

Komt het arbeidsrecht van de eenentwintigste eeuw van de Europese sociale partners?

TRA 2023/20

Voor het succes van optreden van Europese sociale partners als medewetgever is in hoge mate bepalend dat ze handelen ‘under the shadow of the law’ en ook intern eensgezind zijn.

1. Inleiding

Het zomernummer van 2000 van *SMA* had als titel *Het arbeidsrecht van de eenentwintigste eeuw komt uit Europa*. Met mederedacteur Wil Fase schreef Rogier Duk een ‘Ten geleide’, waarboven de titel van het themanummer in vragende vorm stond.² Hierin lichtten ze de bijdragen toe en merkten onder andere op: ‘Met name het nieuwe spoor van rechtsvorming via sociale partners die communautaire overeenkomsten sluiten, houdt een belofte voor de toekomst in’. Deze opmerking verwees naar het artikel van Van der Steen in dit nummer.³

Volgens de redacteurs komen met de communautaire overeenkomsten op ‘veel flexibeler wijze en beter doortimmerd communautaire regelingen tot stand dan langs de schijven van Europese Commissie, de Europese Raad en Parlement, waarbij de wijn allengs steeds meer wordt aangelengd’.

In deze bijdrage ga ik na hoe het ‘nieuwe spoor van rechtsvorming’ zich ontwikkeld heeft en of de verwachtingen van de redacteurs uitgekomen zijn. Ik zal eerst kort het kader beschrijven waarbinnen de bedoelde rechtsvorming plaatsvindt (par. 2); vervolgens wordt geschetst welke resultaten tot 2000 behaald waren (par. 3) en hoe het spoor nadien gelopen heeft (par. 4). Hierna behandel ik de respectievelijk gelukte/mislukte onderhandelingen over bepaaldetijdovereenkomsten en uitzendwerk (par. 5 en 6), en tot slot probeer ik hier enige conclusies uit te trekken (par. 7).

2. De Europese sociale partners als ‘medewetgever’

Bij het door de redacteurs bedoelde ‘nieuwe spoor van rechtsvorming’ gaat het om de Europese sociale partners als ‘medewetgever’. Gelet op de beschikbare ruimte voor deze bijdrage kan ik niet alle ins en outs van deze proce-

dure beschrijven en beperk ik me tot hetgeen nodig is om het onderhandelingsproces te kunnen plaatsen.⁴

De rol van ‘medewetgever’ ontleent de Europese sociale partners aan een bepaling van het VWEU die inhoudt dat zij de Europese Commissie kunnen verzoeken om het resultaat van hun onderhandelingen voor te leggen aan de Raad teneinde dit bij besluit kracht van wetgeving te geven (art. 155 VWEU). De bekrachtiging van een overeenkomst tot EU-recht is een bijzondere figuur in het EU-recht en bestaat alleen voor overeenkomsten van sociale partners. Andere organisaties, zoals milieu- of consumentenorganisaties, hebben deze mogelijkheid niet.

De procedure die tot EU-regelgeving kan leiden, kan op tweeërlei manieren aanvangen. De ene is door een uitnodiging van de Europese Commissie aan de Europese sociale partners om advies te geven wanneer zij een voorstel voor wetgeving op sociaal gebied overweegt. De sociale partners kunnen vervolgens te kennen geven dat zij willen proberen om tot een overeenkomst te komen. Volgens art. 154 lid 4 VWEU geldt voor dergelijk overleg een maximumtermijn van negen maanden; verlenging van die termijn is mogelijk op voorstel van de sociale partners en na instemming van de Commissie. De andere weg is dat sociale partners op eigen initiatief onderhandelingen starten; als deze leiden tot een overeenkomst, kan deze worden omgezet in Europees recht.

De omzetting gebeurt door gebruik te maken van de bevoegdheid die de Raad ontleent aan art. 153 lid 2 VWEU om op een aantal gebieden door middel van richtlijnen minimumvoorschriften vast te stellen. Deze bevoegdheid is beperkt tot de in art. 153 lid 1 VWEU genoemde onderwerpen. Bovendien dient aan de in dit artikel genoemde voorwaarden te worden voldaan om een richtlijn gebaseerd op dit artikel vast te kunnen stellen. Zo wordt voor sommige onderwerpen unanimitieit bij de stemming verlangd en is art. 153 VWEU niet van toepassing op o.a. loon en stakingsrecht (lid 5). Ook moet de Commissie o.a. nagaan of de contractspartijen voldoende representatief zijn⁵ en of aan het subsidiariteitsbeginsel voldaan wordt

¹ Frans Pennings is hoogleraar Sociaal recht te Utrecht en hoofdredacteur van dit blad.

² R.A.A. Duk & W.J.P.M. Fase, ‘Komt het arbeidsrecht van de eenentwintigste eeuw uit Europa?’, *SMA* 2000, nr 7/8, p. 271-272.

³ I. van der Steen, ‘De Europese sociale dialoog – van aangever tot medewetgever’, *SMA* 2000, nr.7/8, p. 279-283.

