Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

De collectieve arbeidsvoorwaardenvorming (van het werkland) en de gedetacheerde werknemer na Rüffert en Commissie versus Luxemburg[1]

HvJ EG 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen), JAR 2008/20 en HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), JAR 2008/115.

Detacheringsrichtlijn, vrij verkeer van diensten, openbare orde, cao's, algemeenverbindendverklaring.

1 Proloog: van Rush Portuguesa tot Detacheringsrichtlijn

In het arrest Rush Portuguesa[2] (1990) oordeelde het Hof van Justitie dat een Portugese onderaannemer die een overeenkomst had gesloten met een Frans bouwbedrijf voor de aanleg van een spoorlijn, het recht had om zich met zijn personeel naar Frankrijk te verplaatsen. De Franse Immigratiedienst die de Portugese bouwondernemer wilde beboeten, kon zich niet beroepen op een bepaling in de Toetredingsakte met betrekking tot de Portugese Republiek. Deze bepaling schortte de toepasselijkheid van enkele bepalingen van Verordening 1612/68 betreffende het vrij verkeer van werknemers gedurende een overgangsperiode (1986-1992) op. Portugese werknemers konden zich om die reden niet beroepen op het vrij verkeer van werknemers.

Deze bepaling had tot doel om de Franse arbeidsmarkt te behoeden voor ontwrichting door de massale toestroom van Portugese werknemers. Het Hof oordeelde dat deze bepaling evenwel niet relevant was. Geoordeeld werd dat de Portugese werknemers die zich in het kader van een aannemingsovereenkomst tot het verrichten van bouwwerkzaamheden *tijdelijk* verplaatsen naar een andere lidstaat, op geen enkel moment toegang krijgen tot de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat.[3] De weigering van de

1 De auteur is schatplichtig aan het onderzoek van A.T.J.M. Jacobs en N. Bruun over de relevantie van de IAO-Conventie nr. 94. De gedachtewisseling hierover in de schoot van de Werkgroep Transnational Trade Union Rights (waarvan hij deel uitmaakt) was inspirerend. Collega Aukje van Hoek leverde kritisch en uiterst deskundig commentaar bij een eerdere versie van deze tekst.

2 HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89 (Rush Portuguesa). Zie voor een omstandige analyse van dit arrest, de bijdrage van H. Voogsgeerd die het arrest als de 'katalysator' duidde van de Detacheringsrichtlijn: H. Voogsgeerd, 'Europeesrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende tewerkstelling', in: F.J.L. Pennings (ed.), Tewerkstelling over de grenzen heen, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 25, Deventer: Kluwer 1996, p. 139-144.

3 HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89 (Rush Portuguesa), r.o. 15.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

Portugese werknemers was evenwel een schending van de verdragsrechtelijk gewaarborgde vrijheid van dienstverlening.[4] De bepaling discrimineerde de Portugese ondernemer in vergelijking met de Franse bouwondernemingen die wel vrij hun arbeidskrachten konden inzetten in het land van ontvangst.

Het Hof leek met dit arrest de migratie van werknemers van een buitenlandse dienstverlener te reduceren tot een aspect van het vrij verkeer van diensten. Zij zijn een *accessorium* dat de principaal letterlijk moet kunnen volgen. Voor de Portugese bouwvakkers was deze benadering *in casu* heilzaam. De vraag rees of het Hof daardoor geen doos van Pandora had geopend, alias een paard van Troje binnenhaalde.[5] Het Hof leek daardoor de weg vrij te maken voor een vorm van arbeidsmigratie die buitenlandse werknemers zou toelaten op basis van de loonkosten te concurreren met de werknemers van het land van ontvangst.[6] Aan werknemers die in het kader van vrij verkeer migreren wordt een dergelijke vorm van onderkruiperij of *Schmutzconcurrenz* ontzegd. Artikel 7 van de Verordening 1612/68 verplicht immers tot de gelijke behandeling van de migrerende werknemer die zich in het kader van het vrij verkeer van werknemers verplaatst wat betreft alle voorwaarden voor tewerkstelling en arbeid, onder meer op het gebied van beloning. De niet-toepasselijkheid van Verordening 1612/68 die juist werd ingegeven door de vrees dat de arbeidsmarkt door de toestroom van goedkope arbeidskrachten zou worden ontwricht, dreigde als een boemerang terug te keren. De Franse overheid was om die reden bevreesd dat de inzet van goedkope arbeidskrachten op Frans grondgebied tot een vorm van oneerlijke mededinging kon leiden ten aanzien van de Franse dienstverleners en hun werknemers. Het standpunt van het Hof zou dan ook leiden tot de vraag hoe dit risico van sociale dumping kon worden vermeden.

Het Hof was zich dermate bewust van dit maatschappelijk onbehagen, dat het iets deed wat hoogste rechtscolleges *normaliter* vertikken te doen. Het antwoordde op een vraag die niet gesteld was. Het Hof merkte in een *obiter dictum* op dat het Gemeenschapsrecht (lees: het vrij verkeer van diensten) de lidstaten niet belette om hun wetgeving of de tussen de sociale

4 HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89 (Rush Portuguesa), r.o. 12.

5 Deze woorden zijn ontleend aan de recente bijdrage van H. Verschueren, Cross-border Workers in the European Internal Market: Trojan Horses for Member States' Labour and Social Security Law?, IJCLLIR 2008, p. 167-199.

6 Voor een mooie bijdrage die de arbeidsrechtelijke aspecten van beide vormen van migratie (vrij verkeer van werknemers en vrij verkeer van diensten) goed in kaart brengt en met elkaar vergelijkt: A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, De Europese werknemer in het Nederlandse arbeidsrecht, SMA 2006, p. 432-453. Tekenend is ook de wijze waarop Barnard in haar onvolprezen handboek beide vormen van migratie onder eenzelfde hoofdstuk 'Migrant Workers' schaart (C. Barnard, EC Employment Law, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 171-294).

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

partners gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten ten aanzien van deze gedetacheerde werknemers te laten gelden. Het stond de lidstaten vrij deze voorschriften met passende middelen te handhaven.[7] Niet het Europese Gemeenschapsrecht, maar wel het nationale recht moest soelaas bieden. Het interne recht kon via het beginsel van gelijke behandeling een buffer opwerpen tegen oneerlijke concurrentie. Dergelijke politiek zou buitenlandse dienstverleners belemmeren om hun comparatief voordeel restloos te putten uit de lage loonkosten.

Bovendien beperkte het Hof de draagwijdte van het arrest door op te merken dat zijn oordeel slechts de detachering in de context van een aannemingsovereenkomst tot het verrichten van bouwwerkzaamheden betrof. Het formuleerde een voorbehoud bij de extrapolatie van zijn redenering naar de internationale detachering van werknemers door ondernemingen die werknemers ter beschikking stellen, met als doel deze werknemers toegang te geven tot de arbeidsmarkt. Het lijkt me dat het Hof hier op uitzendkrachten doelt. [8]

In essentie kwam het standpunt van het Hof erop neer dat de gedetacheerde werknemer werd overgeleverd aan de goede wil van zijn werkgever en aan de bereidheid van de lidstaten om de bescherming die hun nationale arbeidsrecht bood, op de gedetacheerden toe te passen. Het Europese recht bevorderde het grensoverschrijdend verkeer van diensten, maar bood geen enkele garantie dat werknemers die zich met hun werkgever verplaatsten, enige aanspraak konden laten gelden op de bescherming die het nationale arbeidsrecht van de lidstaat van ontvangst bood. De werkgevers van het land van ontvangst dreigden te worden blootgesteld aan een vorm van concurrentie die zij zelf als oneerlijk zouden bestempelen. Zij waren immers wel gebonden aan het nationale arbeidsrecht van dat land. De mogelijkheden die het Europees Verdrag inzake het toepasselijke recht op overeenkomsten aan rechters bood om dwingende bepalingen van het werkland en bepalingen die de (internationaalprivaatrechtelijke) openbare orde raakten in weerwil van een afwijkende rechtskeuze toch van toepassing te verklaren,[9] waren een bron van onzekerheid voor de buitenlandse dienstverleners. De

7 HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89 (Rush Portuguesa), r.o. 18.

8 HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89 (Rush Portuguesa), r.o. 16-17.

9 Hier wordt verwezen naar resp. art. 7 en 16 van het EVO. Zie in dit verband: Z. Even en A. van Kampen, De arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijk perspectief. Drie kernvragen voor de Nederlandse jurist, ArA 2004/1, p. 36-38 en 45-48; A.A.H. van Hoek, Internationale mobiliteit van werknemers, Den Haag: Sdu 2000, p. 453-486; M. Traest, De detachering van werknemers in het internationaal privaatrecht na de Europese Richtlijn van 16 december 1996, RW 1998-1999, p. 1341-1342. Zie ook H. Storme en S. Bouzoumita, Arbeidsovereenkomsten in internationaal privaatrecht, Nieuw Juridisch Weekblad 2005, p. 310-313.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

toepassing van dergelijke bepalingen kon hen beroven van het comparatieve voordeel dat de gemaakte rechtskeuze of het objectief toepasselijke recht bood. De mogelijke toepassing van dergelijke bepalingen *nadat* de beslissing tot detachering werd getroffen, bemoeilijkte een tijdige en verantwoorde economische besluitvorming.

De Detacheringsrichtlijn 96/71 *verplicht* de lidstaten van ontvangst om een harde kern van dwingende bepalingen aan de dientsverlener op te leggen.[10] In de regel betreft het bepalingen met betrekking tot arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die van *statelijke* makelij zijn. Niettegenstaande dat in overweging 12 van de Detacheringsrichtlijn wordt gewezen op de mogelijkheid die lidstaten zouden hebben om zonder enige genoemde restrictie de door sociale partners gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten uit te breiden op werknemers die tijdelijk gedetacheerd zijn, wordt in het *corpus* van de Detacheringsrichtlijn gewag gemaakt van een verplichting die in drievoudig opzicht beperkter uitvalt. Deze beperking raakt de aard, de toepassingssfeer en de bepalingen van de cao. In beginsel geldt voor de buitenlandse dienstverlener slechts een verplichting om de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die de vorengenoemde *harde kern* betreffen, te eerbiedigen die neergelegd werden in *algemeen verbindend verklaarde* cao's van de *bouwsector*.[11]

2 Duiding van de Detacheringsrichtlijn en de arresten

De Detacheringsrichtlijn is een ambigue poging om vaak tegenstrijdige belangen te dienen. Zij beoogt de gedetacheerde werknemers een minimale vorm van arbeidsrechtelijke bescherming te bieden. Daardoor worden dienstverleners van het land van ontvangst die via onderaanneming zelf geen gebruik maken van de detacheringsconstructie in dezelfde beperkte mate afgeschermd tegen oneerlijke concurrentie. Zij schept meer rechtszekerheid voor de buitenlandse dienstverlener die meer duidelijkheid krijgt over het toepasselijke recht dat de arbeidsovereenkomsten met de gedetacheerden beheerst. De richtlijn werd vastgesteld op basis van een verdragsbepaling die het vrij verkeer van diensten betreft.[12] De richtlijn beoogt om die reden het vrij verkeer van diensten te bevorderen. Dienstverleners moeten vrij van de detacheringsconstructie gebruik kunnen maken. Een belemmering vormt een hinderpaal voor het vrij verkeer.

10 Zie art. 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn. Zie hierover M.S. Houwerzijl, De Detacheringsrichtlijn, Deventer: Kluwer 2004, p. 313-345.
11 Zie art. 3 lid 1 tweede streepje Detacheringsrichtlijn.
12 M.S. Houwerzijl, a.w., p. 101-103.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

Met de Detacheringsrichtlijn verovert de Europese Gemeenschap een stuk van het beleid dat kan worden gevoerd om sociale dumping tegen te gaan. Dit beleid raakt niet de inhoud van arbeidsrechtelijke regelgeving, maar wel de extensie van de toepasselijkheid van het nationale arbeidsrecht in grensoverschrijdende situaties. De ambiguïteit van de wettelijke demarche houdt verband met de vraag of deze Detacheringsrichtlijn ook grenzen heeft gesteld aan de beleidsmarge die de lidstaten hebben om een dienstverlener te verplichten bepaalde arbeidsrechtelijke normen van het werkland te doen eerbiedigen. In het bevestigende geval snijdt het zwaard van de negatieve integratie in naam van het vrij verkeer van diensten door de bevoegdheid van lidstaten van ontvangst om de nationale arbeidsvoorwaardenvorming ten faveure van gedetacheerden te laten gelden.

In Laval[13] stelde het Hof paal en perk aan de mogelijkheden die *werknemersorganisaties* hebben om een buitenlandse dienstverlener via boycotacties te dwingen om zich te conformeren aan een op ondernemingsvlak gesloten toetredings-cao. De vraag over welke marge de *lidstaten* van ontvangst beschikken om een buitenlandse dienstverlener te dwingen zich aan het statelijke én conventionele arbeidsrecht van het ontvangstland te conformeren, staat centraal in de arresten Rüffert en Commissie versus Luxemburg. In de annotatie worden enkele knelpunten behandeld van de wijze waarop de Detacheringsrichtlijn de toepasselijkheid van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming organiseert en begrenst. De relatie van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming tot de statelijke arbeidsvoorwaardenvorming krijgt daarbij aandacht. De arresten worden waar nodig in een rechtsvergelijkende context geplaatst.

