog de grens van het ontvangstland oversteekt. Voor de daarbij uitgezonden werknemers zijn de lokale arbeidsvoorwaarden dan in de regel uiteraard een bijkomende bescherming, omdat ze nu eenmaal duurdere zullen zijn.

Datgene wat het dienstenverkeer drijft – namelijk kostenverschillen – wordt dus aangewend om ... de beperking ervan te legitimeren. Het persoonlijke belang van effectief uitgezonden werknemers krijgt voorrang boven het algemene belang van potentieel uitgezonden werknemers, dat duidelijk geschaad wordt door verplichte hogere kosten in ontvangstlanden. Maar wat vooral de ogen uitsteekt, is het negeren van de beleidsdoelstellingen achter het verplicht maken van de arbeidsnormen in een ontvangstland. We kunnen natuurlijk in alle naïviteit geloven dat rijkere Europese landen hun duurdere arbeidsvoorwaarden opleggen uit de goedheid van hun hart, voor de portemonnee van uitgezonden werknemers uit goedkopere landen. Maar de politieke en economische realiteit, alsook de hele wordingsgeschiedenis van de De-

(37) *Ibid.*

(38) Het navolgende overzicht put primair uit C. BARNARD, “Internal Market v. Labour Market: A Brief History”, *I.c.*; M. DE VOS, “Free Movement of Workers, Free Movement of Services and the Posted Workers Directive: a Bermuda Triangle for National Labour Standards?”, *I.c.*, en de vele verwijzingen daar.

(39) Zie bv. HvJ 12 oktober 2004, C-60/03, *Wolff & Müller*; HvJ 19 januari 2006, C-244/04, *Commissie t. Duitsland*; HvJ 18 december 2007, C-341/05, *Laval*.

tacheringsrichtlijn zelf, doen een andere en protectionistische doelstelling vermoeden. Het lijkt voor de hand liggend dat een rechtvaardigingstoets die uitdrukkelijk het "legitiem doel" van de handelsbelemmering moet nagaan, effectief een analyse van doelstelling en motieven moet maken. Ondanks uitdrukkelijk verzoek daartoe door de occasionele verwijzingsrechter, weigert het Hof echter die weg in te slaan. Het vraagt alleen een *objectieve analyse* van de betrokken regels, zijnde de controle of de opgelegde normen financieel voordeliger zijn in vergelijking met die van het ontvangstland. Zodra dat onmiddellijke objectieve voordeel vaststaat, is voor het Hof volstaan aan de legitieme doelstelling van bescherming van inkomende gedetacheerde werknemers. Het subjectieve of finale beleidsdoel staat gewoon niet op de radar van de Europese controle.

Per saldo wordt de rechtvaardigingstoets voor nationaal arbeidsrecht dus gestuurd naar een financiële calculus van verschillen tussen de arbeidsvoorwaarden in het ontvangstland en die in het uitzendland. Levert die calculus een voldoende bonus op, zodat de uitgezonden werknemers er een significant voordeel uit halen, dan is de vereiste legitieme doelstelling van hoger openbaar belang verworven. Wanneer geen wezenlijk werknemersvoordeel wordt bereikt, maar bijvoorbeeld vooral bijkomende administratieve last of alleen een financiële kost die niet de werknemers zelf ten goede komt, dan is de belemmering door nationaal arbeidsrecht niet gerechtvaardigd. Anderzijds worden administratieve maatregelen zelf wel snel aanvaard wanneer zij zijn ingevoerd voor de controle op, en effectieve naleving van, die arbeidsnormen die het substantiële voordeel opleveren. Zodra het voordeel vaststaat en legitiem is, zal ook het opleggen van de daarvoor vereiste procedures als legitiem worden aanvaard⁽⁴⁰⁾.

Het lijkt ook weinig twijfel dat het verplicht maken van een bijkomend voordeel voor uitgezonden werknemers zeer *effectief* zal zijn in het realiseren van het aangenomen doel van werknemersbescherming. Wat dus uiteindelijk overblijft, is de vraag van *proportionaliteit*. In welke mate moet streng of soepel worden omgesprongen met het vereiste dat dienstenbelemmering door nationaal arbeidsrecht alleen dan aanvaardbaar is wanneer het veronderstelde doel van verrijking van inkomende werknemers niet op een andere, minder belemmerende manier, kan worden gerealiseerd? Hier belanden we in de gebruikelijke grijze zone van Europese rechtspraak die enerzijds de appreciatie bij de nationale rechter legt en diens appreciatiemarge beklemtoont, maar anderzijds occasioneel toch zelf de afweging maakt en opdringt. Zeker is dat het Hof van Justitie het vereiste van proportionaliteit niet als een formalisme hanteert. In verschillende arresten heeft het Hof beklemtoond dat kritisch moet worden stilgestaan bij de opportuniteit van de gekozen maatregel in het licht van het nagestreefde doel. Eens het beoogde voordeel voor de werknemer geïdentificeerd is, zoals dit vrij door de arbeidsnormen van de ontvangststaat is bepaald, moet daadwerkelijk worden nagegaan of dat voordeel niet op een *alternatieve wijze* kan worden gerealiseerd die minder belemmerend is voor het dienstenverkeer. Het Hof heeft die afweging zelf verschillende keren gemaakt om te besluiten tot overbodige complexiteit en procedurelast⁽⁴¹⁾.

(40) C. BARNARD, "Internal Market v. Labour Market: A Brief History", *I.c.*; M. DE VOS, "Free Movement of Workers, Free Movement of Services and the Posted Workers Directive: a Bermuda Triangle for National Labour Standards?", *I.c.*, en de vele verwijzingen daar.

