

Het recht op collectieve actie versus de economische vrijheden

HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 (Viking) en HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 (Laval un Partneri), ArA 2008/2, m.nt. E.J.A. Franssen en C. van Lent

Filip Dorssemont

1 Inleiding

In de twee arresten Viking en Laval, die in december 2007 werden uitgesproken, stelde het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof of het Hof van Justitie) vast dat in casu een conflict voorlag tussen het door het Unierecht als algemeen beginsel erkende recht op collectieve actie enerzijds en een economische vrijheid anderzijds. Beide zaken hebben tot een ongeziene stroom van publicaties geleid. De auteurs kropen in hun pen voorafgaand aan de conclusies van de advocaten-generaal,¹ na hun conclusies² en na de arresten.³ De kwestie van de aansprakelijkheid van de Zweedse bonden voor hun collectieve acties⁴ en de impact van het arrest Laval op stelsels van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming deden eveneens veel inkt vloeien.⁵

In het arrest Viking betrof het een conflict met de vrijheid van vestiging. Het Hof gaf een toetsingskader dat de Britse rechter moest toelaten om beide beginselen adequaat af te wegen. In het Laval-arrest oordeelde het Hof zelf dat een collectieve actie die een buitenlandse dienstverlener beoogde te binden aan een *niet* algemeen verbindend verklaarde Zweedse cao, een onoorbare beperking van het vrij verkeer van diensten vormde. De door de Detacheringsrichtlijn 96/71 geboden bescherming van een harde kern van arbeidsvoorwaarden via statelijke normen en algemeen verbindend verklaarde cao's gold als een standaardbescherming. De Detache-

1 F. Dorssemont & A.Ph.C.M. Jaspers, Collectieve actie en Vrij verkeer. Eindigen grondrechten waar 'fundamentele' vrijheden beginnen?', Nieuw Juridisch Weekblad 2007, p. 2-14.

2 B. Bercusson, The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day, European Law Journal 2007, p. 279-308.

3 F. Dorssemont, The right to take collective action v. fundamental freedoms in the aftermath of Viking and Laval, in: M. de Vos, European Union Internal Market and Labour Laws: Friends or Foes?, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 45-104.

4 N. Bruun, Sanctions and Remedies for Unlawful Collective Action in an International and European Perspective, IJCLLR 2014, p. 243-252.

5 F. Dorssemont, The potential impact and the policy perspectives of the Viking, Laval, Rüffert and Commission vs. Luxembourg cases for the Belgian legal system and the country's industrial relations, in: A. Bucker & W. Warneck, Reconciling Fundamental Social Policy Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert, Baden-Baden: Nomos 2011, p. 101-118.

ringsrichtlijn betrof een (obligaat) plafond en geen vloer. Wie dacht dat het een arbeidsrechtelijke norm betrof, vergiste zich. Het Hof las deze richtlijn als een internationaal privaatrechtelijke norm.

Het Hof heeft in beide zaken bewust alle hordes genomen vooraleer tot die fatale afweging over te gaan. Het weigerde naar analogie met het arrest Albany de cao's te immuniseren tégen de werking van de economische vrijheden. Cao's stonden overigens centraal in beide zaken. In het Viking-arrest beoogde een internationale vakbond te vermijden dat de Finse reder een cao zou sluiten met een Estse vakbond door op te roepen tot de negatieve vrijheid van collectief onderhandelen van alle leden, met uitzondering van de Finse bonden. In het Laval-arrest werd druk uitgeoefend op een buitenlandse dienstverlener om toe te treden tot een Zweedse cao.

Het Hof weigerde te erkennen dat werkgevers zich niet konden beroepen op deze vrijheden tegen private actoren die in essentie hun economische macht uitoefenden om druk uit oefenen op de tegenzijde. Het Hof ontwaarde een analogie met de figuur van de Staat, omdat het hier een uitoefening van juridische autonomie door private actoren zou betreffen. Om die reden konden de werkgevers de economische vrijheden inroepen tegen de vakbonden. Het Hof had kunnen oordelen dat er in casu geen beperking was noch van de vrijheid van vestiging, noch van de vrijheid van dienstverlening. De agerende bonden hadden immers op zich geen probleem met het feit dat de Finse reder een dochteronderneming zou oprichten. Evenmin hadden de Zweedse bonden een probleem met buitenlandse dienstverleners die de in Zweden geldende collectieve arbeidsvoorwaarden zouden respecteren.