3 Rüffert en Commissie versus Luxemburg

3.1 Feiten en procesverloop

3.1.1 Rüffert[14]

Het arrest Rüffert ontleent zijn naam aan de curator van de Duitse onderneming *Objekt und Bauregie*. Aan deze onderneming werd een overheidsop-

13 HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (Laval). Zie hierover E.J.A. Franssen en C. van Lent, De Viking-zaak en de Laval-zaak: werknemersacties in het licht van de fundamentele vrijheden, ArA 2008/2, p. 61-100.

14 Zie onder meer A.A.Hoek en M.S. Houwerzijl, Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik-Deel 1, De arresten Viking, Laval en Rüffert, NTER 2008, p. 190-205; N. Moizard, La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services: un 'noyau dur' protecteur?, Droit social 2008, p. 866-872; A. Veldman, Sociale bepalingen bij overheidsaanbestedingen in strijd met vrij verkeer van diensten, Sociaal Recht 2008, p. 192-194; C. Scherer-Leydecker, Kurz-

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

dracht gegund voor de ruwbouw van de gevangenis van Göttingen-Rosdorf in de Duitse deelstaat Niedersachsen. Op de aanbesteding was de Nedersaksische *Landesvergabegesetz* van toepassing. Deze deelstatelijke wet bepaalt dat overheidsopdrachten ter waarde van ten minste € 10.000 slechts mogen worden geplaatst bij ondernemingen die er zich bij de overlegging van hun offerte schriftelijk toe verbinden hun werknemers voor de uitvoering van deze werken minstens het loon te betalen dat is vastgesteld in de cao die geldt op de plaats waar het werk wordt uitgevoerd. Deze verplichting kan niet omzeild worden via de inschakeling van onderaannemers. De aannemer is verplicht ook zijn onderaannemers de voor hem wettelijke verplichting op te leggen en toe te zien op de naleving van deze verplichting.

In het aannemingscontract werd conform deze wet een clausule opgenomen waarbij de aannemer zich verbond om de in de Nedersaksische geldende bouw-cao vastgelegde lonen te betalen. De clausule bepaalde dat de aannemer er op moest toezien dat ook zijn onderaannemers zich aan deze verplichting hielden. Contractueel was conform de wet vastgelegd dat een schending van deze verplichting door de aannemer of de onderaannemer een grond was voor de onmiddellijke opzegging van de overeenkomst door de deelstaat Niedersachsen. De verplichting werd conform deze wet eveneens gesanctioneerd door een contractuele boete die niet minder dan tien procent van de waarde van de opdracht bedroeg.

Dit feitencomplex roept reminiscenties op aan de feiten die ten grondslag lagen aan het arrest Laval. In deze zaak had de Zweedse gemeente Vaxholm eveneens bedongen dat de Letse bouwondernemer aan wie de opdracht voor de bouw van een school werd gegund, zich zou conformeren aan de toepasselijke Zweedse sectorale cao's en daartoe een toetredingsovereenkomst zou sluiten.[15] In Laval werd de legitimiteit van deze clausule evenwel niet onderzocht.

De Duitse onderneming nam een loopje met deze Nedersaksische legaliteit. Zij deed beroep op een in Polen gevestigde onderaannemer. In het arrest vernemen we dat de Poolse werknemers die naar Duitsland waren gedetacheerd, nog niet de helft verdienden van de in de deelstaat-cao voor de bouwsector bepaalde lonen.[16] De ontbinding van het contract leidde tot

kommentar, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 2008, p. 375-376; A. Wiedmann, Vergabe von öffentlichen Bau-auftragen nur an tariflohnzahlende Unternehmen verstösst gegen Richtlinie 96/71, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2008, p. 308-310.

15 Zie § 36 van de Conclusie van A-G Mengozzi bij HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (Laval).

16 Deelstatelijk loon: het arrest bepaalt in r.o. 37 dat de Poolse onderaannemer strafrechtelijk werd veroordeeld en vervolgd wegens het feit dat hij slechts 46,57% betaalde van het

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

de vereffening van de Duitse vennootschap. De curator vorderde daarop achterstallige betalingen. In eerste aanleg werd evenwel geoordeeld dat die schuldvordering teniet was gegaan door compensatie met de verschuldigde contractuele boete. De vordering van *Objekt und Bauregie* werd afgewezen. In beroep beslist het *Oberlandesgericht Celle* om een prejudiciële vraag te stellen. Het *Oberlandesgericht* betwijfelt of de Duitse deelstatelijke wet spoort met het verdragsrechtelijk verankerde vrij verkeer van diensten. Het meent dat de Duitse wet het vrij verkeer van diensten beperkt en dat daarvoor evenmin een dwingende reden van algemeen belang voorhanden is.

De enkelvoudige prejudiciële vraag die werd voorgelegd aan het Hof luidde:

> 'Is er sprake van een niet-gerechtvaardigde beperking van het vrij verrichten van diensten in de zin van het EG-Verdrag, wanneer de aanbestedende dienst bij wet wordt verplicht om opdrachten voor bouwwerken enkel te gunnen aan ondernemingen die zich bij inschrijving schriftelijk ertoe verbinden, hun werknemers bij de uitvoering van deze werken minstens het loon te betalen dat op de plaats van uitvoering bij collectieve arbeidsovereenkomst is vastgesteld?'

Het *Oberlandesgericht* stelt alleszins vragen bij de proportionaliteit van dergelijke beperking. Het Gerecht suggereert dat de bescherming van de gedetacheerde werknemers reeds in afdoende mate werd verzekerd door de Duitse *Arbeitnehmer-Entsendegesetz* die de dienstverlener verplichtte om voor gedetacheerden in de bouwsector het federale minimumloon te betalen. Dit loon lag verankerd in een algemeen verbindend verklaarde federale cao voor de bouwsector.

3.1.2 Commissie versus Luxemburg

De 'feiten' in Commissie versus Luxemburg zijn iets droger. Het betreft een infractieprocedure die de Europese Commissie heeft aangespannen tegen het Groothertogdom wegens een gebrekkige omzetting van de Detacheringsrichtlijn. De kritiek van de Commissie is veelzijdig. Ze heeft betrekking op het feit dat de lijst van dwingende bepalingen die de buitenlandse dienstverlener diende na te leven zowel te ruim als te smal zou zijn geformuleerd.

voorziene minimumloon. We nemen aan dat hiermee wordt gerefereerd naar het in de Nedersaksische cao bepaalde minimumloon en niet naar het in de federale cao voor de bouwsector bedongen minimumloon.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

Zo bepaalt de Detacheringsrichtlijn dat de vaststelling van de minimale rustperioden tot de harde kern van dwingende bepalingen behoort, die de buitenlandse dienstverlener moet eerbiedigen.[17] De Luxemburgse wet verplichtte de buitenlandse dienstverlener slechts tot het eerbiedigen van de minimale *wekelijkse* rustperiode. De Commissie stelde dat ook de minimale *dagelijkse* rustperiode diende te worden geëerbiedigd. Het Hof volgde deze interpretatie en het Groothertogdom gaf ruiterlijk toe dat de omzetting op dit punt gebrekkig was.[18]

De Commissie had ook problemen met de verplichting die werd opgelegd aan buitenlandse dienstverleners die géén vestiging hadden in Luxemburg om een vertegenwoordiger *ad hoc* aan te duiden die bepaalde bescheiden ook na afloop van de dienstverrichting ter beschikking moest houden om een inspectie door de Luxemburgse autoriteiten toe te laten. Het Hof oordeelde dat het bestaan van een dergelijke verplichting onverenigbaar was met artikel 49 EG-Verdrag. De Detacheringsrichtlijn verplicht de zendstaten reeds om samen te werken met de lidstaten van ontvangst om het toezicht op het respect van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden mogelijk te maken. De verplichting een mandataris *ad hoc* aan te wijzen, was om die reden een overbodige en dus onwettige beperking van het vrij verkeer van diensten.[19]

Voor het bestek van deze bijdrage willen we ons beperken tot de kritiek die de Commissie formuleerde op het feit dat het Groothertogdom de harde kern van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die de dienstverlener moest eerbiedigen, aanzienlijk had *uitgebreid* door een erg rekkelijk beroep op artikel 3 lid 10 van de Detacheringsrichtlijn. Dit artikel bepaalt dat de lidstaten, mits zij het beginsel van non-discriminatie én het Verdrag in acht nemen, arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden kunnen voorschrijven die betrekking hebben op aangelegenheden die buiten het lijstje vallen dat de harde kern uitmaakt. Hetzelfde artikel geeft staten ook de ruimte om arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die zijn vastgesteld in algemeen verbindend verklaarde cao's of scheidsrechtelijke uitspraken voor te schrijven met betrekking tot andere sectoren dan de bouwsector. Volgens de Commissie had het Groothertogdom dit artikel iets te ruim geïnterpreteerd. Een vergelijking tussen de Detacheringsrichtlijn en de Luxemburgse omzettingswet brengt aan het licht dat het Groothertogdom de hierna genoemde arbeidsrechtelijke aangelegenheden aan het lijstje toevoegde. Het betreft

17 Zie art. 3 lid 1 sub a Detacheringsrichtlijn.
18 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 70-74.
19 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 74-82.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

hier ondubbelzinnige aanvullingen waarmee de Commissie problemen had. Ze moeten worden onderscheiden van nadere preciseringen van de in de Detacheringsrichtlijn wél genoemde aangelegenheden. Zo werden de in de Detacheringsrichtlijn genoemde 'vakantiedagen' door het Groothertogdom geïnterpreteerd als vakantiedagen en feestdagen. De Commissie maakte hierover geen probleem.[20]

Samengevat: de Commissie had een probleem met het feit dat de buitenlandse dienstverlener verplicht werd om de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en de bepalingen in algemeen verbindend verklaarde cao's of scheidsrechtelijke uitspraken te eerbiedigen met betrekking tot:

1. de schriftelijke arbeidsovereenkomst of het document dat is opgesteld op basis van Richtlijn 91/533/EEG [van de Raad] van 14 oktober 1991 betreffende de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeidsovereenkomst of -verhouding van toepassing zijn [(PB L 288, blz. 32)];
2. de automatische aanpassing van het loon aan de toename van de kosten voor levensonderhoud;
3. de regeling inzake deeltijdarbeid en tijdelijke arbeidsovereenkomsten;
4. de collectieve arbeidsovereenkomsten.

3.2 Oordeel van het Hof

3.2.1 Rüffert

Niettegenstaande het *Oberlandesgericht* het Hof om uitleg verzocht over artikel 49 EG-Verdrag, plaatst het Hof de prejudiciële vraag in de sleutel van de Detacheringsrichtlijn 96/71. Slechts in een tweede beweging wordt deze interpretatie van de richtlijn getoetst aan artikel 49 EG-Verdrag. Een rechtstreekse toetsing van de *Landesvergabegesetz* aan het verdragsartikel vond niet als zo danig plaats.

Het Hof oordeelt dat de door het *Land Niedersachsen* toegepaste wetgevingstechniek niet inpasbaar is in de systematiek van de Detacheringsrichtlijn. Het diskwalificeert de *Landesvergabegesetz* als een wettelijke maatregel inzake minimumlonen in de zin van artikel 3 lid 1 b) van de Detacheringsrichtlijn.[21] De wettelijke maatregel stelt immers niet rechtstreeks een minimumloon vast. Evenmin kon de Nedersaksische cao waarvan de dienstver-

20 Zie over deze kwestie die niet geheel is uitgeklaard: M. Houwerzijl, a.w., p. 134. (De auteur merkt op dat de verwijzing naar 'feestdagen' geschrapt werd in de definitieve versie van de Detacheringsrichtlijn.)

21 HvJ EG 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen), r.o. 24.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

lener de minimumlonen diende te respecteren, als een algemeen verbindend verklaarde cao worden beschouwd in de zin van artikel 3 lid 1 *juncto* lid 8 Detacheringsrichtlijn. In artikel 3 lid 8 worden algemeen verbindend verklaarde cao's gedefinieerd als 'overeenkomsten die moeten worden nageleefd door alle ondernemingen die tot de betrokken beroepsgroep of bedrijfstak behoren en onder het territoriale toepassingsgebied van die overeenkomsten vallen'.

De Detacheringsrichtlijn biedt lidstaten wel de mogelijkheid om zich te baseren op een aantal alternatieven voor de algemeenverbindendverklaring. Zo kunnen de lidstaten zich onder bepaalde voorwaarden baseren op:

- de collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemene rechtsgevolgen hebben voor alle gelijksoortige ondernemingen in het betrokken geografische gebied en in de betrokken beroepsgroep of bedrijfstak; en/of
- de collectieve arbeidsovereenkomsten die gesloten zijn door de op nationaal niveau meest representatieve organisaties van de sociale partners, en die op het gehele nationale grondgebied worden toegepast.