(41) *Ibid.*

Wat is nu de eindconclusie van deze blitzverkenning van de rechtspraak voor ons thema van conflictbeslechting tussen arbeid en markt? De principiële vaststelling is dat het Hof van Justitie, na een initiële en eenmalige hapering in *Rush*, zonder enige schroom de toepassing van nationaal arbeidsrecht als een belemmering voor de vrijheid van dienstenverkeer beschouwt. Het natuurlijke uitgangspunt voor het Hof is de gelding van het Europese marktrecht en zijn vrijhandel. Bij gebrek aan eengemaakt Europees arbeidsrecht, is het wisselende nationale arbeidsrecht daarvoor een evident obstakel, dat derhalve gerechtvaardigd moet worden. Geen voorrang of speciale status voor arbeid: het hele referentiekader is er een waarin het marktrecht vooropstaat en het arbeidsrecht als uitzondering daarop een bijzondere legitimatie vergt. De markt primeert, de arbeid schikt zich. Dit onderwerpingsparadigma zou ongetwijfeld politiek ontploft zijn, ware het niet dat het Hof zich in de toepassing ervan wel heel flexibel opstelt. Door de bescherming van de inkomende werknemers klakkeloos als doel aan te nemen en die alleen te toetsen aan de objectieve inhoud van de lokale arbeidsnormen, ontmijnt het Hof elegant de bom. Maar het neemt daarbij een loopje met de werkelijkheid en met zijn constitutionele taak als scherprechter van beleidsmotieven achter handelsbelemmeringen.

Wat overblijft, staat niet meteen model voor een rechtsstaat. De Detacheringsrichtlijn en haar uitvoering, die tot nationaal arbeidsrecht verplichten en dus de belemmering van het dienstenverkeer organiseren, zijn maar voorwaardelijk geldig. Geval per geval moet, op basis van een vergelijking van rechtsstelsels uit de betrokken landen, worden nagegaan of het sop de kool waard is voor de uitgezonden werknemers. Dezelfde lokale arbeidsregels kunnen wettig of onwettig zijn, afhankelijk van de configuratie. Er is geen rechtszekerheid. Bij discussie ligt het oordeel primair in handen van rechters in het ontvangstland, zodat het gevaar voor protectionistische rechtspraak niet denkbeeldig is. Het geheel is één grijze zone met maar één zwart-witzekerheid: de interne markt is het ijkpunt, het nationale arbeidsrecht een mikpunt. Maar wie door de inconsistenties kijkt en pragmatisch de *bottomline* evalueert, vindt minstens een vast stramien en een handig instrument dat geval per geval evenwichtsoefeningen tolereert. De termen van de juridische analyse liggen vast en ze bieden veel ruimte voor een flexibele accommodatie van arbeidsbescherming onder de koepel van het Europese marktrecht. Kortom: de rijke rechtspraak over detachering en dienstenverkeer biedt ons wat het dichtste komt bij een standaardmodel voor conflictbeslechting tussen marktrecht en arbeidsrecht op het niveau van de Europese Unie. Wat nog openblijft, is of datzelfde model moet en kan worden aangehouden wanneer economische vrijheden van het marktrecht botsen, niet op gewoon nationaal arbeidsrecht, maar op internationaal gegarandeerde sociale grondrechten die in dat arbeidsrecht verankerd liggen.

e. Model 4bis: de markt primeert, grondrechten zijn ook de uitzondering

In het pantheon van het arbeidsrecht staat stakingsrecht op het hoogste schavot: verworven in bijwijlen bloederige sociale strijd, verankerd in de grondwettelijke tradities van vele Europese landen ⁽⁴²⁾, in het vaandel gedragen door grondwet en verdragen bij de IAO, en door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) erkend als mensenrecht. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat geesten en belangen wer-

(42) België is ter zake uiteraard een uitzondering.

den gemobiliseerd toen het Hof van Justitie in de onmiddellijk beroemde/beruchte zaken *Viking* en *Laval* het grondrecht tot collectieve actie en staking moest meten aan de economische vrijheden van de Europese marktregels. De zaken trokken een schare tussenkomende lidstaten voor het Hof en de betrokken arresten zijn intussen uitgespit en uitgebeend in een stroom van analyses die hier geen herhaling vergen⁽⁴³⁾. Ons perspectief blijft de reductionistische identificatie van een model voor conflictbeslechting.

Viking betrof de verkoop van een Fins schip aan een Estse dochteronderneming, met uitvlagging naar Estland en tewerkstelling van een Estse bemanning. *Laval* was een Litouwse aannemer die in Zweden een gewonnen bouwcontract wou uitvoeren met Litouwse werknemers die boven het minimumloon in Litouwen maar onder het courante loon in Zweden werden betaald. Vakbonden dreigden met staking (*Viking*) of gingen tot staking en blokkade over (*Laval*). In *Viking* trok de werkgever preventief naar de rechtbank, in *Laval* curatief nadat de staking haar doel had bereikt, *Laval* was afgedropen en uiteindelijk zelfs in faling gegaan. *Laval* was dus de gekende casus van dienstenverkeer met detachering van werknemers uit een uitzendland; *Viking* betrof de vrijheid van vestiging. Beide arresten doen in sneltreinvaart onze verschillende modellen van conflictbeslechting de revue passeren.

Het Hof van Justitie weigert vooreerst het verzoek om de zaken buiten het Europese recht te verklaren omwille van de betrokkenheid van het sociaal grondrecht op collectieve actie, daarmee aangevend dat ook sociale grondrechten niet *a priori* kunnen rekenen op onaantastbaarheid ten aanzien van het communautaire recht. Toepassing van het voormelde model 1 wordt aldus meteen verworpen. Het Hof marcheert daarbij genadeloos over de verdragsclausule die de Europese Unie uitdrukkelijk onbevoegd verklaart voor het stakingsrecht⁽⁴⁴⁾: een sterke illustratie van hoe de universele gelding van economische vrijheden ten aanzien van eender welke belemmering of obstakel de oorspronkelijke bevoegdheidsverdeling tussen Europa en de lidstaten doorkruist en meer Europese interferentie toelaat. Vervolgens weigert het EHV categoriek om de *Albany*-immunitet van collectieve arbeidsovereenkomsten ten aanzien van het Europese mededingingsrecht uit te breiden tot de positie van staking ten aanzien van het vrije verkeer van vestiging of diensten. Het voormelde model 2 blijft voor het Hof een unieke vrijstelling die niet bij analogie uitgebreid kan worden. Het Hof onderscheidt uitdrukkelijk – maar zonder verdere motivering – het mededingingsrecht van het vrije verkeer, en het stakingsrecht van de cao.