⁴ Meer hierover o.a. T. Jaspers, ‘Collectief onderhandelen onder EU recht’, in F.J.L. Pennings en S.S.M. Peters (red.), *Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer, 2021, p. 237-242; B. ter Haar, ‘De Europese Sociale Dialoog en verboden belofte’, *TRA* 2021/2.

⁵ Zie mededeling van de Commissie COM(93) 600. In HvJ 17 juni 1998, T-135/96 (*ueapme*), ECLI:EU:T:1998:128 kwam de representativiteit aan de orde.

(art. 155 lid 2 VWEU).⁶ De Raad kan het voorstel van de Commissie om de overeenkomst over te nemen alleen aanvaarden of verwerpen, maar niet wijzigen.

Partijen bij de hierna te bespreken sectoroverstijgende overeenkomsten zijn de Europese sociale partners: aan werkgeverszijde UNICE (Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe), sinds 2007 Business-Europe genaamd, UEAPME (European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises) en CEEP (European Centre of Employers and Enterprises providing Public services); aan werknemerszijde gaat het om de ETUC (European Trade Union Confederation).

3. De resultaten van het 'medewetgeven' tot 2000

Zoals uit het geciteerde deel van het 'Ten geleide' blijkt, waren de redacteuren optimistisch gestemd over de sociale partners als 'medewetgever'. Dit optimisme blijkt ook in de bijdrage van Van der Steen. Deze schrijft dat de eerste ervaringen uitwijzen dat de procedure van (hetgeen nu staat in) art. 154 VWEU vooral werd gevolgd wanneer in de Raad geen meerderheid bestond om een voorstel van de Commissie aan te nemen. De sociale partners slaagden er wel in een overeenkomst te sluiten die vervolgens in een richtlijn werd omgezet.

Het gaat om drie overeenkomsten. De eerste is de Richtlijn 96/34/EG betreffende de Raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof, aangenomen in 1996, een dossier dat al vanaf 1983 op tafel lag.⁷ Ook de Richtlijn 97/81/EG betreffende de Raamovereenkomst inzake deeltijdwerk betreft een onderwerp dat al vanaf 1982 ter bespreking bij de Raad lag.⁸ Een derde voorbeeld is de Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die nader uitgewerkt werd in Richtlijn 1999/70/EG. Dit onderwerp was al opgenomen in voorstellen van 1990.⁹

Anders dan de Raad, waar de voorstellen vele jaren op de agenda stonden zonder dat er resultaten geboekt werden, waren de sociale partners er binnen een aantal maanden uit, aldus Van der Steen. 'Kennelijk schatte de Raad het maatschappelijk draagvlak voor besluitvorming in deze dossiers al die tijd somberder in dan de sociale partners

zelf.¹⁰ Van der Steen wijst de kritiek van de hand dat deze 'overeenkomsten slechts minimumbepalingen bevatten, waarover niet zoveel ophef zou moeten worden gemaakt', omdat ze 'een belangrijke etappe (vormen) in het proces van wetgeving op het gebied van sociale bescherming'.

4. Terugkijkend vanuit 2023

Het uit het SMA-nummer blijvende optimisme is door de latere ontwikkelingen gelogenstraft, althans tot dusver. Sinds 1999 hebben geen sectoroverschrijdende overeenkomsten meer geleid tot Europese wetgeving. De in par. 3 genoemde richtlijnen vormen dan ook de enige producten van wetgeving die als resultaat van onderhandelingen tot stand zijn gekomen.

Het is natuurlijk niet de bedoeling van dit artikel om me tot deze vaststelling te beperken. Dat is ook niet zo spannend, want die constatering is in ieder handboek of artikel over dit onderwerp te vinden. Wel is het nuttig om te kijken welke factoren een rol hebben gespeeld bij de gelukke en mislukte onderhandelingen. Vanzelfsprekend zijn deze niet zo eenvoudig te achterhalen. Onderhandelingen vinden immers gedeeltelijk achter gesloten deuren plaats en onderhandelaars laten niet het achterste van hun tong zien. Er zijn de voorbije jaren echter enige studies verschenen waarin de onderhandelingen worden beschreven. In par. 5 zal ik de neerslag van dergelijk onderzoek naar onderhandelingen over bepaaldetijdovereenkomsten bespreken en in par. 6 doe ik dit met betrekking tot uitzendovereenkomsten.

5. De onderhandelingen over de bepaaldetijdovereenkomsten

De studie van Ahlberg beschrijft de onderhandelingen over de overeenkomst over bepaaldetijdcontracten.¹¹ Ze merkt op dat deze anders verliepen dan bij onderhandelingen op nationaal niveau. Er namen zo'n 60 afgevaardigden aan deel, gelijkelijk verdeeld over werkgevers en werknemers; allen hebben stemrecht. Met de onderhandelingen waren tien maanden gemoeid; er werd steeds gedurende een periode van twee dagen onderhandeld, met daartussen een onderbreking van drie tot vier weken. De onderhandelingen werden regelmatig geschorst en gingen gepaard met personele wisselingen bij de deelnemers. Er werd dus niet een hele nacht doorvergaderd om onder grote druk tot resultaat te komen. De Europese Commissie was zelf geen partij bij de onderhandelingen; wel gaf de juridische dienst advies wanneer ze problemen zag om voorgestelde bepalingen om te zetten in EU-regelgeving.