Lidstaten kunnen evenwel slechts gebruikmaken van deze technieken, indien een stelsel van algemeenverbindendverklaring ontbreekt. De vraag of de Nedersaksische wet als een dergelijke techniek kon worden gezien, hoefde om die reden niet formeel te worden onderzocht. In Duitsland kunnen cao's immers algemeen verbindend worden verklaard. De Duitse *Arbeits Entsendegesetz* stipuleert dat bepalingen inzake minimumlonen in de algemeen verbindend verklaarde cao voor de bouwsector door de dienstverlener moeten worden geëerbiedigd. Er bestond een federale cao die voor de bouwsector gold en die algemeen verbindend was verklaard. Het artikel van de Detacheringsrichtlijn met betrekking tot deze alternatieven was om die reden niet van toepassing.[22]

Ten overvloede stelt het Hof dat de Nedersaksische cao sowieso geen cao betrof die de hiervoor geschetste algemene strekking zou hebben en waarop een lidstaat zich bij wijze van alternatief kon baseren.[23] Deze stelling werd door het Hof gesteund op de overweging dat de wettelijke regeling die aan de deelstaat-cao haar werking verleende, slechts van toepassing zou zijn op overheidsopdrachten en op de omstandigheid dat de cao niet algemeen verbindend verklaard was.

22 HvJ EG 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen), r.o. 27.
23 HvJ EG 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen), r.o. 27 en 28.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

Het Hof oordeelt dat de conformiteit met de Detacheringsrichtlijn evenmin kan worden gered door de zeer algemeen geformuleerde bepaling van artikel 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn. Dit artikel bepaalt dat de leden 1 tot en met 6 van artikel 3 geen beletsel vormen voor de toepassing van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die gunstiger voor de werknemers zijn. Het Hof beperkt de draagwijdte van dit *Günstigkeitzprinzip* tot die regels die afkomstig zijn van de zendstaat. Voor wat betreft de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming komen dan slechts collectieve arbeidsovereenkomsten waartoe de dienstverlener zich *vrijwillig* – onder meer in het kader van een toezegging aan het eigen ter beschikking gestelde personeel – in het vizier.[24] Het Hof distantieert zich daardoor impliciet van de diametraal tegenovergestelde interpretatie die A-G Bot aan dit artikel gaf.[25]

Het Hof toetst deze interpretatie van de Detacheringsrichtlijn in een tweede beweging aan de verdragsrechtelijke verankering van het vrij verkeer van diensten.[26] Het Hof erkent op impliciete wijze dat de vrijheid van dienstverlening wel kan worden beperkt door zwaarwegende redenen van algemeen belang. Een doelstelling van sociale bescherming geldt als een dergelijke zwaarwegende reden van algemeen belang. Het ontkent evenwel straal dat de Nedersaksische wet aan een dergelijke doelstelling beantwoordt.[27] De vaststelling dat de wet slechts ziet op een beperkt deel van de in de bouwsector verrichte werkzaamheden en dat van een algemeenverbindendverklaring geen sprake is, moet hier als een verklaring gelden. Deze vaststelling doet het Hof besluiten dat de voorgewende doelstelling van bescherming niet geloofwaardig is. Het Hof oordeelt eveneens dat een andere opgeworpen reden van algemeen belang om diezelfde reden niet overtuigend overkomt. De Duitse regering had in dit verband geopperd dat de *Landesvergabegesetz* beoogde om de autonome organisatie van het beroepsleven door vakbonden te beschermen. Dit vleugje 'soevereniteit in eigen kring' bracht het Hof niet op andere gedachten.[28]

Het Hof had iets meer begrip voor een andere zwaarwegende reden van algemeen belang. De Duitse regering wierp op dat de financiële stabiliteit van de socialezekerheidsregelingen gebaat was met het op peil houden van de werknemerslonen. Het Hof erkende dit motief als een zwaarwegende reden van algemeen belang. Het oordeelde evenwel dat de Duitse regering

24 HvJ EG 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen), r.o. 34.
25 Zie § 83 van de Conclusie van A-G Bot bij HvJ EG 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen).
26 HvJ EG 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen), r.o. 36-42.
27 HvJ EG 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen), r.o. 38.
28 HvJ EG 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen), r.o. 41.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

niet had aangetoond dat de litigieuze regeling *noodzakelijk* zou zijn ter verwezenlijking van deze doelstelling.[29] Het Hof besloot om die reden dat de *Landesvergabegesetz* strijdig was met de Detacheringsrichtlijn, geïnterpreteerd tegen de achtergrond van artikel 49 van het EG-Verdrag.

3.2.2 Commissie versus Luxemburg

Het Hof onderzoekt in zijn arrest vooreerst de draagwijdte van de openbare orde-exceptie ex artikel 3 lid 10 van de Detacheringsrichtlijn. Het beklemtoont dat lidstaten van ontvangst die van deze exceptie gebruikmaken om andere onderdelen van hun arbeidsrecht van toepassing te verklaren op buitenlandse dienstverleners, het vrij verkeer van diensten beperken. Deze beperkingen (*dérogations*) dienen strikt te worden geïnterpreteerd.[30]

Het Hof voegt eraan toe (*en tout état de cause*) dat lidstaten die zich op de openbare orde-exceptie beroepen, gehouden zijn om de verplichtingen die uit het EG-Verdrag voortvloeien te eerbiedigen. Het beroep op de openbare orde-exceptie wordt in artikel 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn uitdrukkelijk aan deze voorwaarde verbonden. Het Hof toetst alle aangelegenheden die het Groothertogdom aan de harde kern van de Detacheringsrichtlijn toevoegt, onderdeel per onderdeel aan deze eis. Het onderzoekt telkenmale of dergelijke beperkingen van de vrijheid van dienstverlening beantwoorden aan een dwingende reden van algemeen belang, of ze zonder onderscheid op *alle* dienstverleners die actief zijn in de lidstaat van ontvangst worden toegepast én of ze geen belang vrijwaren dat reeds door de wetgeving van de zendstaat wordt gewaarborgd.

Deze laatste voorwaarde valt in de optiek van het Hof fataal uit voor alle onderdelen van het Luxemburgse arbeidsrecht die een omzetting betreffen van Europese richtlijnen.[31] Het Hof betoogt immers dat de zendstaten reeds gehouden zijn krachtens hun eigen interne recht om deze richtlijnen te doen eerbiedigen. De onderdelen van het Luxemburgse arbeidsrecht die betrekking hadden op de schriftelijke informatie omtrent de modaliteiten van de arbeidsovereenkomst, de regelingen inzake deeltijdarbeid en tijdelijke arbeidsovereenkomsten worden volgens het Hof reeds in afdoende mate gewaarborgd door de wetgeving van het land van oorsprong. Het Hof verwijst in dit verband naar de Richtlijnen 91/533, 97/81 en 99/70.[32]

29 HvJ EG 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen), r.o. 42.
30 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 31.
31 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 44 en 60.
32 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 39 en 59.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

De Luxemburgse omzettingswet verplicht de buitenlandse dienstverlener om zich te conformeren aan de Luxemburgse regels inzake de automatische aanpassing van het loon aan de toename van de kosten voor levensonderhoud. Het Hof merkt terecht op dat de problematiek van de automatische loonindexering niet werd opgenomen in de harde kern van artikel 3 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn.[33] Dit artikel verplicht de dienstverlener slechts om zich te conformeren naar het wettelijk of conventioneel (via algemeen verbindend verklaarde cao's die gelden voor de bouwsector) vastgelegde minimumloon. De Luxemburgse wet verplicht de dienstverlener echter het *reële loon* van de werknemers aan te passen aan de toename van de kosten voor het levensonderhoud. Het Hof meent dat deze bepaling verder reikt dan wat de Detacheringsrichtlijn toelaat. Het meent dat de vermelding van de minimumlonen in het het lijstje van artikel 3 1 slechts toeliet om het minimumloon aan de index te onderwerpen.[34] Het Groothertogdom wierp op dat de automatische indexering de openbare orde raakt, omdat dit mechanisme bij zou dragen tot de sociale vrede en een bescherming tegen inflatie bood.[35] Niettegenstaande het Hof geenszins ontkent dat dergelijke doelstellingen op zich een zwaarwegende reden van algemeen belang vormen, lijkt het de relatie tussen de indexering en deze doelstellingen in vraag te stellen. Het Hof lijkt niet overtuigd te zijn dat het loslaten van de indexering een reëel en voldoende ernstig gevaar oplevert voor de grondslagen van de maatschappij. Het oordeelt dat de noodzakelijkheid en de proportionaliteit van het indexeringsmechanisme om deze doelstellingen te verwezenlijken niet voldoende werd aangetoond.[36]

Het Hof diende zich ook te buigen over de richtlijnconformiteit van de vrij enigmatisch[37] verwoorde bepalingen in de Luxemburgse omzettingswet met betrekking tot collectieve arbeidsovereenkomsten.

33 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 47.
34 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 45.
35 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 48.
36 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 50-51.
37 Het volgende excerpt uit art. 1 van de Luxemburgse omzettingswet is tekenend voor de onleesbaarheid van deze tekst. Dit artikel preciseert de aard van de bepalingen die van toepassing zijn op de buitenlandse dienstverlener om vervolgens het object van deze bepalingen in een uitgebreide lijst van materies te enumereren. In de weergave van de lijst van 'objecten' duikt evenwel een bepaald type norm op. Dit geeft het volgende beeld:
'alle voorschriften in wetten, verordeningen en bestuursrechtelijke bepalingen evenals alle voorschriften die voortvloeien uit algemeen verbindende collectieve arbeidsovereenkomsten of uit een scheidsrechterlijke uitspraak met een gelijkaardige werkingssfeer als algemeen verbindende collectieve arbeidsovereenkomsten, ter zake van:
(...)
collectieve arbeidsovereenkomsten.'

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

In de Luxemburgse omzettingswet kwam de cao-problematiek op twee onderscheiden niveaus aan de orde.[38] Vooreerst werden de bepalingen van algemeen verbindend verklaarde cao's van toepassing verklaard die betrekking hadden op andere sectoren dan de bouwsector en op andere onderwerpen dan diegene die op de harde kern van dwingende voorschriften betrekking hadden. De Luxemburgse wet bevatte ook een bepaling die alle wettelijke, reglementaire en bestuurlijke bepalingen in verband met collectieve arbeidsovereenkomsten van toepassing verklaarde. De Commissie interpreteerde deze bepaling mijns inziens op verkeerde wijze, als zou Luxemburg de eerbiediging opleggen van alle cao's ongeacht het daarin geregelde voorwerp en ongeacht of deze algemeen verbindend verklaard waren.[39] Uit de tussenkomst van het Groothertogdom blijkt evenwel dat slechts de organieke bepalingen werden geviseerd die het wettelijke kader vormden van de algemeen verbindend verklaarde cao's. Het Hof volgde deze laatste interpretatie, maar oordeelde dat niet kon worden aangenomen dat de organieke cao-regels in hun algemeenheid de openbare orde zouden raken.[40]

4 Annotatie

4.1 De Detacheringsrichtlijn en het collectief arbeidsrecht

De Detacheringsrichtlijn reguleert primair het recht dat van toepassing is op *individuele arbeidsverhoudingen* met een vreemd element. Ze vertoont een internationaal privaatrechtelijke dimensie.[41] Deze internationaal privaatrechtelijke benadering is *in casu* geschoeid op de leest van de individuele arbeidsverhouding. De richtlijn beoogt maatregelen te nemen die de eerbiediging van de rechten van werknemers heten te garanderen.[42] Deze rechten betreffen bij nader inzien individuele arbeidsvoorwaarden. Niettegenstaande de vaststelling van deze arbeidvoorwaarden de resultante

38 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 2. Zie ook § 60-62 Conclusie A-G Trstenjak bij HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg).

39 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 21.

40 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 65.

41 Voor een magistrale studie van de problematiek van de internationale detachering in internationaal privaatrechtelijk perspectief: A.A.H. van Hoek, Internationale mobiliteit van werknemers, Den Haag: Sdu 2000. In een belangwekkende mededeling van de Commissie over de tenuitvoerlegging van Richtlijn 96/71 in de lidstaten [COM (2003) 458 def.] wordt de toegevoegde waarde van de Detacheringsrichtlijn restloos op het internationaal privaatrechtelijke terrein gesitueerd. Voor de internationaal privaatrechtelijke duiding van de Detacheringsrichtlijn, zie verder H. Storme en S. Bouzoumita, Nieuw Juridisch Weekblad, 2005, p. 311-314 en M. Traest, De detachering van werknemers in het internationaal privaatrecht na de Europese Richtlijn van 16 december 1996, RW p. 1339-1346.