De volgende stap, nu het huis van het Europese marktrecht goed en wel is betreden, is de vaststelling van een problematische interferentie met de marktvrijheden. Het Hof trekt de lijn van zijn eerdere rechtspraak door en onderkent zonder hapering dat de uitoefening van een grondrecht, in het bijzonder gericht op het verplicht maken van arbeidsnormen in een bepaalde lidstaat, een evidente belemmering is van de economische vrijheden die het Europese marktrecht beschermt: voornoemde modellen 3 en 4. Nu de toepassing van, en het conflict met, het marktrecht goed en wel

(43) De lezer wende zich bv. tot de bijdragen verzameld in A. BÜCKER en W. WARNECK (eds.), *Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert*, Baden-Baden, Nomos, 2011; M. DE VOS (ed.), *European Union Internal Market and Labour Law: Friends or Foes?*, Antwerpen, Intersentia, 2009.

(44) Huidig art. 153.5 VWEU.

verworven zijn, volgt de cruciale restvraag: de keuze van het mechanisme dat het conflict moet oplossen.

Ook hier borduurt het Hof van Justitie voort op zijn eerdere rechtspraak. Het Hof erkent het recht tot collectieve actie expliciet als een “grondrecht dat integraal deel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht”. Het beklemtoont dat de Europese Unie niet alleen een economische maar ook een sociale doelstelling heeft, zodat “de rechten welke voortvloeien uit de bepalingen van het EG-Verdrag inzake het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal in evenwicht (moeten) worden gebracht met de doelstellingen van het sociaal beleid (...)”.⁽⁴⁵⁾ Met uitdrukkelijke verwijzing naar *Schmidberger* en *Omega* onderstreept het Hof dus het fundamentele karakter van een sociaal grondrecht en de noodzaak van een balans tussen het sociale en het economische (model 3). Maar net als in diezelfde voormelde arresten verglijdt het bij de concretisering van dat uitgangspunt in de controletoets. Het Hof valt daarbij namelijk terug op zijn standaardformule van rechtvaardiging van marktbelemmering op basis van een legitiem doel van hoger openbaar belang, met vereisten van effectiviteit en proportionaliteit (model 4). De collectieve actie wordt in beide arresten door het Hof behandeld als een problematische belemmering van de economische vrijheden, die op basis van een legitieme doelstelling van werknemersbescherming en via controle van effectiviteit en noodzakelijkheid gerechtvaardigd moet worden. Het Hof bezondigt zich dus andermaal aan interne contradictie: eerst de gelijkwaardigheid van, en balans tussen, arbeid en markt verkondigen, om dan arbeid als een te rechtvaardigen uitzondering op de markt te behandelen. Andermaal verklaart het Hof gelijkwaardigheid om ondergeschiktheid te beoefenen.

Eindresultaat is een heel klassieke oefening waarin het Hof van Justitie vanuit een economisch referentiekader de uitoefening van arbeidsrechten tracht te accommoderen. Wat vooral ophef maakt, is dat het Hof opnieuw – net zoals in *Schmidberger* en *Omega* – geen bijzondere waarde toekent aan het grondrechtkarakter van de betrokken arbeidsnormen en daardoor ruimte schept voor een kritische opportunitetsbeoordeling door de nationale rechter. Het Hof doet in beide arresten overigens zelf het gros van dat controlewerk en spaart inderdaad de roede niet. In *Laval* begint het Hof wel met de opmerkelijke verklaring dat een staking tegen dienstenverkeer legitiem gericht kan zijn op de bescherming van *lokale* werknemers tegen “sociale dumping”, maar het laat in het midden wat het precies als “dumping” beschouwt in een marktcontext die intrinsiek op kostenconcurrentie stoelt. Vervolgens beslist het Hof zelf dat de staking om *Laval* tot Zweedse loonvoorwaarden te dwingen niet legitiem was, onder andere omdat Zweden geen bindend stelsel van minimumloon kent⁽⁴⁶⁾. Het EHV trekt aldus een bovengrens aan de mogelijkheid lokale arbeidsvoorwaarden op te leggen aan dienstenverkeer met gedetacheerde werknemers. De voorwaarden die de besproken Detacheringsrichtlijn opsomt en die een ontvangstand effectief op zijn arbeidsmarkt regelt, mogen worden opgelegd wanneer ze gerechtvaardigd kunnen worden volgens de klassieke toets van legitiem doel, effectiviteit en proportionaliteit. De voorwaarden die daarbuiten vallen, zijn per definitie niet te rechtvaardigen. De minimumvereisten van de Detacheringsrichtlijn worden maximumvereisten. Aldus de teneur van *Laval*, die naderhand nog duidelijker wordt doorgetrokken in *Rüffert*⁽⁴⁷⁾.

(45) *Viking*, par. 79; *Laval*, par. 105.

(46) *Laval*, par. 103 en 107-110.

(47) HvJ 3 april 2008, C-346/08, *Rüffert*.

In *Viking* laat het EHJ de nationale rechter nog speelruimte, maar is het zelf heel precies in het bepalen van de grenzen daarvan. Het onderstreept dat de staking geen *legitiem doel* heeft indien zou worden vastgesteld dat de jobs of de arbeidsvoorwaarden niet onder ernstige bedreiging stonden. Het Hof verlangt dus van de nationale rechter een daadwerkelijke controle of de vakbondsactie effectief het belang van de werknemers dient, dan wel een strategische actie is tegen het principe van de uitvlagging zelf. Nog strenger is het Hof met het vereiste van *proportionaliteit*, dat het als volgt omschrijft:

“Wat betreft de vraag of de collectieve actie die aan de orde is in het hoofdgeding, niet verder gaat dan nodig ter bereiking van het nagestreefde doel, dient de verwijzende rechter met name te onderzoeken of, enerzijds, krachtens de nationale wetgeving en het recht inzake collectieve overeenkomsten dat op deze actie van toepassing is, de FSU niet over andere, de vrijheid van vestiging minder beperkende middelen beschikte om de collectieve onderhandeling met Viking tot een goed einde te brengen, en, anderzijds, of de FSU deze middelen had uitgeput alvorens deze actie te beginnen.”⁽⁴⁸⁾