Beide arresten gaven aanleiding tot een kloeke annotatie in ArA van E.J.A. Franssen en C. van Lent. Beide auteurs getuigden van een zin voor *understatement*, waar zij stelden: 'Een ding is zeker: de tegenstelling tussen het vrij dienstenverkeer en de bescherming van werknemersrechten is met deze twee arresten zeker niet afgedaan.'⁶ Het was ook niet de eerste keer dat ArA aandacht besteedde aan dit spanningsveld. De eerste annotatie van ondergetekende in ArA betrof een annotatie bij het arrest Schmidberger.⁷ In deze zaak diende het Hof zich te buigen over een collectieve actie van groene jongens die gedurende vier dagen de Brennerpas blokkeerden. Een Oostenrijkse transporteur dagvaardde toen de Oostenrijkse staat omdat die niet had opgetreden tegen een manifeste beperking van het vrij verkeer van goederen. Het Hof van Justitie erkende een spanningsveld tussen de vrijheid van vergadering en de vrijheid van meningsuiting enerzijds en het vrij verkeer van goederen anderzijds. Het reikte geen toetsingskader aan voor de verwijzende rechter, maar oordeelde dat in casu de grondrechten van de agerende burgers zwaarder wogen gelet op de omstandigheden van die zaak.

De arresten Viking en Laval legden ook een ander conflict bloot. Het betreft geen conflict tussen normen die deel uitmaken van deze of gene rechtsorde, maar een *in*

6 E.J.A. Franssen & C. van Lent, De Viking-zaak en de Laval-zaak: werknemersacties in het licht van de fundamentele vrijheden, ArA 2008/2, p. 100.

7 F. Dorssemont, 'Met de vlam in de pijp...'. Vrijheid van vergadering en meningsuiting, recht op collectieve actie versus vrij verkeer: primaat of belangenafweging?, ArA 2004/1, p. 77-94.

se schier onoplosbaar conflict *tussen* rechtsordes. Zo oordeelde het Committee on the Application of Conventions and Recommendations dat de door een Britse rechter in navolging van het Hof van Justitie toegepaste ‘proportionaliteitstoets’ niet inpasbaar was in de logica van de IAO-verdragen.⁸ Het European Committee on Social Rights maakte in een beslissing gewezen op een collectieve klacht brandhout van de *Lex Laval* die in Zweden was aangenomen om recht te doen aan het arrest van het Hof.⁹ Een gevolg van dergelijke conflicten *tussen* rechtsordes is dat staten geplet worden tussen hamer en aambeeld. Zij moeten immers aan internationale verplichtingen voldoen op basis van verdragen die worden geïnterpreteerd op een wijze die contradictorisch is.

De draagwijdte van het recht op collectieve actie binnen de Europese Unie wordt bepaald door drie institutionele actoren. Het hangt van het optreden van deze drie actoren af of het onbehagen dat de arresten Viking en Laval in bepaalde vakbondsmiddens genereerde, kan worden getemperd.¹⁰ Zoals in de interne rechtsorde het recht te staken werd beschermd en gemodelleerd door constituenten, wetgevers of rechters, zo rijst ook de vraag of het primair EU-recht (de constituant), het secundair Unierecht (de wetgever) of de rechterlijke macht (het Hof van Justitie) in de veertien jaar die volgden op beide arresten stappen heeft ondernomen om dit grondrecht te beschermen dan wel verder te beperken. Ook wordt onderzocht of de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een katalysator zou kunnen vormen voor een jurisprudentiële wending in Luxemburg. Wie een beetje Bijbelvast is, weet dat periodes van zeven vette jaren gevolgd worden door zeven magere jaren. De vraag rijst dan ook of deze metafoor toelaat om deze periode van tweemaal zeven jaar die meestal géén aanleiding geeft tot jubileumvieringen, uitgerekend in dit jubileumnummer adequaat te kwalificeren.

2 De constituant

De verhouding tussen de economische vrijheden en de grondrechten dient *idealiter* in het primaire recht te worden geregeld. Zowel grondrechten als economische vrijheden hebben een constitutioneel rechtelijke status. In het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie worden de vrijheid van vestiging én de vrijheid van dienstverlening als grondrechten erkend.¹¹ Eenzelfde vaststelling geldt ook het recht op collectieve actie en collectief onderhandelen. Het Hof woog dit Handvest volop mee, niettegenstaande het op het ogenblik van de feiten nog niet de status had van primair recht. Het in werking treden van het Verdrag van Lissabon maakt

8 www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:2314990.