42 Zie de vijfde overweging van de Detacheringsrichtlijn.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

kan zijn van collectief arbeidsrechtelijke procedures, worden deze procedures niet door de Detacheringsrichtlijn gereguleerd.[43]

Het contrast met Verordening 1612/68 betreffende het vrij verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap is frappant. De Verordening die 'gelijkheid van behandeling in alles wat de uitoefening van arbeid in loondienst betreft' als een noodzakelijke voorwaarde voor vrij verkeer opvat, stelt in artikel 8 de gelijke behandeling inzake de toetreding tot vakorganisaties en de uitoefening van syndicale rechten met inbegrip van het stemrecht voorop. Hetzelfde artikel wijdt ook aandacht aan de problematiek van verkozen werknemersvertegenwoordiging.[44] Migrerende werknemers zijn verkiesbaar in de vertegenwoordigende organen in de onderneming.

Deze onachtzaamheid wekt de indruk dat de richtlijngever de ter beschikking gestelde werknemer ver wilde houden van de stelsels van collectieve arbeidsverhoudingen van het land van ontvangst. Zoals het Hof in Rush Portuguesa stelde dat de gedetacheerde werknemers geen toegang hadden tot de arbeidsmarkt van het werkland, lijkt de Detacheringsrichtlijn te suggereren dat de werknemers in diezelfde lijn evenmin deel uitmaken van het bestel van de collectieve arbeidsverhoudingen dat deze arbeidsmarkt reguleert.

De terughoudendheid van de Europese regelgever om het collectief arbeidsrechtelijk luik te construeren van de door de richtlijn beoogde 'bescherming', wordt mogelijk verklaard door de duurzaamheid die een stelsel van collectieve arbeidsverhoudingen vooronderstelt. De organisatie van collectieve arbeidsverhoudingen veronderstelt het vermogen van werknemers om zich te identificeren met een bepaalde in tijd en ruimte bestendige arbeidsgemeenschap. De vertegenwoordiging van werknemers via werknemersorganisaties en verkozen vertegenwoordigers vooronderstelt eveneens een duurzame tewerkstelling op het grondgebied van de staat van ontvangst. De detacheringsconstructie betreft in dit opzicht een briljante en perfect legitieme techniek om werknemers te atomiseren. In dit opzicht verschilt de problematiek van de collectieve organisatie van gedetacheerde werknemers niet wezenlijk van de uitdagingen die zogeheten atypische of precaire arbeidskrachten voor het bestel van collectieve arbeidsverhoudingen inhouden. *In casu* betreft het werknemers die ontegensprekelijk deel uitmaken van dezelfde arbeidsgemeenschap als deze waaraan de vaste

43 Het Hof merkte in Laval op dat de Detacheringsrichtlijn geenszins primair tot doel had stelsels van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming te harmoniseren. Zie HvJ EG 18 december 2007 (Laval un Partneri vs. Sveska Byggnadarbetareförbundet), r.o. 68.

44 C. Barnard, EC Employment Law, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 204-205.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

krachten verbonden zijn. De precariteit van de tewerkstelling bemoeilijkt evenwel de actieve of passieve vertegenwoordiging in overlegorganen.

4.2 Het onderscheid tussen statelijke regulering en infrastatelijke (conventionele) regulering

De richtlijngever maakt een stringent onderscheid tussen enerzijds wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en anderzijds collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemeen verbindend zijn verklaard. De relevantie van dit onderscheid is aanzienlijk. Bepalingen van algemeen verbindend verklaarde cao's met betrekking tot de geënumereerde materies zijn slechts van toepassing voor zover deze cao's betrekking hebben op de in bijlage genoemde activiteiten. Het betreft *in globo* de bouwsector in de door de bijlage gedefinieerde zin.[45] Artikel 3 lid 10 biedt aan lidstaten de optie om arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden voor te schrijven die betrekking hebben op *andere* dan de in de bijlage genoemde sectoren.[46] Dit artikel stelt in tegenstelling tot de bevoegdheid die de lidstaten hebben om wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met betrekking tot andere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden voor te schrijven, geen verdere inhoudelijke begrenzing dan dat deze bepalingen het Verdrag in acht dienen te nemen. Ten aanzien van deze wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften geldt daarentegen het vereiste dat ze de openbare orde dienen te raken. Het lijkt evenwel ongerijmd dat de lidstaten zich achter de 'sociale partners' zouden kunnen verschuilen om onderdelen van het arbeidsrecht van toepassing te verklaren die zij via wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen *niet* zouden kunnen opleggen. Een dergelijke interpretatie van de Detacheringsrichtlijn zou weinig zoden aan de

45 Deze bijlage luidt als volgt:
'De in artikel 3, lid 1, tweede streepje, bedoelde activiteiten omvatten alle activiteiten in de bouwsector die betrekking hebben op het oprichten, het herstellen, het onderhouden, het verbouwen of het slopen van bouwwerken, en met name de volgende activiteiten:
1. Graafwerkzaamheden
2. Andere grondwerkzaamheden
3. Bouw
4. Monteren en demonteren van prefab-elementen
5. Inrichting of uitrusting
6. Verbouwing
7. Restauratie
8. Herstelwerkzaamheden
9. Ontmanteling
10. Sloop
11. Groot onderhoud
12. Klein onderhoud - schilderwerk en schoonmaak
13. Sanering.'

46 Voor deze uitbreiding tot andere sectoren, zie onder par. 4.4.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

dijk zetten. Het Hof zal dergelijke extensieve interpretatie van artikel 3 8 lid 2 immers toetsen aan de eerbiediging van de verdragsrechtelijk gewaarborgde vrijheid van dienstverlening. Het lijkt ons inziens wel in de rede te liggen dat deze uitbreiding evenzeer betrekking kan hebben op andere dan de in artikel 3 lid 1 genoemde arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, voor zover deze de openbare orde raken. Weliswaar kunnen de vakbonden zich niet op de openbare orde beroepen om een buitenlandse dienstverlener te dwingen een niet algemeen verbindend verklaarde cao toe te passen, de staat kan zich ons inziens wel op de openbare orde beroepen om de cao algemeen verbindend te verklaren.[47]

Het door de richtlijngever gemaakte onderscheid tussen wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen enerzijds en algemeen verbindend verklaarde cao's anderzijds miskent ons inziens dat de algemeenverbindendverklaring als een bestuursrechtelijke bepaling kan worden gezien die ertoe strekt een door de sociale partners ontworpen regeling in het statelijke recht te recipiëren. Een dergelijke bepaling zou dan als een bestuursrechtelijke bepaling kunnen worden gekwalificeerd met betrekking tot bepaalde arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden *lato sensu*, niettegenstaande ze die arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden niet rechtstreeks reguleert.

4.3 De doorverwijzing naar *infrastatelijke* regulering

Het hiervoor genoemde stringente onderscheid tussen statelijke en infrastatelijke regulering impliceert geenszins dat bepaalde arbeidsvoorwaarden en/of -omstandigheden *ofwel* door een statelijke norm *ofwel* door een algemeen verbindend verklaarde cao van het land van herkomst zullen worden beheerst. In artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn worden de operatoren 'en/of' gebruikt. In die optiek lijkt het perfect mogelijk dat een bepaalde aangelegenheid zowel door een wettelijke of bestuursrechtelijke norm als door een algemeen verbindend verklaarde cao wordt beheerst.

De feiten in Rüffert zijn symptomatisch voor een ander probleem. *In casu* was sprake van een wettelijke – meer bepaald deelstatelijke – bepaling die doorverwees naar een cao die niet algemeen verbindend was verklaard. Het Hof gaf te kennen dat een dergelijke wettelijke maatregel *niet* als een wettelijke regulering van een minimumloon kon worden beschouwd, omdat de *Landesvergabegesetz* dit minimum niet als zodanig preciseerde.[48] Deze redenering lijkt ons hoogst formalistisch. Voor landen met een federale struc-

47 Zie verder onder par. 4.8.

48 HvJ EG 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen), r.o. 24.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

tuur mag het een opsteker zijn dat het Hof niet valt over het deelstatelijk karakter van de juridische norm. Het Hof lijkt dus te erkennen, minimaal niet te ontkennen, dat een deelstatelijke norm een wettelijke norm *kan* zijn in de zin van de Detacheringsrichtlijn. Dit is niet zonder meer evident, omdat artikel 3 lid 1 *in fine* voor de definitie van het begrip ' minimumloon' verwijst naar de *nationale* wetgeving of praktijk van lidstaat. In wezen houdt de deelstatelijke wet het midden tussen een wettelijke bepaling van het minimumloon en een klassieke algemeenverbindendverklaring. De deelstatelijke wet organiseert een algemene binding *sui generis*. Ze wijkt om twee redenen af van de klassieke algemeenverbindendverklaring. Voorreerst heeft ze slechts betrekking op een beperkt deel van de bouwsector. Ten tweede betreft het géén algemeenverbindendverklaring *post factum*. De algemeenverbindendverklaring (avv) heeft een meer automatisch karakter. Ze geldt van rechtswege. Een overtuigend argument voor de huiver van het Hof voor dergelijke impliciete wettelijke regeling van het minimumloon zou ons inziens het gebrek aan transparantie zijn geweest van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. De cao's waarnaar de *Landesvergabegesetz* verwees, zijn niet algemeen verbindend verklaard. Ze konden niet algemeen verbindend verklaard worden.[49] De reglementaire werking die de avv genereert, gaat in een aantal landen gepaard met een grotere publiciteit *erga omnes* van de inhoud van de cao.[50] Dergelijke publiciteit ligt in de rede, omdat avv ertoe leidt dat werknemers en/of werkgevers gebonden worden die geen enkele verhouding hebben tot de ondertekenende organisaties. In Laval struikelde het Hof over een stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming met betrekking tot loon dat het de dienstverlener onmogelijk of buitengewoon moeilijk maakte om zijn loonverplichtingen correct in te schatten.[51] Het Hof laat in Rüffert evenwel na dit probleem op te merken. De A-G merkt dit probleem wel op. Hij stelt evenwel dat het de verwijzende rechter toekomt om de mate van transparantie van het interne recht te beoordelen.[52] Dit standpunt wijkt af van de wijze waarop het Hof in Laval deze rechterlijke appreciatie naar zich toetrok.[53] Een wezenlijk verschil met de zaak Laval betreft de vaststelling dat de Letse ondernemer zelf een toe-

49 Zie hierover § 129 van de Conclusie van A-G Bot bij HvJ EG 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen).

50 Zie in dit verband art. 5 van de Nederlandse Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten en art. 30 van de Belgische CAO-Wet.

51 HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (Laval), r.o. 110.

52 Zie § 135 Conclusie A-G Bot bij HvJ EG 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen).

53 De Conclusie van A-G Bot dateert van 20 september 2006, *ergo* van voor de uitspraak in de zaak Laval, zoals eerder werd opgemerkt door collega Veldman in haar noot onder het arrest Rüffert.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

tredingsovereenkomst diende te sluiten na de aanbesteding. Hij kon om die reden onmogelijk op de hoogte zijn van de concrete modaliteiten van die overeenkomst. Dit gebrek aan voorzienbaarheid kon overigens gemakkelijk worden opgeheven door de onderhandeling aan te vatten. Die bereidheid was evenwel afwezig bij de Letse ondernemer. In Rüffert gold daarentegen een verplichting de in reeds bestaande cao's geldende loonvoorwaarden te eerbiedigen.

Het Hof heeft in wezen een probleem met een vorm van delegatie van de wettelijke bevoegdheid om een minimumloon vast te leggen. Het moet klaarblijkelijk voor onbestaanbaar worden gehouden dat *niet* algemeen verbindend verklaarde cao's of andere collectief arbeidsrechtelijke instrumenten het statuut van de in artikel 3 geënumereerde materies zouden gaan beheersen. Deze interpretatie miskent dat wettelijke of bestuursrechtelijke regels in de praktijk *doorverwijzen* naar *niet* algemeen verbindend verklaarde cao's of andere collectief arbeidsrechtelijke instrumenten. Deze instrumenten kunnen de bij wet voorziene bescherming oprekken dan wel inperken. In de laatste hypothese spreekt men van *in pejus bargaining*. Een typisch voorbeeld betreft de Nederlandse Arbeidstijdenwet.

De maximale werk- en minimale rustperioden behoren tot het lijstje van dwingende bepalingen die de buitenlandse dienstverlener dient te eerbiedigen. Deze perioden worden in de Arbeidstijdenwet gereguleerd.[54] De Arbeidstijdenwet laat afwijkingen van de maximale werktijden toe via 'collectieve regelingen'. De enige rem op een dergelijke vorm van *in pejus bargaining* betreft de verplichting de arbeid zodanig te organiseren dat de werknemer van 18 jaar of ouder ten hoogste arbeid verricht gedurende gemiddeld 55 uur per week in elke periode van vier aaneengesloten weken. Het begrip collectieve regeling wordt erg ruim gedefinieerd. Elke collectieve arbeidsovereenkomst, ongeacht of deze algemeen verbindend verklaard is of niet en ongeacht het niveau (ondernemings-cao of sectorale cao), maar ook een regeling waarover de werkgever schriftelijk overeenstemming heeft bereikt met de OR, geldt als een collectieve regeling.[55] Er wordt met andere woorden doorverwezen naar instrumenten die slechts zelden algemeen verbindend verklaarde cao's betreffen.