6 De subsidiariteitseis leidde vrij recentelijk tot een conflict tussen Commissie en sociale partners toen de eerste weigerde een sectorale overeenkomst voor te leggen aan de Raad wegens strijd met het subsidiariteitsbeginsel, zie GvEA 24 oktober 2019, T-30/18, *EPSU*, ECLI:EU:T:2019:757; in hoger beroep HvJ EU 2 september 2021, C-928/19, ECLI:EU:C:2021:656. Ter Haar 2021 wijst erop dat als sociale partners spontaan gaan onderhandelen of al bij de eerste raadpleging door de Commissie aan de slag gaan, het risico groter is dat het resultaat stukloopt op het genoemde beginsel, dan wanneer ze pas na de tweede raadpleging gaan onderhandelen, want dan zal de Commissie die toets zelf al hebben uitgevoerd.

7 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende het ouderverlof en het verlof om gezinsredenen, *PbEG* 1983, C 333, p. 6.

8 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende vrijwillige deeltijdarbeid, *PbEG* 1982, C 62, p. 7; voorstel voor een richtlijn van de Raad over tijdelijk werk, *PbEG* C 128, ingetrokken in 1990.

9 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende bepaalde arbeidsbetrekkingen en de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* 1990, C 224, p. 4.

10 Van der Steen 2000, p. 283.

11 K. Ahlberg, 'The negotiations on fixed-term work', in C. Vignaux e.a. (red.), *Fixed-term work in the EU*, Stockholm: National Institute for Working Life, 1999, p. 13-38.

De onderhandelingen werden regelmatig geschorst en dreigden af en toe zelfs te mislukken, maar uiteindelijk werd na tien maanden onderhandelingen een overeenkomst gesloten.

Ofschoon werkgevers niet stonden te springen om de onderhandelingen aan te gaan, gingen ze er toch in mee. Allereerst wilde de UNICE door middel van een overeenkomst de belemmeringen voor bepaaldetijdovereenkomsten wegnemen; daarnaast had ze als motief om te onderhandelen dat ze haar geloofwaardigheid als actor in de sociale dialoog wilde behouden. Deze was in geding gekomen omdat ze eerder niet had willen onderhandelen over de informatie en raadpleging van werknemers.¹²

Inhoudelijk was het grootste struikelblok in de onderhandelingen de wens van vakbonden om bepalingen in het akkoord op te nemen om misbruik van bepaaldetijdcontracten tegen te gaan. Aanvankelijk wilde de ETUC dat voor ieder gebruik van een bepaaldetijdcontract een objectieve rechtvaardigingsgrond wordt gegeven; toen werkgevers zich hiertegen verzetten, stelde ze voor dat alleen bij achtereenvolgende bepaaldetijdcontracten beperkingen zouden gelden.

Als belangrijke factor voor het uiteindelijk slagen van de onderhandelingen noemt Ahlberg dat de Commissie voorafgaand aan deze onderhandelingen had aangekondigd met wetgeving te komen en beide partijen niet wisten wat deze in zou houden. In navolging van anderen noemt ze dit 'negotiating in the shadow of the law'. Dat deze druk bestond zal wellicht verbazing wekken, want zoals we zagen was het de Commissie eerder niet gelukt om wetgeving aangenomen te krijgen. Inmiddels had de Overeenkomst betreffende sociale politiek het echter gemakkelijker gemaakt om een richtlijn aan te nemen, door een gekwalificeerde meerderheid toe te laten bij een aantal onderwerpen van artikel 153 lid 1 VWEU. Ook namen inmiddels in twaalf lidstaten sociaal-democraten deel aan de regering, en die stonden positiever ten opzichte van EU sociale wetgeving.¹³

Een tweede factor die bijdroeg aan het slagen van de onderhandelingen was volgens Ahlberg dat werkgevers en werknemers duidelijke doelen hadden en tevens compromisbereid waren. De werkgevers wilden belemmeringen op nationaal niveau voor het gebruik van bepaaldetijdovereenkomsten wegnemen, en om dat doel te bereiken waren ze bereid om op EU-niveau met een zekere mate van regulering in te stemmen. De vakbonden wilden de bescherming bij bepaaldetijdcontracten vergroten en het gebruik ervan terugdringen, en om dit doel te bereiken lieten ze hun inzet vallen dat er altijd een objectieve reden voor het gebruik van bepaaldetijdcontracten wordt verlangd. Bij de eindstemming waren er echter ook werknemersafgevaardigden die tegenstemden; zij waren ernstig teleurgesteld over de genoemde concessie.

