

HOOFDSTUK 1

Europees arbeidsrecht – een inleiding

Frans Pennings en Saskia Peters

1.1 Inleiding

De Europese Unie (EU) is rechtsoptvolger van de in 1957 opgerichte Europese Economische Gemeenschap (de EEG). De EEG was opgericht met enkel economische doelen. De in het EEG-verdrag opgenomen bepalingen die later ook sociale betekenis zouden krijgen (vrij verkeer van werknemers en gelijke beloning van mannen en vrouwen), waren oorspronkelijk alleen om economische redenen opgenomen. Geleidelijk aan, zoals hierna zal worden beschreven, zijn er meer bepalingen opgenomen in de verdragen die de bevoegdheid geven sociale maatregelen te treffen. Daarmee zijn belangrijke mijlpalen bereikt; de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bijvoorbeeld heeft de rechtsstelsels van lidstaten ingrijpend beïnvloed. Daarna zijn er nog andere ontwikkelingen geweest, zoals we in paragraaf 1.3 zullen behandelen. Zo heeft de EU in de jaren '90 de bevoegdheid gekregen bindende maatregelen van sociale politiek aan te nemen en is er een bindend Grondrechtenhandvest¹ tot stand gekomen. Ofschoon de EU meer mogelijkheden heeft om sociaal beleid te voeren dan menigeen zich realiseert, is er wel een sterk spanningsveld met de economische vrijheden. Deze kunnen sociale rechten gecreëerd op EU-niveau, maar ook traditionele arbeidersrechten, beperken. Daarnaast is de politieke bereidheid van de lidstaten om in de Raad van Ministers gebruik te maken van bevoegdheden om sociale maatregelen te treffen vaak beperkt.

Desalniettemin, of wellicht juist om deze reden, is de invloed van Europees sociaal beleid, en Europees arbeidsrecht in het bijzonder, op het nationale arbeidsrecht zeer aanzienlijk geworden. Bovendien is het Europese sociale beleid in voortdurende ontwikkeling. Het is daarom voor elke arbeidsjurist onontkoombaar dit te bestuderen.

Op het moment van schrijven van deze inleiding is het niet goed mogelijk te onderkennen waar het heen gaat met het Europese sociale beleid. Enerzijds hebben de gevolgen van de coronacrisis en de Brexit grote gevolgen voor de nationale economieën. Anderzijds is er al enige tijd een nieuw elan te bespeuren om Europees sociaal beleid te voeren. Dit elan culmineerde in de afkondiging van de *Europese pijler voor sociale rechten*, een aanbeveling van de Europese Commissie, maar ook ondersteund door de Raad en het Parlement, om op basis van een twintigtal beginselen sociale politiek te voeren.² Inmiddels (2021) zijn hiervan al de eerste resultaten te zien. Kortom, genoeg stof voor een grondige behandeling van de verschillende gebieden van het Europees arbeidsrecht in de context van een Europa dat haar weg moet zoeken tussen sociale en economische spanningen.

¹ Zie daarover hoofdstuk 2.

² *PbEU* 2017, L 113/56 voorbereid in COM(2017)251.

In dit eerste hoofdstuk wordt een inleiding op het Europese arbeidsrecht gegeven.³ In de eerste plaats zullen het belang en de bronnen van het Europese arbeidsrecht worden geschetst en het onderwerp van dit boek worden afgebakend (par. 1.2). Vervolgens zal de ontwikkeling van de EU van een economische gemeenschap, via een economische en sociale gemeenschap, naar een 'grondrechtenunie' worden beschreven (par. 1.3). Daar zal blijken hoe Europa al sinds de oprichting van de EEG in 1957 worstelt met het verenigen van economische en sociale doelstellingen in haar regelgevend optreden. De spanning tussen die doelstellingen komt in vele onderwerpen van Europees arbeidsrecht en dus ook in vele hoofdstukken van dit boek terug. Wat precies de bevoegdheid van de EU tot regelgevend optreden is en welke reguleringsinstrumenten zij op arbeidsrechtelijk gebied inzet, komt aan de orde in paragraaf 1.4. Ten slotte staan in paragraaf 1.5 de doorwerking van het EU-recht in het nationale recht en de handhaving van het EU-recht centraal. Het hoofdstuk wordt afgerond in paragraaf 1.6.

1.2 Europees arbeidsrecht: belang, bronnen en afbakening

De internationale invloeden op het Nederlandse arbeidsrecht worden steeds groter. Was ons nationale arbeidsrecht een halve eeuw geleden nog een product van Nederlandse bodem, tegenwoordig komt een belangrijk deel van dat recht uit Europa. Of preciezer gezegd: uit Brussel. De Europese Unie – tegenwoordig vaak kortweg 'de Unie' genoemd – oefent verreweg de grootste invloed uit op ons arbeidsrecht. Zo zijn onze rechtsregels inzake gelijke behandeling, arbeidstijden, medezeggenschap en overgang van onderneming voor het overgrote deel van Europese origine. Het is daarom nauwelijks nog mogelijk het Nederlandse arbeidsrecht te kennen zonder kennis van de arbeidsrechtelijke regels van de Europese Unie. Daarnaast werken steeds meer werknemers 'over de grens', bijvoorbeeld in het kader van detachering, hetgeen vragen oproept over het op hun arbeidsovereenkomst toepasselijke recht. Ook daarvoor moet te rade worden gegaan bij internationale rechtsregels.

Er zijn vele bronnen van Europees arbeidsrecht. De invloedrijkste bron voor Nederland is het recht van de Europese Unie, ook wel *communautair recht*, EU-recht of (tegenwoordig vaak) *Unierecht* genoemd. Dit *Unierecht* staat in dit boek centraal. De term 'Europees' wordt in dit boek (tenzij anders is vermeld) in beperkte zin gebruikt, namelijk slechts doelend op de EU. Er zijn echter ook andere belangrijke bronnen die doorwerken in het Europese arbeidsrecht of het Europese arbeidsrecht aanvullen. Dat zijn het Europees sociaal handvest (ESH) en het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) – beide tot stand gekomen in het kader van de Raad van Europa.⁴

3 In par. 1.2 wordt het gebruik van deze termen besproken.

4 De Raad van Europa is in 1949 door tien Europese landen, waaronder Nederland, opgericht. De Raad heeft als doel de democratie en de mensenrechten in geheel Europa te bevorderen. Daarnaast streeft hij door middel van het sluiten van verdragen een hechtere eenheid tussen de (thans 47) lidstaten na.

Er zijn ook rechtsbronnen met een ruimer bereik dan Europa, de zogenoemde internationale rechtsbronnen. Zo heeft de Internationale Arbeidsorganisatie⁵ (IAO) meer dan 200 arbeidsrechtelijke verdragen (inclusief op het terrein van de sociale zekerheid) tot stand gebracht, bijvoorbeeld op het gebied van de vakverenigingsvrijheid en het recht op collectief onderhandelen. Ook bevatten verschillende internationale verdragen van andere organisaties normen die arbeidsrechtelijk van belang zijn, zoals het in het kader van de Verenigde Naties tot stand gekomen Internationale verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVPBR) en het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR). Hoewel dit boek zich zoals gezegd concentreert op het (arbeids)recht van de Europese Unie, zullen de andere hierboven genoemde Europese en internationale bronnen, waar relevant, ook aan bod komen.

In dit boek staan, als gezegd, de arbeidsrechtelijke regels afkomstig van de Europese Unie centraal. De term 'arbeidsrecht' komt weliswaar in het primaire Unierecht slechts één keer voor,⁶ maar de Unie houdt zich met arbeidsrecht in (zeer) ruime zin bezig. Het gaat dan – in EU-termen – om maatregelen van 'sociaal beleid' of 'sociale politiek'. Daaronder vallen onderwerpen als arbeidsvoorwaarden, arbeidsomstandigheden, medezeggenschap, gelijke behandeling, ontslag, sociale zekerheid en bestrijding van sociale uitsluiting.⁷ Verder maakt de Unie veel rechtsregels in het kader van haar actieve 'werkgelegenheidsstrategie'. Daaronder vallen zeer uiteenlopende beleidsmaatregelen, variërend van het bevorderen van 'employability' van werknemers en scholing tot verhoging van de arbeidsparticipatie. Sociale partners spelen daarbij vaak een belangrijke rol. Het geheel van deze rechtsregels wordt wel aangeduid als het 'Europees Sociaal Model', de 'Europese Sociale Politiek' of het 'Europees sociaal acquis'. In dit boek gebruiken we hiervoor zowel de genoemde Europese termen, als de termen 'arbeidsrecht' en 'sociaal recht'.

Hoewel al deze rechtsregels in dit boek aan bod komen, concentreren we ons op de EU-regels die van invloed zijn op arbeid in dienstbetrekking (in Nederland vaak aangeduid als 'arbeidsrecht'). Dit betekent echter niet dat het socialezekerheidsrecht geheel buiten dit kader valt. Het socialezekerheidsrecht komt in twee hoofdstukken wat prominenter aan bod. In de eerste plaats in hoofdstuk 3, getiteld 'Vrij verkeer van werknemers, detachering van werknemers, toepasselijk arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht'. Voor een goed beeld van de rechtspositie van grensoverschrijdende werknemers binnen de EU, is het namelijk onontbeerlijk om (naast de vrijeverkeerbepalingen) inzicht te hebben in de regels met betrekking tot toepasselijk arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht. In de tweede plaats in hoofdstuk 4, getiteld 'Gelijke behandeling als grondrecht', vanwege de grote betekenis die de gelijkebehandelingsnormen van de EU hebben (gehad) voor de Nederlandse wettelijke en aanvullende socialezekerheidsregelingen. In hoofdstuk 9 komt kort de toegang tot sociale zekerheid voor atypische arbeidsrelaties, waaronder schijnzelfstandigen, aan de orde.

5 De Internationale Arbeidsorganisatie werd in 1919 als uitvloeisel van de vredesonderhandelingen na de Eerste Wereldoorlog opgericht en bestaat momenteel uit 187 lidstaten. De idee was dat een duurzame vrede slechts mogelijk is op basis van sociale rechtvaardigheid. Vanaf 1946 is de IAO een 'specialized agency' van de Verenigde Naties. Als tripartiete organisatie geschiedt de besluitvorming, het bestuur en het aannemen van instrumenten door organen samengesteld door werkgevers, werknemers en overheden van de lidstaten.

6 Zie art. 156 VWEU.

7 In Nederland wordt dit vaak aangeduid als het 'sociaal recht', waaronder dan het arbeidsrecht plus het socialezekerheidsrecht wordt verstaan.

Voorts komt in het boek, ondanks de focus op arbeid in dienstbetrekking, naast het vrij verkeer van werknemers ook het vrije dienstenverkeer binnen de EU aan bod, namelijk voor zover daarbij sprake is van grensoverschrijdende detachering van werknemers (hfdst. 3).

De meer beleidsmatige kant van het Europese arbeidsrecht (Europese werkgelegenheidsstrategie, sociale dialoog etc.) komt niet in een apart hoofdstuk aan de orde, maar deze onderwerpen zijn in verschillende hoofdstukken geïntegreerd.⁸

1.3 De ontwikkeling van sociaal beleid in de Europese Unie

1.3.1 Inleiding

“De Unie kan niet uitsluitend gebaseerd zijn op zuiver economische overwegingen. Integendeel, zij moet voortaan menselijke en fundamentele waarden tot uitgangspunt nemen, die alle Europese landen gemeenschappelijk hebben. Dit is een noodzakelijke voorwaarde om alle burgers zowel mannen als vrouwen ertoe te brengen vertrouwen te stellen in de verdere opbouw van Europa. Zij moeten ervan worden overtuigd dat de Unie een kader vormt waarmee zij zich kunnen identificeren.”⁹

Dit is slechts een van de vele uitingen van de Europese Commissie waarin zij verklaart dat aan sociale waarden een essentiële betekenis toekomt in de Unie. Het belang dat aan zulke verklaringen wordt gehecht, houdt verband met de economische gerichtheid van de in 1957 begonnen Europese samenwerking. Het samenwerkingsverband heette oorspronkelijk niet voor niets de Europese *Economische* Gemeenschap (EEG) (onze cursivering). Daarin was er heel weinig (wetgevende) ruimte voor maatregelen van sociaal beleid. In de loop der jaren is een sociale dimensie ontwikkeld en versterkt, zo zal hieronder blijken. Zo werden er bevoegdheden om sociale maatregelen te nemen geïntroduceerd in de verdragen en werden sociale programma's gelanceerd.

Het sociaal beleid van de EU heeft inmiddels een historie van ruim een halve eeuw en die zal in de volgende paragraaf worden geschetst. Sommige Verdragsbepalingen, bijvoorbeeld over gelijke behandeling van mannen en vrouwen, zijn zodanig geïnterpreteerd door het Hof van Justitie dat zij een grote impact hebben.¹⁰ Dit neemt niet weg dat het economische marktdenken in de praktijk nog vaak leidend is. Dat blijkt in het bijzonder als de sociale waarden en arbeidsrechtelijke normen van de Unie botsen met de economische vrijheden, zoals het vrije verkeer van diensten.

1.3.2 Het EEG-Verdrag van 1957

De belangrijkste doelstelling van de Europese samenwerking was oorspronkelijk een economische: men wilde door middel van de instelling van een gemeenschappelijke markt tot economische vooruitgang van de – destijds zes¹¹ – deelnemende landen komen. Tot de kernonderdelen van de Europese Economische Gemeenschap behoorden daarom, naast

⁸ Zie met name par. 1.4.3 en hoofdstuk 6.

⁹ *Mededeling Europese Commissie* 13 september 2000 (IP/00/995, 13 september 2000) bij het voorontwerp van het Handvest van de grondrechten van de EU (dat op 7 december 2000 in Nice werd afgekondigd). Zie http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-995_nl.htm.

¹⁰ Zie hoofdstuk 2 en 4.

¹¹ België, Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg en Nederland.

een douane-unie en een gemeenschappelijk landbouwbeleid, de vier 'verkeersvrijheden': het vrije verkeer van personen, diensten, goederen en kapitaal.

De totstandbrenging van een vrije markt werd cruciaal geacht voor het realiseren van die economische vooruitgang. Een belangrijk onderdeel van de gemeenschappelijke markt – nu 'interne markt' genoemd – is een gemeenschappelijke arbeidsmarkt. Om die te realiseren moest ook het vrije verkeer van werknemers worden gegarandeerd. Werknemers moesten aan de slag kunnen in lidstaten waar werk voor hen was, zonder te worden belemmerd door werkvergunningen en dergelijke. Hiervan profiteerden niet alleen werknemers, maar ook werkgevers; die laatste konden zo immers eenvoudiger de benodigde mankracht aantrekken. Het vrije verkeer van werknemers, destijds neergelegd in art. 48 EEG-Verdrag, had een belangrijke sociale dimensie: werknemers van andere lidstaten mogen niet op grond van hun nationaliteit worden gediscrimineerd en mogen dus niet om die reden minder worden betaald dan werknemers van de lidstaat. Deze bepaling beoogde de sociale stelsels van de ontvangende lidstaten te beschermen, die onder druk zouden komen te staan indien werkgevers goedkope buitenlandse werknemers in dienst konden nemen (zie over de problematiek van *social dumping* ook hfdst. 3).

Een andere maatregel op het gebied van sociale politiek die in de economische context van het Verdrag tot stand kwam, was die van gelijk loon voor mannen en vrouwen (art. 119 EEG-Verdrag). Sommige van de oorspronkelijke lidstaten, met name Frankrijk, waren destijds al gebonden aan IAO-Verdrag 100 dat gelijk loon m/v verlangt. Frankrijk vreesde dat de landen die hieraan niet gebonden waren een oneigenlijk concurrentievoordeel zouden hebben door hun goedkope (vrouwen)arbeid.¹² Daarom werd deze bepaling opgenomen in het Verdrag.

Zulke (potentiële) concurrentievervalsingen konden ook op andere sociale beleidsterreinen ontstaan en daarom stelde Frankrijk voor om de EEG de bevoegdheid te geven om de gehele arbeids- en sociale wetgeving van de lidstaten gelijk te trekken. Andere landen waren hier echter tegen, zij gaven de voorkeur aan minimale overheidsinterventie (zeker op Europees niveau) op sociaal gebied. Het resultaat was het compromis van art. 117 EEG, dat bepaalde:

“De Lid-Staten erkennen de noodzaak, verbetering van de levensstandaard en van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers te bevorderen, zodat de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang wordt mogelijk gemaakt. Zij zijn van mening dat een dergelijke ontwikkeling zal voortvloeien, zowel uit de werking van de gemeenschappelijke markt waardoor de harmonisatie der sociale stelsels zal worden bevorderd, als uit de in dit Verdrag bepaalde procedures en het nader tot elkaar brengen van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen.”

Deze bepaling drukte de overtuiging uit dat sociale vooruitgang vanzelf zou worden gerealiseerd door de werking van de gemeenschappelijke markt en de in het Verdrag neergelegde procedures, maar voorzag niet in bevoegdheden om genoemde levensstandaard en arbeidsvoorwaarden te verbeteren.

12 Vgl. Barnard 2011, p. 643; zie voorts concl. A-G Lamothe bij HvJ EG 25 mei 1971, 80/70 (*Defrenne I*).

1.3.3 De invoering van sociale beleidsmaatregelen in de jaren zeventig

In de beginjaren was er dus nog geen sprake van een communautair sociaal beleid. In de jaren zeventig meenden de Europese staatshoofden en regeringsleiders evenwel dat de tijd rijp was voor een socialer Europa, voor een gemeenschap met een menselijker gezicht. Tijdens een conferentie te Parijs in oktober 1972 benadrukten de Europese leiders dat een krachtige actie op sociaal gebied even belangrijk is als de verwezenlijking van de economische en monetaire unie.¹³

Belangrijke aanjagers voor deze nieuwe, sociale koers waren de economische recessie in die jaren en de grote ongelijkheden qua werkgelegenheid en welvaartsniveau, die nog altijd binnen de Gemeenschap bestonden. Ook bleken economische ontwikkelingen en sociale vooruitgang niet altijd hand in hand te gaan. Mede door de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt gingen ondernemingen steeds grootschaliger en vaker grensoverschrijdend werken, hetgeen aan werknemerszijde tot de vrees leidde dat werkgelegenheid eenvoudig kon worden verplaatst naar 'goedkope' Europese landen, waar de lonen en andere arbeidsvoorwaarden op een lager niveau lagen.