Bij de lectuur van dergelijke artikelen rijst onvermijdelijk de vraag of deze wettelijke doorverwijzing naar dergelijke instrumenten die geen algemeen

54 Zie art. 5:7 Arbeidstijdenwet (wekelijke en dagelijkse maxima) en art. 5:5 Arbeidstijdenwet (wekelijkse rusttijd).

55 Zie art. 1:3 Arbeidstijdenwet.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

verbindend verklaarde cao's betreffen, ook de rechtspositie van gedetacheerden kan raken. In het bevestigende geval rijst overigens de vraag hoe die bepalingen kunnen worden toegepast. Tegen de toepassing van dergelijke doorverwijzing pleiten ons inziens sterke argumenten. In Rüffert werd een wettelijke doorverwijzing naar een niet algemeen verbindend verklaarde cao afgeblokt. Het Hof weigerde het als een wettelijke bepaling te zien die een arbeidsvoorwaarde reguleert. Het betreft veeleer een wettelijke bepaling die de regulering organiseert. Voor zover de genoemde cao's waarnaar in de Arbeidstijdenwet wordt doorverwezen, niet algemeen verbindend verklaarde cao's betreffen, lijkt er ons een goede reden te bestaan om deze *niet* op buitenlandse dienstverleners toe te passen. Anders oordelen zou leiden tot een onderscheiden behandeling van de dienstverlener in vergelijking met in Nederland niet – of anders – georganiseerde werkgevers. Deze laatsten zijn immers evenmin gebonden aan dergelijke cao-afspraken. Een dergelijke onderscheiden behandeling is in strijd met de Detacheringsrichtlijn en leidt tot een discriminatie van buitenlandse dienstverleners.[56]

Dit argument ligt anders voor afwijkingen die op het ondernemingsniveau tot stand komen. In een dergelijke hypothese verwijst de Arbeidstijdenwet immers naar instrumenten waarvan de dienstverlener als werkgever zelf auteur is. Er rijst evenwel een ander probleem. De zogeheten regelingen waarvan sprake is in artikel 1:4 Arbeidstijdenwet, veronderstellen een door de WOR gevrijwaarde institutionele architectuur. De buitenlandse dienstverlener zal daaraan vreemd zijn. De WOR waarborgt de onafhankelijkheid en de soliditeit van dit medezeggenschapsorgaan. Voor wat betreft met de buitenlandse vakbonden[57] op ondernemingsniveau gemaakte cao's rijst de vraag of deze afspraken wel gemaakt worden met vakbonden die voldoende waarborgen bieden van onafhankelijkheid en van representativiteit. De vraag rijst volgens welke cao-wet die waarborgen moeten worden beoordeeld. De vaststelling dat de wet van het land van oorsprong mogelijk betere waarborgen biedt dan de Nederlandse Wet cao, doet aan de relevantie van deze vraag ons inziens geen afbreuk.

4.4 De uitbreiding tot andere sectoren

De omzetting van artikel 3 lid 10 *tweede streepje* Detacheringsrichtlijn door het Groothertogdom Luxemburg onderscheidt zich sterk van de wijze waarop de Nederlandse wetgever te werk is gegaan. De Nederlandse wet-

56 Zie in dit verband *per analogiam* de draagwijdte van art. 3 lid 8 Detacheringsrichtlijn.

57 Buitenlandse vakbonden: een afspraak met de vakbonden van het werkland werd in Laval als problematisch ervaren.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

gever is uitgegaan van een meer 'precieze' interpretatie. In artikel 2 lid 6 van de Wet van 25 mei 1937 tot het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten, worden in situaties van internationale detachering slechts de bepalingen van algemeen verbindend verklaarde cao's van toepassing verklaard[58] die betrekking hebben op de limitatieve lijst die in artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn werd opgenomen. De uitbreiding tot andere sectoren dan de bouwsector is overigens van recente datum (14 december 2005). Dit wijst op een groeiend besef van het gevaar van sociale dumping dat de internationale detachering met zich meebrengt.[59] De Nederlandse wetgever had deze regel aanvankelijk beperkt tot de bouwsector. De Duitse omzettingswetgever heeft géén gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de toepasselijkheid van de dwingende arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen uit te breiden tot andere sectoren dan de bouwsector. Aan de andere kant van het spectrum situeert zich de Belgische omzettingswet. De Belgische Wet van 22 maart 2005 gaat nog verder dan de Luxemburgse wetgever door alle bepalingen van algemeen verbindend verklaarde cao's die betrekking hebben op 'arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden' van toepassing te verklaren op de internationale detachering. Deze optie houdt verband met de vaststelling dat algemeen verbindend verklaarde cao's de openbare orde- raken. De Belgische wetgever meende om die reden de openbare orde exceptie toe te kunnen passen vanuit het klassieke dogma dat strafrechtelijk beteugelde normen de openbare orde raken. Deze erg formalistische en nationalistische inkleuring van het begrip openbare orde van de Belgische omzettingswet werd in de doctrine sterk bekritiseerd.[60]

Deze rekkelijke interpretatie van de Belgische wetgever werd geprefigureerd door het Italiaanse *Decreto legislativo* nr. 72 van 25 februari 2000. In artikel 3 worden de buitenlandse dienstverlener en de in het buitenland gevestigde onderneming of moederonderneming die een werknemer uitzendt naar een vestiging in Italië *casu quo* een Italiaanse dochteronderneming, verplicht de arbeidsvoorwaarden van alle door op nationaal vlak

58 Situaties van internationale detachering: de Nederlandse wetgever maakt gewag van een erg ruime formulering die sterk internationaal privaatrechtelijk werd ingekleurd: 'werknemers die tijdelijk in Nederland arbeid verrichten en wier arbeidsovereenkomst wordt beheerst door een ander recht dan het Nederlandse recht'.

59 Zie hierover A.A.H. van Hoek en M. Houwerzijl (2006), a.w., p. 436-438.

60 Zie vooral R. Blanpain, Vrij verrichten van diensten en arbeidsrecht, Kortrijk: Vanden Broele, p. 189 en B. Van Schoebeke, 'Het grensoverschrijdend verrichten van diensten en de terbeschikkingstelling van werknemers: de toepassing van het nationale arbeidsrecht onder druk door het principe van vrij verkeer van diensten', in: B. Tilleman en A. Verbeke (ed.), Actualia Vermogensrecht, Brugge: Die Keure 2005, p. 677-678.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

representatieve werknemers- en werkgeversorganisaties gesloten cao's op de naar Italië gedetacheerde werknemer toe te passen. De Italiaanse wetgever maakt daarbij gebruik van de alternatieve mogelijkheden die aan lidstaten zonder een stelsel van algemeenverbindendverklaring in artikel 3 lid 8 Detacheringsrichtlijn worden geboden. De omzetting is nog radicaler dan de Belgische, omdat *niet* als eis wordt gesteld dat de arbeidsvoorwaarden de openbare orde zouden raken. Integendeel, de tekst van het artikel werd geplaatst in de sleutel van de gelijke behandeling tussen de gedetacheerde werknemers en de werknemers van het land van ontvangst. Giubboni en Orlandini hebben terecht opgemerkt dat de bepaling ertoe leidt dat de buitenlandse dienstverlener strenger wordt aangepakt dan de binnenlandse dienstverlener die zich niet of anders heeft georganiseerd.[61] Het gebruik van een van de alternatieven die door artikel 3 lid 8 Detacheringsrichtlijn worden geboden, vooronderstelt blijkens dit artikel dat een dergelijk alternatief het beginsel van gelijke behandeling tussen nationale en buitenlandse ondernemingen niet schendt.

4.5 Het probleem van de (organieke) cao-wet

De toepasselijkheid van geïsoleerde bepalingen van algemeen verbindend verklaarde cao's op individuele arbeidsverhoudingen die door een ander recht worden beheerst, doet de vraag rijzen welke *organieke* cao-wet *sensu lato* op die bepalingen zal moeten worden toegepast.
De cao-wet bepaalt immers de geldigheid van dergelijke akkoorden en bevat regels in verband met de modaliteiten van de algemeenverbindendverklaring en de afdwingbaarheid. Een andere kwestie betreft de interpretatietechnieken die moeten worden toegepast op algemeen verbindend verklaarde cao's. Tussen lidstaten kunnen grote verschillen bestaan over de concrete modaliteiten van het cao-recht.

De Detacheringsrichtlijn biedt géén antwoord op deze vraag. In Commissie versus Luxemburg diende het Hof zich te buigen over de Luxemburgse omzettingswet waarin wel een antwoord werd geboden op deze vraag. Krachtens de Luxemburgse omzettingswet was de organieke cao-wet in haar totaliteit van toepassing. Het Hof oordeelde dat niet kon worden aangenomen dat de organieke cao-regels in hun algemeenheid de openbare orde zouden raken.[62] Het Hof verduidelijkte ons inziens terecht dat artikel 3 lid 10 tweede streepje Detacheringsrichtlijn niet toeliet om de bepalingen

61 S. Giubboni en G. Orlandini, La libera circolazionbe dei lavoratori nell'Unione europea, Bologna: il Mulino 2007, p. 132-135.
62 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 65.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

in deze organieke regels die *geen* betrekking hadden op algemeen verbindende verklaarde cao's, op de buitenlandse dienstverlener van toepassing te verklaren.[63] De uitspraak van het Hof biedt ons inziens nog wel ruimte voor de toepasselijkheid van die bepalingen van een organieke cao-wet met betrekking tot de algemeenverbindendverklaring die wél de openbare orde raken. Het Hof heeft evenwel nagelaten te verduidelijken welke aspecten van een dergelijke organieke wet de openbare orde kunnen raken. Dit hoeft weinig verwondering te wekken, omdat deze vraag niet aan het Hof werd voorgelegd. Terecht merkte A-G Trstenjak op dat de aanduiding van deze organieke bepalingen in hun algemeenheid voldoende precisie en duidelijkheid miste.[64]

Het lijkt ons evenwel verkeerd om uit dit arrest af te leiden dat die bepalingen die de algemeenverbindendverklaring betreffen, *niet* tot de openbare orde kunnen behoren. Helemaal problematisch lijkt ons de gedachte dat vragen in verband met de rechtsgeldigheid en de afdwingbaarheid van algemeen verbindend verklaarde cao's van het land van ontvangst zouden moeten worden beoordeeld volgens het organieke cao-recht van het land van oorsprong. Het hoeft weinig betoog dat dergelijke bepalingen dreigen te slaan als een tang op een varken. Sommige varkens verdienen beter.

4.6 De Detacheringsrichtlijn en stelsels van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming

Een vergelijking tussen de zaken Laval en Commissie versus Luxemburg brengt aan het licht dat collectieve arbeidsvoorwaardenvorming als een techniek om sociale dumping te bestrijden, meer kwetsbaar is dan wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen. Aan de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming worden in tegenstelling tot wat het geval is voor statelijke regulering immers bepaalde formele en institutionele eisen gesteld.

De enorme divergenties die tussen lidstaten bestaan, staan haaks op de erg rigide formele eisen die aan een legitiem stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming worden gesteld. De vraag is of de richtlijngever en het Hof daarbij wel voldoende rekening houden met de subsidiariteit. Deze rigide houding treft immers een domein van het maatschappelijk leven dat als geen ander in het teken staat van die subsidiariteit. De Detacheringsrichtlijn beoogde op generlei wijze stelsels van collectieve arbeidsvoorwaarden-

63 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 65-66.

64 Zie § 62 Conclusie A-G Trstenjak bij HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg).

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

vorming te harmoniseren. De vraag rijst evenwel of de Detacheringsrichtlijn voldoende recht doet aan deze diversiteit. Anders geformuleerd: er dient te worden onderzocht of bepaalde stelsels zich niet beter lenen om de eerbiediging van collectieve arbeidsvoorwaarden aan buitenlandse dienstverleners op te leggen. Een bevestigend antwoord zet druk op bepaalde stelsels om zich aan gewijzigde productieverhoudingen aan te passen.

De Detacheringsrichtlijn roept onvrijwillig het beeld op dat collectieve arbeidsvoorwaardenvorming primair een sterk gecentraliseerd karakter heeft. Ze biedt slechts ruimte voor de toepasselijkheid van bepaalde collectieve arbeidsvoorwaarden die op interprofessioneel of op professioneel niveau tot stand komen. Algemeen verbindend verklaarde cao's worden er gedefinieerd als 'de overeenkomsten of uitspraken die moeten worden nageleefd door alle ondernemingen die tot de betrokken beroepsgroep of bedrijfstak behoren en onder het territoriale toepassingsgebied van die overeenkomsten of uitspraken vallen'.