Het Hof verlangt dus onomwonden dat staking als ultieme remedie wordt gehanteerd, zodat de legitimiteit van een staking die handelsverkeer verstoort per definitie in het gedrang zou komen indien vaststaat dat alternatieve pressiemiddelen denkbaar en/of niet uitgeput waren. Het zijn precies dergelijke consequenties die de vakbeweging in heel Europa koude rillingen bezorgen. De traditie van stakingsvrijheid betekende dat vakbonden zich nagenoeg niet hoefden te bekommeren over het precieze doel van een staking of over de opportuniteit van de staking. Met de rechtspraak van het Hof komt die vrijheid in het gedrang en kan er eindeloos gediscussieerd worden of een actie wel legitiem, nuttig of noodzakelijk was. Het risico van een juridische claim bij collectieve actie hangt daarmee als een permanent zwaard van Damocles boven actievoerders, althans zodra de staking een potentieel obstakel kan vormen voor een of ander economisch verkeer met communautaire dimensie. Vermits de rechtspraak wat dat betreft geen minimale drempel vereist, lijkt de kans op aansprakelijkheid reëel. Alleen moet de observator vaststellen dat de principearresten *Laval* en *Viking* (vooralsnog) geenszins een waterval aan juridische stakingsbetwistingen hebben veroorzaakt. Blijkbaar is de machtsrealiteit bij stakingen en collectieve actie nog steeds een afdoend middel tegen systematische juridisering.

III. HET VERDRAG VAN LISSABON EN DE MENSENRECHTEN: NAAR EEN NIEUW EVENWICHT?

Tot dusver de status van conflictenbeheersing op de snee van marktrecht en arbeidsrecht, in de communautaire rechtspraak. Hoewel het Hof van Justitie af en toe op meer dan één been danst, komen de contouren van een basismodel van conflictbeheersing wel naar voren. Het Hof vertrekt vanuit een transversaal marktkader om de arbeidsbescherming daarin als een te rechtvaardigen obstakel te behandelen. Het karakter en de doelstelling van de arbeidsbescherming, in het bijzonder wanneer het grondrechten betreft, kunnen daarbij wel een aangepaste behandeling faciliteren, maar het archetype blijft wel de inpassing van arbeidsbescherming in een overkoepelend marktkader. Dat archetype zelf steunt uiteraard op de constitutionele infrastructuur van de Europese Unie, waarin de interne markt zeer lang een dominante positie

(48) Par. 87.

heeft ingenomen. Het is vanuit die structurele dominantie, met wortels in fases van Europese economische integratie toen er nog geen sprake was van wat uiteindelijk een brede Unie zou worden, dat de natuurlijke uitgangspositie die van het marktrecht is geworden.

Wie daarom ontevreden is met het huidige *acquis* zal heil moeten zoeken in een andere lezing van de Europese basisverdragen, of zelfs in een verdragwijziging⁽⁴⁹⁾. Het Verdrag van Lissabon is daarin een mogelijke bondgenoot. Zonder hier in detail de analyse van deze recente verdragsverandering te kunnen doen, willen we kort wijzen op de veranderingen die een mogelijke impact kunnen hebben op de basistermen waarin de combinatie van marktrecht en arbeidsrecht op het niveau van de Europese Unie wordt gesteld. De eerste verandering is de positie en finaliteit van de interne markt binnen de algemene bestemming van de Europese Unie. Artikel 3 VEU omschrijft het doel van de Europese Unie als volgt:

“De Unie brengt een interne markt tot stand. Zij zet zich in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei en van prijsstabiliteit, een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang, en van een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu.”

De verwijzing naar een “sociale markteconomie (...) gericht op (...) sociale vooruitgang” is nieuw. Zij impliceert ogenschijnlijk een benadering van de interne markt die meer en explicieter dan vroeger gericht is op het realiseren van onder andere sociale doeleinden. Dit gaat verder dan de klassieke consensuele benadering van marktontwikkeling en sociale bescherming als twee kanten van dezelfde medaille. Zij suggereert veeleer een “*instrumentalisering*” van de markt richting niet-marktdoeleinden⁽⁵⁰⁾. Ze brengt de basisoriëntatie van de Europese Unie dichter bij die van de Internationale Arbeidsorganisatie, die – zoals gezien – nog explicieter sociale bescherming als ultiem doel vooropstelt. We kunnen niet voorspellen wat de nieuwe marktformule uiteindelijk zal betekenen. Maar het is wel duidelijk dat een Hof van Justitie dat bereid zou zijn om de bakens van zijn rechtspraak te herbekijken, in die formule argumenten kan vinden om ze te verplaatsen in een richting die de overheersing van zuiver economische vrijheden afzwakt. Daarbij kan het Hof ook nog bijkomende steun vinden in het transversale artikel 9 VWEU, dat de EU tot een vorm van sociale “mainstreaming” verbindt bij de realisatie van elk Uniebeleid⁽⁵¹⁾.

Een tweede verandering is de expliciete erkenning, in de nieuwe basisverdragen, van de mensenrechten als primair recht van de Europese Unie⁽⁵²⁾. Tot de aldus erkende

(49) Na *Viking* en *Laval* zijn al diverse politieke initiatieven genomen tot aanpassing van Europese basiswetgeving, tot dusver zonder concreet resultaat. Zie het overzicht in F. DORSSEMENT, “De ontwerp-Verordening Monti II, oude wijn(azijn) in nieuwe zakken?”, *I.c.*, 3 e.v.

(50) Zie, in dezelfde zin, I. GOVAERE, “The Future Direction of the E.U. Internal Market: On Vested Values and Fashionable Modernism”, *Columbia Journal of European Law* 2009, 16, 67-80.

(51) Het artikel luidt: “Bij de bepaling en de uitvoering van haar beleid en optreden houdt de Unie rekening met de eisen in verband met de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid, de waarborging van een adequate sociale bescherming, de bestrijding van sociale uitsluiting alsmede een hoog niveau van onderwijs, opleiding en bescherming van de volksgezondheid.”