9 Nr. 85/2012, Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO)/Sweden.

10 Zie ook een eerdere analyse over het potentieel van deze trias politica om beide arresten te overwinnen: F. Dorsemont & G. Orlandini, Market rules and the right to strike: different approach, in: M. Rigaux, J. Buelens & A. Latienne, From Labour Law to Social Competition Law, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 67-105.

11 Zie artikel 15 Handvest.

Filip Dorssemont

dus geen enkel verschil. Het Hof zal die grondrechten mijns inziens niet anders tegen elkaar afwegen dan voordien.

Het primaire recht biedt nauwelijks aanknopingen om die verhoudingen precies af te bakenen. Wel mag worden opgemerkt dat het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) in artikel 2 uitgaat van een primaat van de waarden van de Unie op de economische doelstellingen van de Unie (artikel 3). De eerste doelstelling van de EU betreft immers het verwezenlijken van de waarden. Wie die gedachte ernstig neemt, weigert die waarden op te offeren teneinde de economische doelstellingen te realiseren. Geen enkele van die waarden heeft een mercantiele dimensie.¹²

Het Europees Vakverbond is voorstander van het opnemen van een zogeheten *Social progress clause* in een constitutioneel protocol teneinde de relatie te verduidelijken tussen de economische vrijheden en de grondrechten. De meest maatgevende bepaling van dit voorstel betreft artikel 3. Dit luidt:

[The relation between fundamental rights and economic freedoms]
 ‘Nothing in the Treaties, and in particular neither economic freedoms nor competition rules shall have priority over fundamental social rights and social progress as defined in Article 2. In case of conflict fundamental social rights shall take precedence. Economic freedoms cannot be interpreted as granting undertakings the right to exercise them for the purpose or with the effect of evading or circumventing national social and employment laws and practices or for social dumping. Economic freedoms, as established in the Treaties, shall be interpreted in such a way as not infringing upon the exercise of fundamental social rights as recognised in the Member States and by Union law, including the right to negotiate, conclude and enforce collective agreements and to take collective action, and as not infringing upon the autonomy of social partners when exercising these fundamental rights in pursuit of social interests and the protection of workers.’¹³

Het is hier niet de plek om te speculeren over de haalbaarheid van dergelijk voorstel. Wel kan de vraag rijzen of een Hof van Justitie een dergelijke clausule ernstig zou nemen. Zo bevat artikel 17 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) een bepaling die uitdrukkelijk stelt dat ‘de Unie de status eerbiedigt die kerken en religieuze verenigingen en gemeenschappen volgens het nationaal recht in de lidstaten hebben, en doet daaraan geen afbreuk’. Dergelijke libellering komt dicht in de buurt van de hiervoor geschetste techniek van immunitisering, in casu van een soort voorbehouden domein van religieuze vrijheid.

Niettegenstaande dit artikel door A-G Tachev in de zaak Egenberger werd opgeworpen,¹⁴ heeft dit het Hof er niet van weerhouden om in dit arrest de rechters te

12 Zie meer uitgebreid F. Dorssemont, Values and objectives, in: N. Bruun, K. Loercher & I. Schoemann, The Lisbon Treaty and social Europe, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 45-61.

13 www.etuc.org/en/theme/treaty-change-social-progress-protocol.

14 Paragraaf 98-100, conclusie A-G Tachev voor HvJ EU 17 april 2018, C-414/16.

machtigen én te verplichten Duitse wettelijke bepalingen buiten werking te stellen die bepaalde kerkelijke *Tendenzbetriebe* toelaten om hun werknemers te discrimineren op basis van hun religieuze overtuigingen, voor zover dit de perken van artikel 4 lid 2 Richtlijn 2000/78 te buiten ging. Dit precedent wetigt de indruk dat het Hof niet snel geneigd is om verdragsrechtelijke clausules die nationaal recht expliciet immuniseren tegen de werking van de fundamentele (in casu het beginsel van non-discriminatie) van het Unierecht ernstig te nemen.

3 De wetgever

Op het wetgevende front bleef de Europese Commissie niet stilzitten. Eerder werd in dit tijdschrift uitvoerig aandacht besteed aan het zogeheten ontwerp van de Monti II-verordening.¹⁵ In deze tekst dook een artikel op dat bepaalde dat bij de uitoefening van het recht op collectieve actie de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting diende te worden geëerbiedigd en dat omgekeerd bij de uitoefening van het recht op collectieve actie deze economische vrijheden moesten worden geëerbiedigd. Dit voorstel werd door de Commissie ingetrokken nadat zij met een gele kaart werd geconfronteerd.¹⁶

Bij de amendering van de Detacheringsrichtlijn via Richtlijn 2018/987 werd een expliciete Monti-clausule¹⁷ heringevoerd. Zo bepaalt artikel 1bis van de geconsolideerde Detacheringsrichtlijn heden:

‘De richtlijn doet geenszins afbreuk aan de uitoefening van de grondrechten zoals die in de lidstaten en op Unieniveau zijn erkend, met inbegrip van het stakingsrecht of de stakingsvrijheid dan wel het recht of de vrijheid om conform de in de lidstaten bestaande specifieke stelsels van arbeidsverhoudingen andere acties te voeren overeenkomstig het nationale recht en/of de nationale praktijk. Zij doet evenmin afbreuk aan het recht om over collectieve overeenkomsten te onderhandelen, deze te sluiten en naleving ervan af te dwingen, en om collectieve actie te voeren overeenkomstig het nationale recht en/of de nationale praktijk.’

Deze bepaling versterkt een gedachte die *ab ovo* in de Detacheringsrichtlijn werd vastgelegd tot een bepaling die deel uitmaakt van het corpus van deze richtlijn. Immers, sedert 1996 valt in overweging 22 van Detacheringsrichtlijn 96/71 te lezen:

- 15 F. Dorssemont, De ontwerp-Verordening Monti II, oude wijn (azijn) in nieuwe zakken? De uitoefening van het recht op collectieve actie in tijden van vrijheid van vestiging en van dienstverrichting, *ArA* 2012/2, p. 3-35.
- 16 Zie M. Rocca, *The Right to Strike and the European Union in Times of Austerity: The ‘Monti II’ Proposal and Its Yellow Cards*, *Papers in Political Economy* 2015, <https://journals.openedition.org/interventionseconomiques/2486>.
- 17 Een Monti-clausule is een bepaling in een instrument van secondair EU-recht die bepaalde onderdelen van nationaal recht immuniseert tegen de werking van een dergelijk instrument. De eerste Monti-clausule betrof artikel 2 van Verordening 2679/98.

‘dat deze richtlijn geen afbreuk doet aan het recht van de Lid-Staten om collectieve maatregelen te nemen ter verdediging van de belangen van beroepsgroepen’.

Het artikel 1bis heeft de grote verdienste duidelijk te maken dat de Laval-case niet enkel een spanning blootlegt tussen het vrij verkeer van diensten, de vrijheid van vestiging en het recht op collectieve actie, maar dat dit arrest ook de vrijheid van collectief onderhandelen affecteert.

Een argument dat pleit voor een sterke werking van deze bepaling betreft de vaststelling dat de vrijheid van collectief onderhandelen en het recht op collectieve actie lijken te worden gevrijwaard zonder als voorwaarde voorop te stellen dat beide rechten worden uitgeoefend overeenkomstig het recht van de Europese Unie. Een dergelijke voorwaarde duikt wel op in artikel 1.7 van de Dienstenrichtlijn 2006/123. Luidens deze bepaling doet de Dienstenrichtlijn ‘evenmin afbreuk aan het recht om over collectieve arbeidsovereenkomsten te onderhandelen en deze te sluiten en naleving ervan af te dwingen, en om vakbondsacties te voeren overeenkomstig de nationale wetgeving en praktijken *die in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht*’. Femke Laagland merkt dan ook in dit nummer terecht op dat deze bepaling *prima facie* de grondslag waarop het arrest Laval berust, ondergraaft. Zij betwijfelt evenwel of het Hof van Justitie louter om die reden zou omgaan. Ik deel die scepsis. Vooreerst bieden de voorbereidende werken van de Herzieningsrichtlijn weinig houvast. De Monti-clausule dook niet op in het oorspronkelijke voorstel dat door de Europese Commissie werd ingediend.¹⁸ De Europese Commissie poogde geenszins om na het stranden van het ontwerp van de Monti II-verordening een cruciale gedachte van die tekst op slinkse wijze binnen te loodsen. Artikel 1bis is terug te voeren op een amendement van het Europees Parlement. Dit amendement wordt evenwel nergens uitdrukkelijk toegelicht. Het vindt geen expliciete steun in de overwegingen van het amendement.¹⁹

Ten tweede werden de arresten Viking en Laval gestoeld op verdragsbepalingen die de economische vrijheden erkennen. Geen enkele richtlijn kan de werking van deze verdragsbepalingen ontkrachten. In dit verband kan worden gewezen op de annuleringsprocedure die door Hongarije werd aangespannen tegen de Europese Raad strekkende tot vernietiging van Richtlijn 2018/957. Hongarije meende dat het eerdergenoemde artikel 1bis collectieve acties die de vrijheid van dienstverrichting zouden frustreren, door dit artikel werden geïmmuniseerd tegen de werking van deze verdragsrechtelijk verankerde vrijheid.²⁰ Het Hof weerlegde dit argument door te stellen dat deze bepaling ‘volstrekt niet tot gevolg heeft dat het Unierecht niet van toepassing is op de uitoefening van deze rechten. Integendeel, doordat zij een verwijzing naar de op het niveau van de Unie erkende grondrechten bevat,

18 COM(2016)128 C.

19 Position of the European Parliament, adopted at first reading on 29 May 2018 with a view to the adoption of Directive (EU) 2018/... of the European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (EP-PE_TC1-COD(2016)0070).