¹² Ahlberg 1999, p. 32.

¹³ Ahlberg 1999, p. 20 e.v.

6. De onderhandelingen over uitzendwerk

Oorspronkelijk was ook uitzendwerk onderdeel van de onderhandelingen over bepaaldetijdcontracten. Omdat uitzendwerk extra gevoelig lag, werd op enig moment besloten over dit onderwerp afzonderlijk te onderhandelen. De verschillen tussen de standpunten van de sociale partners bleken echter sterker dan de overeenkomsten.

Werkgevers hadden niet veel trek in de onderhandelingen, aangezien ze vreesden dat de vakbonden zouden aandringen op aanzienlijke beperkingen op uitzendwerk.¹⁴ Volgens Schömann en Guedes, verbonden aan het wetenschappelijk instituut van de ETUC, was waarschijnlijk de belangrijkste factor voor de werkgeversorganisaties om deel te nemen aan de onderhandelingen de komst van een nieuwe actor, namelijk de CIETT (International Confederation of Temporary Work Businesses).¹⁵ Als de onderhandelingen aan deze organisatie zouden worden overgelaten, zouden inlenende bedrijven niet vertegenwoordigd zijn, zo vreesde UNICE.

De onderhandelingen startten in mei 2000, met wederom 60 afgevaardigden, gelijkelijk verdeeld over werkgevers- en werknemersorganisaties. Aan werkgeverszijde nam naast UNICE inderdaad CIETT deel. Aan werknemerszijde deed naast de ETUC ook uni-Europa mee, een aan de ETUC verbonden vakbond van werknemers in de dienstensector, waaronder ook platform- en uitzendwerknemers.

Gedurende de onderhandelingen brachten deze sectororganisaties van werkgevers en werknemers een gezamenlijke verklaring uit, waarin stond: 'Met als uitgangspunt dat uitzendwerk een positieve rol kan spelen in de arbeidsmarkt, moet de sectorale sociale dialoog toewerken naar verbetering van de kwaliteit en de werking van de Europese arbeidsmarkt, de werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden van uitzendwerknemers, evenals de professionalisering van de sector' (mijn vertaling, FP).¹⁶ Volgens Schömann en Guedes was de ETUC erg kritisch over deze verklaring.¹⁷ UNI-Europa week hiermee namelijk af van het standpunt van de moederorganisatie, die helemaal niet vond dat uitzendwerk een positieve rol speelt in de arbeidsmarkt.

Ook nu geschiedden de onderhandelingen in 'the shadow of the law', aangezien de partijen in moesten schatten of onderhandelingen tot een betere uitkomst konden leiden dan het Commissievoorstel. Dit leidde nu echter niet tot succes; de onderhandelingen liepen vast in mei 2001.

De verklaringen voor het mislukken van de onderhandelingen zijn zowel op inhoudelijk niveau, als in de context

¹⁴ UNICE, Flexibility in working time and security for workers. *UNICE response to first-stage consultation with the social partners*, 15 december 1995. <https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2000/unice-to-open-talks-on-temporary-agency-work>.

¹⁵ I. Schömann & C. Guedes, *Temporary agency work in the European Union*, Brussel: etui, 2012, p. 13. CIETT heet tegenwoordig de World employment confederation.

¹⁶ https://www.etuc.org/sites/default/files/Eurociett-UNI_Europa_joint_declaration_on_AWD_-_May_08_1.pdf.

¹⁷ Schömann & Guedes 2012, p. 13.

van de onderhandelingen te vinden. Als belangrijke inhoudelijke factor valt te wijzen op de fundamentele tegenstelling tussen vakbonden en werkgevers met betrekking tot het doel van de overeenkomst. De werkgeversdelegatie wilde uitzendwerk bevorderen als instrument voor werkgelegenheidspolitiek. Zij wilde daarom niet dat beloning onderwerp van gelijke behandeling moest worden. Aangezien UNICE wilde bewerkstelligen dat de uitkomst van de onderhandelingen de ontwikkeling van de uitzendsector niet in gevaar zou brengen, wilde ze geen voorwaarden stellen aan het gebruik van uitzendwerk. Ook wilde ze, als organisatie die vooral inleners vertegenwoordigde, dat de kosten voor inleners niet zouden stijgen. Daarom was ze gekant tegen een gelijkebehandelingsbepaling waarmee uitzendwerknemers hetzelfde loon zouden krijgen als vergelijkbare werknemers van de inlenersbedrijven.¹⁸ De werkgeversdelegatie wilde daarom aan de lidstaten (bij wetgeving of bij cao) overlaten met wie uitzendwerknemers vergeleken moesten worden, met werknemers van de inlener of met werknemers van hetzelfde uitzendbureau. Vergelijking van uitzendwerknemers met andere uitzendwerknemers kon echter op weinig begrip van de vakbonden rekenen; zoals Ahlberg opmerkte: 'It would be a bit like saying that equal treatment for women means that women should be paid equally to other women'.¹⁹ Gelijke behandeling was daarmee een kernobstakel.