(52) Art. 6 VEU.

rechten behoort ook het recht op collectieve actie en staken, enerzijds op basis van artikel 28 van het Handvest van de Grondrechten en anderzijds op basis van artikel 11 EVRM, zoals geïnterpreteerd door de recentste rechtspraak van het EHRM. De verheffing van het stakingsrecht tot primair gemeenschapsrecht kan uiteraard afstralen op de wijze waarop de wisselwerking met de economische vrijheden van de Unie wordt beslecht. Maar enige relativering is hier wel op zijn plaats. Zoals aangegeven, erkent de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie sociale grondrechten en het stakingsrecht reeds als algemene beginselen van gemeenschapsrecht, die dezelfde waarde hebben als primair gemeenschapsrecht. Het probleem van de rechtspraak ligt niet in het feit dat het geen positie van gelijkwaardigheid tussen sociale grondrechten en economische vrijheden erkent. Het probleem is dat de rechtspraak zelf van die erkenning afwijkt bij de toepassing en daarbij dan vervalt in een beoordelingskader dat de sociale grondrechten ondergeschikt plaatst ten aanzien van de economische vrijheden. Er is dus geen nieuwe balans tussen markt en arbeid nodig. Wat nodig is, is dat de rechters in Luxemburg beseffen dat ze hun eigen balans niet volgen maar schenden.

Rest nog de voorgenomen toetreding van de Europese Unie tot het EVRM, het basisverdrag voor mensenrechten in de Raad van Europa⁽⁵³⁾. Het lijkt logisch dat deze toetreding beide Europese instellingen en hun rechtspraak dichter bij elkaar zal brengen. Sommigen voorspellen een natuurlijke dominantie van het EHRM boven het EHJ, wat betreft de duiding van de gemene grondrechten die nu in twee verschillende Europese rechtsgebieden gelden en aan twee verschillende Europese hoven kunnen worden voorgelegd⁽⁵⁴⁾. Als die voorspelling bewaarheid wordt, dan lijkt de besproken dominantie van het marktrecht ten dode opgeschreven. In het EVRM en in de rechtspraak van het EHRM staat immers steeds het mensenrecht als principe voorop en moeten de belemmeringen daarvan gerechtvaardigd kunnen worden: precies de omgekeerde logica als die van het EHJ, waarin de economische vrijheid als principe vooropstaat⁽⁵⁵⁾. Als het EHJ zich moet of wil schikken naar het EHRM, dan zal het dus zijn praktijk voor conflictbeslechting wellicht moeten verschuiven van model 4 naar model 1 in de voormelde orde.

Maar we zijn nog niet zover en het is ook niet zeker dat we ooit zover komen. Alleen het EHJ wordt geconfronteerd met een rechtsorde waarin naast grondrechten ook economische vrijheden fundamenteel verankerd zijn. Het perspectief van de EU is breder dan dat van de Raad van Europa. De combinatie van arbeid en markt in de EU lijkt meer op de combinatie van verschillende mensenrechten in het EVRM. Welnu, bij een zogenaamd intern conflict van mensenrechten, laat het EHRM steeds veel ruimte voor appreciatie en balans⁽⁵⁶⁾. Dat zou best de invalshoek kunnen worden ten aanzien van een conflict tussen marktrecht en grondrecht in de EU, temeer daar het EHRM steeds veel gewicht geeft aan andere internationale verplichtingen van de verdragspartijen bij het EVRM en zelfs een vermoeden van mensenrechtelijke wettigheid han-

(53) Art. 6.2 VEU.

(54) Zie het overzicht in B. DE WOLF, "Arbeidsrechtelijke dimensies van het Verdrag van Lissabon", *TSR* 2011, 289 e.v.

(55) Zie bv. D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES en C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 344 e.v.

(56) Zie bv. O. DE SCHUTTER en F. TULKENS, "Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution" in E. BREMS (ed.), *Conflict Between Fundamental Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 175 e.v.

teert ten aanzien van het communautaire recht⁽⁵⁷⁾. Specifiek voor de casus van staking met transnationale marktimpact, is de kans daarenboven groot dat ook andere grondrechten dan het stakingsrecht in het geding gebracht kunnen worden, zoals recht op gezondheidszorg, recht op onderwijs, recht op werk, en het eigendomsrecht. In dat geval zal het *sowie-so* om een conflict tussen evenwaardige rechten gaan: precies dezelfde hypothese als die van de huidige rechtspraak van het Hof van Justitie.

Last but not least moeten we pragmatisch beseffen dat de verhouding tussen het EU-recht en de mensenrechten meer is dan een juridische vraag. Het is ook een politieke en institutionele vraag. Het is ook een vraag van wie beslist en wie eerst beslist. Het Hof van Justitie is daarbij veel beter geplaatst om de lijnen uit te zetten dan het Hof voor de Rechten van de Mens. Het EHJ kan prejudicieel gevat worden van in eerste aanleg; de tussenkomst van het EHRM vergt eerst de uitputting van alle nationale rechtsmiddelen. Het EHJ zal frequenter en sneller op de bal zijn dan het EHRM. Dat alles zal een rol spelen in de uiteindelijke balans tussen marktrecht en arbeidsrecht. De beoefenaars van het arbeidsrecht hebben dit soort institutionele concurrentie al eerder gezien, namelijk tussen de meer op bescherming gerichte IAO en de meer marktgerichte EU. Dat duel heeft de Europese Unie gewonnen met knock-out in de eerste ronde. Het Hof van Justitie was er als de kippen bij om de primauteit van het communautaire recht te verzekeren⁽⁵⁸⁾. Het resultaat is een wereld waarin de IAO er alles aan doet om conflicten met het recht van de Europese Unie te vermijden en zich aanpast wanneer die conflicten onvermijdelijk blijken. We rekenen dus best niet op de Raad van Europa en het EHRM om de Europese Unie en het EHJ de arm om te wringen. Een koerswijziging wordt best vanuit de Europese Unie zelf bewerkstelligd.