20 HvJ EU 22 januari 2021, C-620/18 (Hongarije/Raad); COM(2016)128 C.

impliceert zij dat de uitoefening van de rechten van werknemers om collectieve actie te voeren, in het kader van een detachering van werknemers waarop de gewijzigde richtlijn 96/71 van toepassing is, moet worden getoetst aan het Unierecht *zoals dat wordt uitgelegd door het Hof*.²¹

4 Het Hof van Justitie (en het EVRM)

Een gevleugelde Franse uitdrukking luidt: ‘Ce n’est qu’un idiot qui ne change pas d’idées’. Die wijsheid geldt in beginsel ook het Hof van Justitie. Niets belet het Hof om het geweer van schouder te veranderen. Dit veronderstelt steeds dat nationale rechters het Hof een prejudiciële vraag voorleggen, sterker nog, zelfs een prejudiciële vraag die eigenlijk in het verleden reeds werd beantwoord. Nationale rechters zullen weinig geneigd zijn vragen voor te leggen die in wezen reeds beantwoord zijn. Die zaken liggen anders indien het EU-recht sedert de vorige vraag enkele mutaties onderging. In het vorenstaande werden die mutaties, die zowel het primair als het secundair recht betreffen, toegelicht. Men kan denken aan het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat pas in 2009 van kracht werd. Nu werd dit Handvest reeds in beide zaken te berde gebracht door het Hof van Justitie. De rest is geschiedenis. Voor wat betreft de mogelijke impact van de wijziging van de Detacheringsrichtlijn lijkt het arrest Hongarije/Raad weinig positiefs te voorspellen.

Een analoge casuspositie aan Viking of Laval werd heden ten dage nog niet voorgelegd. Wel kan melding worden gemaakt van de zogeheten Holship-case, die aan het Efta Gerechtshof werd voorgelegd.²¹ In Holship werd een Noorse reder die weigerde gebruik te maken van geregistreerde dokwerkers met een boycotactie geconfronteerd vanwege een Noorse transportarbeidersbond. Zoals in het Laval-arrest strekte de boycot ertoe om de onderneming te binden aan een cao. Holship riep in dat deze boycotactie een schending inhield van de vrijheid van vestiging in de Europese economische ruimte. Niettegenstaande dit stelsel gebaseerd was op een collectieve arbeidsovereenkomst, weigerde het Efta Gerechtshof die cao te immuniseren tegen de werking van de vrijheid van dienstverrichting. Het Noorse Hooggerechtshof dat de vragen had verwezen, oordeelde dat de boycotactie onrechtmatig was.

De Holship-case kende recent een interessante staart toen het EHRM zich diende uit te spreken over de verenigbaarheid van het arrest van het Noorse Hooggerechtshof met artikel 11 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). In zijn arrest van 10 juni 2021 kreeg het EHRM een unieke kans om de proportionaliteitstoets die door het Efta Gerechtshof werd aangelegd en door het Noorse Gerechtshof werd toegepast, aan de beperkingssystematiek van artikel 11

21 EftaCourt 19 april 2016, E 14/15 (Holship Norge AS/Norsk Transportarbeidersforbund). Zie hierover I. van Hiel, *Between registered and Precarious: Priority of engagement for Dockworkers in European and International law*, in: K. Ahlberg & N. Bruun, *The New Foundations of Labour Law*, Frankfurt: Peter Lang 2017, p. 173-175.