Aan lidstaten waarin een dergelijk regime ontbreekt, worden zogeheten 'alternatieven' aangereikt. Zij kunnen zich beroepen op:

'– de collectieve arbeidsovereenkomsten of scheidsrechterlijke uitspraken die algemene rechtsgevolgen hebben voor alle gelijksoortige ondernemingen in het betrokken geografische gebied en in de betrokken beroepsgroep of bedrijfstak
en/of
– de collectieve arbeidsovereenkomsten die gesloten zijn door de op nationaal niveau meest representatieve organisaties van de sociale partners, en die op het gehele nationale grondgebied worden toegepast.'

Aan het lichten van een dergelijke optie kleven evenwel bepaalde voorwaarden. Zo dient een gelijke behandeling te worden gewaarborgd van de buitenlandse dienstverlener en de inlandse ondernemingen die zich in een soortgelijke situatie bevinden. Een gelijke behandeling impliceert dat nationale ondernemingen die zich in een soortgelijke situatie bevinden op de *plaats van de activiteit*, of in de betrokken *bedrijfstak* ten aanzien van de in artikel 3 lid 1 eerste alinea Detacheringsrichtlijn vermelde aangelegenheden, onderworpen zijn aan dezelfde verplichtingen als de ondernemingen die bij de terbeschikkingstellingen zijn betrokken en met dezelfde gevolgen aan deze verplichtingen moeten voldoen.[65]

65 Zie art. 3 lid 8 Detacheringsrichtlijn.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

De vraag rijst of het lichten van een dergelijke optie niet impliceert dat een stelsel van avv wordt ingevoerd. Het onderscheid tussen een klassiek stelsel van avv en de mogelijkheden die de Richtlijn biedt, lijkt me vooral gelegen in de onduidelijke mogelijkheid deze *geografisch* te beperken tot ondernemingen in een soortgelijke situatie. In zekere zin voldoet de deelstatelijke regulering aan dit model. Het Hof merkte evenwel dat van dit alternatief geen gebruik kon worden gemaakt, omdat in Duitsland een stelsel van avv bestond. In subsidiaire oordeelde het Hof dat de alternatieve techniek waarvan de deelstaat zich bediende, niet inpasbaar was in de systematiek van artikel 3 lid 8 van de Detacheringsrichtlijn. De hiervoor aangehaalde motivering is helaas chronisch onduidelijk. De alternatieven hebben precies betrekking op cao's die niet algemeen verbindend zijn verklaard. Het Hof hoefde dus niet op te merken dat de deelstatelijke cao niet algemeen verbindend verklaard kon worden. Bovendien wordt in de Detacheringsrichtlijn een onderscheid gemaakt tussen de cao die *algemene* rechtsgevolgen heeft en een maatregel van de lidstaten die deze cao's met algemene rechtsgevolgen een *verruimde* werking geven die ertoe leidt dat het beginsel van gelijke behandeling wordt gerespecteerd. Het Hof wekt de indruk een en ander door elkaar te klutsen, waar het struikelt over het feit dat de *wettelijke* regeling geen algemene werking zou hebben. De litigieuze cao had een algemene werking die niet kon worden gelijkgesteld met de universele werking. Binnen de perken van de verruimde werking die de deelstaat aan deze cao verleende, werd het beginsel van de gelijkheid tussen buitenlandse en binnenlandse dienstverleners volledig gerespecteerd. Al deze ondernemingen worden inzake overheidsaanbestedingen op voet van gelijkheid behandeld.[66]

De vraag rijst of stelsels waarin het zwaartepunt van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming zich heeft verschoven naar het ondernemingsniveau, nog wel inpasbaar zijn in het stelsel van de Detacheringsrichtlijn. Het Zweedse stelsel is illustratief. In dit stelsel vindt de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming primair op het niveau van de onderneming plaats.[67] De binding van een sectorale kader-cao wordt geoperationaliseerd via toetredingsovereenkomsten op ondernemingsniveau. De Laval-case laat zien dat dergelijke stelsels slecht weerwerk kunnen bieden tegen werkgevers die zich buiten dit stelsel plaatsen en dat deze evenmin via collectieve acties tot het sluiten van een toetredings-cao kunnen worden gedwongen. [68]

66 In die zin ook de overtuigende kritiek van N. Moizard, a.w., p. 867-868.

67 Zie hierover T. van Peijpe, De arresten Laval en Viking en hun gevolgen, SMA 2008, p. 176, 182-183.

68 Zie ibidem, p. 182-183; E. Franssen en C. van Lent, a.w., p. 93-95 en M.S. Houwerzijl, a.w., p. 145.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

Het arrest Rüffert nodigt ook uit tot een reflectie over de impact die het heeft op de staatsstructuur van bepaalde lidstaten. In bepaalde landen met een federale structuur is de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming géén exclusieve maar een concurrerende bevoegdheid. De Duitse Constitutie bleek ruimte te bieden voor een vorm van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming op federaal en deelstatelijk vlak. De constitutionele onmogelijkheid die Niedersachsen had om deelstatelijke cao's algemeen verbindend te verklaren, berooft deze deelstaat evenwel van de meest natuurlijke revanche op dit arrest. Het ligt immers minder in de rede dat het Hof een bezwaar kon hebben met een stelsel van algemeenverbindendverklaring op federaal én deelstatelijk niveau.

4.7 Het *Günstigkeitzprinzip*

In een klassieke benadering wordt het arbeidsrecht opgevat als een instrument ter bevordering van ongelijkheidscompensatie. In deze optiek gelden arbeidsrechtelijke regels als *minimum*regels van sociale bescherming. De arbeidsrechtelijke richtlijnen die op basis van de titel over de sociale politiek werden vastgesteld, zijn minimumrichtlijnen.[69] Nationale arbeidsrechtelijke wetten gelden in de regel als minimumregels voor sociale bescherming en cao's zijn primair geen bron van standaardvoorwaarden, maar van minimumbepalingen.

Artikel 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn stelt op zeer algemene wijze dat de leden 1 tot en met 6 van artikel 3 Detacheringsrichtlijn géén beletsel vormen voor de toepassing van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die *gunstiger* voor de werknemer zijn. Deze bepaling lijkt op gespannen voet te staan met de erg stringente voorwaarden die in artikel 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn worden gesteld aan de mogelijkheid die lidstaten van ontvangst hebben om andere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden dan deze die in artikel 3 lid 1 Detacheringsrichtlijn worden genoemd aan buitenlandse dienstverleners voor te schrijven. Het Hof heeft de draagwijdte van artikel 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn in de arresten Laval[70] en Rüffert[71] verduidelijkt. Het verwierp een rekkelijke interpretatie krachtens welke het de lidstaten en/of de sociale partners op basis van dit artikel vrij zou staan de harde kern van *dwingende bepalingen* uit te breiden door andere cao-bepalingen van het

69 Zie art. 137 lid 2 b EG-Verdrag. De Detacheringsrichtlijn werd overigens niet op basis van de titel inzake de sociale politiek vastgesteld, maar op basis van de titel over het vrij verkeer van diensten.

70 HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (Laval un Partneri vs. Sveska Byggnadarbetareförbundet), r.o. 79-80.

71 HvJ EG 3 april 2008, C-346/06 (Rüffert), r.o. 32-33.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

land van ontvangst op te leggen. In Laval betrof het geschil de druk die via een boycot werd opgelegd om de dienstverlener te dwingen een toetredingscao op ondernemingsvlak te tekenen. Het Hof heeft zich in Rüffert gedistantieerd van de ondubbelzinnige stellingname van A-G Bot in zijn conclusie in Rüffert . De A-G betoogde dat artikel 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn niet enkel ruimte bood voor de toepassing van de meer gunstige bepalingen van het recht van de zendstaat, maar ook ruimte bood voor een 'versterking van de bescherming die door de dwingende bepalingen van het werkland werd geboden'.[72] Een dergelijke uitbreiding is volgens het Hof binnen het stelsel van de Detacheringsrichtlijn slechts denkbaar op basis van artikel 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn dat in het licht van de vrijheid van dienstverlening moet worden uitgelegd. [73] Anders oordelen zou het *effet utile* van de Detacheringsrichtlijn ondergraven.

Het Hof beroept zich in zijn beperkende interpretatie van artikel 3 lid 7 Detacheringsrichtlijn op een rechtsoverweging in de zaak Laval. In dit arrest maakte het Hof een opmerkelijk onderscheid tussen collectieve arbeidsovereenkomsten die de buitenlandse dienstverrichter 'uit vrije wil' sluit in het kader van een engagement *ten aanzien van zijn personeel,* en akkoorden die hij sluit onder druk van een boycotactie die uitgaat van bonden van het werkland.[74]
Impliciet lijkt het Hof daarmee de representativiteit te betwisten van de Zweedse bonden als actoren van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming ten faveure van de gedetacheerde Letten. De indruk wordt gewekt dat het oordeel anders zou zijn uitgevallen indien de gedetacheerde werknemers zelf aan de collectieve actie hadden geparticipeerd.[75] Dit onderscheid lijkt ons problematisch. De referentie naar de vrije wil in het caooverleg lijkt ons een grond om cao's niet in het teken van restricties van het vrij verkeer van diensten, maar in het teken van de uitoefening van de vrijheid van het collectief overleg van de dienstverlener te plaatsen. Cao's staan in het teken van de collectieve autonomie omdat zij door werkgevers zelf worden gesloten. *Coactus voluit sed voluit.* De uitoefening van economische macht impliceert niet dat dergelijke collectieve overeenkomsten met een wilsgebrek behept zijn. Een gelijkaardige redenering wordt evenmin ten aanzien van individuele arbeidsovereenkomsten gehandhaafd. Het betreft geen heteronome regelgeving. De identiteit van de contractspartij met wie

72 Zie § 80-84 Conclusie A-G Bot bij HvJ EG 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert vs. Land Niedersachsen).

73 Contra: T. van Peijpe, a.w., p. 179-180.

74 HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (Laval un Partneri vs. Sveska Byggnadarbetareförbundet), r.o. 81.

75 Zie in die zin A.A.H. Hoek en M.S. Houwerzijl, a.w., p. 202.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

men een akkoord sluit, lijkt mij aan deze analyse geen afbreuk te kunnen doen. Het gebruik van de collectieve actie in het kader van de totstandkoming van de cao evenmin. De redenering van het Hof impliceert een niet geringe bevoogding van de vrijheid van collectief overleg. In Laval lijkt het Hof afbreuk te doen aan de vrije keuze van een dienstverlener om met de bonden van het werkland een cao te sluiten. Het geschil in de zaak Laval illustreert in die zin ook een conflict tussen vrij verkeer en de vrijheid van collectief overleg. Diezelfde vaststelling klemt nog sterker in Viking.[76] In deze zaak lijkt het Hof immers vragen te stellen bij de geconcerteerde weigering zelf van vakbonden om met een Finse reder een cao te sluiten.

In wezen discrimineert het Hof in Laval de vakbonden van het werkland op basis van hun nationaliteit. Het Hof lijkt nog slechts ruimte te bieden voor collectieve acties van bonden van het werkland die erop gericht zijn de buitenlandse dienstverlener te dwingen tot het eerbiedigen van het wettelijk minimum. Het lijkt niet vermetel dat sommige rechters dergelijke collectieve acties zullen verbieden vanuit de premisse dat een rechtsweg openstond om dit minimum af te dwingen. Het Hof legt daardoor een significante rem op de ontwikkeling van grensoverschrijdende collectieve arbeidsovereenkomsten die zonder grensoverschrijdende collectieve actie weinig kans van slagen heeft. Anders geformuleerd: het Hof lijkt werknemers en hun organisaties te discrimineren ten aanzien van werkgevers. Aan deze laatsten wordt wel ruimte geboden om de vrijheid van ondernemen grensoverschrijdend te ontplooien, terwijl de bonden teruggedrongen worden binnen de grenzen van de Natie-Staat.