Daarop startte de Europese Commissie met haar sociale actieprogramma's, die waren gericht op 'volledige en optimale werkgelegenheid, verbetering van de levens- en arbeidsomstandigheden en toenemende inschakeling van de sociale partners bij de economische en sociale besluitvorming van de Gemeenschap en van de werknemers bij de gang van zaken in de ondernemingen'.¹⁴ Deze actieprogramma's vormden de opmaat voor een snelle uitbouw van het communautaire sociale recht via (vooral) richtlijnen, bijvoorbeeld op het gebied van gelijke behandeling van mannen en vrouwen (ten aanzien van onder andere arbeidsvoorwaarden en sociale zekerheid), veiligheid en gezondheid, collectief ontslag, insolventie van de werkgever en overgang van ondernemingen.¹⁵ In de jaren zeventig is daarmee belangrijke vooruitgang geboekt in het vaststellen van bindende Europese arbeidswetgeving.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie heeft ook bijgedragen aan het ontwikkelen van de sociale dimensie. Dat geldt in het bijzonder voor de *Defrenne*-arresten¹⁶ met betrekking tot artikel 119 EEG-Verdrag. Aan de invoering van dit artikel lag, zo zagen we in paragraaf 1.3.2, primair een economische doelstelling ten grondslag. In het *Defrenne II*-arrest overwoog het Hof dat aan deze bepaling niet alleen een economische doelstelling ten grondslag ligt, maar 'dat anderzijds deze bepaling de uitdrukking is van de sociale doelstellingen van de gemeenschap, die immers niet slechts een economische unie is, maar tevens (...) door gemeenschappelijk optreden de sociale vooruitgang en een voortdurende verbetering van de omstandigheden waaronder de volkeren van Europa leven en werken, moet verzekeren'. Het Hof leidde uit dit dubbele doel – economisch en sociaal – af dat het beginsel van gelijke beloning een der grondslagen van de Gemeenschap is.¹⁷

13 Zie *Resolutie van de Raad* van 21 januari 1974 betreffende een sociaal actieprogramma, *PbEG* 1974, C 13/1.

14 *PbEG* 1974, C 13/1.

15 Zie uitgebreid over deze ontwikkelingen Fuchs 2004, p. 155-176.

16 HvJ EG 25 mei 1971, 80/70 (*Defrenne I*); HvJ EG 8 april 1976, 43/75 (*Defrenne II*) en HvJ EG 15 juni 1978, 149/77 (*Defrenne III*).

17 HvJ EG 8 april 1976, 43/75 (*Defrenne II*), r.o. 10-12.

Daarnaast leidde het Hof uit deze dubbele doelstelling af dat deze verdragsbepaling (nu art. 157 VWEU) rechtstreekse werking heeft en ook in horizontale verhoudingen (werknemer versus private werkgever) voor de nationale rechter kan worden ingeroepen.¹⁸ Door het toekennen van horizontale directe werking aan deze verdragsbepaling maakte deze jurisprudentie haar veel effectiever.

De *Defrenne*- arresten tonen duidelijk de ambitie van het Hof om de (in zijn optiek) in het Verdrag aanwezige sociale doelstellingen te realiseren.

1.3.4 De jaren negentig

De bereidheid van de lidstaten om sociale beleidsmaatregelen aan te nemen bleef echter vrij beperkt. Aangezien veel Verdragsbepalingen eenparigheid van stemmen vereisten, verliep de vooruitgang daarom traag. Illustratief is het lot van de voorstellen van de Commissie voor richtlijnen met betrekking tot flexibele arbeid, zoals beschreven in hoofdstuk 5. Er werd slechts één voorstel aangenomen, gebaseerd op een Verdragsbepaling waarvoor een gekwalificeerde meerderheid was vereist; de andere twee – waarvoor eenparigheid van stemmen vereist was – werden geblokkeerd door een veto in de Raad.

In de ontwerpfasen van het Verdrag van Maastricht (1992¹⁹) werd voorgesteld om meer bevoegdheden te creëren voor het voeren van sociaal beleid, maar er kon geen consensus worden bereikt. Om uit de impasse te komen werd door elf van de twaalf lidstaten – het Verenigd Koninkrijk deed niet mee – een Protocol betreffende de sociale politiek ondertekend, waaraan een *Overeenkomst betreffende de sociale politiek* was gehecht. Het protocol verklaarde dat de ondertekenende partijen wilden verdergaan op de weg die was ingeslagen met het Sociaal Handvest van 1989; dat Handvest bevatte 'sociale grondrechten van de werkenden' en was door alle lidstaten behalve het Verenigd Koninkrijk aanvaard.²⁰ De overeenkomst kende een rol toe aan de sociale partners in het wetgevingsproces van de Gemeenschap en breidde de bevoegdheden van de Gemeenschap op het gebied van het arbeidsrecht aanzienlijk uit. Belangrijk was dat de overeenkomst voor enkele van de nieuwe bevoegdheden voorzag in stemming met (slechts) gekwalificeerde meerderheid.

Aangezien het Verenigd Koninkrijk niet meedeed, was de weg vrij om gebruik te maken van de nieuwe bevoegdheden. Er zijn vier arbeidsrechtelijke richtlijnen aangenomen op deze rechtsbasis: de richtlijnen inzake deeltijdarbeid (97/81/EG), ouderschapsverlof (96/34/EG), bewijslast in geval van discriminatie op grond van geslacht (97/80/EG) en de Europese ondernemingsraad (94/45/EG).

In 1997, toen de Labour Party aan de macht was gekomen in het Verenigd Koninkrijk, kwam er een einde aan het '*two-speed Europe*'. De betreffende bepalingen die bevoegdheden voor het treffen van sociale maatregelen gaven, werden bij het Verdrag van Amsterdam²¹ geïntegreerd in het Verdrag en vormden de basis voor de huidige titel betreffende de *Sociale*

18 Zie over verticale en horizontale directe werking van het EU-recht par. 1.5.4.2.

19 Verdrag betreffende de Europese Unie, ondertekend op 7 februari 1992 te Maastricht, in werking getreden per 1 november 1993 (*Trb.* 1992, 74).

20 Zie daarover par. 1.3.6.

21 Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen (...), ondertekend op 2 oktober 1997 te Amsterdam, in werking getreden per 1 mei 1999 (*Trb.* 1998, 11).

politiek (zie nu Titel X van het VWEU).²² Deze titel bevat een specifieke opdracht voor de EU tot het voeren van een sociaal beleid (art. 153), teneinde de in artikel 151 genoemde sociale doelstellingen te realiseren. Artikel 153 VWEU geeft aan op welke gebieden de Unie specifieke regelingsbevoegdheid heeft, zoals bijvoorbeeld veiligheid en gezondheid van werknemers, arbeidsvoorwaarden, sociale zekerheid, informatie en raadpleging van werknemers en gelijkheid van mannen en vrouwen.

Noemenswaardig is ook de introductie van het *Europese burgerschap* door het Verdrag van Maastricht (zie nu art. 20-25 VWEU). Dit is een belangrijke ontwikkeling, aangezien het impliceert dat de Europese Unie niet alleen relevant is voor economisch actieve personen (werknemers en zelfstandigen), maar ook voor anderen. Economisch niet-actieve personen verkregen een recht op vrij verkeer en de mogelijkheid om ook andere EU-rechten in te roepen. Het EU-recht staat echter meer beperkingen toe aan de uitoefening van deze rechten voor economisch niet-actieven dan voor werknemers en zelfstandigen. Toch toont de invoering van het burgerschap eens te meer aan dat economische doelstellingen niet de enige doelstellingen zijn die aan de Unie ten grondslag liggen.

Het Verdrag van Maastricht introduceerde ook een bepaling die de mogelijkheden juist beperkte om arbeidswetgeving te ontwikkelen. In het Verdrag werd namelijk het zogenaamde subsidiariteitsbeginsel neergelegd (zie nu art. 5 lid 3 VEU). Volgens dat beginsel mag de EU alleen wetgevend optreden indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt. Telkens wanneer een voorstel voor een maatregel van sociaal beleid wordt gedaan, moet daarom worden aangetoond dat de lidstaten de doelstelling niet voldoende kunnen bereiken. De introductie van het subsidiariteitsbeginsel weerspiegelde de groeiende onwil van de lidstaten om sociale beleidsmaatregelen van de EU te aanvaarden. Een van de redenen daarvoor was dat lidstaten steeds meer de effecten van concurrentie uit andere lidstaten en uit derde landen (mondialisering) begonnen te ervaren en vreesden dat gebondenheid aan allerlei Europese arbeidsrechtsregels nadelig zou zijn voor hun concurrentiekracht.

Teneinde toch verder te kunnen met de ontwikkeling van Europees sociaal beleid, is in deze periode een alternatief reguleringsmechanisme ontwikkeld: de Open Methode van Coördinatie (OMC). De focus ligt hier niet primair op het gedeeltelijk harmoniseren van onderdelen van het arbeidsrecht van de lidstaten via EU-richtlijnen, maar is veel ruimer gericht op het verbeteren van het functioneren van de arbeidsmarkten van de lidstaten. Het bevorderen van de werkgelegenheid werd een 'aangelegenheid van gemeenschappelijke zorg' (zie nu art. 146 lid 2 VWEU). De OMC komt erin de kern op neer dat de lidstaten aan de Europese Commissie verslag uitbrengen over hun nationale situatie en dat de Commissie vervolgens richtsnoeren aan de lidstaten geeft om de doelstellingen van het werkgelegenheidsbeleid te bereiken. Een volgende stap in deze cyclus is dat de Europese Commissie de lidstaten vraagt te rapporteren over de opvolging van de richtsnoeren. Hoewel de OMC een vorm van 'soft law' is, heeft zij in de praktijk wel degelijk effect nu de lidstaten moeten rapporteren over hoe zij de richtlijnen opvolgen. Zie verder paragraaf 1.4.4.

²² Zie de bij het Verdrag van Amsterdam (art. 2, nr. 22) gewijzigde artikelen 117-120 EG-Verdrag, toen overigens nog niet samengebracht onder een eigen titel (later wel, namelijk in Titel XI (art. 136-145) EG-Verdrag). Zie art. 2, nr. 58 Verdrag van Amsterdam voor de intrekking van het Protocol en de daaraan gehechte Overeenkomst betreffende de sociale politiek.

1.3.5 Ontwikkelingen vanaf 2000

De verdere uitbouw van de sociale dimensie van de Unie is in belangrijke mate beïnvloed door enkele ontwikkelingen die zich in het nieuwe millennium hebben voorgedaan.

Een daarvan is de toetreding tot de Unie van landen die voorheen een centraal geplande economie hadden. Deze nieuwe lidstaten hebben op vrij drastische wijze hun economieën moeten herstructureren en hun systemen moeten herzien om te kunnen toetreden tot de EU. Zij dienden het gehele *acquis communautaire* (d.w.z. geaccumuleerde wetgeving, rechtshandelingen en jurisprudentie van de EU) over te nemen. Maar nadat deze landen tot de Unie waren toegetreden, hadden ze uiteraard het recht, net zoals de 'oude' lidstaten, om te stemmen over nieuwe wetgeving – en dus ook om deze af te wijzen. Zij lijken terughoudend om EU-maatregelen te nemen die zouden kunnen leiden tot stijgingen van de arbeidskosten. Een verklaring daarvoor is dat deze nieuwe lidstaten in het algemeen primair gericht waren en zijn op de ontwikkeling van hun economieën en daarbij vormen goedkope arbeidskrachten nog altijd een belangrijke troef.

Een gebied waar de verschillen tussen de nieuwe en de oudere lidstaten tot aanzienlijke spanningen leidden, is de grensoverschrijdende detachering van werknemers. Op basis van de regels voor het vrije verkeer van diensten kunnen ondernemingen hun werknemers ter beschikking stellen om in een andere lidstaat (het gastland) te gaan werken en aanvankelijk was het onduidelijk welk deel van de arbeidswetgeving van het gastland ze moesten naleven. Door alleen de – lagere – lonen te betalen die volgens hun eigen wetgeving verschuldigd zijn, kunnen ondernemingen uit nieuwe lidstaten een groot concurrentievoordeel hebben ten opzichte van ondernemingen uit de oude lidstaten. Dit is een belangrijk gebied waarop sociale en economische belangen botsen. In 1996 werd als compromis de Detacheringsrichtlijn (96/71/EG) aangenomen, die de mogelijkheden voor gastlanden om hun arbeidswetgeving op te leggen aanzienlijk beperkte.

Deze richtlijn vormt de achtergrond van het befaamde *Laval*-arrest.²³ Dit arrest is veel bediscussieerd en bekritiseerd, omdat het arrest het stakingsrecht aanzienlijk beperkt en het mogelijk maakt dat economische criteria een grote rol spelen bij deze beperking (zie verder hfdst. 6). Het leidde ertoe dat de relatie tussen de economische en sociale waarden in de EU hoog op de agenda kwam te staan, maar ook tot pessimisme over de mogelijkheden om het sociale gezicht van de EU verder te ontwikkelen. De herziening van de Detacheringsrichtlijn in 2018 – die onder bepaalde voorwaarden gelijk loon voor gedetacheerde werknemers vereist – toont echter aan dat de ontwikkeling niet lineair en ondubbelzinnig is. Zie verder hoofdstuk 3.

Een andere belangrijke ontwikkeling was de economische crisis die in 2008 begon. Deze heeft geleid tot ingrijpende bezuinigingsmaatregelen, zowel vanuit de EU als vanuit de lidstaten, om onder meer de arbeidskosten te verlagen. In sommige lidstaten werden de lonen en andere arbeidsvoorwaarden onder grote druk ingrijpend verlaagd om de euro te redden. Hoewel deze maatregelen nooit zijn vastgelegd in Europese arbeidsrechtelijke regels, noemen wij ze hier wel, aangezien ze hebben geleid tot aanzienlijk pessimisme over de sociale dimensie van de EU.

Ten slotte moeten het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en het Handvest van de grondrechten van

23 HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (*Laval*).

de Europese Unie ('Grondrechtenhandvest'), zoals vastgesteld bij het Verdrag van Lissabon (2009), worden genoemd. In art. 6 VEU is bepaald dat de Unie de rechten, vrijheden en beginselen erkent die zijn vastgesteld in het Grondrechtenhandvest, dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft. Het omvat belangrijke grondrechten, waaronder sociale. Genoemd artikel bepaalt echter ook dat de bepalingen van het Handvest de bevoegdheden van de Unie, zoals bepaald in de Verdragen, geenszins uitbreidt. Het Handvest kan een bron zijn voor de verdere ontwikkeling van sociale EU-regels, maar de rechtsgrondslag daarvoor moet elders in de Verdragen worden gevonden.

Als reactie op de sinds de eeuwwisseling stagnerende wetgevingsactiviteit op sociaal gebied en het door de interventies om de euro te redden verbleekte sociale gezicht van de EU, heeft de Europese Commissie in 2017 een aanbeveling gedaan voor een Europese pijler van sociale rechten.²⁴ Deze aanbeveling kreeg extra gewicht doordat zij ook werd afgekondigd en ondertekend door de Raad van de EU en het Europees Parlement.²⁵ De pijler bevat 20 beginselen en rechten die essentieel zijn voor eerlijke en goed functionerende arbeidsmarkten en socialezekerheidsstelsels. Het is voornamelijk een bevestiging van beginselen en rechten die al aanwezig zijn in de EU en in het internationale juridische acquis, maar er zijn ook enkele nieuwe beginselen toegevoegd die inspelen op nieuwe maatschappelijke en economische realiteiten. Een voorbeeld hiervan is de opname van zelfstandigen in het recht op adequate sociale bescherming. Deze aandacht voor zelfstandigen weerspiegelt het toenemende aantal werkenden in veel lidstaten dat als zelfstandige werkt en wiens sociaaleconomische positie sterk lijkt op die van werknemers, maar die vaak geen vergelijkbare bescherming hebben.

De ambitie van de pijler is dat de beginselen daadwerkelijk door de lidstaten worden geïmplementeerd. Daarvoor is met name het werkdocument van de Commissie relevant, waarin wordt beschreven welke acties kunnen worden ondernomen.²⁶ De acties van de lidstaten en hun resultaten worden in een zogenoemd 'sociaal scorebord' geregistreerd.

Hoewel aan de pijler ook economische overwegingen ten grondslag liggen,²⁷ kan deze een aanzet zijn tot een hernieuwde focus op de sociale dimensie van de EU. 'Sociaal Europa' staat duidelijk weer op de agenda van de Commissie.²⁸ Er zijn inmiddels enkele resultaten zichtbaar. Zo zijn richtlijnen tot stand gekomen betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers²⁹ en betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden,³⁰ en een voorstel voor een Richtlijn betreffende toereikende

24 COM(2017)251 final (Sociale Pijler).

25 Aanbeveling (EU) 2017/761 van de Commissie van 26 april 2017 betreffende de Europese pijler van sociale rechten, *PbEU* 2017, L 113/56.

26 Werkdocument van de diensten van de Commissie bij Mededeling van de Commissie (...) inzake de oprichting van een Europese pijler van sociale rechten, SWD(2017)201 final.

27 Zie bijv. Overwegingen 11 en 13 van de preambule. Zie voor een kritische beschouwing De Becker & Schoukens, *TRA* 2017/86, p. 8. De pijler, zijnde een reactie op de gevolgen van de eurocrisis, is in de eerste plaats bedoeld voor de eurozone, maar er kunnen ook andere lidstaten aan het programma deelnemen (o.v. 13).

28 Zie ook Europese Commissie, 2017 (*Witboek over de toekomst van Europa*) en Commissie 2017 (*Discussienota over de sociale dimensie van Europa*).

29 Richtlijn 2019/1158/EU die Richtlijn 2010/18/EU (ouderschapsverlof) zal vervangen; de implementatietermijn verstrijkt op 2 augustus 2022.

30 Richtlijn 2019/1152/EU die richtlijn 91/533/EEG zal vervangen; de implementatietermijn verstrijkt op 1 augustus 2022.

minimumlonen in de EU.³¹ Een ander voorbeeld is een aanbeveling van de Raad uit 2019 met betrekking tot de toegang tot sociale bescherming voor werknemers en zelfstandigen (vooral voor degenen die, vanwege hun arbeidsstatus niet voldoende gedekt zijn door socialezekerheidsstelsels).³² Deze initiatieven worden in hoofdstuk 10 nader besproken.

1.3.6 De geleidelijke erkenning van grondrechten in de Europese Unie

Sociaal beleid heeft dus geleidelijk, zij het met horten en stoten, gestalte gekregen in de Europese Unie. Parallel hieraan hebben ook grondrechten een plaats verworven binnen de communautaire rechtsorde. Deze ontwikkeling wordt in deze paragraaf in hoofdlijnen beschreven.

Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden (1989)

Een eerste mijlpaal in die ontwikkeling was de aanvaarding van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden in 1989 door elf van de destijds twaalf lidstaten.³³ Het Gemeenschapshandvest bevat twaalf 'sociale grondrechten van de werkenden', bijvoorbeeld op het gebied van vrij verkeer, vrijheid van vereniging en collectief overleg, gelijke behandeling van mannen en vrouwen en medezeggenschap. Het Handvest was bedoeld als referentiekader voor de elf lidstaten om in de toekomst meer rekening te houden met de sociale dimensie bij de ontwikkeling van de Gemeenschap.³⁴ Het putte uit IAO-Verdragen en uit het van 1962 daterende Europese Sociaal Handvest van de Raad van Europa.

Het Gemeenschapshandvest was slechts een politieke verklaring, aanvankelijk zonder enige juridische status³⁵ en is ook niet bekend gemaakt in het *Publicatieblad*. Ondanks het ontbreken van bindende kracht vormde het Handvest wel een belangrijke basis voor de verdere uitbouw van het sociale beleid van de Unie.³⁶ In het Verdrag van Maastricht was een verwijzing opgenomen naar het Gemeenschapshandvest (art. 136 EG-Verdrag); een vergelijkbare verwijzing is nu te vinden in artikel 151 VWEU.

Handvest van de grondrechten van de EU (Nice 2000)

Op 7 december 2000 werd in Nice door het Europees Parlement, de Raad en de Commissie gezamenlijk het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie³⁷ afgekondigd. Alle in de Unie erkende fundamentele rechten waren samengebracht in het Handvest om zo het grote belang van deze rechten voor de Unie te onderstrepen en de bescherming van

31 COM(2020) 682final.

32 Aanbeveling (EU) 2019/C 387/01, *PbEU* 2019, C 387, p. 1–8.

33 Zie ook par. 1.3.4. De Nederlandse tekst van het Gemeenschapshandvest is afgedrukt in *Sociaal Recht* 1990, p. 52–54.

34 Aldus *Conclusions of the Presidency European Council Strasbourg*, 8 and 9 December 1989 (SN 441/2/89), par. II-G.

35 Later werd in art. 136 EG-Verdrag naar het Handvest verwezen (zie nu art. 151 VWEU), over de betekenis van die verwijzing voor de status van het Handvest werd verschillend gedacht. Zie daarover Peters 2006, p. 482.

36 Zie Barnard 2012, p. 33; Watson 2009, nrs. 3.42–49; Fuchs 2004, p. 168–169. Het HvJ verwees in zijn jurisprudentie soms naar het Handvest, zie bijv. HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 (*Pfeiffer*), r.o. 91, HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99 (*Bectu*), r.o. 39.

37 *PbEG* 2000, C 364/1.

deze fundamentele rechten te versterken.³⁸ Volgens de preambule ontleent het Handvest de inhoud van de grondrechten ook aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie, waarin het de grondrechten erkent die zijn vastgelegd in internationale mensenrechtenverdragen, het EVRM en de constitutionele tradities van EU-lidstaten. In bedoelde jurisprudentie worden deze grondrechten erkend als algemene beginselen van het EU-recht en ze zijn aldus onderdeel geworden van het EU-recht.³⁹

Het Handvest is primair een bevestiging van het reeds bestaande Europese waardenstelsel, en geen creatie van nieuwe rechten. Ook dit handvest was nog slechts een politieke verklaring (zonder formele juridische status), maar er werd soms wel naar verwezen in de jurisprudentie van het Hof, al duurde dat wel even. Hoewel A-G Tizzano in zijn conclusie bij de *BECTU*-zaak (2001) al een beroep op het Handvest deed als bron voor nadere invulling van sociale rechten,⁴⁰ citeerde het Hof er pas in 2006 voor het eerst uit.⁴¹

Europese Grondwet en Handvest van de grondrechten van de EU (Lissabon 2009)

Een volgende mijlpaal had het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa moeten zijn, dat op 29 oktober 2004 te Rome door alle lidstaten en kandidaat-lidstaten werd ondertekend.⁴²

Het genoemde Verdrag heeft het echter niet gered, nadat de Franse en Nederlandse burgers zich in referenda ertegen hadden uitgesproken.⁴³ Een ‘Europese Grondwet’ was kennelijk nog een brug te ver.⁴⁴

Niettemin is uiteindelijk met het op 1 december 2009 in werking getreden Verdrag van Lissabon een vergelijkbaar resultaat geboekt op het gebied van de grondrechten. Het Handvest bleef weliswaar een aparte verklaring van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, maar het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) garandeert de rechten, vrijheden en beginselen die in het Handvest zijn opgenomen en maakt de bepalingen ervan juridisch bindend. Artikel 6 lid 1 VEU bepaalt namelijk dat het EU-Handvest van de grondrechten ‘dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft’. Daarmee heeft het Handvest de hoogste status binnen de hiërarchie van rechtsbronnen in de Unie, namelijk de status van primair Unierecht.

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in december 2009 is het aantal procedures waarin het Handvest een rol speelt aanzienlijk toegenomen.⁴⁵ Het Handvest versterkt niet alleen sociale rechten, maar het bevat ook economische rechten die verzoend moeten worden met sociale rechten. Dit komt voornamelijk door artikel 16, dat bepaalt: “De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en

38 Zie de preambule bij het Handvest (*PbEG* 2000, C 364/1) en *Commission Communication on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, COM(2000)559 def.

39 Zie hierover par. 2.2 en uitvoerig Amalfitano 2018.

40 A-G Tizzano bij HvJ EG 26 juni 2001, C-173/99 (*BECTU*), punt 28: “Het Handvest (vormt) mijns inziens de meest geschikte en definitieve bevestiging van de aard van het grondrecht”.

41 HvJ EG 27 juni 2006, C-540/03 (*Europees Parlement/Raad van de EU*); zie daarover Bercusson 2009, p. 386-387.

42 *PbEG* 2004, C 310/01.

43 Het Verdrag diende door alle lidstaten te worden bekrachtigd (i.e. geratificeerd) overeenkomstig hun eigen grondwettelijke bepalingen (art. IV-447), dat wil zeggen goedkeuring door het parlement en/of een referendum, en zou dan eind 2006 in werking treden.

44 Zie daarover De Búrca 2008.

45 Zie hoofdstuk 2.

de nationale wetgevingen en praktijken.” Zoals zal blijken in hoofdstuk 8, is deze bepaling door het Hof van Justitie gebruikt om de bepalingen van de richtlijnen overgang van ondernemingen en collectief ontslag zodanig te interpreteren dat er in sommige gevallen minder bescherming wordt geboden aan werknemers.

1.4 De bevoegdheden van de Uniewetgever

1.4.1 Inleiding

Dit boek gaat uit van enige voorkennis van de organisatie en het recht van de Europese Unie. Dat betekent dat het niet voorziet in behandeling van het algemeen juridisch kader van het Unierecht. De verschillende EU-instellingen en organen – zoals de Europese Commissie, het Europees Parlement, de Raad van Ministers, de Europese Raad, het Hof van Justitie en het Economisch en Sociaal Comité – zullen niet als zodanig besproken worden. Wel zullen de (voor het arbeidsrecht) belangrijkste algemene aspecten met betrekking tot het regelgevend optreden van de Unie worden geschetst. Het gaat in de eerste plaats om de bevoegdheid van de Unie om regelgevend op te treden (par. 1.4.2). Vervolgens wordt stilgestaan bij de *wetgevende* instrumenten die de Unie op arbeidsrechtelijk gebied hanteert: wat is de vorm en rechtsbasis van die wetgeving? Tevens wordt ingezoomd op de bijzondere rol die aan sociale partners toekomt bij arbeidsrechtelijke Uniewetgeving (par. 1.4.3). De Unie treedt echter niet alleen regelgevend op door wetgeving ofwel *'hard law'*. Zij doet dat op sociaal gebied in toenemende mate via zogenoemde *'soft law'*-maatregelen en wel in het bijzonder via de Open Methode van Coördinatie (OMC). Dit komt in paragraaf 1.4.4 aan de orde. De handhaving van het Unierecht en de doorwerking daarvan in de nationale rechtsorden zal in paragraaf 1.5 worden besproken.

1.4.2 De bevoegdheden van de Unie tot regelgevend optreden

De bevoegdheden van de Unie zijn neergelegd in het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU, ook wel Unieverdrag genoemd) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU, ook wel Werkingsverdrag genoemd), die dezelfde rechtskracht hebben. Het VEU bevat onder andere het constitutionele recht van de Unie; in het VWEU vinden we voornamelijk de materiële beleidsterreinen, waaronder Titel X 'Sociale Politiek'.

De Unie heeft geen algemene regelgevende bevoegdheid (zie art. 4 lid 1, art. 5 lid 1 en 2 en art. 13 lid 2 VEU), haar bevoegdheden om regelend op te treden zijn in het verdrag precies vastgelegd.

1.4.2.1 Bevoegdheidstoedeling en soort bevoegdheid

Als de Unie een regeling wil maken, moet eerst worden vastgesteld of de Unie überhaupt de bevoegdheid toekomt om op een bepaald terrein op te treden; daarvoor is het beginsel van bevoegdheidstoedeling van belang (art. 5 lid 1 VEU). Krachtens dat beginsel beschikt de Unie uitsluitend over die bevoegdheden die haar in de Verdragen zijn toebedeeld. Alle andere bevoegdheden behoren toe aan de lidstaten (art. 5 lid 2 VEU).

Het beginsel van bevoegdheidstoedeling brengt mee dat elke rechtshandeling van de Unie een rechtsbasis in de Verdragen moet hebben.⁴⁶ Dit betekent dat iedere Europese rechtshandeling op een specifieke Verdragsbepaling moet zijn gebaseerd, die daadwerkelijk een bevoegdheid toekent. Niet iedere verdragsbepaling geeft een bevoegdheid. Zo levert artikel 151 VWEU geen rechtsbasis op voor bindende regelgeving. Dit artikel definieert de doelstellingen van de sociale politiek van de Unie, maar kent geen bevoegdheden toe. Dat laatste gebeurt wél in artikel 153 lid 2 VWEU: het Europees Parlement en de Raad krijgen hierin de bevoegdheid toegedeeld om minimumvoorschriften vast te stellen op sociaal gebied.

Een nadere uitwerking van het beginsel van bevoegdheidstoedeling wordt gegeven in artikelen 2 t/m 6 VWEU. Daarin wordt een onderscheid gemaakt tussen drie soorten bevoegdheden: exclusieve, gedeelde en ondersteunende.

Een *exclusieve* bevoegdheid wil zeggen dat uitsluitend de Unie wetgevend kan optreden en juridisch bindende handelingen kan vaststellen. De lidstaten kunnen dan slechts wetgevend optreden als de Unie de lidstaten daartoe gemachtigd heeft of als de lidstaten uitvoering geven aan rechtshandelingen van de Unie (art. 2 lid 1 VWEU). De Unie heeft zelden een *exclusieve* bevoegdheid. De gebieden waarop zij dat wel heeft, zijn limitatief opgesomd in artikel 3 VWEU. Het gaat om voor de hand liggende terreinen als het monetair beleid voor de 'euro-lidstaten', de douane-unie en de vaststelling van mededingingsregels in het kader van de interne markt.

Meestal is sprake van een *gedeelde* bevoegdheid. Dat betekent dat zowel de Unie als de lidstaten bevoegd zijn wetgevend op te treden (art. 2 lid 2 VWEU). De gebieden waarop sprake is van een gedeelde bevoegdheid zijn opgesomd in artikel 4 VWEU. Het gaat onder andere om de interne markt en het sociaal beleid (voor de in het VWEU genoemde gebieden). De Unie maakt wel door te handelen op het betreffende gebied van de gedeelde bevoegdheid een exclusieve. Zodra de Unie namelijk wetgevend (of anderszins) optreedt, dan wordt die bevoegdheid, voor zover uitgeoefend, een exclusieve.

Wanneer de Unie wetgeving op een bepaald terrein van het arbeidsrecht vaststelt, neemt zij in wezen de bevoegdheden van de lidstaten op dat gebied over. De lidstaten kunnen dan alleen nog bindende maatregelen vaststellen wanneer de Uniewetgeving dit eist of toelaat. De Uniewetgeving eist dit overigens wel vaak op arbeidsrechtelijk terrein, aangezien zij meestal wordt gegoten in de vorm van richtlijnen, die per definitie moeten worden omgezet in nationaal recht. Aangezien het bij richtlijnen om minimumharmonisatie gaat, mogen lidstaten er vaak nog een 'nationale kop' opzetten, ofwel: een hoger sociaal beschermingsniveau voorschrijven dan de richtlijn (zie par. 1.4.3.1).

Ten slotte zijn er terreinen waarop de Unie slechts *coördinerende of ondersteunende* bevoegdheden bezit. De bevoegdheid van de Unie beperkt zich dan tot het coördineren, ondersteunen of aanvullen van het optreden van de lidstaten. De betreffende bevoegdheden blijven dus bij de lidstaten. Belangrijk voor het sociaal beleid is artikel 5 lid 2 VWEU: "De Unie neemt maatregelen om te zorgen voor de coördinatie van het werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten, met name door de richtsnoeren voor dat beleid te bepalen." Hiervoor zij verwezen naar paragraaf 1.4.4. Zie voorts de in artikel 6 VWEU, minder dwingend geformuleerde, bevoegdheid tot het ondersteunen, coördineren of aanvullen van het

⁴⁶ In geval van gedelegeerde bevoegdheden is een 'indirecte' rechtsbasis in de Verdragen voldoende, zie art. 290 VWEU.

optreden van de lidstaten op onder andere het terrein van onderwijs, beroepsopleiding, jongeren en sport.

1.4.2.2 Subsidiariteit en evenredigheid

Als is vastgesteld dat de Unie gedeeld bevoegd is, dan rijst vervolgens de vraag of zij wel de meest aangewezen wetgever is. Als dat niet het geval is, dan mag de bevoegdheid niet worden uitgeoefend. Dit zogenoemde *subsidiariteitsbeginsel* is neergelegd in artikel 5 lid 3 VEU: “Krachtens het subsidiariteitsbeginsel treedt de Unie op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten (...) kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt.” Dit is een ‘bottom-up’ of gedecentraliseerde benadering van subsidiariteit; de vooronderstelling is namelijk dat het de lidstaten zijn die optreden.⁴⁷ De Unie treedt alleen op als haar optreden een duidelijke toegevoegde waarde (vanwege omvang of effecten) heeft ten opzichte van nationaal optreden van de lidstaten. Daarvan zal in ieder geval sprake zijn als het gaat om onderwerpen met transnationale aspecten die niet bevredigend door individueel optreden van de lidstaten kunnen worden geregeld. Het subsidiariteitsbeginsel werd in 1993 geïntroduceerd en is een soort buffer die de lidstaten bescherming biedt tegen een, in hun visie, soms al te regelzuchtige Europese wetgever. Het beginsel dwingt de Unie tot een terughoudende opstelling.

Wanneer de Unie bevoegd is én besluit de bevoegdheid uit te oefenen, dan moet het wetgevende optreden (of andere bevoegdheidsuitoefening) ten slotte nog voldoen aan de eis van *evenredigheid* (ofwel proportionaliteit). Dit beginsel schrijft voor dat de inhoud en de vorm van dat optreden niet verder gaat dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken (art. 5 lid 4 VWEU). De te nemen maatregelen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en mogen niet verder gaan dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is.⁴⁸ Waar het subsidiariteitsbeginsel bepaalt óf de Unie optreedt, bepaalt het evenredigheidsbeginsel vervolgens de reikwijdte van het optreden.

Het Hof van Justitie is bevoegd te toetsen of de instellingen van de Unie zich aan de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid houden.⁴⁹ Het Hof stelt zich bij de toetsing echter terughoudend op. Het heeft nog nooit een EU-rechtshandeling nietig verklaard wegens schending van het subsidiariteitsbeginsel. Ook de naleving van het evenredigheidsbeginsel wordt slechts marginaal getoetst. Het Hof laat de Uniewetgever – zeker op terreinen zoals het sociaal beleid, waarop van de wetgever beleidskeuzen en complexe politieke beoordelingen worden verlangd – begrijpelijkerwijs een ruime beoordelingsmarge.⁵⁰ De toetsing van de uitoefening van die bevoegdheid aan het evenredigheidsbeginsel beperkt zich dan ‘tot de vraag, of er geen sprake is van een kennelijke dwaling of misbruik van bevoegdheid

47 Barnard 2012, p. 56.

48 HvJ EG 9 november 1995, C-426/93 (*Duitsland/Raad*), r.o. 42 en HvJ EG 12 november 1996, C 84/94 (*Verenigd Koninkrijk/Raad*), r.o. 57.

49 Dit wordt t.a.v. het subsidiariteitsbeginsel uitdrukkelijk bevestigd in art. 8 van Protocol nr. 2, *PbEU* 2016, C 202/208.

50 Aldus het Hof zelf in HvJ EG 12 november 1996, C-84/94 (*Verenigd Koninkrijk/Raad*), r.o. 58.

dan wel of de betrokken instelling de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid niet klaarblijkelijk heeft overschreden'.⁵¹

Daarnaast is er een politiek toezicht op de naleving van deze beginselen door de Unie. De grondslag daarvoor is Protocol nr. 2 betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, behorende bij het Verdrag van Lissabon.⁵² De Commissie, die bevoegd is wetsvoorstellen in te dienen bij de Raad en het Europees Parlement,⁵³ volgt een uitvoerige procedure om te beoordelen of en te verantwoorden dat haar optreden binnen de in de Verdragen vastgestelde grenzen van bevoegdheid, subsidiariteit en evenredigheid blijft.⁵⁴ De lidstaten worden bij deze exercitie betrokken, volgens een vaste procedure, neergelegd in genoemd Protocol.⁵⁵ De nationale parlementen kunnen een zogenoemde 'gele kaart' trekken. Voor een gele kaart moet kort gezegd ten minste een derde van de nationale parlementen een negatief subsidiariteitsoordeel vellen. In dat geval moet de Commissie het voorstel opnieuw in overweging nemen. Vervolgens kan zij gemotiveerd besluiten het ontwerp te handhaven, te wijzigen of in te trekken.⁵⁶ De gele kaart is voor het eerst ingediend in 2012 bij het voorstel voor de Monti II-Verordening,⁵⁷ die de verhouding tussen het stakingsrecht en de vrijheden van dienstverlening en vestiging regelde, waarna de Commissie haar voorstel heeft ingetrokken. Ook tegen het voorstel van de Commissie tot wijziging van de Detacheringsrichtlijn trokken de parlementen van elf lidstaten de gele kaart (zie par. 3.11.6).⁵⁸ De Commissie oordeelde dat zij, na een 'open politieke dialoog' met de betreffende nationale parlementen, tot de conclusie is gekomen dat haar voorstel niet in strijd is met het subsidiariteitsbeginsel. Vervolgens werd het wetgevingsproces voortgezet.⁵⁹

Er kan ook een 'oranje kaart' worden uitgedeeld, namelijk als kort gezegd een meerderheid van de nationale parlementen subsidiariteitsbezwaren maakt. In dat geval wijzigt de Commissie haar voorstel of trekt het in, tenzij zij met redenen omkleed aangeeft waarom het subsidiariteitsbezwaar ongegrond is (en het voorstel dus gehandhaafd kan worden).⁶⁰ De nationale parlementen hebben formeel niet de bevoegdheid een 'rode kaart' te trekken. Zij kunnen de Commissie namelijk niet dwingen het wetgevingsvoorstel in te trekken. In de praktijk zal een oranje kaart echter vaak gelijk staan aan een rode kaart: als een meerderheid van de nationale parlementen meent dat het subsidiariteitsbeginsel

51 HvJ EG 12 november 1996, C-84/94 (*Verenigd Koninkrijk/Raad*), r.o. 58. In deze zaak over de Arbeidstijdenrichtlijn (Richtlijn 93/104/EG) werd de door het Verenigd Koninkrijk gevraagde nietigverklaring van de richtlijn afgewezen, maar werd wél art. 5, tweede alinea van die richtlijn nietig verklaard. Zie daarover par. 1.4.3.2.