§ 2 EVRM te toetsen.²² Die proportionaliteitstoets van het Efta Gerechtshof lijkt als twee druppels water op de toetsing door het Hof van Justitie, maar hetzelfde kan niet gezegd worden van de toetsing van die twee identieke proportionaliteitstoetsen door het Straatsburgse Hof. Straatsburg heeft zich in het arrest Bosphorus immers gecommiteerd aan een *marginale* toetsing van rechtspraak die het rechtstreekse en dwingende gevolg is van de toepassing van EU-recht. Dergelijke arresten worden vermoed te sporen met het EVRM. In casu oordeelde het Hof dat Noorwegen zich niet achter dergelijk weerlegbaar vermoeden van conformiteit kon verschuilen. Vooreerst geldt dat formeel gezien de EFTA-rechtspraak slechts een advies betreft en evenmin zijn de EFTA-landen gebonden aan het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Een andere 'opsteker' betrof de overweging van het EHRM dat grondrechten die door het EVRM worden gewaarborgd en economische vrijheden *niet* van dezelfde orde zijn. Dit is een interessante gedachte, nu deze differentie binnen het Handvest is weggefallen. Het Hof benadrukt dat het zich – men leze in tegenstelling tot Luxemburg – niet begeeft in een afweging van conventionele grondrechten tegen economische vrijheden, maar dat de toetsing louter plaatsvindt binnen de beperkingssystematiek van artikel 11 § 2 EVRM. Nu rijst toch maar de vraag of dit praktisch grote gevolgen heeft. Het Hof erkent immers dat de vrijwaring van de vrijheid van vestiging wel degelijk een legitieme doelstelling dient en het biedt eveneens ruimte voor een soort bevoogding door de Noorse rechters van de doelstellingen waartoe het recht op collectieve actie mag worden aangewend. Anders gezegd: de Noorse rechters meenden beter te kunnen oordelen dan de bonden of die actie nu gericht was op de verdediging van werknemersbelangen dan wel op het ontzeggen van een toegang tot een onderdeel van de arbeidsmarkt. Het betreft overigens een arrest dat in tegenstelling tot het arrest van het Noorse Hoogerechtshof met unanimitieit werd uitgesproken.

De vraag rijst of er dan helemaal niets opbeurends valt te melden over de wijze waarop het Hof van Justitie omgaat met collectieve acties. In een ultieme poging om toch een *happy end* aan dit verhaal te breien, mag worden gewezen op het eerder in dit tijdschrift beschreven arrest Aquino.²³ In dit arrest van 29 januari 2020 vernietigde het Gerecht een beslissing van de directeur-generaal Personeelszaken van het Europees Parlement de dato 2 juli 2018 tot opeising van een cohort tolken dat moest waarborgen dat het Europees Parlement niet zou verworden tot een Toren van Babel. Het Gerecht oordeelde dat er géén enkele juridische grondslag bestond voor dit opeisingsbevel. De onmiskenbare beperking van het recht te staken in artikel 28 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dat onmiddellijk van toepassing is op de Europese instellingen, werd in strijd geacht met het in artikel 52 van het Handvest verankerde vereiste dat die beperkingen *bij wet* moeten zijn voorgeschreven.

22 EHRM 10 juni 2021, 45487/17 (Norwegian Confederation of trade unions (LO) and Norwegian transport workers' Union (NTF)/Norway). Voor een commentaar zie C. Stylogiannis, The 'back and forth' in the protection of (collective) labor rights under the ECHR continues: The Holship case, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2021, p. 1-10.

23 HvJ EU (Gerecht) 29 januari 2020, T-402/18 (Aquino e.a./Europees Parlement); F. Dorssemont, Goed nieuws: Hof van Justitie beschermt stakingsrecht voor de happy few, *ArA* 2021/1, p. 57-72.

Het Hof van Justitie velde in 2021 twee arresten in een prejudiciële procedure waarin stakingen die luchtvaartmaatschappijen troffen geen buitengewone omstandigheden vormden die ondanks het treffen van alle redelijke maatregelen *niet* voorkomen konden worden. Beide arresten betroffen de toepassing van Verordening 261/2004.²⁴ Niettegenstaande beide arresten zich situeren in het domein van het consumentenrecht, zijn zij hier relevant om twee redenen. Door het recht op een vergoeding van consumenten veilig te stellen wint de collectieve actie aan slagkracht. Ze berokkent meer economische schade. Door deze beslissingen, die geenszins werden gestoeld op artikel 28 van het Handvest, werd een recht van de reizigers op een forfaitaire compensatie voor het geleden ongemak veilig gesteld en werd gewaarborgd dat van het gebruik van dit stakingswapen enige druk uitging. Bovendien moet hier worden gewaarschuwd tegen een *spillover effect* van een typologie van stakingen die al dan niet buitengewone omstandigheden vormen op het onderscheiden vraagstuk van de typologie van rechtmatige en onrechtmatige stakingen.