Het andere struikelblok was een bepaling die erop gericht was misbruik van uitzendwerk te voorkomen.²⁰ Een dergelijke misbruikclausule was wel opgenomen in de Overeenkomst over bepaaldetijdovereenkomsten. Werkgevers waren hier in het geval van uitzendwerk fel op tegen, aangezien ze vreesden dat uitzendwerk per definitie als misbruik zou worden beschouwd.²¹

Voor wat betreft de context valt erop te wijzen dat in de onderhandelingen verschillende belangen en inzichten een rol speelden, ook binnen de respectieve werkgevers- en werknemersdelegaties zelf.²² Daarnaast waren de uitgangspunten en de mandaten voor de stemmingen voor de leden onduidelijk. 'Er waren geen duidelijke ideeën over welk soort beslissing onder welke voorwaarden kon worden genomen'.²³

De sectorale werkgeversorganisatie CIETT had bovendien een andere agenda dan UNICE. Voor CIETT waren de onderhandelingen en een eventuele overeenkomst een manier om de sector en de daarvan deel uitmakende ondernemers meer erkenning te geven en het imago van de sector te verbeteren. Ze was daarom meer geneigd dan UNICE om in te stemmen met bepalingen die de arbeidsvoorwaarden en lonen van uitzendwerknemers zouden verbeteren.²⁴

Bij de ETUC waren er eveneens onderlinge verschillen, zoals we al zagen bij de spanningen over de verklaring van de sectorale sociale partners. De afgevaardigden verschilden onderling van mening over de belangen die in beschouwing moesten worden genomen bij een misbruikclausule. Sommigen bepleitten de beste voorwaarden voor uitzendwerknemers en wilden daarom langere en stabielere overeenkomsten met inleenbedrijven toestaan. Anderen vonden dat de vaste werknemers van de inleenbedrijven beschermd moesten worden en bepleitten daarom striktere beperkingen en kortere gebruiksperiodes van uitzendwerknemers.²⁵ Volgens Hartzén was een groot probleem bij de ETUC-delegatie, dat er geen coherente en sterke Europese strategie was. In plaats van na te gaan wat de beste oplossing op Europees niveau zou zijn, wilde de delegatie in de onderhandelingsstrategie vooral zo veel mogelijk uiteenlopende nationale belangen verenigen.²⁶ Ahlberg meent dat van belang was dat de ETUC na vernietigende kritiek van de achterban en het Europees Parlement op de concessies bij de bepaaldetijdovereenkomst bovendien moest bewijzen dat ze niet bereid was een overeenkomst tegen elke prijs te aanvaarden.²⁷

Schönmann en Guedes wijzen als verklaringfactor er ook op, dat er, anders dan bij deeltijd- en bepaaldetijdcontracten, grote verschillen waren tussen de wettelijke kaders van de lidstaten.²⁸ En ten slotte merkten ze op dat werkgevers niet meer hoefden te bewijzen dat ze een legitieme rol in de Europese sociale dialoog vervulden, want ze hadden inmiddels al een aantal overeenkomsten op dit niveau gesloten.

Een contextuele factor die Ahlberg ten slotte noemt, is de rol van de Europese Commissie. Een incentive om tot een overeenkomst te komen, was immers de verwachting dat een voorstel van de Commissie waarschijnlijk minder gunstig zou zijn dan een overeenkomst die door onderhandelen kon worden bereikt. Ahlberg wijt daarom het mislukken van de onderhandelingen in belangrijke mate aan het feit dat tijdens de onderhandelingen de onafhankelijke voorzitter het mondelinge advies van de juridische dienst van de Commissie inbracht dat deze oordeelde dat

18 A.-C. Hartzén, *The European Social Dialogue in Perspective Its future potential as an autopoietic system and lessons from the global maritime system of industrial relations*, dissertatie Universiteit van Lund, 2019 (https://lucris.lub.lu.se/ws/portalfiles/portal/29588257/e_spik_20Hartzen.pdf), p. 223. Hartzén geeft een gedetailleerde beschrijving van de vele (als ik goed tel: acht) onderhandelingsronden.

19 K. Ahlberg, 'A Story of Failure - But Also of Success: The Social Dialogue on Temporary Agency Work and the Subsequent Negotiations between the Member States on the Draft Directive', in K. Ahlberg e.a. (red.) *Transnational Labour Regulation - A Case Study of Temporary Agency Work*. Brussels: Peter Lang, 2008, p. 217.

20 E. Jones, 'Temporary Agency Labour: Back to Square One?' 31(2) *Industrial Law Journal* 2002, p. 183-190.

21 Hartzén 2019, p. 216. Zie ook A. Broughton, *Temporary agency work talks break down*, EIROOnline, 2001, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2001/temporary-agency-work-talks-break-down>.