IV. EVALUATIE

Het recht van de interne markt is voor een groot deel een soort *common law* die steunt op decennia ontwikkeling via een indrukwekkend arsenaal arresten van het Europese Hof van Justitie. Dat proces van rechtsvinding en rechtsduiding is steeds organisch, met vallen en opstaan, met schaven en bijsturen, en bovenal steeds in evolutie. De verhouding tussen marktrecht en arbeidsrecht is daarin druppelsgewijs terechtgekomen, zonder veel referentiekader en met geen houvast. Daarbij is geleidelijk een dubbel basisbeeld naar voren gekomen. Langs de ene kant staat het Hof van Justitie duidelijk weigerachtig tegenover een speciaal gunstregime voor het arbeidsrecht. Die houding is ook begrijpelijk. Er zijn nog veel andere beleidsterreinen die voor het Hof bijzondere behandeling kunnen en zouden argumenteren, indien het Hof zich bereid zou tonen om de ordening van de interne markt te compartimenteren. Een gunstbehandeling voor arbeidsrecht zou de sluizen openzetten voor heel wat claims op bijzondere status, met grote complexiteit tot gevolg. Het is logisch en goed dat het Hof, in zijn constructie van de interne markt als belangrijk en overkoepelend deel van een geheel aan Europese beleidsdoelstellingen, tracht een algemeen kader van gelijke behandeling te hanteren. Dat kader draagt noodzakelijkerwijs de stempel van het economische verleden van de Europese integratie en stelt vooral daarom de economische vrijheden als referentiepunt voorop.

(57) Zie O. DE SCHUTTER en F. TULKENS, "Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution", *l.c.*, 175 e.v.; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES en C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, 28-30.

(58) HvJ 2 augustus 1993, C158/91, *Levy*.

Langs de andere kant toont het Hof zich duidelijk pragmatisch. De unieke en algemene mededingingsimmunitet voor collectieve arbeidsovereenkomsten is daarvan het beste bewijs. Het Hof doet hier wat de Europese wetgever zelf manifest had nagelaten en wat noodzakelijk was om een diepe nationale traditie stabiel te houden. Niemand heeft het Hof voor doodgraver van het sociale Europa versleten toen het *Albany*-arrest van de pers rolde. Ook in het spanningsveld tussen dienstenverkeer met detachering en nationale arbeidsnormen in het ontvangstland gedraagt het Hof zich bovenal als een pragmatische arbiter. Het Hof staat tussen twee kampen. Voor de goedkopere lidstaten is de commercie van dienstenverkeer met detachering datgene waarvoor ze tot de rijke EU zijn toegetreden. Voor de duurere lidstaten is het dan weer vernaaldijde "sociale dumping". Het Hof heeft een middenweg gezocht en gevonden, die toelaat beide verzuchtingen aan bod te laten komen. Het is analytisch rommelig, juridisch krakkemikkig en praktisch zeer onvoorspelbaar, maar het slaagt erin langs beide kanten te geven en te nemen.

Ook in de rechtspraak die marktrecht met sociale grondrechten moet mengen, probeert het Hof een balans te vinden. In de belangrijkste zaken neemt het daarenboven zelf het initiatief om de toepassing van die balans voor de nationale rechter te verduidelijken en te concretiseren. Maar het Hof faalt doordat het de balans die het zelf vooropstelt niet consequent toepast. Het houdt geen steek en wekt terecht ergernis om marktvrijheden en grondrechten eerst als gelijke beginselen voorop te stellen, om vervolgens de primauteit van de markt te beoefenen door grondrechten als te rechtvaardigen interferenties in marktwerking te behandelen. Een alternatieve benadering, die daadwerkelijk een balans tussen gelijkwaardige principes beoefent, is nodig. De template daarvoor kan gevonden worden in de recente rechtspraak van het Hof van Justitie inzake leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid. Zoals bekend, laat artikel 6 van de Kaderrichtlijn 2000/78 toe dat het criterium leeftijd, in afwijking van het principe van leeftijdsneutraliteit, toch wordt gebruikt voor redenen van arbeidsmarktwerking. Bij de beoordeling van de grenzen van die afwijking hanteert het Hof andermaal een proportionaliteitstoets, maar wel op een wijze die het belang van het beleid voor arbeidsmarktwerking op een evenwaardige wijze in balans brengt met het belang van het verbod van leeftijdsdiscriminatie. Het Hof oordeelt namelijk dat de beoordeling van een beleidsmaatregel die leeftijdsdiscriminatie hanteert, rekening moet houden met zowel het nadeel dat daaraan kleeft voor de betrokken personen als met het voordeel daarvan voor de samenleving in het algemeen en voor de individuen waaruit zij bestaat. Het Hof benadert de legitimatie van de leeftijdsdiscriminatie dus niet als een ondergeschikte uitzondering op het principiële verbod daartoe: het plaatst de beleidsdoelstellingen van de discriminatie in gelijke balans met die van het principiële discriminatieverbod. Op basis daarvan komt het dan tot een afweging van proportionaliteit die meer ruimte laat voor beleidsinvulling door de wetgever of door sociale partners bij een cao⁽⁵⁹⁾.

De nieuwe rechtspraak over leeftijdsdiscriminatie doet eigenlijk het omgekeerde van wat verwacht zou mogen worden. Het lijdt immers geen twijfel dat, wat de materie van leeftijdsdiscriminatie betreft, het verbod de regel is en de discriminatie de uitzondering. Het Hof benadert beide echter als evenwaardig en heeft daarbij dan zowel aandacht voor de doelstellingen en het belang van het discriminatieverbod,

(59) Zie o.a. HvJ 12 oktober 20120, C-45/09, *Rosenblatt*; HvJ 5 juli 2012, C-141/11, *Hörnfeldt*.

als voor de doelstellingen en het belang van het beleid dat discriminatie hanteert. Precies dezelfde benadering dringt zich op in de conflictzone tussen grondrechten en economische vrijheden, waar volgens de rechtspraak van het Hof wel degelijk sprake is van een conflict tussen evenwaardige principes. Mijn kritiek op het Hof is dus veeleer een van methode dan van resultaat. Het is geen schande om te erkennen dat ook grondrechten grenzen hebben: dat hebben alle rechten. Maar hoe die grenzen precies gedetermineerd worden, vergt bijstelling. Ik ben ervan overtuigd dat de bestaande rechtspraak niet houdbaar is in de methode waarmee het tot de inperking van grondrechten besluit. Maar dat betekent nog niet dat een alternatieve en meer coherente methode, die bijvoorbeeld de proportionaliteit simultaan aan beide kanten zou toepassen in plaats van alleen aan de arbeidszijde, noodzakelijk een ander resultaat zou opleveren. Het zal altijd een kwestie van gradatie blijven en het concept van "proportionaliteit" dekt vele vormen van gradaties met één zelfde begrip.