In een interessante en gedurfde bijdrage stond Lhernould stil bij het potentieel van het arrest Airhelp van de Grote Kamer om de benadering van de arresten Viking en Laval te overrulen in de volgende gevlugelde woorden:

‘Même s’il y a lieu de rester prudent, l’arrêt commenté ayant été rendu dans le contexte de la protection des consommateurs et non de la liberté d’établissement ou de prestation des services), il pourrait marquer le point de départ de la réhabilitation judiciaire des droits collectifs des travailleurs. Certes, le droit d’actions collectives n’a pas vocation à être absolu, mais l’exercer relève de la vie normale et prévisible de l’entreprise. Les limites qui doivent pouvoir lui être opposées, y compris dans le contexte d’une confrontation avec les libertés économiques, doivent de ce fait être strictement balisées.’^{25,26}

Naar mijn mening is deze redenering beslist een mooi voorbeeld van optimisme in actie. Gramsci zou tevreden zijn geweest. Bij nader inzien heeft het Hof de in het Handvest verankerde rechten van de werkgevers tenminste niet gebruikt om een voor de consumentenbescherming gunstige uitlegging van een verordening aan te vallen, terwijl het dit wel bij herhaling heeft gedaan bij de uitlegging van EU-richtlijnen op het gebied van het arbeidsrecht, inclusief het non-discriminatierecht. In de zaken Viking en Laval deed het Hof precies het tegenovergestelde. Het heeft toen geen gebruik gemaakt van een in het Handvest verankerd grondrecht van

24 HvJ EU 14 januari 2021, C-264/20 (Airhelp); HvJ EU 6 oktober 2021, C-613/20 (Eurowings).

25 J.-Ph. Lhernould, Cour de justice et droit de grève: l’heure de la réhabilitation ?, Droit social 2021, p. 534-538.

26 Vertaling: ‘Men moet voorzichtig zijn aangezien het betreffende arrest is gewezen in het kader van de consumentenbescherming en niet in het kader van de vrijheid van vestiging of de vrijheid van dienstverrichting, maar het zou het startpunt kunnen zijn van de gerechtelijke rehabilitatie van de collectieve rechten van werknemers. Het recht op collectieve actie is uiteraard niet absoluut bedoeld, maar de uitoefening ervan maakt deel uit van de normale en voorzienbare exploitatie van een onderneming. De grenzen die daaraan kunnen worden gesteld, ook in het kader van een confrontatie met de economische vrijheden, moeten dus strikt worden afgebakend.’

werknemers om een interpretatie van fundamentele economische vrijheden die worden uitgeoefend ten nadele van eerlijke en rechtvaardige arbeidsvoorwaarden, af te zwakken. Hoewel het stakingsrecht evenzeer betrekking heeft op de uitoefening van economische macht als de fundamentele economische vrijheden van de ondernemer, heeft het nooit de status van een fundamentele *economische* vrijheid verworven. Bovendien weegt het Hof dit aan het einde van het arrest Airhelp niet eens samen met de consumentenbescherming af tegen de door de werkgever ingeroepen bepalingen.

Het ware eveneens verkeerd uit deze arresten af te leiden dat het Hof hier een classificatie ontwerpt tussen rechtmatige stakingen en onrechtmatige stakingen. De invalshoek waaronder het Hof de gevoerde collectieve acties in Airhelp en Eurowings bestudeert, is louter civielrechtelijk. Het komt erop aan te wegen of die stakingen buitengewone omstandigheden vormen voor de luchtvaartmaatschappijen. Het is niet omdat een staking rechtmatig is dat ze om die reden géén buitengewone omstandigheid vormt. Het is evenmin omdat een staking onrechtmatig is dat ze per se een buitengewone omstandigheid vormt.

Het Hof geeft in Airhelp aan dat het bij de beoordeling van het buitengewone karakter van een ‘staking’ met het oog op de uitlegging van artikel 5 van Verordening 261/2004, moet abstraheren van het op die staking toepasselijke nationale recht.²⁷ Ik vind dit een gelukkige overweging. De staking trof immers passagiers van een groot aantal nationaliteiten en betrof een transnationale staking waarbij Noorwegen, Denemarken en Zweden betrokken waren. In het onderhavige geval is de staking transnationaal, maar de wetten die de rechtmatigheid van de staking beheersen zijn in wezen nationaal. Bovendien is er geen teken van een positieve integratie van de wetten die de rechtmatigheid van stakingen op basis van het EU-recht erkennen. In feite kan worden betoogd dat de EU helemaal niet bevoegd is om op dit gebied wetgeving vast te stellen.