52 *PbEU* 2012, C 326/206.

53 De Europese Commissie is als enige EU-instelling hiertoe bevoegd en heeft dus het recht van initiatief m.b.t. Uniewetgeving (art. 17, lid 2 VEU). Het Europees Parlement en de Raad van Ministers stellen de wetgeving vast en zijn dus de 'Uniewetgever' (art. 14 lid 1 en art. 16 lid 1 VEU).

54 Conform art. 2-5 Protocol Nr. 2.

55 Art. 4, 6 en 7. Protocol Nr. 2.

56 Art. 7 lid 2 Protocol Nr. 2. Zie ook Fromage & Kreiling, *ELJS* 2017.

57 Voorstel voor een Verordening betreffende de uitoefening van het recht om collectieve actie te voeren in de context van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting (*Monti II*), COM(2012)130def.

58 COM(2016)128 final.

59 Polen en Hongarije spanden een procedure bij het Hof van Justitie aan tegen de herziening van de richtlijn, maar kregen ongelijk van het Hof (HvJ 8 december 2020, C-620/18 (*Hongarije/Parlement en Raad*)) en C-626/18 (*Polen/Parlement en Raad*)).

60 Zie de procedureregels in art. 7 lid 3 Protocol Nr. 2.

is geschonden, zal er in de Raad eveneens sprake zijn van de benodigde meerderheid om te besluiten het voorstel niet verder te behandelen.

1.4.3 Arbeidsrechtelijke Uniewetgeving: vorm en rechtsbasis

De Unie kan op arbeidsrechtelijk terrein (in brede zin) optreden via *wetgevingsinstrumenten* (*hard law*). Achtereenvolgens worden in deze paragraaf de vorm en de rechtsbasis van deze instrumenten besproken. Andere, niet-bindende reguleringsmethoden die de Unie op arbeidsrechtelijk terrein inzet (*soft law*) zullen in paragraaf 1.4.4 aan bod komen.

1.4.3.1 Vorm – verordeningen en richtlijnen – en specifieke kenmerken voor arbeidsrecht

Arbeidsrechtelijke Uniewetgeving komt tot stand in de vorm van een verordening of een richtlijn. Verordeningen en richtlijnen komen volgens de gewone wetgevingsprocedure tot stand:⁶¹ zij worden vastgesteld door het Europees Parlement en de Raad tezamen, op voorstel van de Commissie. Deze ‘volgens een wetgevingsprocedure vastgestelde rechtshandelingen’ worden wetgevingshandelingen genoemd (art. 289 lid 1 en 3 VWEU).

Verordeningen

Een verordening heeft een algemene strekking. Zij is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat (art. 288 VWEU). Een verordening hoeft dus niet te worden omgezet in nationaal recht.⁶² Op het terrein van het vrij verkeer van werknemers (Verordening 492/2011) en de coördinatie van sociale zekerheid (Verordening 883/2004), die ook dient ter bevordering van het vrij verkeer, heeft de Europese wetgever verordeningen uitgevaardigd, maar dit is op arbeidsrechtelijk terrein uitzonderlijk. De reden om dit op deze terreinen te doen is dat het vrij verkeer uniforme, in elke lidstaat toepasselijke rechtsnormen (volledige harmonisatie) verlangt.

Op arbeidsrechtelijk terrein wordt meestal slechts gedeeltelijke harmonisatie nagestreefd. Dit heeft te maken met de grote verschillen tussen de arbeidsrechtelijke stelsels van de lidstaten. Belangrijke verschillen bestaan er bijvoorbeeld als het gaat om de verhouding tussen het wettelijke arbeidsrecht en de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming door sociale partners (werkgevers- en werknemersorganisaties) door middel van cao's. Zo heeft in de Scandinavische landen de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming een beduidend prominentere rol dan in de andere lidstaten, waardoor veel in cao's wordt geregeld in plaats van in wetten. Ook kan het wettelijke arbeidsrecht van de ene lidstaat minder omvattend zijn dan van een andere. Ook zijn er belangrijke verschillen in de arbeidsrechtelijke stelsels qua normen en tradities tussen de ‘oude’ EU-lidstaten en de relatieve nieuwkomers uit Midden- en Oost-Europa. Deze verschillen maken dat een ‘one-size-fits-all’-regeling vaak nauwelijks mogelijk is en in beginsel is deze ook ongewenst. Lidstaten hechten grote

61 In bepaalde gevallen schrijft het VWEU een bijzondere wetgevingsprocedure voor, zie art. 289 lid 2 VWEU. Een voorbeeld daarvan is art. 19 VWEU voor het vaststellen van maatregelen om specifieke vormen van discriminatie (o.a. o.g.v. geslacht, handicap of leeftijd) te bestrijden en art. 48 VWEU betreffende coördinatie van sociale zekerheid.

62 Zie HvJ EG 7 februari 1973, 39/72 (*Commissie/Italië*), r.o. 20-25 over de (naleving van) verplichtingen die op de lidstaten rusten ter uitvoering van verordeningen.

waarde aan hun soevereiniteit en autonomie op arbeidsrechtelijk gebied. Als de Unie al optreedt, en veel lidstaten pleiten hier voor terughoudendheid, dan moet zij dat doen op een flexibele wijze die recht doet aan de bedoelde diversiteit. Het is niet voor niets dat de twee genoemde verordeningen tot stand zijn gekomen op het gebied van het vrije verkeer van werknemers – een terrein dat per definitie grensoverschrijdend is. Dergelijke regels zijn onontbeerlijk voor het verwezenlijken van de gemeenschappelijke (arbeids)markt en kunnen uitsluitend door de Unie tot stand worden gebracht. Vandaar dat de noodzaak van zulke regels in brede kring wordt aanvaard, terwijl er niet een dergelijke instemming is met Brusselse invloed op nationale arbeidsrechtelijke voorschriften.

Richtlijnen

Gelet op die gewenste flexibiliteit voor aanpassing aan de nationale situaties wordt arbeidsrechtelijke wetgeving vrijwel steeds in de vorm van een richtlijn vastgesteld. Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, maar lidstaten kunnen zelf de vorm en middelen kiezen (art. 288 VWEU). Richtlijnen beogen dus, in tegenstelling tot verordeningen, géén uniforme regeling te scheppen, het gaat hier slechts om gedeeltelijke harmonisatie. Anders dan verordeningen moeten richtlijnen wél worden omgezet in nationale regelgeving. Dat betekent dat richtlijnen (in beginsel) niet rechtstreeks juridisch afdwingbare rechten en plichten creëren voor particulieren zoals werknemers en ondernemingen. Zij doen dat wel indirect, via de nationale implementatiewetgeving (zie par. 1.5.3). Richtlijnen bevatten een uitvoeringstermijn (van normaliter enkele jaren) waarbinnen de lidstaten de richtlijn in hun nationale wetgeving moeten hebben geïmplementeerd.

Specifieke kenmerken arbeidsrechtelijke richtlijnen: extra flexibiliteit

In arbeidsrechtelijke richtlijnen wordt op een aantal manieren extra flexibiliteit ingebouwd voor de lidstaten. In de eerste plaats hebben zij veelal een minimumkarakter. Dat geldt voor alle richtlijnen die op artikel 153 lid 2 VWEU – de belangrijkste rechtsbasis voor richtlijnen op sociaal gebied (zie par. 1.4.3.2) – gebaseerd zijn. Deze richtlijnen bevatten slechts minimumvoorschriften (aldus lid 2, sub b).⁶³ Er is dus slechts sprake van minimumharmonisatie. Het staat de lidstaten vrij een hoger niveau van werknemersbescherming te handhaven of in te voeren dan uit de richtlijn volgt (mits uiteraard verenigbaar met het Unierecht, zie uitdrukkelijk art. 153 lid 4).⁶⁴ De lidstaten mogen met andere woorden een ‘nationale kop’ op de richtlijnverplichtingen zetten. In lijn hiermee overwoog het Hof dat Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van ondernemingen niet van toepassing is in geval van faillissement, maar dat de lidstaten hun nationale implementatiewetgeving wel *mogen* laten gelden in faillissement.⁶⁵

63 Zie voor een uitleg van het begrip minimumvoorschriften HvJ EG 12 november 1996, nr. C-84/94 (*Verenigd Koninkrijk/Raad*), r.o. 16-17. In vrijwel alle arbeidsrechtelijke richtlijnen is een vergelijkbaar ‘gunstigheidsbeginsel’ opgenomen, zie bijv. art. 8 Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van onderneming.

64 Verdergaande nationale verplichtingen, maar ook een te werknemersvriendelijke uitleg van bepaalde richtlijnverplichtingen, kunnen in strijd komen met in de Unie erkende grondrechten (van bijv. ondernemersvrijheid of de vrijheid van vergadering en vereniging). Zie daarover Peters *TAO 2014 2014/2* naar aanleiding van HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11 (*Alemo-Herron/Parkwood Leisure*).

65 HvJ EG 7 februari 1985, 135/83 (*Abels*), r.o. 23-24.

In de tweede plaats laten richtlijnen soms ruimte aan de lidstaten om bepaalde keuzes te maken. Zo is Richtlijn 2002/14/EG betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers (art. 3 lid 1) naar keuze van de lidstaten van toepassing op ofwel ondernemingen die in een lidstaat ten minste vijftig, ofwel op vestigingen die in een lidstaat ten minste twintig werknemers in dienst hebben. Ook mogen de lidstaten (in beginsel) zelf bepalen op welke wijze deze minimumaantallen worden berekend. In Richtlijn 98/59/EG inzake collectief ontslag (art. 1 lid 1) zien we een vergelijkbare keuzemogelijkheid ten aanzien van de berekening of sprake is van een collectief ontslag.

Ten derde voorzien arbeidsrechtelijke richtlijnen vaak in verschillende uitzonderingen voor de lidstaten. Zo wordt het hun soms toegestaan om voor een bepaalde categorie werknemers of arbeidsovereenkomsten afwijkende regels op te stellen.⁶⁶ Een ander voorbeeld is artikel 5 Richtlijn 2002/14/EG over informatie en raadpleging. Die bepaling staat niet alleen toe dat lidstaten het aan de sociale partners (op sector- of ondernemingsniveau) overlaten om akkoorden over medezeggenschap te sluiten, maar ook dat die akkoorden afwijken van de eisen die de richtlijn stelt aan medezeggenschap. Een laatste voorbeeld is Arbeidstijdenrichtlijn 2003/88/EG die vele afwijkingen van haar regels (geclausuleerd) toelaat en die afwijkingen kunnen niet alleen bij wet, maar ook bij cao worden vastgesteld (zie onder andere art. 17 van deze richtlijn).

Ten slotte kent het Europese arbeidsrecht aan sociale partners – op Europees dan wel op nationaal, bedrijfstak- en ondernemingsniveau – een belangrijke rol toe en ook dat kan worden gezien als een vorm van flexibiliteit. Die belangrijke rol blijkt onder meer uit artikel 153 lid 3 VWEU. Als het om een op dit artikel gebaseerde arbeidsrechtelijke richtlijn gaat, kan een lidstaat de implementatie overlaten aan de sociale partners (dus aan werkgevers- en werknemersorganisaties gezamenlijk) – als zij daarom verzoeken. De lidstaat moet er in dat geval wel op toezien dat sociale partners tijdig de nodige maatregelen bij overeenkomst invoeren. Ook moet de lidstaat zelf alle maatregelen treffen om de in de richtlijn 'voorgeschreven resultaten te allen tijde te kunnen waarborgen'. Dit laatste kan bijvoorbeeld door algemeenverbindendverklaring van de betreffende cao's of door te voorzien in aanvullende wetgeving om de toegang tot de rechter te verzekeren. Het gaat erom dat het resultaat van de cao's alle werknemers bereikt. Dit kan bijvoorbeeld door het Belgische systeem van een nationale cao, die vervolgens algemeen verbindend wordt verklaard. Het kan ook door te voorzien in een wettelijke vangnetregeling voor werknemers die niet onder de betreffende cao-regeling vallen.

Sociale partners op Europees niveau hebben nog een bijzondere positie met betrekking tot EU-wetgeving: hun overeenkomsten kunnen onder bepaalde voorwaarden door de Raad omgezet worden in een arbeidsrechtelijke EU-richtlijn. Deze mogelijkheid komt hieronder aan de orde bij de bespreking van de rechtsbasis voor arbeidsrechtelijke Uniewetgeving (namelijk art. 155 VWEU).

1.4.3.2 Rechtsbasis

Hiervoor bleek al dat elke wetgevingshandeling van de Unie een *rechtsbasis* in een specifieke Verdragsbepaling vereist (beginsel van bevoegdheidstoedeling, art. 5 lid 1 VEU). In deze paragraaf wordt bezien op welke Verdragsbepalingen *arbeidsrechtelijke* wetgeving kan

⁶⁶ Richtlijn 2002/14/EG (art. 3 lid 3) en Richtlijn 1999/70/EG (clausule 2).

worden gebaseerd. Met stip de belangrijkste rechtsbasis is artikel 153 VWEU. Andere rechtsbases zijn te vinden in artikel 19, artikel 48, artikel 157 lid 3, artikel 115 en artikel 352 VWEU.

Vooraf zij opgemerkt dat bedoelde ‘rechtsbasisbepalingen’ steeds vermelden welke wetgevingsprocedure gevolgd moet worden en welke stemmodaliteit daarbij voor de Raad geldt (gekwalificeerde meerderheid of eenparigheid van stemmen). Ook bakenen ze de omvang van de wetgevingsbevoegdheid op het betreffende terrein af en bepalen ze welke rechtshandeling kan worden vastgesteld (bijvoorbeeld alleen richtlijnen of juist in ruime zin ‘maatregelen’). We bespreken hieronder een aantal specifieke rechtsbases.

Artikel 153 VWEU

Art. 153 VWEU verschaft een rechtsbasis specifiek voor het vaststellen van juridische maatregelen op sociaal gebied. Dit laatste wordt in Uniejargon meestal aangeduid als ‘sociaal beleid’ of ‘sociale politiek’ (zoals Titel X luidt, waarin deze bepaling is opgenomen); daaronder vallen ook alle arbeidsrechtelijke onderwerpen. Met de invoering van deze bepaling in 1999 (Verdrag van Amsterdam) kwam er een eenvoudiger procedure voor het nemen van arbeidsrechtelijke maatregelen. Voorheen konden zij slechts op het hierna nog te behandelen artikel 115 VWEU (interne markt) of de vangnetbepaling van 352 VWEU worden gebaseerd, die beide unanimititeit vereisen.

De Unie heeft geen algemene bevoegdheid gekregen om maatregelen op het terrein van het sociaal beleid vast te stellen. De bevoegdheid is beperkt tot de in artikel 153 lid 2 genoemde deelterreinen. Op die deelterreinen kan worden opgetreden ‘ter verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 151’, waartoe onder andere behoren bevordering van werkgelegenheid, verbetering van levensomstandigheden en arbeidsvoorwaarden, adequate sociale bescherming en bestrijding van uitsluiting. De bevoegdheid is niet voor elk deelterrein dezelfde.

Blijkens artikel 153 lid 2 kunnen volgens de gewone wetgevingsprocedure,⁶⁷ na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio’s, richtlijnen worden vastgesteld op de volgende in lid 1 genoemde deelterreinen:

- veiligheid en de gezondheid van werknemers;
- arbeidsvoorwaarden;
- informatie en de raadpleging van werknemers (medezeggenschap);
- integratie van personen die van de arbeidsmarkt zijn uitgesloten; en
- gelijkheid van mannen en vrouwen wat hun kansen op de arbeidsmarkt en de behandeling op het werk betreft.

Op vier andere deelterreinen kunnen eveneens richtlijnen worden vastgesteld, maar alleen volgens een bijzondere wetgevingsprocedure, waarbij de Raad met unanimititeit besluit.⁶⁸ De reden hiervoor is dat het politiek gevoelige onderwerpen betreft, ten aanzien waarvan de lidstaten hun vetorecht willen behouden.⁶⁹ Het gaat om:

- sociale zekerheid en sociale bescherming van werknemers;

⁶⁷ Zie art. 294 VWEU.

⁶⁸ Na raadpleging van de twee genoemde comités en het Europees Parlement. Anders dan bij de gewone wetgevingsprocedure heeft het Europees Parlement hier dus geen medebeslissingsbevoegdheid.

⁶⁹ Vgl. art. 16 lid 2 VEU.

- bescherming van werknemers bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst (ontslagrecht);
- vertegenwoordiging en collectieve verdediging van de belangen van werknemers en werkgevers, met inbegrip van de medezeggenschap;⁷⁰ en
- werkgelegenheidsvoorwaarden voor onderdanen van derde landen die op wettige wijze op het grondgebied van de Unie verblijven.

Met name het onderwerp van de sociale zekerheid ligt gevoelig, zo blijkt onder andere uit het vierde lid.⁷¹ De richtlijnen (en andere maatregelen) mogen niet tornen aan het recht van de lidstaten om zelf de fundamentele beginselen van hun socialezekerheidsstelsels vast te stellen. Ook mogen zij geen 'aanmerkelijke gevolgen' hebben voor het financieel evenwicht van die stelsels.