De arresten in de zaken Laval, Rüffert en Commissie versus Luxemburg leiden ertoe dat de Detacheringsrichtlijn zelf wordt geïnterpreteerd als een EG-richtlijn die de sociale bescherming beoogt te maximaliseren. Deze vaststelling is slechts plausibel indien men uitgaat van een bepaalde visie op het vrij verkeer van diensten waarin sociale bescherming wordt opgevat als een belemmering. Deze visie wordt in de drie arresten expliciet gehuldigd. In een belangrijke overweging van de richtlijn wordt integendeel overwogen dat maatregelen die de eerbiediging van de rechten van de werknemers garanderen, *noodzakelijk* zijn voor de *bevordering* van het grensoverschrijdend verrichten van diensten.[77]

76 HvJ EG 11 december 2007, C-438/05 (Viking).
77 Overweging 5 van de Detacheringsrichtlijn.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

4.8 Openbare orde

Het Hof gaf in Commissie versus Luxemburg te kennen dat het gebruik van de openbare orde-exceptie een beperking (*dérogation*) inhoudt van de verdragsrechtelijk gewaarborgde vrijheid van dienstverlening.[78] Deze uitzondering dient strikt te worden geïnterpreteerd. Het Hof verwijst voor de invulling van het begrip 'openbare orde' naar een definitie die in *Arblade* werd gegeven van de 'wetten van politie en veiligheid'.[79] In dit arrest werden regels van politie en veiligheid gedefinieerd als

> 'nationale bepalingen aan de inachtneming waarvan zoveel belang wordt gehecht voor de handhaving van de politieke, sociale of economische organisatie van de betrokken lidstaat, dat zij moeten worden nageleefd door eenieder die zich op het nationale grondgebied van deze lidstaat bevindt, en voor elke daarin gesitueerde rechtsbetrekking'.[80]

Het Hof haalt in navolging van A-G Trstenjak eveneens inspiratie uit de *Travaux préparatoires* van de Detacheringsrichtlijn.[81] In een verklaring van de Raad en de Commissie bij de vaststelling van de Detacheringsrichtlijn werd opgemerkt dat de 'bepalingen waarvan niet mag worden afgeweken en die gelet op hun aard en doel voldoen aan de dwingende eisen van algemeen belang' tot de bepalingen van de openbare orde moeten worden gerekend. Volgens de Commissie dient aan de notie 'openbare orde' een communautaire betekenis te worden toegedicht.[82] Het zou de lidstaten niet vrij staan om eenzijdig te bepalen welke regels de openbare orde raken. Het Groothertogdom was de mening toegedaan dat het aan de lidstaat van ontvangst toekwam om in functie van de noodzakelijkheid van het algemeen belang te appreciëren welke regels de openbare orde raakten.[83] Het Hof heef dit welles-nietes handig ontweken door de toetsing van de Luxemburgse exceptie *primair* te plaatsen in de sleutel van de verdragsrechtelijke conformiteit van de vermeende openbare orde-bepalingen. Het beginsel van de strikte interpretatie van bepalingen die derogeren aan de verdragsrechtelijke vrijheid van dienstverlening deed zich primair in dit onderdeel gevoelen. Aan dit

78 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 30.
79 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 29. Deze rechtsoverweging begint met 'à cet égard' (letterlijk: in dit verband). Deze aanhef verwijst naar het gebruik van het begrip 'openbare orde' in de daaraan voorafgaande overweging.
80 HvJ EG 23 november 1999, C-369/96 en C-376/96 (Arblade), r.o. 30.
81 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 32. Zie ook § 43-45 van de Conclusie A-G Trstenjak bij dit arrest.
82 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg), r.o. 16.
83 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie versus Groothertogdom Luxemburg), r.o. 22.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

alles doet evenwel geen afbreuk dat het Hof zich van het standpunt van het Groothertogdom wel uitdrukkelijk heeft gedistantieerd.[84] Samengevat kan worden betoogd dat een nuttig gebruik van de openbare orde-exceptie onderworpen is aan interne en externe grenzen. De interne grenzen zijn definitorisch. Ze betreffen de kwalificatie van bepaalde nationale regels als regels van openbare orde. De externe grenzen betreffen de toetsing aan het beginsel van non-discriminatie[85] en aan de vrijheid van dienstverlening (inclusief de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets).[86] Niettegenstaande het Hof de autonome kwalificatiebevoegdheid van de lidstaten niet in ondubbelzinnige termen betwist, snijdt het zwaard van de negatieve integratie vooral genadeloos via de toetsing aan deze externe grenzen.

Deze toets zadelt de lidstaat van ontvangst met een zeer zware bewijslast op. Het Hof eist dat de nationale bescherming duidelijk verder reikt dan de bescherming die in het land van herkomst bestaat. Het Hof overweegt in dit verband in Commissie versus Luxemburg bij herhaling dat de uitbreiding van de limitatieve lijst ten dele betrekking had op aangelegenheden die reeds door andere richtlijnen werden geharmoniseerd. Om die reden oordeelde het dat de Luxemburgse wet onmogelijk een betere bescherming kon bieden dan het recht van de zendstaat. Deze vaststelling lijkt me niet geheel overtuigend. De betreffende richtlijnen zijn minimumrichtlijnen. Het lijkt best plausibel dat de Luxemburgse omzettingswet een verder reikende bescherming bood.

Het Hof oordeelde in Laval dat de bonden *in casu* evenmin de exceptie van de openbare orde konden toepassen ter rechtvaardiging van een collectieve actie. Niettegenstaande het Hof de sociale partners voor de beoordeling van het 'horizontaal' effect van de vrijheid van dienstverlening op functionele wijze gelijkgesteld had met een publiekrechtelijke overheid, oordeelde het dat slechts de lidstaten zich op deze exceptie konden beroepen.[87]

4.9 Non-discriminatietoets en verdragsrechtelijke toetsing

In Laval en Rüffert sneuvelen stelsels van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming die gespeend zijn van een mogelijkheid tot algemeenverbin-

84 HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie versus Groothertogdom Luxemburg), r.o. 30.
85 Zie art. 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn: de regels van openbare orde moeten op gelijke wijze de nationale ondernemingen en de ondernemingen van andere staten treffen.
86 Zie art. 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn: 'met inachtneming van het verdrag'.
87 HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (Laval un Partneri vs. Sveska Byggnadarbetareförbundet), r.o. 84. Zie ook T. van Peijpe, De arresten Laval en Viking en hun gevolgen, SMA 2008, p. 180.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

dendverklaring van cao's. In Laval hangt dit samen met de ontwikkeling naar gedecentraliseerd overleg. Aan de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming worden eisen gesteld van voorzienbaarheid en kenbaarheid die haaks staan op het autonome karakter van het normgevingsproces. Het is immers inherent aan collectieve arbeidsvoorwaardenvorming dat de uitkomsten daarvan niet gekend zijn vooraleer dit proces werd opgestart. Het Hof lijkt nochtans te eisen dat de dienstverlener zijn investeringsbeslissing kan afstemmen op een voorafgaande analyse van de sociale lasten die met de internationale detachering samengaan.

In Commissie versus Luxemburg stelt de juridische natuur van de litigieuze regeling geen reële problemen. De regeling liet niets te wensen over aan voorzienbaarheid en kenbaarheid. Het Hof betwist ons inziens niet op ondubbelzinnige wijze dat het tot de soevereine appreciatie van het Groothertogdom behoort om bepaalde normen als van openbare orde te kwalificeren. De kritiek op het gebruik van de openbare orde-exceptie, situeert zich veeleer op het vlak van de toetsing aan het non-discriminatiebeginsel en aan de verdragsrechtelijk verankerde vrijheid van dienstverlening.

Deze toets roept ons inziens twee fundamentele vragen op. Allereerst rijst de vraag of een Duitse onderneming aan wie een Duitse overheidsopdracht wordt gegund, zich wel kan beroepen op het vrij verkeer van diensten. Deze kwestie moet onderscheiden worden van de problematiek van het verticale *versus* horizontale effect van deze norm. *In casu* roept de curator het verdrag immers in tegen een Duitse overheid. Het probleem situeert zich op een ander vlak. De Duitse ondernemer participeert op geen enkele wijze aan een vorm van grensoverschrijdend vrij verkeer van diensten. Op het eerste gezicht lijkt de Duitse aannemer zich te beroepen op een verdragsrechtelijk artikel dat primair het vrij verkeer van zijn Poolse onderaannemer waarborgt. Bij nader inzien kan worden betoogd dat de Duitse aannemer zich beroept op artikel 49 EG-Verdrag om een exceptie van onwettigheid in te roepen. Hij vraagt daarbij in wezen dat de nationale rechter geen toepassing maakt van het *Landesvergabegesetz* wegens strijdigheid met het EG-recht. Er doet zich als het ware een objectief *contentieux* voor in de context van het subjectief *contentieux*. De Duitse aannemer doet niet rechtstreeks beroep op het vrij verkeer van diensten om daaraan een subjectief recht te ontlenen. Het subjectief recht waarover het geschil is gerezen, betreft de contractuele schuldvordering.

Een tweede vraag betreft de verhouding tussen de Detacheringsrichtlijn en het EG-Verdrag.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

Het hoeft geen betoog dat de verdragsrechtelijke norm primeert boven de Detacheringsrichtlijn. Het probleem is dat beide normen lidstaten een kader bieden om het vrij verkeer van diensten op wettige wijze te beperken. De vraag is of een vermeende beperking van het vrij verkeer van diensten inpasbaar moet zijn binnen de beperkingssystematiek van *beide* normen. Het Hof heeft in Wolff & Müller geoordeeld dat de conformiteit van een maatregel die grenzen stelt aan internationale detachering met de Detacheringsrichtlijn, niet *per se* impliceert dat deze norm ook in overeenstemming is met artikel 49 EG-Verdrag.[88] Deze benadering impliceert dat het Hof de Detacheringsrichtlijn als een soort grondwettelijk Hof aan het verdrag kan toetsen.

In een andere hypothese is een litigieuze maatregel onverenigbaar met de Detacheringsrichtlijn. De vraag rijst of deze onverenigbaarheid kan worden gesauveerd door een beroep op artikel 49 EG-Verdrag. In die optiek kan de Detacheringsrichtlijn *niet* worden gebruikt om de beleidsmarge die het verdragsartikel aan lidstaten biedt om een sociaal beleid te voeren, verder in te beperken. In Laval en Viking hebben beide A-G's[89] deze vraag *ontkennend* beantwoord. Onverenigbaarheid met de Detacheringsrichtlijn levert in hun optiek *ipso facto* onverenigbaarheid op met artikel 49 EG-Verdrag. Deze benadering getuigt uiteraard van een partiële lectuur waarin abstractie wordt gemaakt van de beperkingssystematiek van het artikel 49 EG-Verdrag.

Het Hof lijkt me in Laval en in Rüffert een meer genuanceerde koers te varen dan wat beide A-G's voorstellen. In deze zaken stuit het Hof op een beperking van het vrij verkeer van diensten die *niet* inpasbaar is in de beperkingssytematiek van de Detacheringsrichtlijn. Evenwel gaat het Hof in deze zaken uitvoerig in op dit Verdragsartikel. In Laval onderzoekt het Hof de litigieuze collectieve actie vanuit het geïsoleerde perspectief van artikel 49 EG-Verdrag na eerst te hebben vastgesteld dat deze onverenigbaar was met de Detacheringsrichtlijn. Bij de beoordeling van die toets werd wel sterk rekening gehouden met het bestaan van de bescherming die de Detacheringsrichtlijn bood. Hoewel het Hof oordeelde dat een collectieve actie ter bescherming van de belangen van de werknemers in beginsel door een reden van zwaarwegend belang kon worden gelegitimeerd, stelde het Hof

88 HvJ EG 12 oktober 2004, C-60/03, (Wolff & Müller).

89 Zie § 37 Conclusie A-G Trstenjak (de toepassing van het verdrag is uitgesloten, wanneer nationale regelingen aangaande grensoverschrijdende arbeidsprestaties strijdig zijn met de richtlijn) bij HvJ EG 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie vs. Groothertogdom Luxemburg en § 149-150 Conclusie A-G Mengozzi bij HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (Laval un Partneri vs. Sveska Byggnadarbetareförbundet).

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

dat een collectieve actie die een hoger niveau van bescherming nastreefde geenszins door een dwingende reden van algemeen belang kon worden gerechtvaardigd.

In Rüffert gaat het Hof ons inziens anders te werk. Het toetst de Duitse wet aan de Detacheringsrichtlijn. Vervolgens onderzoekt het Hof of een dergelijke interpretatie van de Detacheringsrichtlijn spoort met de verdragsrechtelijk gewaarborgde vrijheid van dienstverlening.[90] Het Hof onderzoekt daarbij of de beperking van het vrij verkeer niet kan worden gerechtvaardigd op basis van een dwingende reden van algemeen belang. Die toets valt negatief uit. In Commissie versus Luxemburg komt artikel 49 EG-Verdrag bij de toetsing van de lijst eerder impliciet aan bod. De Detacheringsrichtlijn wordt niet naast artikel 49 EG-Verdrag geplaatst, omdat artikel 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn zelf naar het EG-Verdrag verwijst. Dit brengt het Hof ertoe om de exceptie van openbare orde in het licht van dit artikel restrictief te interpreteren via een zeer strenge noodzakelijkheidstoets en proportionaliteitstoets.

4.10 De specificiteit van overheidsopdrachten

Het arrest Rüffert doet de vraag rijzen of recht werd gedaan aan de specificiteit van overheidsopdrachten binnen het vrij verkeer van diensten. Het Hof miskent deze specificiteit uitdrukkelijk, waar het een probleem heeft met het feit dat de deelstatelijke wet slechts op overheidsopdrachten betrekking heeft. Dit leidt het Hof ertoe om het bestaan van een dwingende reden van algemeen belang in vraag te stellen en te ontkennen. Terecht werd opgemerkt dat de voorbeeld- of de pioniersfunctie van de overheid daardoor onmogelijk wordt gemaakt.[91] Het Hof lijkt daarmee te suggereren dat een interventie van de overheid de hele bouwsector moest dekken ongeacht de identiteit van de opdrachtgever. In wezen wordt het *Qui peut le plus, peut le moins* verdraaid tot *Qui peut le plus, ne peut pas le moins*.
De EG-Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten lijkt wel *enige* ruimte te bieden voor sociale of milieuoverwegingen bij de gunning van overheidsopdrachten. Artikel 26 stelt in dit verband:

> ‘De aanbestedende diensten kunnen bijzondere voorwaarden bepalen waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, mits deze verenigbaar

90 HvJ EG 3 april 2008, C-346/06 (Rüffert), r.o. 36.
91 Zie A. Veldman, a.w., p. 193.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

> zijn met het Gemeenschapsrecht en in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden vermeld. De voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, kunnen met name verband houden met sociale of milieuoverwegingen.'