Voor de academicus is het heel verwonderlijk dat de Europese precedentes over de grenzen van het stakingsrecht op nationaal niveau nog maar zo weinig zijn doorgedrongen. Principieel bieden die arresten een sterk wapen om de uitoefening van het stakingswapen te disciplineren richting redelijkheid en voorzichtigheid. De Belgische arbeidsjurist kan zich zelfs afvragen of de vigerende rechtspraak geen verplichting tot rechtspersoonlijkheid voor de vakbonden inhoudt. Wanneer het Europese recht partijen bij collectieve actie voor limieten plaatst, dan vergt het vereiste nuttige effect daarvan ook dat dit in elke lidstaat effectief moet kunnen worden afgedwongen, *quod non* bij gebrek aan rechtspersoonlijkheid. Dat van dit alles nog amper gebruik is gemaakt, zegt veel over de betekenis van het Europese recht en over de realiteit van de verhoudingen bij een sociaal conflict op het terrein. Juridisch is het een grote gemiste kans, want het aanwenden van de stakingsrechtspraak van het Hof van Justitie zou ons meteen dwingen om ook de mensenrechten en het EHRM in het bad te trekken, daarmee de samenloop realiserend die we nodig hebben om de combinatie van communautair recht en mensenrecht scherp te stellen.

V. VAN INTERNE MARKT NAAR EUROCRISIS

De rechtspraak van het Hof verhit bij tijd en wijle de gemoederen, maar geeft al bij al de indruk van stevigheid en van een systematische aanpak die niet meteen grote kenteringen doet vermoeden. Bovendien wordt de problematiek van de wisselwerking tussen economie en sociale bescherming sinds kort totaal gedomineerd door de eurocrisis. De uitvoering van het fameuze "Euro-Pact", de ijzeren budgetrealiteit die de onze is, en de nationale hervormingsplannen die in de ergste crisislanden zijn onderhandeld met de zogenaamde trojka van EU, IMF en ECB, zullen veel meer op onze problematiek wegen dan alle arresten van het Hof van Justitie samen. Die verplaatsing van het zwaartepunt – weg van Europees recht en naar Europees beleid – dateert trouwens al van vóór de crisis. De Europese Werkgelegenheidsstrategie duwt alle Europese arbeidsmarkten richting de gekende "flexizekerheid" en coördineert aldus nationale hervormingen van arbeidsmarkt en arbeidsrecht die inhoudelijk de bevoegdheden van de Europese Unie ver overstijgen ⁽⁶⁰⁾.

(60) Art. 145 VWEU; zie M. DE VOS, "European Flexicurity and Globalisation: a Critical Perspective", *Int. J. Comp. Labour & Industr. Rel.* 2009, 209-235.

Onder druk van de eurocrisis is deze Europese orkestratie van nationale arbeidsmarkthervorming versneld en verdiept. Met de rug tegen de muur, en vaak als voorwaarde voor Europese en internationale financiële steun, hebben probleemlanden van de eurozone tot grote arbeidsmarkthervormingen beslist die anders ondenkbaar waren geweest en die er tot grote vakbondspolities leiden. Wat het Hof van Justitie heeft gedaan in het spanningsveld tussen marktrecht en arbeidsrecht verzinkt daarbij in het niets. De hervormingen die door de crisis en via de Europese crisiscoördinatie in meerdere lidstaten worden doorgevoerd, herijken de nationale beleidsbalans tussen economie en sociale bescherming met een stevige dosis liberalisering voor de arbeidsmarktorganisatie⁽⁶¹⁾. Of het gevoerde beleid wel of niet de crisis adequaat kan bestrijden en de economie structureel kan verbeteren, is niet het voorwerp van onze reflectie. Voor ons volstaat de vaststelling dat de Europese Unie de motor is geworden van een beleidskanteling die economische ontwikkeling boven sociale verworvenheden plaatst, of die minstens de sociale verworvenheden wil moderniseren opdat economische ontwikkeling en tewerkstellingscreatie zouden verbeteren. De Europese agenda legt duidelijk de klemtoon op budgettaire stabiliteit, structurele hervormingen voor toekomstige groei en jobcreatie, in het bijzonder voor zogenaamde "outsiders" op de arbeidsmarkt, zelfs als dat ten koste moet gaan van de klassieke bescherming van zogenaamde "insiders".

De arbeidsmarkthervormingen die daarbij op het getouw staan, raken aan wat gemeenzaam als verworvenheden werden beschouwd, zowel in het individuele als in het collectieve arbeidsrecht. Collectief overleg wordt meer gedecentraliseerd, met de nadruk op wendbaarheid en op aanpassing van loon- en arbeidsvoorwaarden aan de economische realiteit. Individueel arbeidsrecht wordt soepeler gemaakt, vooral voor ontslag en atypische arbeidsvormen. De basisoriëntatie is er een van meer flexibiliteit en meer kostenbeheersing, terwijl de wil en het budget ontbreken om daartegenover sterke positieve investeringen te plaatsen⁽⁶²⁾. Dat alles genereert een begrijpelijke frustratie, zeker omdat dezelfde Europese beleidsmakers tot voor kort de mond vol hadden van de fameuze "flexizekerheid", waar flexibiliteit verondersteld werd hand in hand te gaan met actief investeringsbeleid in menselijk kapitaal en inzetbaarheid op de arbeidsmarkt⁽⁶³⁾. Voor tegenstanders gaat het zelfs zo ver dat Europees crisisbeleid ook sociale grondrechten in het gedrang brengt. Het politieke protest tegen crisisbeleid wordt zo een internationaal juridisch protest. De Internationale Arbeidsorganisatie en de Raad van Europa zijn al het toneel van diverse klachten die de onverenigbaarheid van crisisbeleid met basisbeginselen uit respectievelijk IAO-Conventies en het Europees Sociaal Handvest poneren. De essentie van de discussie daar zal draaien rond de vraag of de uitzonderlijke situatie van een existentiële schuldencrisis ingrepen kan rechtvaardigen ten aanzien van basisrechten die niet als absolute rechten zijn geconcipieerd⁽⁶⁴⁾.

(61) Zie ECB, *Euro area labour markets and the crisis*, oktober 2012, 126 p.; S. LAULOM, E. MAZUYER, C. TEISSIER, C.E. TRIOMPHE en P. VIELLE, *How has the crisis affected social legislation in Europe?*, ETUI Policy Brief, 2012/2.