Er zijn nog twee deelterreinen die onder de regelingsbevoegdheid van de Unie vallen, maar waarop geen bevoegdheid bestaat om richtlijnen vast te stellen:

- bestrijding van sociale uitsluiting; en
- modernisering van de stelsels van sociale bescherming.⁷²

Op deze twee terreinen kunnen uitsluitend maatregelen als bedoeld in artikel 153 lid 2 sub a VWEU worden genomen. Het gaat om *soft law*-maatregelen gericht op het aanmoedigen van de samenwerking tussen de lidstaten door middel van initiatieven ter verbetering van de kennis, ontwikkeling van de uitwisseling van informatie en '*best practices*', bevordering van innoverende benaderingswijzen, evaluatie van ervaringen en dergelijke. Het gaat hier uitdrukkelijk niet om harmonisatie van nationale wetgevingen via '*hard law*' (zoals de richtlijnen van sub b). Deze samenwerkingsbevorderende maatregelen kunnen ook op alle andere in lid 1 genoemde deelterreinen worden genomen, maar daar zijn dus ook richtlijnen mogelijk.

Het vijfde lid vermeldt uitdrukkelijk op welke arbeidsrechtelijke deelterreinen de Unie helemaal geen regelgevende bevoegdheid heeft. Het gaat om de beloning, het recht van vereniging, het stakingsrecht en het recht tot uitsluiting.⁷³ Deze onderwerpen liggen simpelweg te gevoelig in de lidstaten om daarvoor wetgevende bevoegdheden aan de EU te verlenen.⁷⁴ Dat de Unie hier geen wetgevende bevoegdheid heeft, wil overigens niet zeggen dat zij hierop geen invloed heeft. Zo hebben de vrijheden van dienstverlening en vestiging door de daaraan gegeven uitleg van het Hof van Justitie een grote impact op het stakingsrecht gekregen. Verder raken sommige onderwerpen waarop de Unie wél wetgevende bevoegdheid heeft aan de uitgezonderde onderwerpen (art. 153 lid 1 sub e, f), zoals gelijke beloning van mannen en vrouwen. Ten slotte kan andersoortig optreden van de Unie, bijvoorbeeld in het kader van haar werkgelegenheidsbeleid, consequenties

70 Met uitzondering van het recht van vereniging en het stakingsrecht, zie lid 5.

71 Dit blijkt ook uit art. 153 lid 2, laatste volzin VWEU. Daarin is bepaald dat de Raad t.a.v. de laatste drie genoemde onderwerpen bij unanimiteit kan beslissen in de toekomst de gewone wetgevingsprocedure toe te passen (zodat er bijv. in de Raad zelf met gekwalificeerde meerderheid kan worden besloten), maar dat geldt niet voor het onderwerp van de sociale zekerheid.

72 Onverminderd sub c (sociale zekerheid en sociale bescherming van werknemers).

73 Hetzelfde gebeurt in algemene zin in art. 114 VWEU dat een rechtsbasis verschaft voor het treffen van harmonisatiemaatregelen ten behoeve van de werking van de interne markt. Lid 2 zondert hiervan o.a. 'bepalingen inzake de rechten en belangen van werknemers' uit.

74 Aldus ook Davies 2012, p. 31-32, zie aldaar ook voor een andere verklaring.

hebben voor bijvoorbeeld loon (zie par. 1.4.4).⁷⁵ In hoofdstuk 10 bespreken we het voorstel voor een richtlijn betreffende het minimumloon. In dit voorstel is een nieuw evenwicht gevonden tussen de bevoegdheid van lidstaten om hun minimumloon vast te leggen en kaders die hiervoor door de Unie gesteld worden, zodat bijvoorbeeld transparant is hoe het wettelijk minimumloon (als een lidstaat dat kent) wordt vastgelegd en dat sociale partners betrokken worden bij het bepalen van de hoogte ervan. De Unie heeft ook dit onderwerp naar zich toegetrokken, met als argument dat lidstaten vanwege concurrentieoverwegingen terughoudend kunnen zijn om adequate minimumlonen vast te leggen, zodat handelen door de Unie noodzakelijk is.

Voor de op artikel 153 lid 2 gebaseerde richtlijnen gelden nog een tweetal specifieke kenmerken. In de vorige paragraaf bleek al dat deze richtlijnen slechts minimumvoorschriften (aldus lid 2 sub b) bevatten. Zoals gezegd betekent dit dat deze Europese richtlijnen slechts een arbeidsrechtelijke ondergrens vaststellen, een *floor of rights*. Zij staan voor werknemers gunstiger bepalingen toe. Een tweede kenmerk is de ‘MKB-clausule’. Artikel 2 sub b draagt de Uniewetgever op te vermijden in de richtlijnen ‘zodanige administratieve, financiële en juridische verplichtingen op te leggen dat de oprichting en ontwikkeling van kleine en middelgrote ondernemingen daardoor zou kunnen worden belemmerd’. Een gevolg van deze Verdragsbepaling is dat arbeidsrechtelijke richtlijnen soms slechts voor ondernemingen vanaf een bepaalde omvang (werknemersaantal) gelden.⁷⁶ Deze voorschriften kunnen schuren. Bij richtlijnen waarin kleine ondernemingen van de verplichtingen worden uitgezonderd, kan er een spanningsveld bestaan tussen enerzijds deze MKB-beschermende clausule en anderzijds de gunstigheidsbepalingen van die richtlijnen.⁷⁷

Ten slotte zij opgemerkt dat artikel 157 lid 3 VWEU (eveneens opgenomen in Titel X) ook een rechtsbasis verschaft voor wetgevende maatregelen op (uitsluitend) het gebied van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep, waaronder begrepen gelijke beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid. Het gaat hier om de gewone wetgevingsprocedure na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité. Dit onderwerp wordt ook genoemd in artikel 153 lid 1 sub i. Zie hieronder over de problematiek van een dubbele rechtsbasis.⁷⁸

Artikel 155 VWEU – Europese sociale partners

Artikel 155 lid 2 bevat een bijzondere rechtsbasis. Voor onderwerpen die onder artikel 153 VWEU vallen, kan de Raad namelijk richtlijnen vaststellen die het onderhandelingsresultaat van sociale partners op Europees niveau ten uitvoer leggen.

Dit is onderdeel van de belangrijke rol die de Unie sociale partners geeft bij de vormgeving van haar sociale politiek. Zij probeert de zogenoemde ‘Europese sociale dialoog’⁷⁹ op allerlei manieren te bevorderen, dit is zelfs expliciet als taak aan de Commissie opgedragen in

75 Davies 2012, p. 31-32.

76 Zie bijv. art. 3 Medezeggenschapsrichtlijn 2002/14/EG.

77 Hetzelfde geldt voor het non-regressiebeginsel dat in veel richtlijnen is opgenomen. Zie hierover Peters 2014, par. 4.

78 Er zijn wel verschillen tussen beide bepalingen. Op basis van art. 153 zijn alleen richtlijnen (of ‘samenwerkingsbevorderende’ maatregelen mogelijk, die beperking geldt niet voor art. 157 lid 3, waar in algemene zin van ‘maatregelen’ wordt gesproken. Dat kan dus ook een verordening zijn. Verder gelden de additionele voorwaarden van art. 153 (de MKB-clausule en de raadpleging van het Comité van de Regio’s) niet voor richtlijnen gebaseerd op art. 157 lid 3.

79 Zie hierover en voor uitleg van deze term par. 6.2.

artikel 154 lid 1 VWEU. Het tweede en derde lid van dat artikel bepalen dat de Commissie de Europese sociale partners raadpleegt zowel over de richting van een eventueel optreden van de Unie als vervolgens, indien optreden wenselijk wordt geacht, over de inhoud van een concreet voorstel dat zij overweegt. Bij die raadpleging kunnen sociale partners de Commissie laten weten dat zij ter zake graag zelf tot afspraken komen en 'het in art. 155 bedoelde proces (wensen) in te leiden'.⁸⁰

De dialoog die Europese sociale partners vervolgens over het onder artikel 153 VWEU vallende onderwerp – bijvoorbeeld ouderschapsverlof voor werknemers – aangaan, kan leiden tot overeenkomsten. Die overeenkomsten kunnen zij uiteraard zelf (volgens de nationale regels van de lidstaten) ten uitvoer leggen. Interessant is echter de tweede mogelijkheid die artikel 155 lid 2 biedt: de overeenkomst van de Europese sociale partners kan ook worden geïmplementeerd door een besluit – lees: een richtlijn – van de Raad. De ondertekenende partijen moeten hierom gezamenlijk verzoeken. Er is enige discussie geweest in de literatuur of de Europese Commissie de ruimte heeft om een overeenkomst al of niet aan de Raad voor te leggen. In het *EPSU*-arrest heeft het Gerecht van de Europese Unie geoordeeld dat de Commissie een subsidiariteitstoets mag toepassen op de overeenkomst; de vakbond *EPSU* heeft hoger beroep hiertegen ingesteld bij het Hof van Justitie.⁸¹ In ieder geval wordt wel aangenomen dat de Europese Commissie geen wijzigingen mag aanbrengen in de inhoud van de te implementeren overeenkomst. Het is de Raad die besluit om, op voorstel van de Commissie, de overeenkomst te implementeren. Het Europees Parlement wordt hiervan in kennis gesteld; het Parlement is bij deze wetgeving is geen co-wetgever. Deze methode van regelgeving lijkt op een soort algemeenverbindendverklaring van een collectieve overeenkomst voor de gehele Unie. Europese sociale partners kunnen op deze manier zelf de inhoud van het Europese arbeidsrecht bepalen – als ze maar bereid en in staat zijn tot een compromis te komen, en op voorwaarde dat het onder de in artikel 153 genoemde onderwerpen valt, de Commissie het voorstel aan de Raad voorlegt en de Raad ermee instemt. Voor het aannemen van deze richtlijnen gelden dezelfde voorwaarden als bij andere voorstellen tot wetgeving van de Commissie. Het betreft de voorwaarden aan de procedure, de eisen voor het aannemen (gekwalficeerde meerderheid of unanimititeit) en de mogelijke onderwerpen waarover minimumvoorschriften kunnen worden gemaakt. Sociale partners mogen wel over elk onderwerp dat ze willen een overeenkomst sluiten, maar er gelden derhalve beperkingen voor het omzetten ervan in richtlijnen.

Er zijn inmiddels verschillende overeenkomsten in wetgeving omgezet. De richtlijnen inzake ouderschapsverlof (Richtlijn 96/34/EG), deeltijdarbeid (Richtlijn 97/81/EG) en arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (Richtlijn 1999/70/EG) zijn op deze manier tot stand gekomen. Deze richtlijnen bevatten een bijlage waarin de overeenkomst van sociale partners is opgenomen. De richtlijn zelf bevat niet veel meer dan de verplichting om de overeenkomst uit te voeren. In de overeenkomst zijn alle bepalingen opgenomen die uitvoering als richtlijn mogelijk maken. Voor zover bekend zijn tot nu toe zijn verreweg de meeste verzoeken van sociale partners ex artikel 155 lid 2 gehonoreerd.⁸² Het lukt sociale partners natuurlijk niet altijd om tot een overeenkomst te komen. In dat geval kan de

80 Daarvoor krijgen zij dan maximaal negen maanden de tijd, plus eventuele verlengingen, zie lid 4.

81 GvEA HvJ 24 oktober 2019, T-310/18 (*EPSU/Europese Commissie*), zie ook Ter Haar, *TRA* 2021/2.

82 De overeenkomst ter bescherming van de veiligheid en gezondheid van kappers werd afgewezen, zie par. 9.3.5, evenals de richtlijn die in de vorige noot besproken *EPSU*-zaak aan de orde was, Overeenkomst voor informatie en raadpleging in de publieke sector (verder: *I&R* Overeenkomst).

Commissie zelf ter zake met een voorstel voor een richtlijn komen,⁸³ waarbij de tijdens het onderhandelingsproces door de sociale partners ingenomen standpunten wel invloed kunnen hebben op de uiteindelijke tekst van de richtlijn.

De Europese Commissie heeft criteria vastgelegd voor welke organisaties geconsulteerd worden, *Communication concerning the application of the Agreement on social policy*.⁸⁴ Momenteel staan er 90 organisaties op de lijst. Het gaat hier om organisaties die geraadpleegd worden; welke organisaties met elkaar onderhandelen maken ze zelf uit.⁸⁵

Artikel 115 VWEU en vangnetbepaling artikel 352 VWEU

Artikel 115 VWEU kan soms ook dienen als rechtsbasis voor richtlijnen ter harmonisering van bepaalde onderdelen van het arbeidsrecht van de lidstaten. Het artikel geeft een bevoegdheid aan de Raad⁸⁶ om, met eenparigheid van stemmen, richtlijnen vast te stellen 'voor de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de interne markt'. Aangezien verschillen in arbeidswetgeving kunnen leiden tot concurrentievervalsingen op de interne markt, kan artikel 115 dienen als rechtsbasis voor het aannemen van de richtlijnen op het gebied van collectief ontslag (Richtlijn 98/59/EG), overgang van ondernemingen (Richtlijn 98/59/EG), insolventie van de werkgever (Richtlijn 2008/94/EG), informatie over de arbeidsverhouding (Richtlijn 91/533/EEG) en gelijk loon voor mannen en vrouwen (Richtlijn 75/117/EEG).⁸⁷

Ten slotte is er nog de vangnetbevoegdheid van artikel 352 VWEU. Deze bepaling verschafft de Raad⁸⁸ de bevoegdheid om, met eenparigheid van stemmen, 'passende bepalingen' vast te stellen, indien dat nodig is om een van de doelstellingen van de EU te bereiken, maar de verdragen niet voorzien in de daartoe vereiste specifieke bevoegdheden.⁸⁹ Deze restbevoegdheid is op arbeidsrechtelijk terrein gebruikt voor het aannemen van richtlijnen inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces en in de sociale zekerheid (bijv. Richtlijn 76/207/EEG en Richtlijn 79/7/EEG). Destijds bestond er namelijk wel een rechtsbasis voor gelijke beloning m/v, maar niet voor gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ruimere zin.

Belang juiste rechtsbasis

Het is voor de Uniewetgever van groot belang de juiste rechtsbasis voor een wetgevingshandeling te kiezen én binnen de daarin geëxpliciteerde kaders te blijven. De Unie heeft

83 Dit gebeurde bijv. bij de richtlijn over de Europese ondernemingsraad (Richtlijn 94/45/EG, inmiddels vervangen door Richtlijn 2009/38/EG) en bij de Uitzendrichtlijn (Richtlijn 2008/104).

84 COM(93)600, p. 22.

85 Zie ook Pennings 2020.

86 Na raadpleging van het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité en volgens een bijzondere wetgevingsprocedure.

87 Art. 114 VWEU lijkt prima facie ook geschikt: het bevat een vergelijkbare bevoegdheid als art. 115 voor het treffen van harmonisatiemaatregelen, maar dan volgens de – eenvoudiger – gewone wetgevingsprocedure, waarvoor dus geen unanimité in de Raad vereist is. Arbeidsrechtelijke maatregelen worden echter in het tweede lid uitgesloten.

88 Na goedkeuring van het Europees Parlement.

89 In lid 3 is expliciet bepaald dat de op dit artikel gebaseerde maatregelen geen harmonisatie van het recht van de lidstaten mogen inhouden op terreinen waarop de Verdragen dit uitsluiten. Zo'n specifiek harmonisatieverbod geldt bijv. op het terrein van de volksgezondheid (art. 168 lid 5 VWEU).

immers slechts wetgevende bevoegdheid als die bevoegdheid haar is toegekend in een specifieke Verdragsbepaling. Voorts mag zij die bevoegdheid alleen gebruiken om de in de rechtsbasisbepaling genoemde doelstellingen te verwezenlijken en dus niet voor een ander doel (vgl. art. 5 lid 2 VEU).

Het bepalen van de rechtsbasis kan tot discussie leiden, indien een rechtshandeling een tweeledig doel heeft en daarmee binnen de beschrijving van twee verschillende rechtsbases valt. Als de betreffende Verdragsbepalingen dezelfde wetgevingsprocedure en bijbehorende stemmodaliteiten voorschrijven, is dit niet problematisch en kan de rechtshandeling een dubbele rechtsbasis hebben. Gevoeliger ligt het als de rechtsbases verschillende procedures voorschrijven. Dit kan zich bij arbeidsrechtelijke richtlijnen voordoen nu het, zoals gezegd, mogelijk is dat dergelijke richtlijnen ook van invloed zijn op de interne markt. Dan komt zowel artikel 153 lid 2 (of artikel 157 lid 3) als artikel 115 VWEU als rechtsbasis in beeld. Er moet dan een keuze worden gemaakt die tot politieke conflicten kan leiden tussen de verschillende Europese instellingen en de lidstaten. Zo geven de Commissie en het Europees Parlement traditioneel vaak de voorkeur aan een Verdragsbepaling die voorziet in de gewone wetgevingsprocedure, waarin Europees Parlement en Raad samen als wetgever optreden, en gekwalificeerde meerderheid van stemmen in de Raad.⁹⁰ De Raad en de lidstaten prefereren daarentegen vaak de Verdragsbepaling die voorziet in (slechts) raadpleging van het Europees Parlement en besluitvorming in de Raad bij unanimiteit. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is de kans op politieke conflicten wel afgenomen, nu er steeds meer Verdragsbepalingen zijn die bepalen dat de gewone wetgevingsprocedure en bijbehorende stemmodaliteiten gevolgd moeten worden.

Er kan op twee manieren worden opgetreden tegen een wetgevingshandeling die (beweerdelijk) geen of een verkeerde rechtsbasis heeft. Er kan – door een lidstaat, het Europees Parlement, de Raad of de Commissie – een beroep tot nietigverklaring bij het Hof van Justitie worden ingesteld (art. 263 VWEU). Daarnaast kan de wetgevingshandeling ongeldig worden verklaard in het kader van een prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie (art. 267 VWEU).⁹¹ Het Hof kijkt met name naar het doel en de inhoud van (bijvoorbeeld) de richtlijn, deze moeten voldoende aansluiten bij de rechtsbasis.⁹² Dat is te zien in de beroemde zaak *Verenigd Koninkrijk/Raad* inzake de Arbeidstijdenrichtlijn (Richtlijn 93/104/EG, nu: Richtlijn 2003/88/EG).⁹³ De Arbeidstijdenrichtlijn geeft voorschriften over minimumrusttijden, maximale arbeidsduur, nachtarbeid en jaarlijkse vakantie.⁹⁴ De richtlijn was gebaseerd op artikel 118A EG-Verdrag (nu: art. 153 lid 1 sub a VWEU). Die bepaling gaf de Raad de bevoegdheid om, met gekwalificeerde meerderheid van stemmen, minimumvoorschriften vast te stellen 'om de verbetering van met name het arbeidsmilieu te bevorderen, ten einde de veiligheid en de gezondheid van de werknemers te beschermen'. Het Verenigd Koninkrijk vond dat de EU zich helemaal niet met arbeidstijden

90 Zie art. 289 lid 1 juncto. 294 VWEU.

91 De vraag wordt dan voorgelegd door een nationale rechterlijke instantie, zie par. 1.5.2). Een voorbeeld waarin het Hof een richtlijn nietig verklaarde wegens het ontbreken van een rechtsbasis is HvJ EG 5 oktober 2000, C-376/98 (*Duitsland/Europees Parlement en Raad*). De Richtlijn inzake reclame en sponsoring voor tabaksproducten kon o.a. niet op art. 95 EG-Verdrag (nu: 114 VWEU) gebaseerd worden wegens onvoldoende samenhang met de werking van de interne markt.