22 Hartzén 2019, p. 213.

23 Hartzén 2019, p. 214.

24 Hartzén 2019, p. 213.

25 Hartzén 2019, p. 221.

26 Hartzén 2019, p. 222.

27 Ahlberg 2008, p. 218.

28 Schönmann & Guedes 2012, p. 14. Zie ook L. Zappalà, 'Legislative and Judicial Approaches to Temporary Agency Work in EU Law - An Historical Overview', in K. Ahlberg e.a. (red.) *Transnational Labour Regulation - A Case Study of Temporary Agency Work*, Brussels: Peter Lang, 2008, p. 155-168.

niet bepaald kon worden dat bij de lonen uitzendkrachten gelijk behandeld moesten worden met de werknemers van de inleners. Dit zou in strijd zijn met art. 137 lid 6 EG (momenteel art. 153 lid 5 VWEU), dat bepaalt dat dit artikel geen betrekking heeft op beloning.²⁹ Werkgevers konden nu volgens haar achteroverleunen in de verwachting dat de Commissie hun interpretatie zou volgen.³⁰ Terwijl de aanvankelijke voorstellen van de Commissie de belangrijkste reden waren om de onderhandelingen van start te laten gaan, bemoeilijkte de inbreng van de juridische dienst van de Commissie nu de voortgang.

Opmerkelijk is overigens dat de juridische dienst bij de behandeling van het latere voorstel van de Commissie voor de uitzendrichtlijn een ander standpunt innam: het verdragsartikel laat niet toe dat het niveau en de methode van berekening van het loon worden bepaald, maar het sluit niet uit dat maatregelen worden genomen om de arbeidsvoorwaarden te verbeteren, ook al hebben deze maatregelen betrekking op beloning.³¹ De vervolgens aangenomen Uitzendrichtlijn rekent inderdaad loon tot de essentiële arbeidsvoorwaarden waarbij uitzendkrachten gelijk moeten worden behandeld (art. 3, lid 1, sub f(ii)).

7. Bespreking en conclusies

Of sociale partners betere regelingen kunnen maken dan Raad en Europees Parlement, staat minder duidelijk vast dan door Duk en Fase in hun 'Ten geleide' verondersteld wordt. Ook in de onderhandelingen van de sociale partners wordt de wijn immers sterk aangelengd. Zo zijn de overeenkomsten voor bepaaldetijdcontracten en deeltijdwerk vrijwel beperkt tot gelijkebehandelingsbepalingen; vele andere relevante aspecten blijven buiten de regeling. De verschillen in wat op EU-niveau geregeld zou kunnen worden, blijken bijvoorbeeld in het advies van het Europese Parlement over de richtlijn over bepaaldetijdovereenkomsten, waarin een uitgebreide wensenlijst was opgenomen.³² Bij de omzetting van overeenkomsten in EU-recht staat het EP als medewetgever echter buitenspel. Van der Steen concludeerde op basis van de overeenkomsten die tot 2000 tot stand waren gekomen, dat sociale partners sneller en effectiever dan de Raad tot resultaat kunnen komen. Hij veronderstelde dat dit komt omdat de sociale partners het maatschappelijk draagvlak beter in kunnen schatten dan de Raad. Het maatschappelijke draagvlak wordt echter niet als zodanig genoemd als succesfactor in de literatuur over de onderhandelingen. Daarentegen lijkt het er sterk op dat voornamelijk of uitsluitend van belang is hoe partijen inschatten of ze hun wensen kunnen verwezenlijken en of een compromis mogelijk en wenselijk is. In die inschatting speelt de eigen achterban uiteraard wel een rol.

Van der Steen wees er ook op dat de procedure vooral gevolgd wordt wanneer de Raad niet in staat blijkt tot een compromis te komen op basis van een eerder voorstel van de Commissie. Dit is inderdaad het geval bij de overeenkomsten die door richtlijnen bindend zijn geworden. Strikt genomen was het opmerkelijk dat de onderhandelingen slaagden. Zoals we zagen is de 'shadow of the law' van belang, en die schaduw leek nu juist verdwenen door de patstellingen in de Raad. De verklaring dat er toch druk kon worden uitgeoefend, ligt in de veranderde context en in het feit dat de Raad met gekwalificeerde meerderheid besluiten kon nemen. Ook de veranderde politieke ontwikkelingen in de lidstaten droegen hieraan bij, zoals de toename van sociaal-democratische regeringen. Daarmee werd de schaduw weer scherper.

In ieder geval zal de volgorde van de onderhandelingen die bij de aangenomen richtlijnen bestond zich niet snel meer voordoen, aangezien de procedure van art. 154 VWEU inhoudt dat de sociale partners als eerste aan bod komen als de Commissie voorstellen overweegt te maken, en niet pas na patstellingen in de Raad.

Uit het dossier over de Uitzendrichtlijn blijkt dat het van belang is om de schaduw te laten hangen, want als die verdwijnt, dan neemt de animo om te onderhandelen af. Dat geldt uiteraard voor beide partijen, dus de Commissie moet ze zeer afgewogen voorbereiden. Van groot belang is tot slot dat zowel werkgevers als werknemers niet onderling verdeeld zijn.