(62) De Europese vakbonden houden zelf een overzicht bij van alle maatregelen, die zij natuurlijk als sociale achteruitgang beschouwen. Zie bv. S. CLAUWAERT en I. SCHÖMANN, *The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise*, 2012, ETUI.

(63) Zie en vgl. C. BARNARD, "The Financial Crisis and the Euro-Plus Pact", *ILJ* 2012 (98), 107.

(64) Zie bv. ILO Committee on Freedom of Association, Case 2820, November 2012.

Speerpunt van de kritiek in de Europese Unie is het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest), vooral de artikelen 30-31 over bescherming bij kennelijk onredelijk ontslag en het recht op billijke arbeidsvoorwaarden. Geargumenteed wordt dat nationale hervormingen daarmee in conflict kunnen komen wanneer ze sociale bescherming terugschroeven, in het bijzonder op het vlak van loonvoorwaarden en ontslagbescherming. Aan het Hof van Justitie zijn daarover verschillende prejudiciële vragen gesteld, maar het Hof weigert vooralsnog categoriek zich te mengen in wat ten gronde een politieke twist is. Het Hof verschuilt zich achter artikel 51 van het Handvest, dat de toepassing van het Handvest op lidstaten beperkt tot situaties waarin die "het recht van de Unie ten uitvoer brengen". Op basis daarvan acht het Hof zich "manifest niet bevoegd" voor de toetsing van nationale wetgeving die tot salarisvermindering besluit, aangezien ter zake geen uitvoering van communautair recht voorligt⁽⁶⁵⁾. Buiten de context van crisisbeleid heeft het Hof zich om dezelfde reden onbevoegd verklaard voor de toetsing van nationale ontslagwetgeving aan het Handvest⁽⁶⁶⁾.

Het valt nog te bezien hoe het Hof van Justitie zal reageren wanneer een prejudiciële vraag de directe link maakt tussen de betwiste nationale wetgeving en de Europese crisiscoördinatie, die zelf onmiskenbaar op Europese wetgeving steunt⁽⁶⁷⁾. In een eerste arrest heeft het Hof alvast aangegeven dat het de nationale uitvoering van een "Memorandum of Understanding", dat de onmiddellijke basis vormt van de beleidsafspraken die de probleemlanden aangaan in ruil voor financiële steun, als zodanig niet als de uitvoering van Unierecht beschouwt, wat dan andermaal de tussenkomst van het Hof uitsluit⁽⁶⁸⁾. Daarnaast kan het Hof, wanneer het dat wenst, wel altijd terugvallen op de erkenning van zogenaamde "algemene beginselen" die het zelf uit de rechtstradities van de lidstaten afleidt en die in voorkomend geval een transversale werking kunnen hebben die hen in alle domeinen van het communautair recht aan iedereen opdringt, inclusief aan de nationale crisiswetgever⁽⁶⁹⁾. De vraag is dus niet zozeer of het Hof *überhaupt* bevoegd kan zijn voor de toetsing van nationale arbeidsmarkthervormingen, maar of het Hof bereid gevonden kan worden de flexibele begrenzing van zijn jurisdictie in die zin te interpreteren, wetende dat het daarmee met beide voeten in een uitgesproken politieke discussie zou stappen.

Als het Hof zich alsnog bevoegd zou achten, zullen meteen ook fundamentele bepalingen uit het basisverdrag van de Europese Unie in het debat treden. Denk maar aan de betekenis van de voormelde overkoepelende verdragsdoelstelling van "een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die *gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang*"⁽⁷⁰⁾, of aan de uitdrukkelijke ondersteuning van de grondrechten uit het Europees Sociaal Handvest in het verdragsluit over sociaal

(65) HvJ 14 december 2011, C-434/11, *Corpul Național al Polițiștilor*; HvJ 10 mei 2012, C-134/12, *Ministerul Administrației și Internelor*; zie ook *Sindicato dos Bancários do Norte*, C-128/12, nog in behandeling.

(66) HvJ 16 januari 2008, C-361/07, *Polier*.

(67) Bijvoorbeeld het Europese stabiliteitsmechanisme steunt op verordening 407/2010 en op implementerende besluiten van de Raad. Er zou ook nog geargumenteed kunnen worden dat via het voormelde artikel 51 het Handvest aan de orde komt zodra nationaal beleid een *voldoende sterke band* met communautair recht heeft.

(68) HvJ 27 november 2012, C-370/12, *Pringle*, par. 180.

(69) Zie voor een overzicht hiervan T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

(70) Art. 3 VEU, eigen cursivering.

beleid ⁽⁷¹⁾. Met andere woorden: zodra het Hof van Justitie zich bevoegd zou verklaren voor het afwegen van nationale arbeidsmarkthervormingen op de weegschaal van Europese sociale rechten, zal de delicate combinatie van economische en sociale doelstellingen uit hetzelfde basisbedrag een nog veel sterkere politieke dimensie krijgen. De hier besproken rechtspraak over interne markt en arbeidsrecht zou dan slechts het voorproefje zijn voor een uitgesproken politieke strijd waarin het Hof als scherprechter tussen concurrerende beleidsstrategieën zou moeten optreden. Voorwaar niet meteen de natuurlijke rol van eender welk rechtscollege.

Wat er ook van zij, het Europese crisisbeleid en coördinatiebeleid, dat mijlenver voorbij de grenzen van de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en haar lidstaten gaat, zal – onnoemlijk veel meer dan het mozaïek van concrete cases – finaal de balans tussen markt en bescherming in Europa bepalen. De harde economische realiteit van de eurocrisis, niet de spitsvondigheden van het juridische geschrijf, zal voor ons thema beslissend zijn. Dat mag de juristen onder ons tot enige zin voor relativering aanzetten, ook al zullen de tegenstanders van het Europese crisisbeleid hun nederlaag in de politieke arena meer en meer voor de rechtbank proberen aan te vechten ⁽⁷²⁾. De verdere juridisering van het politieke en economische dispuut dat ons thema wezenlijk is, staat in de sterren geschreven.

(71) Art. 151 VWEU.

(72) Het Europees Vakverbond heeft daarvoor het initiatief genomen van een *“Manifesto for respect and promotion of fundamental rights”*.