92 Zie bijv. HvJ EG 12 november 1996, C-84/94 (*Verenigd Koninkrijk/Raad*), r.o. 25 en de daar aangehaalde rechtspraak.

93 HvJ EG 12 november 1996, C-84/94 (*Verenigd Koninkrijk/Raad*).

94 Zie over deze richtlijn hoofdstuk 9.

moest bemoeien en stelde een beroep tot nietigverklaring van de richtlijn in.⁹⁵ De Britten stelden daartoe dat artikel 118A EG-Verdrag een onjuiste rechtsbasis voor de richtlijn was; het had, wat nu is, artikel 115 VWEU (richtlijnen die rechtstreeks van invloed zijn op interne markt) of artikel 352 VWEU (vangnetbevoegdheid) moeten zijn.⁹⁶ Het belang was evident: de door het VK naar voren geschoven rechtsbases vereisen beide unanimiteit (eenparigheid van stemmen) in de Raad. De keuze voor een van de laatstgenoemde twee rechtsbases zou het VK in staat hebben gesteld het aannemen van de Arbeidstijdenrichtlijn te blokkeren. Het VK voerde hiertoe aan dat artikel 118A EG-Verdrag (art. 153 lid 1 sub a VWEU) alleen ziet op de fysieke veiligheid en gezondheid van werknemers en niet op arbeidstijden. Het verband tussen arbeidstijden en de veiligheid en de gezondheid van werknemers zou te gering zijn.⁹⁷ Het Hof veegde deze argumenten echter van tafel. De betreffende richtlijn heeft als hoofddoel de veiligheid en gezondheid van werknemers, welke begrippen ruim moeten worden uitgelegd, te beschermen. Artikel 118A is daarom de juiste rechtsgrondslag, aldus het Hof. Het feit dat de richtlijn ook bijkomende gevolgen kan hebben voor de interne markt doet daar niet aan af.⁹⁸ De richtlijn werd dus niet nietig verklaard. Wel verklaarde het Hof een alinea van een richtlijnbevestiging nietig, waarin was bepaald dat de wekelijkse rustdag in beginsel de zondag was. Het Hof merkte flijntjes op dat 'de Raad heeft verzuimd om uit te leggen waarom de zondag, als wekelijkse rustdag, een nauwer verband zou hebben met de gezondheid en de veiligheid van de werknemers dan een andere dag van de week'.⁹⁹

1.4.4 *Andere reguleringsmethoden Unie op arbeidsrechtelijk gebied: soft law, OMC*

De Unie geeft haar sociale beleid niet alleen vorm via wetgeving (*hard law*), maar ook, en in toenemende mate, via allerlei varianten van *soft law*. Door middel van aanbevelingen, conclusies en andere niet-bindende maatregelen probeert zij de lidstaten en andere actoren aan te zetten tot het vrijwillig nemen van bepaalde maatregelen.

Een belangrijk deel van de Europese sociale politiek wordt tegenwoordig gevoerd via coördinatie, ondersteuning of aanvulling van het nationale beleid van de lidstaten, waarbij 'Europa' zelf de doelen bepaalt. Daarvoor is artikel 5 lid 2 VWEU van belang, dat de Unie niet alleen de bevoegdheid maar ook de opdracht geeft maatregelen te nemen om het werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten te *coördineren*.¹⁰⁰ De betreffende bevoegdheden blijven dan bij de lidstaten (art. 2 lid 5 en art. 147 lid 1 VWEU). Het gaat in die zin om een compromis: de bevoegdheden van de lidstaten op sociaal gebied blijven behouden,

95 Ex art. 263-264 VWEU.

96 Destijds art. 94 resp. 308 EG-Verdrag.

97 HvJ EG 12 november 1996, C-84/94 (*Verenigd Koninkrijk/Raad*), r.o. 31.

98 HvJ EG 12 november 1996, C-84/94 (*Verenigd Koninkrijk/Raad*), in het bijzonder r.o. 15, 22 en 43.

99 HvJ EG 12 november 1996, C-84/94 (*Verenigd Koninkrijk/Raad*), r.o. 37. Het ging om art. 5, alinea 2 van Richtlijn 93/104/EG.

100 Daarbij moet, vanwege de nauwe samenhang, rekening worden gehouden met het economische beleid van de lidstaten en de Unie, zoals art. 146, lid 1 VWEU uitdrukkelijk bepaalt (maar het omgekeerde geldt ook, zie art. 147, lid 2 VWEU). Ook het economische beleid van de lidstaten – aangemerkt als een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang – wordt gecoördineerd, o.a. via globale richtsnoeren van de Raad. Zie art. 5 lid 1 en 121-126 VWEU.

terwijl tegelijkertijd hun sociale beleid wel een bepaalde richting op wordt gestuurd. Op die manier kan een verder ontwikkeling van het sociale acquis van de Unie plaatsvinden.¹⁰¹

In de ontwikkeling van de Open Methode van Coördinatie heeft de in 1999 in werking getreden werkgelegenheidstitel – Titel IX: artikel 145-150 VWEU – een belangrijke rol gespeeld.¹⁰² Het Europese werkgelegenheidsbeleid is in het bijzonder gericht op bevordering van scholing en opleiding en verbetering van het aanpassingsvermogen van werknemers en arbeidsmarkten op economische veranderingen (art. 145 VWEU). Hiermee moeten belangrijke doelen van de Unie, zoals evenwichtige economische groei, een groot concurrentievermogen en volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang (art. 3 lid 3 VEU), worden bereikt. Bij het voeren van zo'n werkgelegenheidsstrategie hoort een andere *techniek*. De focus verschuift immers van minimumharmonisatie van het nationale arbeidsrecht van de lidstaten, waarvoor arbeidsrechtelijke richtlijnen zich lenen, naar coördinatie van acties van de lidstaten. De Unie moet – teneinde de door haar bepaalde, gezamenlijke doelen te realiseren – de samenwerking tussen de lidstaten aanmoedigen en hun maatregelen coördineren en zo nodig aanvullen (vgl. art. 147 lid 1). Het gaat erom de lidstaten *zelf* de nodige veranderingen te laten doorvoeren en hun resultaten moeten vervolgens op de een of andere manier worden gemeten. Deze techniek is vanaf 2000 aangeduid als de Open Methode van Coördinatie (OMC)¹⁰³ en voor de OMC voor werkgelegenheid werd deze neergelegd in artikel 148 VWEU.

De OMC houdt grosso modo het volgende in:

- voor de Unie worden door de Raad richtsnoeren bepaald met specifieke tijdschema's voor het bereiken van de vastgestelde doelen (wat moet worden bereikt?);¹⁰⁴
- er wordt gebruik gemaakt van gezamenlijk gedefinieerde meetinstrumenten, zoals statistieken, kwantitatieve en kwalitatieve indicatoren, benchmarks en dergelijke (hoe meten we of de doelen worden bereikt?); en
- periodieke monitoring, evaluatie, *peer reviews* (de lidstaten beoordelen elkaar) en uitwisseling van *best practices* (wat kan men van elkaar leren?).

Het zijn bij OMC, zoals gezegd, de lidstaten die de beleidsdoelstellingen en richtsnoeren naar nationaal niveau moeten vertalen. Zij stellen daartoe nationale actieplannen op en rapporteren aan de Commissie. Bij de OMC in het kader van het Europese werkgelegenheidsbeleid is daarnaast een rol weggelegd voor de Europese Raad (de staatshoofden en regeringsleiders), de Raad en de Commissie. In vergelijking met de in paragraaf 1.4.3 behandelde wetgevingsinstrumenten valt in artikel 148 VWEU vooral de vrijwel afwezige rol van het Europees Parlement op, dat slechts geraadpleegd wordt over de op te stellen richtsnoeren. Ook is er amper een rol voor het Hof van Justitie weggelegd bij de OMC. Een ander belangrijk verschil is dat de OMC, in tegenstelling tot verordeningen en richtlijnen, geen statisch maar een dynamisch instrument is. Zo kunnen én worden de doelstellingen

101 Vgl. Goudswaard, SMA 2006, par. 5.

102 Zie over de ontstaansgeschiedenis par. 1.3.4.

103 Zie over de OMC ook Ter Haar 2012.

104 Art. 148 lid 1 en 2 VWEU: de richtsnoeren worden, op basis van de conclusies van de Europese Raad, door de Raad op voorstel van de Commissie vastgesteld.

en richtsnoeren periodiek aangepast als bijvoorbeeld ontwikkelingen in de economie of gewijzigde situaties in de Europese samenleving daarom vragen.¹⁰⁵

Deze methode is ook voor andere terreinen in het Werkingsverdrag neergelegd, variërend van het beleidsterrein sociale bescherming tot het economisch beleid. Voor deze terreinen bestaat geen wettelijke basis. Ze worden wel *OMC light* genoemd.

Voor het arbeidsrecht is ook artikel 153 lid 2 sub a VWEU van belang: uit de daar gegeven voorbeelden blijkt dat het instrument van de OMC op alle in het eerste lid genoemde arbeidsrechtelijke gebieden kan worden toegepast.¹⁰⁶ Hierbij gaat het steeds om een 'eigen' regeling, zodat onder de term OMC in feite verschillende OMCs vallen.

Bij een dergelijk 'soft' reguleringsinstrument als de OMC rijst onvermijdelijk de vraag of het de Unie lukt daadwerkelijk invloed uit te oefenen op het nationale werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten. De daadwerkelijke invloed van de OMC blijft moeilijk meetbaar.¹⁰⁷ Wel is het een instrument dat gemakkelijk aan te passen is aan veranderende doelstellingen en situaties, waardoor het een dynamisch karakter heeft. De Raad heeft gedetailleerde en gerichte aanbevelingen aan de lidstaten gegeven, waarop gereageerd moet worden in vervolgrapporten van de lidstaten. Daarmee zijn de aanbevelingen niet geheel vrijblijvend.

1.5 Handhaving en verwezenlijking van EU-arbeidsrecht

1.5.1 Inleiding

Handhaving van het EU-arbeidsrecht kent verschillende dimensies. Een daarvan is dat lidstaten mogelijk niet bereid zijn om een deel van het EU-recht toe te passen of te implementeren, omdat ze het bijvoorbeeld duur, onwenselijk, onpraktisch of onduidelijk vinden.

Een tweede dimensie is dat de arbeidsrechtsstelsels en de systemen van handhaving van lidstaat tot lidstaat verschillen.¹⁰⁸ Zo kunnen lidstaten (delen van) hun arbeidswetgeving afdwingen via verschillende instanties, bijvoorbeeld de rechterlijke macht en publieke instituties, maar ook via sociale partners (zie par. 1.4.3.1). Als gevolg hiervan kunnen er grote verschillen zijn in de manier waarop de EU-regels op nationaal niveau wordt geïmplementeerd en gehandhaafd, en dit kan moeilijkheden veroorzaken bij de handhaving van het Europese arbeidsrecht.¹⁰⁹

Een derde dimensie is dat op nationaal niveau de betrokken actoren (zoals werkgevers, rechters, publieke instellingen) niet altijd op de hoogte zijn van de Europese arbeidsregels. Zij zijn soms erg gericht op de nationale regels. Een laatste dimensie die wij onderscheiden is dat sommige bepalingen het resultaat zijn van een compromis en de tekst daardoor nogal vaag is. Dit kan het moeilijker maken om bijvoorbeeld werknemers daadwerkelijk de rechten te verlenen die door de bepaling worden beoogd.

¹⁰⁵ Zie over deze en andere verschillen met Uniewetgeving Ter Haar 2013, par. 2.

¹⁰⁶ Ter Haar 2012, p. 70. Zie p. 69-71 over de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit bij toepassing van de OMC.

¹⁰⁷ Zie Goudswaard, SMA 2006 en Ter Haar, TRA 2013.

¹⁰⁸ Zie Malmberg 2003; Bercusson 2009.

¹⁰⁹ Een historisch voorbeeld, ontleend aan Bercusson 2009, p. 417: Italië had eind jaren tachtig 278 van alle EG-richtlijnen nog niet geïmplementeerd, waaronder de richtlijnen inzake overgang en collectief ontslag.

In deze paragraaf zullen verschillende procedures en doctrines worden besproken die van belang zijn voor de handhaving van het EU-arbeidsrecht. We beginnen met de (bescheiden) mogelijkheid van administratieve handhaving (par. 1.5.2). Vervolgens komt de inbreukprocedure (par. 1.5.3.1) aan bod, die de Commissie de mogelijkheid geeft op te treden indien een lidstaat al dan niet bewust het EU-recht schendt. Deze procedure kan ook worden gebruikt wanneer een nationale rechter volgens de Commissie een met het EU-recht strijdige uitspraak heeft gedaan. De prejudiciële procedure (par. 1.5.3.2) wordt gebruikt om een uniforme uitleg van het EU-recht te waarborgen en kan dus helpen de gevolgen van de verschillen tussen de nationale stelsels qua implementatie en handhaving te ondervangen.

Deze procedures kunnen echter niet alle handhavingsproblemen verhelpen. Hierop inspeland heeft het Hof van Justitie enkele doctrines ontwikkeld met betrekking tot de doorwerking van het EU-arbeidsrecht in de nationale rechtsorde (par. 1.5.4), alsmede de doctrine van staatsaansprakelijkheid (par. 1.5.5), die als zeer belangrijke handhavingsinstrumenten kunnen worden beschouwd. Deze doctrines bieden aan private personen zoals werknemers de mogelijkheid om in procedures voor de nationale rechter een beroep te doen op het EU-recht (direct, indirect of via een schadeclaim jegens de Staat) en aldus hun Europese arbeidsrechten te verwezenlijken.

1.5.2 Administratieve handhaving van het EU-arbeidsrecht

De middelen waarover de EU-instellingen beschikken om arbeidsrechtelijke regels bestuursrechtelijk te handhaven, zijn uiterst bescheiden in vergelijking met die van de relevante ministeries van de lidstaten (zoals het Nederlandse Ministerie van SZW) of hun arbeidsinspecties.¹¹⁰ Daaraan is echter recentelijk een middel toegevoegd in de vorm van de Europese Arbeidsautoriteit (European Labour Authority, afgekort 'ELA'). Deze autoriteit, opgericht bij Verordening 2019/1149¹¹¹ en gevestigd te Bratislava, is haar werkzaamheden in oktober 2019 begonnen.

De ELA beoogt de handhaving van het EU-recht bij grensoverschrijdende arbeidsmobiliteit te verbeteren. Haar taakstelling is toegespitst op informatieverstrekking aan werknemers en werkgevers over hun rechten en plichten en het bijstaan van de Commissie en de bevoegde instanties van de lidstaten (zoals de Nederlandse Inspectie SZW) bij de controle op de toepassing van de EU-regels.¹¹² De ELA moet de samenwerking en uitwisseling van informatie tussen lidstaten bevorderen, onderling afgestemde en gezamenlijke inspecties coördineren en ondersteunen, en bemiddelen bij geschillen tussen de lidstaten.

De ELA heeft vooral een dienstverlenende rol en de reikwijdte van haar activiteiten is beperkt tot grensoverschrijdende problemen. Zij heeft daarom een veel beperktere rol dan nationale arbeidsinspecties. Het ontbreken van een 'echte' arbeidsinspectie op EU-niveau betekent dat de lidstaten een grote verantwoordelijkheid hebben voor de handhaving van het Europese arbeidsrecht. Als ze dat niet naar tevredenheid doen, kan de Commissie een inbreukprocedure starten.

110 Vgl. Bercusson 2009, p. 417.

111 Verordening van 20 juni 2019 tot oprichting van een Europese Arbeidsautoriteit, *PbEU* 2019 L 186. Zie ook par. 3.13.

112 Verschueren, *SEW* 2020; Cremers, *ERA* 2020.

1.5.3 Procedures voor het Hof van Justitie

1.5.3.1 De inbreukprocedure

Volgens de opstellers van het oorspronkelijke EEG-Verdrag was het vooral de Europese Commissie die, samen met het Hof, verantwoordelijk was voor de handhaving van het Europese recht. Dit komt tot uiting in de aan de Commissie toebedeelde taak om toe te zien op de toepassing van het Unierecht onder de controle van het Hof van Justitie (zie nu art. 17 lid 1 VEU). Haar krachtigste instrument is de inbreukprocedure (ook wel infractieprocedure genoemd) die zij tegen een lidstaat kan starten (art. 258 VWEU).

Dit is met name nuttig als een lidstaat opzettelijk Europese wetgeving niet (correct) uitvoert. De inbreukprocedure begint met een gemotiveerde schriftelijke aanmaning (ingebrekestelling) waarin de Commissie de geconstateerde inbreuk beschrijft en vraagt de lidstaat daarop te reageren. De meerderheid van de zaken eindigt in dit stadium. De lidstaat neemt maatregelen om alsnog te voldoen aan het EU-recht en als de Commissie die voldoende oordeelt, stopt de procedure.¹¹³

Wanneer de lidstaat niet reageert, het oneens is met de Commissie dan wel anderszins niet de gewenste maatregelen neemt, brengt de Commissie een met redenen omkleed advies uit. Daarop kan de lidstaat ook weer reageren. Als de Commissie dat nodig oordeelt, zal zij de zaak voorleggen aan het Hof van Justitie.

Het komt voor dat een nationale rechter een verkeerde interpretatie van het EU-recht geeft (en nalaat het Hof van Justitie om uitleg te vragen) en ook dit kan voor de Commissie aanleiding zijn om een inbreukprocedure te starten.¹¹⁴ Dit kan de betrokken lidstaat in een spagaat brengen, aangezien hij enerzijds de gescheiden rollen van de nationale rechter en de regering dient te respecteren, maar anderzijds zijn zaak moet verdedigen in de inbreukprocedure.

De inbreukprocedure is zeker geen wondermiddel, aangezien de Commissie maar een beperkte capaciteit heeft om inbreukprocedures te voeren. Verder kunnen er ook politieke redenen zijn voor de Commissie om deze procedure niet in alle gevallen van niet-naleving van EU-recht te starten.