Kortom, het Hof ontwikkelt in feite een alternatieve typologie van stakingen die autonoom is en losstaat van de vraag naar een nationaalrechtelijke typologie van geoorloofde en ongeoorloofde stakingen. Het Hof noemt in Airhelp bijvoorbeeld het arrest Krusemann e.a., dat betrekking had op een illegale ‘wilde staking’ in Duitsland, als voorbeeld van een staking die evenmin een buitengewone omstandigheid vormde. Omgekeerd stelt het Hof in Airhelp in een *obiter dictum* dat een staking die gericht is tegen de regering, maar die een luchtvaartmaatschappij treft, een buitengewone omstandigheid zou vormen.²⁸ In het arrest Eurowings is eveneens sprake van een formeel aangezegde staking die wegens de duur ontaardde in een naar Oostenrijks recht onrechtmatige ‘wilde’ (lees: spontane) staking.

Het is belangrijk te waarschuwen tegen een verkeerd gebruik van dit arrest, door te stellen dat de classificatie tussen externe en interne omstandigheden de afzonderlijke kwestie van de legitimiteit van deze stakingen zou beïnvloeden. Het loutere

27 HvJ EU 14 januari 2021, C-264/20 (Airhelp), par. 28.

28 HvJ EU 14 januari 2021, C-264/20 (Airhelp), par. 45.

feit dat een staking als iets *interns* of *externs* wordt beschouwd, heeft geen enkele invloed op de legitimiteit ervan. Van meet af aan moet dus worden gewaarschuwd tegen dit soort *spill-over* gebruik, waartoe ook de arresten Viking en Laval eertijds aanleiding hebben gegeven. Laatstgenoemde arresten konden alleen betrekking hebben op stakingen die in strijd zijn met transnationale economische vrijheden, hoewel sommige juristen hebben getracht te betogen dat zij het evenredigheidsbeginsel ook veralgemeend hebben tot stakingen die niet in strijd zijn met zogenoemde fundamentele economische vrijheden, zelfs in rechtsorden die dit beginsel niet kennen in het nationale stakingsrecht. Het enkele feit dat in het arrest Krusemann e.a. een wilde staking niet als een buitengewone omstandigheid wordt aangemerkt, verplicht een lidstaat die de spontaniteit van een dergelijke beweging niet kan waarderen er dus niet toe deze geoorloofd te verklaren.²⁹ Evenmin kan de suggestie van het Hof in het arrest Airhelp dat proteststakingen tegen regeringen buitengewone omstandigheden vormen, worden gebruikt om beschaafde landen die deze collectieve actie overeenkomstig de IAO-normen niet als onwettige 'politieke stakingen' kwalificeren, voortaan te verplichten hun nationale normen te wijzigen.³⁰ Voorts moet, gezien de verschillende context en aard van de kwestie, het standpunt van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie met betrekking tot proteststakingen niet per se worden gezien als de zoveelste botsing met de IAO-normen.

5 Conclusie

Over de arresten Viking en Laval kan men stellen wat een onverdachte bron zoals Mario Monti zei. Beide arresten hebben ertoe geleid een significant deel van de publieke opinie, de werknemersorganisaties en de bredere arbeidersbeweging te vervreemden van de Europese integratie. Het hier geboden overzicht toont aan dat de constituanten, noch de wetgever, noch het Hof van Justitie overtuigende antwoorden heeft gevonden die dit onbehagen kunnen wegnemen. Het meest geplaatste gerechtshof dat via een *clash of kings*³¹ een dynamiek op gang had kunnen brengen, gaf evenmin thuis. Ook degenen die graag in de zogeheten *Pillar of Social Rights* bijten, zijn eraan voor hun moeite. In deze catalogus van sociale rechten duikt noch de vrijheid van vakvereniging, noch het recht op collectieve actie op. Dit is geen kritiek, slechts een ontvullende vaststelling. Ze kan er slechts toe nopen om te concluderen dat in het post-Viking en Laval-tijdperk zeven magere jaren door zeven magere jaren werden gevolgd.

29 HvJ EU 17 april 2018, gevoegde zaken C-195/17, C-197/17 tot en met C-203/17, C-226/17, C-228/17, C-254/17, C-274/17, C-275/17, C-278/17 tot en met C-286/17 en C-290/17 tot en met C-292/17 (Kruseman e.a.).

30 HvJ EU 14 januari 2021, C-264/20 (Airhelp), par. 45.

31 De uitdrukking werd ontleend aan Marco Rocca, A clash of kings. The European Committee of Social Rights on the 'Lex Laval' ... and on the EU framework for the posting of workers, European Journal of Social Law 2013, p. 217-232.