De hier besproken studies over de onderhandelingen zijn – ook al liggen de onderhandelingen in een verder verleden – nog steeds actueel. In algemene handboeken wordt maar kort ingegaan op het feit dat er sinds de eeuwwisseling geen collectieve raamovereenkomsten meer tot stand zijn gekomen. Zo schrijft Jaspers dit toe aan de omstandigheid dat werkgeversorganisaties meer en meer een afwachtende houding zijn gaan innemen bij de overdracht van bevoegdheden naar Europees niveau.³³ Dat is zeker een belangrijke factor, maar ook bij de wel gelukte onderhandelingen waren werkgevers terughoudend om te gaan onderhandelen en door te onderhandelen, en zijn ze wel gelukt. Bovendien namen ze na weigering om te onderhandelen over informatie en consultatie van werknemers, toch weer deel aan onderhandelingen over bepaaldetijdovereenkomsten.

Werkgevers hebben over het algemeen niet veel eigen belangen bij het sluiten van een overeenkomst. Collectieve acties om hen hiertoe te brengen zijn voorlopig (?) nog toekomstmuziek, dus de 'shadow' lijkt bepalend. Belangrijk is vooral dat beide sociale partners een duidelijke strategie hebben. Uit het uitzenddossier bleek dat dit zowel bij werkgevers als werknemers niet het geval was. Als verklaring voor het ontbreken van sectoroverstijgende overeenkomsten die tot wetgeving leiden, moet dus niet alleen

²⁹ Ahlberg 2008, p. 209.

³⁰ Ahlberg 2008, p. 217.

³¹ Ahlberg 2008, p. 232.

³² *PbEG C* 1990, 295.

³³ Jaspers 2021, p. 239.

naar de werkgevers, maar ook naar de werknemers worden gekeken.

Deze bevindingen zijn ook actueel bij nadere beschouwing van het dossier met betrekking tot een voorstel voor een richtlijn over het minimumloon,³⁴ inmiddels aangenomen als Richtlijn 2022/2041, waarin het niet tot onderhandelingen is gekomen. Een van de kernvragen was of de EU-wetgever bevoegd was om loon te regelen, een kwestie die ook al speelde bij de Uitzendrichtlijn, zoals we zagen. Werkgevers stelden dat dit niet het geval was, toen hun om een reactie op het voorstel gevraagd werd. In het Staff working document van de Europese Commissie, dat het voorstel voor de richtlijn vergezeld, was echter niet ingegaan op deze vraag. Hierin werd slechts vermeld dat het EU-instrument art. 153 lid 5 VWEU moest respecteren, waarin verboden werd om rechtstreeks regelingen te treffen over het niveau van het loon.³⁵ Met deze formulering kwam er nog geen schaduw boven het onderwerp te hangen die tot onderhandelingen stimuleerde. De werkgevers meenden dan ook dat de Commissie hierover geen regeling kon treffen. Pas in een veel later stadium – tijdens onderhandelingen in de Raad – kwam de juridische dienst met een advies, dat er kennelijk op neerkwam dat bepaalde vormen van regulering ter stimulering van de totstandkoming van minimumlonen wel degelijk geoorloofd waren. ‘Kennelijk’, want de gepubliceerde versie van het advies is zo zwaar gecensureerd dat er niets van een advies uit te halen valt.³⁶ Jammer, want dit is een onderwerp dat voor de ontwikkeling van de rechtsvorming van belang is, en daarmee ook onderwerp van debat buiten de Raad, waaronder de academische wereld, zou moeten en kunnen zijn. Het onderwerp zou ook duidelijk(er) beargumenteerd moeten zijn met het oog op toekomstige onderhandelingen over een bepaald onderwerp.

De voorwaarde dat de verschillende groeperingen binnen elk van de sociale partners op één lijn moeten zitten, is nog gecompliceerder. Voor een goed onderhandelingsproces is het noodzakelijk, zo merkt Hartzén op,³⁷ dat de inzet en het stemgedrag van de afgevaardigden niet de optelsom zijn van nationale belangen. Vanzelfsprekend moet er rekening gehouden worden met nationale belangen, maar er dient wel één geluid te zijn.

Armoede is een groot probleem in Europa, volgens de meest recente statistische berichten loopt ca. 20% van de bevolking het risico op sociale uitsluiting of armoede.³⁸ Ofschoon het hiermee niet alleen om werknemers gaat, ligt er een grote verantwoordelijkheid voor EU sociale partners om, waar dat mogelijk is, bij te dragen aan de be-

strijding ervan, en een minimumloon is hierbij een essentieel instrument. Het gewenste Europees geluid is dus eenvoudig vast te stellen. Voor de EU-werknemersorganisatie is dan van belang hoe, ondanks verschillende nationale belangen, hierover een standpunt kan worden ingenomen.