Deze handhavingmethode heeft een extra dimensie nu particulieren, bijvoorbeeld werknemers, de Commissie kunnen attenderen op een (vermeende) schending van het Unierecht door lidstaten. De Europese Commissie (en het Europees Parlement) ontvangen elk jaar vele brieven waarin wordt geklaagd over onwetendheid of verkeerde toepassing van het EU-recht.¹¹⁵ Dit kan leiden tot een inbreukprocedure, maar het probleem kan ook worden opgelost door informeel contact.¹¹⁶

113 Voorafgaand aan deze procedure wordt soms een 'structurele oplossingsgerichte dialoog' tussen de Commissie en de lidstaten gevoerd. Deze informele werkmethode (EU PILOT) is in het leven geroepen om mogelijke inbreuken op de EU-wetgeving in een vroeg stadium (pre-infractiefase) en snel op te lossen.

114 Zie bijv. HvJ EG 6 november 2003, C-311/01 (*Commissie/Nederland*).

115 Zie HvJ EU 14 juni 2016, C-308/14 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 21.

116 Informatie over de klachten en de *follow up* die de Commissie daaraan geeft, is te vinden op de website van de Europese Commissie (https://ec.europa.eu/info/how-make-complaint-eu-level/joining-similar-complaints/decisions-multiple-complaints_en). Daar is o.a. een klacht van Spaanse werknemers te vinden over de toepassing van Richtlijn 1999/70/EG in de publieke sector (complaint CHAP(2015)1071).

1.5.3.2 De prejudiciële procedure

Voordat we de prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie bespreken, is het nuttig stil te staan bij de doorwerking van het EU-recht als supranationaal recht in de rechtsordes van de lidstaten.

In een van zijn eerste arresten, *Costa/E.N.E.L.* (1964), maakte het Hof duidelijk dat, in tegenstelling tot gewone internationale verdragen, het EEG-Verdrag een eigen rechtsorde in het leven heeft geroepen die bij de inwerkingtreding van het Verdrag in de rechtsorde van de lidstaten is opgenomen en waarmee de nationale rechters rekening moeten houden. De lidstaten hebben een Gemeenschap opgericht die beschikt over eigen organen, rechtspersoonlijkheid, handelingsbevoegdheid en vertegenwoordigingsbevoegdheid op het internationale vlak; in het bijzonder beschikt zij over daadwerkelijke bevoegdheden, nu de lidstaten hun bevoegdheden hebben ingeperkt of aan de Gemeenschap hebben overgedragen. Door een dergelijke Gemeenschap op te richten hebben de lidstaten hun soevereiniteit, zij het op een beperkt terrein, begrensd en hebben zij een rechtsstelsel in het leven geroepen dat bindend is zowel voor hun onderdanen als voor henzelf.¹¹⁷ Het EU-recht verschilt dus van het internationale recht, doordat het deel uitmaakt van de nationale rechtsorde van alle lidstaten, ongeacht welk systeem zij hanteren voor de doorwerking van internationale verdragen in hun nationale rechtsorde.¹¹⁸ Het is een autonome en directe bron van rechten en verplichtingen voor zowel de lidstaten als hun burgers.

Het EU-recht werkt dus als supranationaal recht direct (zonder tussenkomst van nationaal recht) en met voorrang door in de nationale rechtsorden van alle lidstaten. De voorrang op het nationale recht geldt voor alle nationale rechtsregels, dus ook voor grondrechten neergelegd in de nationale constitutie.¹¹⁹

Deze interpretatie van het Hof heeft een grote impact gehad. Consequentie daarvan is namelijk dat nationale rechters enerzijds direct of indirect doorwerkende EU-rechtsregels moeten toepassen in nationale procedures (zie par. 1.5.4), en anderzijds dat zij – via de prejudiciële procedure – nationale regels kunnen aanvechten die volgens hen strijdig met het EU-recht zijn. Nationale rechters hebben op die manier een belangrijke rol gekregen bij de handhaving van het EU-recht.

De prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU

Een belangrijke procedure voor het Hof van Justitie is de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU. Het gaat om zaken die bij een nationale rechter aanhangig zijn en waarin die rechter voor zijn beslissing uitleg behoeft over de betekenis van een bepaling van het primaire of secundaire Unierecht. Daarmee dient deze procedure zowel de uniforme toepassing als de handhaving van het EU-recht.

Het Hof is in het kader van de prejudiciële procedure niet bevoegd uitspraak te doen over de verenigbaarheid van nationale bepalingen met het EU-recht. Het is geen taak van het

117 HvJ EG 15 juli 1964, 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*). Zie ook HvJ EG 5 februari 1963, 26/62 (*Van Gend en Loos*).

118 Het onderscheid tussen monisme en dualisme is voor het EU-recht dus niet van belang. In dualistische stelsels, zoals Duitsland en Zweden hebben, worden internationale normen omgezet in nationale regelingen en mag de nationale rechter de internationale norm in beginsel niet direct toepassen. Zie hierover Gerards & Fleuren 2013, p. 10, 27-29.

119 HvJ EG 17 december 1970, 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*), r.o. 3.

Hof om nationaal recht te toetsen of uit te leggen; dat is aan de nationale rechter.¹²⁰ Deze laatste moet het Hof daarom niet – althans: niet rechtstreeks – vragen of een nationale regeling in overeenstemming met het EU-recht is, maar moet de prejudiciële vraag zo insteken dat zij gericht is op de uitlegging van het Europese recht.¹²¹ Met de door het Hof gegeven uitlegging daarvan, moet de rechter vervolgens zelf in staat zijn het nationale recht interpreteren en toetsen, en het geschil beslechten. Als de rechter de vragen goed insteekt, geeft het Hof de rechter soms zeer duidelijke aanwijzingen over de verenigbaarheid van 'een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is' met het EU-recht.¹²² Indien de rechter uiteindelijk concludeert dat de nationale regeling in strijd is met het EU-recht, dan kan dat er soms toe leiden dat hij dat onderdeel van het nationale recht buiten beschouwing moet laten, zie daarover paragraaf 1.5.4.2 en paragraaf 2.3.2.6.

De procedure gaat als volgt. De nationale rechter schorst de procedure teneinde prejudiciële vragen aan het Hof te stellen. Het Hof beantwoordt de vragen, wat enkele jaren kan duren, en stuurt het betreffende arrest naar de betrokken nationale rechter. Deze laatste beslecht vervolgens het geschil met inachtneming van de antwoorden van het Hof.

Het aan het Hof van Justitie voorleggen van prejudiciële vragen kan een bevoegdheid of een verplichting van de nationale rechter zijn. Als tegen de beslissing van de nationale rechter hoger beroep openstaat, gaat het om een bevoegdheid. Rechters tegen wier beslissingen geen beroep openstaat zijn daartoe echter verplicht, tenzij het Hof de betreffende vraag reeds eerder heeft beantwoord (*acte éclairé*) of het antwoord op de vraag evident is (*acte clair*).¹²³ Of sprake is van een *acte clair*, is geheel ter eigen en onafhankelijke beoordeling van de betreffende rechter.¹²⁴

Formeel zijn arresten van het Hof alleen bindend voor de rechter die het prejudiciële verzoek heeft ingediend, maar vooral vanwege de notie van de *acte éclairé* hebben arresten van het Hof van Justitie een soort *erga omnes*-werking gekregen. Zij zijn in de praktijk van groot juridisch belang voor alle nationale rechters.

Wanneer de hoogste nationale rechter heeft geoordeeld dat er geen vragen zijn die door het Hof van Justitie behoeven te worden beantwoord, kunnen partijen zich niet tot dit Hof wenden om dit te corrigeren. Zoals besproken in paragraaf 1.5.3.1 neemt een partij soms contact op met de Europese Commissie, en in uitzonderlijke gevallen kan dit leiden tot een inbreukprocedure. Een andere mogelijkheid wordt geboden door de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Volgens het EHRM verplicht artikel 6 lid 1 EVRM de hoogste nationale rechters om hun weigering een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen te motiveren. Zonder die motivering wordt het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM geschonden.¹²⁵ Het is echter duidelijk dat beide opties niet echt een oplossing bieden voor het gebrek aan rechtsbescherming in dergelijke gevallen.

120 Zie bijv. HvJ EG 19 september 2006, C-506/04 (*Wilson*), r.o. 34.

121 Peters & De Waele, *TRA* 2018/12.

122 Zie bijv. HvJ EU 19 januari 2010 C-555/07 (*Küçükdeveci/Swedex*), r.o. 43.

123 HvJ EG 6 oktober 1982, 283/81 (*CILFIT*).

124 HvJ EU 9 september 2015, C-72/14 en C-197/14 (*Van Dijk/Staatssecretaris van Financiën*). Ook als een lagere rechter een prejudiciële vraag heeft gesteld die nog bij het Hof aanhangig is, belet dat de hoogste nationale rechter niet om vast te stellen dat sprake is van een *acte clair*. Die rechter hoeft in dat geval geen prejudiciële vraag te stellen, noch de beantwoording van die vraag af te wachten (r.o. 60-61). Zie Kornezov, *CMLR* 2016, Vol. 53(5), p. 1317-1342.

125 EHRM 8 april 2014 (*Dhahbi*), r.o. 31-34.

De nationale rechter is verplicht een wet die als implementatiewetgeving kan worden aangemerkt, richtlijnconform te interpreteren (zie daarover par. 1.5.4.1). Die verplichting geldt pas (volledig) vanaf het moment dat de uitvoeringstermijn van de richtlijn is verstreken; gedurende die termijn rust er op nationale rechters slechts een 'passieve plicht'.¹²⁶ Het maakt daarbij niet uit of de bepalingen van nationaal recht dateren van vóór of na de inwerkingtreding van de betrokken richtlijn.¹²⁷

De uitleg die in een prejudicieel arrest aan een Unierechtelijke bepaling (bijvoorbeeld van een richtlijn of van een van de Verdragen) wordt gegeven, heeft in beginsel werking vanaf de inwerkingtreding van die bepaling. Slechts in uitzonderingsgevallen beperkt het Hof de terugwerkende kracht van de door hem gegeven uitleg van de bepaling. Het Hof verwijst dan naar dwingende overwegingen van rechtszekerheid en eerbiediging van te goeder trouw tot stand gekomen verwachtingen, wat in de praktijk vooral gebeurt wanneer de uitspraak buitensporige financiële gevolgen kan hebben. Juist in het arbeidsrecht en gelijkebehandelingsrecht zijn hiervan voorbeelden te vinden, namelijk bij discriminatie op grond van nationaliteit¹²⁸ en in het bijzonder bij de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers. Een voorbeeld daarvan is het al genoemde *Defrenne II*-arrest uit 1976, waarin het Hof besliste dat (nu) artikel 157 VWEU inzake gelijke beloning rechtstreekse horizontale werking heeft. Het overwoog echter dat 'dwingende overwegingen van rechtszekerheid met betrekking tot alle, openbare zowel als particuliere, belangen zich er in beginsel tegen verzetten dat in het verleden betaalde lonen wederom in geding worden gebracht'. Daarom besliste het Hof dat op die rechtstreekse werking geen beroep kon worden gedaan met betrekking tot loonaanspraken over tijdvakken voorafgaand aan de dag van het arrest.¹²⁹ Een vergelijkbare beperking op de terugwerkende kracht bevat het *Barber*-arrest uit 1990, waarin het Hof oordeelde dat bedrijfspensioenen onder (nu) artikel 157 VWEU vallen.¹³⁰

De prejudiciële procedure is zeer belangrijk voor de handhaving van het EU-recht. Het gaat om een wisselwerking tussen het Hof van Justitie en de nationale rechters. De laatste moeten Europeesrechtelijke problemen in hun nationale recht herkennen en bereid zijn die aan het Hof voor te leggen.¹³¹ Ook als het Hof niet via de prejudiciële procedure betrokken is bij een specifieke nationale procedure, heeft het daarop invloed. Het is immers het Hof dat, via zijn uitvoerige jurisprudentie en daarin ontwikkelde leerstukken, voor een belangrijk deel bepaalt hoe het *acquis communautaire*, dat de nationale rechter toepast, eruitziet.

126 Zie par. 1.5.4.1.

127 HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*), r.o. 8; Wissink 2001, p. 35.

128 HvJ EG 4 mei 1999, C-262/96 (*Sürül*), r.o. 108-113. De dwingende overweging van rechtszekerheid was hier dat terugwerkende kracht de financiering van de socialezekerheidsstelsels van de lidstaten ernstig zou verstoren.

129 HvJ EG 8 april 1976, 43/75 (*Defrenne II*), r.o. 74-75. Overigens met uitzondering van die werknemers die zich al vóór de datum van het arrest bij de nationale rechter op deze Verdragsbepaling hadden beroepen.

130 HvJ EG 17 mei 1990, 262/88 (*Barber*). Zie ook de Nederlandse zaak HvJ EG 6 oktober 1993, C-109/91 (*Ten Oever*) m.b.t. nabestaandenpensioenen uit hoofde van bedrijfspensioenregelingen.

131 Vgl. HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*), r.o. 33, waarin het Hof de rol van de nationale rechter essentieel noemt voor de bescherming van de rechten die particulieren aan het EU-recht ontnemen.

1.5.4 Doctrines van directe en indirecte werking

Zoals gezegd kunnen de hiervoor besproken procedures niet alle problemen met betrekking tot de handhaving van het EU-recht redresseren. Het Hof van Justitie heeft echter enkele doctrines ontwikkeld die particulieren zoals werknemers in staat stellen om in procedures voor de nationale rechter een beroep te doen op het Europese recht. Sommige onderdelen daarvan zijn specifiek in een arbeidsrechtelijke context ontwikkeld. Deze doctrines zijn met name van belang als het EU-arbeidsrecht individuele rechten toekent aan werknemers, maar de implementatie daarvan in het nationale recht onvolledig of onjuist is. Dat laatste komt regelmatig voor, onder andere vanwege de vaak onduidelijke (compromis)tekst van richtlijnbevestigingen. Met zijn doctrines tracht het Hof de volle werking van het EU-recht te verzekeren. Zij maken het Europese arbeidsrecht effectiever en bieden werknemers de mogelijkheid hun EU-arbeidsrechten te verwezenlijken. De belangrijkste doctrines zijn die van directe en indirecte werking en die staan in deze paragraaf centraal. In paragraaf 1.5.5 wordt de doctrine van staatsaansprakelijkheid beschreven; deze komt pas aan de orde indien eerstgenoemde doctrines geen uitkomst bieden.

1.5.4.1 Doctrine van indirecte werking

Richtlijnen hebben meestal geen directe werking. Zij vereisen altijd nationale uitvoeringsmaatregelen, aangezien ze moeten worden omgezet in nationaal recht (art. 288 VWEU, zie par. 1.4.3.1). Lidstaten blijven daarbij echter regelmatig in gebreke (geen, te late of onjuiste implementatie) en daarom is het van belang dat het Hof heeft geoordeeld dat een bepaling uit een richtlijn in sommige gevallen directe werking kan hebben (zie par. 1.5.4.2). Nu dit slechts in enkele gevallen mogelijk is en de meeste arbeidsrechtelijke regels in richtlijnen zijn vastgelegd, is de door het Hof ontwikkelde doctrine van indirecte werking van groot belang.

In het *Marleasing*-arrest (1990)¹³² oordeelde het Hof dat een nationale rechter verplicht is een nationale regeling 'zo veel mogelijk' uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de relevante richtlijn.¹³³ Voorwaarde is dat de nationale regeling binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt; de verplichting geldt dus ook als de wetgever de regeling niet ter uitvoering van die richtlijn heeft vastgesteld.¹³⁴ De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie geldt pas volledig vanaf het moment dat de periode waarin een richtlijn in nationaal recht moet worden omgezet is verstreken. Daarvóór bestaat deze verplichting volgens het Hof ook al, maar op een meer 'passieve' manier: tijdens de omzettingperiode moet de nationale rechter zich onthouden van een uitlegging van het nationale recht die de verwezenlijking van de met de richtlijn nagestreefde doelstelling ernstig in gevaar zou kunnen brengen.¹³⁵

Het Hof baseerde deze verplichting van de nationale rechter op de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting voor lidstaten om het daarmee beoogde resultaat te bereiken (art. 288 VWEU) en op de verplichting om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen welke geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren (art. 4

132 HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*), r.o. 8.

133 Bercusson 2009, p. 476 noemt dit 'horizontale indirecte werking' van richtlijnen.

134 Wissink 2001, p. 35.

135 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04 (*Adeneler*), r.o. 121-122.

lid 3 VEU). Deze verplichtingen gelden namelijk voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten, dus ook voor de rechterlijke instanties 'binnen het kader van hun bevoegdheden', aldus het Hof.¹³⁶ In latere jurisprudentie voegt het Hof daaraan nog het argument toe dat het vereiste van richtlijnconforme uitlegging inherent is aan het systeem van het Verdrag, aangezien het de nationale rechter in staat stelt binnen het kader van zijn bevoegdheden de volle werking van het Gemeenschapsrecht te verzekeren bij de beslechting van een geschil.¹³⁷

In *Marleasing* overwoog het Hof dus dat de rechter de nationale regeling 'zo veel mogelijk' moet uitleggen overeenkomstig de relevante richtlijn. Dat betekent dat daaraan wel grenzen zitten.¹³⁸ Een *contra legem*-uitleg wordt niet verlangd.¹³⁹ De rechter moet wel proberen het nationale recht zo te construeren dat het in overeenstemming met de richtlijn is, bijvoorbeeld door het nationale recht in zijn geheel te bezien (in plaats van alleen de litigieuze regeling) om te beoordelen of een richtlijnconforme toepassing daarvan mogelijk is.¹⁴⁰ Relevant is of de uit te leggen nationale wetsbepalingen speciaal zijn ingevoerd ter uitvoering van een richtlijn. In dat geval kan en moet de nationale rechter in het bijzonder richtlijnconform uitleggen; het uitgangspunt is dan immers dat de staat de bedoeling heeft gehad keurig de richtlijn uit te voeren.¹⁴¹ De rechter moet echter voorkomen, en daarop duiden de woorden 'binnen het kader van zijn bevoegdheden', dat hij op de stoel van de wetgever gaat zitten.¹⁴² Het formuleren van een conforme oplossing moet geen daad van wetgeving zijn. Ten slotte wordt de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie begrensd door het rechtszekerheidsbeginsel.¹⁴³ Dat beginsel verzet zich ertegen dat een particulier zoals een werkgever wordt geconfronteerd met verplichtingen die hij redelijkerwijs niet had hoeven verwachten.¹⁴⁴

Ten slotte zij opgemerkt dat er niet slechts een verplichting op de rechter rust tot richtlijnconforme interpretatie van zijn nationale recht. Het gaat om een algemene verplichting tot conforme uitleg die niet is beperkt tot richtlijnen. In alle zaken (die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen) rust op alle rechters een verplichting tot *Unierechtconforme* uitleg.

136 HvJ EG 10 april 1984, 14/83 (*Von Colson en Kamann*), r.o. 26; HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*) r.o. 8.

137 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 (*Pfeiffer*), r.o. 114; HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Küçükdeveci/Swedex*), r.o. 48.