De tekst is evenwel ambigu, omdat niet duidelijk wordt aangegeven in welke mate het Gemeenschapsrecht aan deze beleidsmarge paal en perk stelt. In de 34e overweging van de richtlijn wordt wel ondubbelzinnig gesteld dat de sociale bescherming die de Detacheringsrichtlijn biedt, de 'minimumvoorwaarden' bepaalt waaraan het land van ontvangst ten aanzien van deze ter beschikking gestelde werknemers moet voldoen.

In 1949 werd in de schoot van de Internationale Arbeidsorganisatie de *Labour clauses (Public Contracts)* Conventie nr. 94 aangenomen. Deze Conventie verplicht de ratificerende staten om een *labour*-clausule in contracten voor openbare aanbestedingen (bouwwerkzaamheden, goederen en diensten) op te nemen. Deze clausule verplicht elke aannemer of onderaannemer [92] bij de uitvoering van zijn werkzaamheden minimaal de in de betrokken streek gangbare lonen, arbeidstijden en arbeidsvoorwaarden te respecteren.[93] Deze verplichting geldt ongeacht het land waar de contractant is gevestigd. De omstandigheid dat de aannemingsovereenkomst tot stand komt in een context van grensoverschrijdend verkeer van diensten en internationale detachering, is niet relevant. Het betreft de gebruikelijke arbeidsvoorwaarden. Het is niet relevant of deze in een al dan niet algemeen verbindend verklaarde cao zijn verankerd.

Niettegenstaande de Bondsrepubliek Duitsland deze Conventie in tegenstelling tot Nederland niet heeft geratificeerd, spoort de *Landesvergabegesetz* van de deelstaat Niedersachsen wel met deze Conventie. Nederland heeft deze IAO-Conventie reeds in 1952 geratificeerd. De meest specifieke norm die omzetting pretendeert te geven is artikel 26 van het Besluit van 16 juli

92 Art. 1 lid 3 IAO-Conventie nr. 94.

93 '1. Contracts to which this Convention applies hall include clauses ensuring to the workers concerned wages (including allowances), hours of work and other conditions of labour which are not less favourable than those established for work of the same character in the trade or industry concerned in the district where the work is carried on (a) by collective agreement or other recognised machinery of negotiation between organisations of employers and workers representative respectively of substantial proportions of the employers and workers in the trade or industry concerned; or (b) by arbitration award; or (c) by national laws or regulations.'

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

2005.[94] Dit artikel is slechts een getrouwe omzetting van artikel 26 van de EG Richtlijn 2004/18.

Dit artikel machtigt de overheid slechts om bijzondere voorwaarden te verbinden zonder een verplichting in die zin op te leggen. Het garandeert ook niet dat het respect van arbeidsvoorwaarden in de aannemingsovereenkomst wordt geclausuleerd. Evenmin wordt de door de IAO-Conventie nr. 94 voorziene publiciteit gewaarborgd op de werkplek. Het *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (IAO) gaf dan ook te kennen niet geringe problemen te hebben met deze omzetting.[95]

De vraag rijst of de algemeenverbindendverklaring van sectorale cao's dit probleem kan remediëren. In de mate waarin sprake is van een dienstverrichting die gepaard gaat met een vorm van grensoverschrijdende detachering, kan op meer specifieke wijze gewag worden gemaakt van artikel 2 lid 6 van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten. De IAO-Conventie nr. 94 dwingt tot een toepasselijkheid van gangbare arbeidsvoorwaarden. Deze kunnen vervat liggen in cao's die niet algemeen verbindend werden verklaard. Een vergelijking met artikel 2 lid 6 brengt aan het licht dat dit artikel bovendien slechts ziet op specifieke arbeidsvoorwaarden. De IAO-Conventie nr. 94 dwingt tot het respect van alle gangbare arbeidsvoorwaarden.

In België werd de IAO-Conventie nr. 94 op een meer ruimhartige wijze omgezet.[96] Artikel 40 bepaalt dat de aanbestedende overheid uitvoeringsvoorwaarden kan opleggen die het mogelijk maken rekening te houden met doelstellingen zoals de verplichting om, in hoofdzaak, de bepalingen van de basisconventies van de Internationale Arbeidsorganisatie na te leven, in de veronderstelling dat die niet reeds worden toegepast in het nationale recht

94 De tekst van het artikel luidt: 'Een aanbestedende dienst kan bijzondere voorwaarden verbinden aan de uitvoering van een overheidsopdracht, mits dergelijke voorwaarden met het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap verenigbaar zijn en in de aankondiging of het beschrijvend document vermeld zijn. De voorwaarden waaronder de overheidsopdracht wordt uitgevoerd, kunnen verband houden met sociale of milieuoverwegingen.'

95 Zie voor een kritische analyse van dit besluit door het Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations: International Labour Conference, 97th Session, 2008, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 2) General Report and observations concerning particular countries, <www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_090991.pdf>.

96 Zie in dit verband J. Buelens, Tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten in de bouwsector, Universiteit Antwerpen, sd sl, p. 52-53.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

van het land waar de productie plaatsvindt. Deze voorwaarden moeten in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden bekendgemaakt. De Belgische wetgever was zich blijkbaar bewust van de *contraintes* die het EG-recht met zich meebrengt. In de aanhef van artikel 40 wordt bepaald dat deze voorwaarden in overeenstemming moeten zijn met de beginselen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en niet rechtstreeks of onrechtstreeks discriminerend mogen zijn.

Uit de voorbereidende werken blijkt dat met die basisconventies wordt gerefereerd aan de Conventies nr. 29, 87, 98, 100, 105, 111, 132 en 182.[97] Deze conventies betreffen de problematiek van de arbeidstijden, van het verbod van gedwongen arbeid en van kinderarbeid, de vrijheid van vakvereniging en van collectief overleg, discriminatie in de sfeer van arbeid en tewerkstelling, jaarlijkse vakantie.

In artikel 42 van dezelfde wet wordt op ondubbelzinnige wijze bepaald dat de aannemer van een overheidsopdracht voor werken alle wettelijke, reglementaire of conventionele bepalingen moet naleven en moet doen naleven door elke persoon die handelt als onderaannemer in welke fase ook, en door elke persoon die personeel tewerkstelt op de bouwplaats, zowel inzake het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk als inzake de algemene arbeidsvoorwaarden, ongeacht of deze voortvloeien uit de wet of uit paritaire akkoorden op nationaal, gewestelijk of lokaal vlak.

Deze conventionele bepalingen betreffen uiteraard bepalingen die verankerd liggen in cao's die werden gesloten in zogeheten paritaire organen. Het betreft de cao's die gesloten werden *cin NAR* of in een paritair comité. Paritaire comités kunnen immers worden opgericht op nationaal, gewestelijk of lokaal vlak. Zij betreffen het sectorale niveau van het collectief overleg. De wet koppelt daaraan geenszins de voorwaarde dat deze cao's ook algemeen verbindend werden verklaard. Om die reden vertoont de wet een meerwaarde ten aanzien van de Belgische wet van 5 maart 2002 die de Detacheringsrichtlijn heeft omgezet. Even opmerkelijk is dat de wetgever de conformiteit van deze binding aan bepaalde cao-bepalingen met het EG-recht in tegenstelling tot wat het geval is in artikel 40 niet expliciet vooropstelt.

Recent wijdde het *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* een algemene overzichtsstudie (*General Survey*)

97 Ibidem, p. 52-53.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

aan de toepassing van de IAO-Conventie nr. 94.[98] Dit rapport werd vrijgegeven voorafgaand aan de uitspraak in de zaak Rüffert. Niettegenstaande deze zaak in de *General Survey* wel degelijk werd gememoreerd, wordt in de analyse van het EG-recht ter zake géén specifieke melding gemaakt van de incidentie die de Detacheringsrichtlijn heeft op de naleving van de Conventie nr. 94 in de ratificerende lidstaten. Dit rapport was de inzet van een bewogen discussie tijdens de ILO *General Conference*.[99] Toen een tripartite *ad hoc Committtee* dit rapport besprak, was het arrest reeds een feit. Het verslag van dit *Committee* brengt grote verdeeldheid aan het licht tussen de werkgeversdelegatie en de werknemersdelegaties. Terwijl de werkgeversvertegenwoordigers het arrest Rüffert als een heilzame ontwikkeling verwelkomden, sprak een vertegenwoordiger van de ETUC bezorgdheid uit over dit arrest. Betoogd werd dat dit arrest onvoldoende rekening zou hebben gehouden met de principiële openheid die in Richtlijn 2004/18 werd uitgedrukt om sociale overwegingen te betrekken in de gunning van overheidsopdrachten. Deze opmerking lijkt me te getuigen van een iets te voluntaristische benadering van deze richtlijn. Er werd terecht geconcludeerd tot het bestaan van 'diametrically opposite approaches on the part of employers and workers'.

4.11 *Un commentaire d'humeur*[100]

Klassiek is een bestel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming gericht op het bestrijden van sociale concurrentie tussen werknemers. Het Hof heeft het fenomeen van de internationale detachering sedert het spraakmakende arrest Rush Portuguesa in een groeiend tempo in de sleutel geplaatst van de vrijheid van dienstverlening van de werkgever die de werknemers detacheert. Daardoor worden werknemers in wezen gereduceerd tot een kostenfactor van het ondernemingsgebeuren, die ten volle door de buitenlandse dienstverlener mag worden uitgespeeld. Deze benadering is ons inziens te eenzijdig. Een meer gedifferentieerde benadering waarbij men de arbeidsrechtelijke aspecten van de internationale detachering in de sleutel van het vrij verkeer van werknemers had geplaatst en andere aspecten die de dienstverlener rechtstreeks raken in het teken van de vrijheid van vestiging en dienstverlening had een meer genuanceerde kijk opgeleverd. Het

98 <www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/ilc/ILCSessions/97thSession/reports/lang--en/docName--WCMS_091400/index.htm>.

99 <www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_094073.pdf>.

100 In het colofon van ArA staat te lezen dat het tijdschrift een *opiniërend* arbeidsrechtelijk tijdschrift beoogt te zijn. Het hier vermelde commentaar beoogt geenszins *consensusfähig* te zijn en heeft een meer rechtspolitiek dan rechtstechnisch karakter.

Dit artikel uit Arbeidsrechtelijke Annotaties is gepubliceerd door Boom Juridische uitgevers en is bestemd voor AR Updates Relaties - Filip Dorssemont

vrij verkeer van werknemers raakt immers primair het burgerschap van de Europese Unie. Dit burgerschap mag niet afhankelijk worden gesteld van de omstandigheid dat men in de lidstaat van ontvangst wordt tewerkgesteld. Werknemers die formeel zijn tewerkgesteld in de lidstaat van oorsprong, maar werken in een land van ontvangst, dienen ook aldaar op het burgerschap aanspraak te kunnen maken. De door het Hof ontwikkelde gedachte dat dienstverleners ten volle hun comparatief voordeel mogen uitspelen, heeft meer van doen met mededinging dan met een verantwoordelijke of duurzame kijk op de vrijheid van dienstverlening als een aspect van burgerschap. De rechtspraak van het Hof heeft aanleiding gegeven tot een discours. In dit discours staat een *clash* tussen fundamentele vrijheden en fundamentele rechten centraal. Het is tekenend voor het Hof dat het zich noodgedwongen dient te buigen over de vraag *of en in hoeverre* economische vrijheden wel door grondrechten kunnen worden beperkt. Een dergelijke benadering kan voor een humanistisch jurist moeilijk anders dan als een *Umwertung aller Werte* overkomen. Hij is gewend de vraag te onderzoeken of en in hoeverre beperkingen van grondrechten wel gerechtvaardigd kunnen worden door de juridische beginselen die de vrije markt schragen. De benadering camoufleert in wezen dat het conflict zich *tussen* fundamentele (economische) vrijheden afspeelt. Ze camoufleert dat het vrij verkeer van werknemers het sedert Rush Portuguesa heeft moeten afleggen tegen de vrijheid van dienstverlening. In tegenstelling tot wat geldt voor het discours over het eerste conflict (vrijheden *versus* grondrechten), is van enige afweging al helemaal geen sprake. De gedetacheerde werknemers maken geen enkele aanspraak op de bescherming die het vrij verkeer van werknemers hen biedt. De categorie wordt eenvoudig geweerd uit het juridische debat.

F. Dorssemont