De ETUC was doordrongen van de noodzaak van armoedebestrijding en drong aan op een EU-regeling over minimumlonen en zou daarover ook willen onderhandelen.³⁹ De Deense, Noorse, IJslandse en Zweedse vakbondsorganisaties distantieerden zich echter publiekelijk van dit standpunt; zij waren ook gekant tegen de richtlijn die vervolgens voorgesteld werd.⁴⁰ Zij brachten in dat er geen EU-bevoegdheid is om regelingen over loon te maken. Voorts is er voor hen het probleem dat, in landen zonder wettelijk minimumloon, de bepalingen van de richtlijn door cao's moeten worden geïmplementeerd. Aangezien lidstaten volgens de richtlijn verplicht zijn te waarborgen dat de betreffende cao-bepalingen voor alle werknemers gelden, moeten ze bindende wetgeving hiervoor tot stand brengen. In de Noordse landen wordt de arbeidsmarkt echter volledig gereguleerd door sociale partners; de vakbonden vrezen dat de richtlijn dit zal doorkruisen vanwege de genoemde verplichting. Bovendien staan ze zeer wantrouwend ten opzichte van het Hof van Justitie na de Laval-uitspraak, waarin het Hof zich uitsprak over de grenzen van het stakingsrecht.⁴¹ Ze vrezen dat via de richtlijn ook jurisprudentie zou kunnen ontstaan over de wijze van collectief onderhandelen en cao's. Ofschoon de ETUC zich er duidelijk over uitsprak dat de richtlijn niet de rol en de autonomie van de sociale partners mag schaden en evenmin de collectieve onderhandelingsstelsels mag aantasten, en in de tekst van de richtlijn dit duidelijk is vastgelegd, konden de dissidente bonden niet worden overtuigd.

Dit dossier laat zien dat nationale belangen en standpunten die worden aangevoerd die een gemeenschappelijk standpunt verhinderen, heel fundamenteel kunnen zijn. Er zijn echter ook gerenommeerde arbeidsjuristen in deze landen die wel voldoende waarborgen in de richtlijn aanwezig achten voor de Noordse stelsels.⁴² Het is dus niet onmogelijk om wel te komen tot een algemeen geaccepteerde oplossing, maar de kwestie is zeer gecompliceerd.

Overbrugging van de tegenstelling tussen nationale belangen en een uniforme EU-politiek is bepalend om op te kunnen treden als onderhandelingspartij. Natuurlijk moet ook de andere partij willen onderhandelen. We zagen echter dat de werkgevers zich hebben misrekend in zowel het uitzend- als minimumloondossier, doordat uiteindelijk

34 com(2020) 682.

35 *Commission Staff working document, Second stage consultation on a possible action addressing the challenges related to fair minimum wages*, SWD(2020)105, p. 56.

36 Raad van de Europese Unie, *Interinstitutional file 2020/0310*, 6817/21.

37 Hartzén 2019, p. 222.

38 <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/edn-20211015-1>.

39 ETUC reply to the Second stage consultation on a possible action addressing the challenges related to fair minimum wages.

40 Reply of the Danish, Norwegian, Icelandic and Swedish trade union federation on the second phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on a possible action addressing the challenges related to fair minimum wages.

41 Zie bijvoorbeeld Jaspers (2021), noot 4 supra.

42 Zie <http://www.nordiclabourjournal.org>.

toch bepalingen aangenomen zijn waarvan ze dachten dat dit niet ging gebeuren. Dus wellicht toch weer wat meer schaduw.

De aanbeveling dat een gemeenschappelijk standpunt nodig is, is gemakkelijker gedaan dan uitgevoerd. Soms zal de noodzaak om eensgezind op te treden niet mogelijk zijn en bestaat zelfs het gevaar dat de betreffende koepelorganisatie van werkgevers of werknemers uiteenvalt als daar wel naar gestreefd blijft worden. In dat geval moeten we dat ook accepteren en is er gelukkig de Europese Commissie die het stokje kan overnemen.

Toch is het goed om te blijven streven naar goede voorwaarden voor een sociale dialoog, inclusief medewetgeving. Al is onzeker of de producten van de sociale partners inhoudelijk rijker zullen zijn dan die van de Commissie, toch blijven mij de gedachten van het 'Ten geleide' uit 2000 van Duk en Fase aanspreken dat de betrokkenheid van sociale partners bij de ontwikkeling van sociaal beleid, zowel op nationaal als EU-niveau, essentieel is voor het draagvlak van sociaal beleid en de implementatie ervan. In hun rol van 'medewetgever' kunnen ze hier belangrijk aan bijdragen. Het is daarom zinvol te blijven kijken naar de succes- en faalfactoren, teneinde het beleid ter bevordering van de sociale dialoog hierop af te stemmen.

Het was boeiend om naar de verwachtingen te kijken die Rogier Duk en Wil Fase in 2000 hadden over de sociale partners als 'medewetgever' en hier inspiratie uit op te doen voor verdere studie. Aan een voorspelling over hoe het verder gaat met dit spoor van rechtsvorming waag ik me maar niet.