138 Zie Peters & De Waele, *TRA* 2018/12, par. 3.2 en Wissink 2001.

139 Aldus oordeelde het Hof expliciet in HvJ EG 23 april 2009, C-378/07 t/m C-380/07 (*Angelidaki*), r.o. 199; zie voorts bijv. HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04 (*Adeneler*), r.o. 110 en HvJ EG 2008, C-68/06 (*Impact*), r.o. 100. Alle zijn arbeidsrechtelijke zaken.

140 HvJ EG 23 april 2009, C-378/07 t/m C-380/07 (*Angelidaki*), r.o. 200; HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 (*Pfeiffer*), r.o. 115.

141 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 (*Pfeiffer*), r.o. 112.

142 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 (*Pfeiffer*), r.o. 114. Zie Prinssen 2004 p. 46-48.

143 HvJ EG 23 april 2009, C-378/07 t/m C-380/07 (*Angelidaki*), r.o. 199; HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04 (*Adeneler*), r.o. 110.

144 Een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel lijkt bij implementatiewetgeving echter weinig kans van slagen te hebben, zie Peters & De Waele, *TRA* 2018/12.

1.5.4.2 *Doctrine van directe werking*

Bepalingen van het EU-recht kunnen ook directe werking hebben.¹⁴⁵ Deze doctrine van directe werking is buitengewoon belangrijk, aangezien het particulieren, zoals werknemers, de mogelijkheid geeft zich in procedures voor nationale rechters rechtstreeks te beroepen op de betreffende Europese bepaling, zonder afhankelijk te zijn van uitvoeringsmaatregelen van hun lidstaat.¹⁴⁶

Die werking komt zeker niet aan alle Unierechtelijke bepalingen toe. Om directe werking te hebben, moet de bepaling *voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk* zijn, en niet afhankelijk zijn van nadere uitvoeringshandelingen.¹⁴⁷ Het komt erop neer dat de bepaling voldoende juridische houvast moet bieden om in een concreet geval toegepast te kunnen worden.¹⁴⁸

Het Hof heeft aan verschillende arbeidsrechtelijke verdragsbepalingen verticale én horizontale directe werking toegekend. Bijvoorbeeld aan artikel 45 VWEU (en zijn voorgangers), hoewel de tekst letterlijk genomen niet meer is dan een definitie: “(1) Het verkeer van werknemers binnen de Unie is vrij. (2) Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden.” Het enkele feit dat een bepaling voorziet in een uitzondering, zoals artikel 45 VWEU in lid 3, is op zichzelf geen reden om geen directe werking aan te nemen.¹⁴⁹

Een ander voorbeeld is artikel 119 EEG, dat bepaalde: “Iedere Lid-Staat verzekert gedurende de eerste etappe en handhaaft vervolgens de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid.”¹⁵⁰ Hoewel de tekst niet zo ‘duidelijk en onvoorwaardelijk’ is, heeft het Hof ook aan deze Verdragsbepaling verticale en horizontale directe werking gegeven.¹⁵¹ Dat het artikel zich, in plaats van een subjectief recht toe te kennen, tot de lidstaten richt, sluit rechtstreekse toepassing ervan door de rechter niet uit.¹⁵² Als gevolg hiervan kunnen werknemers de bepaling rechtstreeks jegens hun werkgever invoeren voor een nationale rechter. Daarmee krijgt het gelijkloonbeginsel veel meer kracht in de praktijk dan als het alleen aan de lidstaten zou zijn om het beginsel te waarborgen.

Veel Verdragsbepalingen hebben echter geen directe werking; dat geldt bijvoorbeeld voor artikel 151 VWEU, waarin doelstellingen van de sociale politiek zijn geformuleerd. Deze bepaling is volgens het Hof van programmatische aard en leent zich derhalve niet voor directe werking.¹⁵³ De programmatische aard impliceert overigens niet dat de bepaling elk rechtsgevolg mist. Artikel 151 is van belang voor de uitlegging van andere Verdragsbepalingen

145 Voor een uitgebreide bespreking verwijzen wij naar De Witte 2011 en, met betrekking tot grondrechten, Frantziou 2019.

146 Voor verordeningen is dit uitdrukkelijk bepaald in art. 288 lid 2 VWEU.

147 HvJ EG 5 februari 1963, 26/62 (*Van Gend en Loos*).

148 Eijsbouts e.a. 2010, p. 255.

149 HvJ EG 4 december 1974, 41/74 (*Van Duyn*), r.o. 6-7.

150 Thans art. 157 VWEU.

151 HvJ EG 8 april 1976, 43/75 (*Defrenne II*), r.o. 39-40.

152 HvJ EG 8 april 1976, 43/75 (*Defrenne II*), r.o. 35-37.

153 HvJ EG 29 september 1987, 126/86 (*Zaera*), r.o. 13-18.

en secundaire regels op sociaal gebied. Voor de verwezenlijking van die doelstellingen zijn echter uitvoeringsmaatregelen nodig.¹⁵⁴

Hierboven zijn enkele voorbeelden gegeven van Verdragsbepalingen die directe werking hebben. Ook bepalingen van *verordeningen* die voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk zijn, hebben directe werking, soms ook in horizontale verhoudingen.

Richtlijnen hebben in beginsel geen directe werking, aangezien ze altijd nationale uitvoeringsmaatregelen vereisen (art. 288 VWEU, zie par. 1.4.3.1). Het komt echter voor dat een lidstaat fouten maakt bij de implementatie van een richtlijn en het zal niet altijd mogelijk zijn om het nationale (arbeids)recht richtlijnconform te interpreteren (zie par. 1.4.4.1). Daarom is het van belang dat het Hof heeft geoordeeld dat een richtlijnbe­paling soms directe werking kan hebben; voorwaarden daarvoor zijn dat de richtlijn na afloop van de implementatietermijn nog niet of niet correct door een lidstaat is geïmplementeerd, en de richtlijnbe­paling voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk is.¹⁵⁵

Van belang is dat richtlijnbe­palingen alleen in *verticale* verhoudingen – dat wil zeggen tussen een burger en de Staat of een overheidsorgaan – directe werking kunnen hebben. Het Hof geeft aan het begrip ‘de staat’ een ruime uitleg, het omvat naast decentrale- en semioverheden ook privaatrechtelijke lichamen en entiteiten waaraan een overheidsinstantie een taak van algemeen belang heeft toevertrouwd.¹⁵⁶ Het maakt niet uit of de Staat handelt als werkgever of als overheid.¹⁵⁷ Dit kan betekenen dat werknemers in de publieke sector in geval van een onjuiste implementatie (waarvoor richtlijnconforme interpretatie geen oplossing biedt) rechten uit een richtlijn kunnen claimen, terwijl werknemers uit de private sector dat niet kunnen.¹⁵⁸ Voor die laatsten resteert dan slechts de mogelijkheid de Staat aansprakelijk te stellen (zie par. 1.5.5).

In *horizontale* verhoudingen – zoals tussen een werknemer en een private werkgever – kunnen richtlijnbe­palingen dus niet rechtstreeks worden ingeroepen. Reden daarvoor is dat ingevolge artikel 288 VWEU het dwingende karakter van een richtlijn slechts bestaat ten aanzien van ‘elke lidstaat waarvoor zij bestemd is’. Hieruit volgt volgens het Hof dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen.¹⁵⁹ Kortom: richtlijnbe­palingen hebben geen horizontale directe werking. Het Hof houdt nog altijd consequent vast aan deze leer.¹⁶⁰

Interessant is dat het Hof in sommige gevallen werknemers heeft geholpen die werden geconfronteerd met het feit dat ze geen beroep konden doen op een EU-richtlijn vanwege het ontbreken van een horizontale werking. Het gaat om gevallen waarin het Hof van oordeel was dat een *grondrecht* (als algemeen beginsel van het Unierecht of krachtens het Handvest) ten grondslag ligt aan de betreffende richtlijnbe­paling. Zie daarover hoofdstuk 2.

154 HvJ EG 29 september 1987, 126/86 (*Zaera*), r.o. 14. Zie voor een voorbeeld waarin art. 151 ter onderstreping van een bepaalde uitleg wordt gebruikt HvJ EG 8 april 1976, 43/75 (*Defrenne II*), r.o. 11.

155 Zie bijv. HvJ EG 4 december 1974, 41/74 (*Van Duyn*), r.o. 11-15 en HvJ EG 26 februari 1986, 152/84 (*Marshall*), r.o. 46.

156 HvJ EU 24 januari 2012, C 282/10 (*Maribel Dominguez*), r.o. 39; HvJ EU 10 oktober 2017, C-413/15 (*Farrell*), r.o. 34-35.

157 HvJ EG 26 februari 1986, 152/84 (*Marshall*), r.o. 46-49.

158 Bercusson 2009, p. 404.

159 HvJ EG 26 februari 1986, 152/84 (*Marshall*), r.o. 48.

160 Zie bijv. HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Kücükdeveci/Swedex*), r.o. 46.

1.5.5 Doctrine van staatsaansprakelijkheid

Wanneer een lidstaat een richtlijn niet correct heeft geïmplementeerd en een werknemer noch direct noch indirect een beroep kan doen op de daarin neergelegde rechten, resteert er nog één mogelijkheid voor een werknemer die daardoor schade lijdt om zijn 'Europese recht' te halen.

In het beroemde *Francovich*-arrest heeft het Hof de mogelijkheid gecreëerd voor particulieren om in bedoelde situatie schadevergoeding van de staat te eisen.¹⁶¹ De zaak was als volgt. Italië had de richtlijn inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever¹⁶² niet geïmplementeerd, als gevolg waarvan de heer Francovich, toen zijn werkgever faillieerde, schade leed. Francovich kon namelijk geen achterstallig loon claimen, doordat het voorgeschreven waarborgfonds er niet was. Hij eiste schadevergoeding van de Italiaanse staat. Het ging hier om een verticale relatie – werknemer versus werkgever de staat – maar de betreffende richtlijnbevestigingen voldeden niet aan de voorwaarden van voldoende nauwkeurigheid en onvoorwaardelijkheid. De richtlijnbevestigingen konden daarom niet rechtstreeks tegen de staat worden ingeroepen en richtlijnconforme interpretatie van het Italiaanse recht was evenmin mogelijk.

Het Hof oordeelde dat aan de volle werking van het gemeenschapsrecht zou worden afgedaan en de bescherming van de daarin toegekende rechten zou worden afgezwakt, indien particulieren niet de mogelijkheid zouden hebben om schadevergoeding te krijgen wanneer hun rechten worden aangetast als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht die aan een lidstaat kan worden toegerekend. Uit de in artikel 5 EEG-Verdrag (nu art. 4 lid 3 VWEU) opgenomen loyaliteitsverplichting leidde het Hof af dat een lidstaat verplicht is tot vergoeding van de schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het EU-recht die hun kunnen worden toegerekend. Francovich kon Italië aansprakelijk stellen voor het niet implementeren van de richtlijn. Uit *Francovich*¹⁶³ en het latere arrest *Brasserie du Pecheur*¹⁶⁴ blijkt dat een particulier krachtens het Unierecht recht heeft op schadevergoeding van de staat indien aan de volgende drie voorwaarden is voldaan:

- De geschonden richtlijnbevestiging kent aan particulieren een recht toe en de inhoud van dat recht moet op basis van de richtlijnbevestiging(en) kunnen worden vastgesteld.
- Er is sprake van een voldoende gekwalificeerde schending; en
- er bestaat een direct causaal verband tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de particulier geleden schade.

De tweede voorwaarde is de lastigste om te beoordelen, aangezien lidstaten een zekere discretionaire handelingsruimte hebben. Aan deze voorwaarde is daarom enkel voldaan indien het gaat om een 'kennelijke en ernstige miskenning door een lidstaat van de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid dient te blijven'.¹⁶⁵

In gevallen waarin lidstaten nauwelijks of geen beoordelingsmarge hebben, kan een enkele inbreuk op het Unierecht volstaan. Dat is bijvoorbeeld het geval als een lidstaat gedurende de implementatietermijn geen enkele maatregel heeft genomen om een richtlijn

161 HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 (*Francovich*).

162 Zie hoofdstuk 7.

163 HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 (*Francovich*), r.o. 40.

164 HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pecheur*), r.o. 51.

165 HvJ EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pecheur*), r.o. 55.

in nationaal recht om te zetten.¹⁶⁶ Een lidstaat kan aansprakelijk worden gesteld ongeacht het overheidsorgaan dat verantwoordelijk is voor de schending. Daaronder vallen ook rechters tegen wier beslissingen geen beroep kan worden ingesteld, zo heeft het Hof beslist.¹⁶⁷

Een voorbeeld van de toepassing van beide correctieven betreft de Nederlandse vakantie-dagen-zaken. Werknemers die langer dan zes maanden ziek waren, liepen vakantiedagen (in tijd of in geld) mis als gevolg van het met artikel 7 Richtlijn 2003/88/EG strijdige artikel 7:635 lid 4 BW (oud).¹⁶⁸ Richtlijnconforme uitleg van die Nederlandse bepaling was niet mogelijk, die zou namelijk *contra legem* zijn, maar er werd wel succesvol 'gefrancovicht'.¹⁶⁹

1.6 Tot slot

Het Europese arbeidsrecht is, in vergelijking met het nationale arbeidsrecht, onvolledig. Het bevat geen bepalingen die bijvoorbeeld (rechtstreeks) het ontslagrecht, de werking van cao's, disciplinaire maatregelen voor werknemers of werktijden regelen. Dat is een bewuste keuze geweest van de opstellers van de Verdragen: het bepalen van de inhoud van het arbeidsrecht is aan de lidstaten voorbehouden. Wel stelt het Europese arbeidsrecht kaders voor het nationale recht, en het heeft hiermee aanzienlijke invloed verworven. Bovendien heeft ook het overige Europese recht belangrijke invloed op het nationale arbeidsrecht en soms ook op de werking van het Europese arbeidsrecht op het nationale recht. Zo beperkt het Europese recht de lidstaten in het opleggen van het eigen arbeidsrecht als in hun land wordt gewerkt in het kader van intra-EU detachering (hfdst. 3).

Het nationale arbeidsrecht wordt van oudsher gekenmerkt door ongelijkheidscompensatie: de werknemer wordt gezien als de zwakkere partij, die daarom bescherming van de wetgever heeft gekregen. Deze ongelijkheidscompensatie wordt waar nodig ook door de rechter gegeven. Ook al zijn er discussies en verschillen van mening over hoe ver die ongelijkheidscompensatie moet gaan, ze is nog steeds onmiskenbaar onderdeel van het arbeidsrecht. De recente Wet werk en zekerheid kent bijvoorbeeld verschillende waarborgen, die men bij een 'gewone' privaatrechtelijke overeenkomst niet tegenkomt.¹⁷⁰

Een dergelijke ongelijkheidscompensatie als algemeen principe kent het Europese arbeidsrecht niet. Wel zijn er verschillende instrumenten, in het bijzonder richtlijnen, die bescherming bieden aan werknemers. Die bescherming kon en kan op verschillende terreinen (bijvoorbeeld overgang van onderneming) tot stand komen als daarvoor voldoende consensus onder de lidstaten bestaat. De reikwijdte van de bescherming wordt bepaald door de doelstelling van het betreffende instrument.

166 HvJ EG 8 oktober 1996, C-178/94, C-179/94 en C-188-190/94 (*Dillenkofer*). Dit was ook in HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 (*Francovich*) aan de orde.

167 HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*), r.o. 33-34.

168 De bepaling is aangepast per 1 januari 2012, *Stb.* 2011, 318 en 319.

169 Zie uiteindelijk HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723, *JAR* 2015/257. Interessant is dat de Hoge Raad aan 6:162 BW toetst. Hij concludeert dat het uitvaardigen en handhaven van met EU-richtlijnen strijdige wetgeving onrechtmatig is en dat de schuld van de staat dan in beginsel gegeven is. Het gaat om een toerekenbare onrechtmatige daad die de Staat verplicht tot betaling van schadevergoeding. Het zou niet nodig zijn de vordering van werknemer nog (mede) te beoordelen aan de hand van de *Francovich*-criteria. Zo wordt de lastige klip van de voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht omzeild.

170 Vandaar dat wel gezocht wordt om arbeidsrelaties buiten de wettelijke bepalingen van het arbeidsrecht vorm te geven.

Dit 'patchwork' karakter van het Europese arbeidsrecht, het kader van het Europese recht waarbinnen het functioneert en de beperkte bevoegdheden van de Europese wetgever op het terrein van arbeid, kunnen aanleiding geven tot principiële verschillen in visies op het Europese arbeidsrecht. Zo kan iemand of een organisatie die zich wil inzetten voor werknemersrechten een veel sterker gebruik van de bevoegdheden van het Verdrag bepleiten dan nu gebeurt, evenals uitbreiding van die bevoegdheden. Een vakbond in een ander land, die vreest dat Europees recht vooral nationale mogelijkheden beperkt, kan juist voorstander zijn van een zo klein mogelijke rol van Europa.

Het Europese arbeidsrecht werkt soms direct door in het arbeidsrecht van de lidstaten, maar veel vaker harmoniseert het de nationale arbeidsrechtssystemen slechts tot op zekere hoogte en stelt het daaraan bepaalde ondergrenzen, of bepaalt het welke nationale rechtsregels mogen worden toegepast als er grensoverschrijdend wordt gewerkt. De Europese werknemersbescherming ontmoet daarbij verschillende uitdagingen die tot spanningen kunnen leiden. Eén daarvan is de grote mate waarin het arbeidsrecht van de lidstaten van elkaar verschilt, onder andere qua niveau van arbeidsvoorwaarden en socialezekerheidsrechten. Die verschillen zijn vooral groot tussen de 'oude' westerse lidstaten en de nieuwere lidstaten uit Midden- en Oost-Europa. Grote verschillen in (minimum) lonen en loonkosten hebben het vrije werknemers- en dienstenverkeer van oost naar west gestimuleerd, wat tot spanningen heeft geleid tussen de zogenoemde zendende en ontvangende lidstaten. Een andere uitdaging is de aan het EU-recht eigen afweging tussen werknemersbescherming enerzijds en economische vrijheden en belangen anderzijds. Dit kan leiden tot beperkingen van werknemersgrondrechten (zoals het stakingsrecht). Zoals we in hoofdstuk 2 zullen zien, is het zelfs mogelijk dat de in het Handvest van de grondrechten erkende vrijheid van ondernemerschap beperkingen stelt aan de wijze waarop lidstaten EU-richtlijnen voor werknemersbescherming implementeren en toepassen. Deze en andere spanningspunten zijn in vele van de volgende hoofdstukken terug te vinden. De lezer wordt uitgenodigd hier zelf bij het lezen van de volgende hoofdstukken een visie over te ontwikkelen.