

ANNOTATIE

Het Nederlandse stakingsrecht en de vrijheid van vestiging: de ultimium-remediumtoets in volle glorie hersteld

prof. mr. dr. F.G. Laagland

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 21-12-2016, ECLI:EU:C:2016:972 (AR-2016-1492)

1 Inleiding

De Europese Unie is van oudsher gebaseerd op economische vrijheden en vrije mededinging. Het arbeidsrecht was bij de oprichting van de toenmalige Europese Economische Gemeenschap in 1958 geen onderdeel van het Europese project. Met het Verdrag van Maastricht in 1993 hebben de lidstaten aan Europa een aantal wetgevende bevoegdheden op het terrein van het arbeidsrecht overgedragen (nu art. 153 VWEU), maar het blijkt in de praktijk lastig om binnen de Raad de vereiste unanimiteit of gekwalificeerde meerderheid te bereiken. Met de uitbreidingen van de Europese Unie in 2004 en 2007 zijn de tegenstellingen tussen de lidstaten enkel toegenomen. De totstandkoming van één Europees arbeidsrecht ligt dan ook niet voor de hand. De harmonisatie is beperkt tot de herstructureringsrichtlijnen uit de jaren zeventig, gelijke behandeling, gezondheid en veiligheid op het werk en medezeggenschap (de zogenoemde positieve integratie). Voor de overige onderwerpen is het aan de lidstaten om wetgeving op te stellen. Het Europese recht is daarmee echter niet van het toneel verdwenen. De laatste jaren neemt het Europese recht langzaam steeds meer bezit van het nationale arbeidsrecht. Dit gebeurt via de rechtspraak van het Hof van Justitie (hierna ook Hof): arbeidsrechtelijke regels worden getoetst aan de verkeersvrijheden en bij een schending buiten toepassing gesteld (ook wel negatieve integratie genoemd). Het arrest *Viking* uit 2007 leverde het bewijs dat het nationale arbeidsrecht geen immuniteit geniet waar het de verkeersvrijheden betreft (HvJ 11 december 2007, zaak C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772). In het kader van de vrijheid van vestiging onderwierp het Hof van Justitie het stakingsrecht aan strikte beperkingen. Het stakingsmiddel kon kort gezegd slechts worden ingezet als ultimium remedium. Het arrest leidde tot verontwaardigde reacties onder arbeidsrechtjuristen. Het effect van het arrest op het Nederlandse stakingsrecht bleek echter nihil. Er is voor zover mij bekend geen uitspraak waarin een Nederlandse rechter naar *Viking* verwijst. Dat is op zichzelf

niet vreemd. De Europese verkeersvrijheden vereisen een grensoverschrijdend element en de meeste stakingen in Nederland spelen zich binnen de Nederlandse rechtssfeer af. Althans, dat is wat het lijkt. De realiteit blijkt weerbarstiger. Het arrest *AGET Iraklis* van december 2016 laat zien dat vrij eenvoudig aan het grensoverschrijdende element is voldaan waar het om de vrijheid van vestiging gaat (HvJ 21 december 2016, zaak C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, AR 2016-1492).

Hoewel *AGET Iraklis* betrekking heeft op het collectieve ontslagrecht, heeft het arrest vanwege de uitleg van het grensoverschrijdende element consequenties voor het Nederlandse stakingsrecht. Het Hof van Justitie hanteerde in het arrest *Viking* een andere toetsingsnorm dan dat de Hoge Raad deed in de arresten *Enerco* en *Amsta*. Dat een stakingsgeschil eerder onder de vrijheid van vestiging valt, heeft daarom gevolgen voor het Nederlandse stakingsrecht. Saillant is de vraag hoe en wanneer de benadering van de Hoge Raad opzij kan worden gezet met een beroep op de vrijheid van vestiging. Deze vraag komt samen met een bespreking van het arrest *AGET Iraklis* aan de orde in de paragrafen 2 en 3. Een ander aspect dat aandacht verdient, is de houdbaarheid van arresten van het Hof van Justitie. Het arrest *Viking* is tien jaar geleden geweest. Inmiddels is een en ander veranderd. Het Verdrag van Lissabon is in werking getreden. Dit verdrag schenkt meer dan voorheen aandacht aan sociale aspecten en regelt dat de Europese Unie zal toetreden tot het EVRM. Het Hof heeft sindsdien in een aantal arresten een zekere beoordelingsvrijheid aan de lidstaten gegund op sociaaleconomisch terrein. Ook op dit punt is het arrest *AGET Iraklis* interessant. In paragraaf 4 wordt besproken in hoeverre het Hof van Justitie tegenwoordig meer dan in *Viking* acht slaat op de soevereiniteit van lidstaten. Anders geformuleerd en in vraagvorm: zou de uitkomst in *Viking* in 2017 nog dezelfde zijn? De annotatie sluit af met een conclusie in paragraaf 5.

2 Het uitdijende bereik van de vrijheid van vestiging

Sinds het befaamde arrest *Van Gend en Loos* uit 1963 komt aan particulieren een direct beroep toe op de verkeersvrijheden, waaronder ook de vrijheid van vestiging valt (HvJ 5 februari 1963, zaak C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1). Dit betekent niet dat alle nationale regels aan de verkeersvrijheden zijn onderworpen. Het moet gaan om regels die direct of indirect discrimineren of die beperkingen opwerpen voor de intracommunautaire handel. De laatste categorie omvat regels zonder enig discriminerend effect die de uitoefening van de verkeersvrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken (zie o.a. HvJ 15 december 1995, zaak C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (*Bosman*)). Deze ruime benadering brengt het nationale arbeidsrecht vrij eenvoudig binnen het bereik van de verkeersvrijheden. Arbeidsrechtelijke regels als zodanig leggen immers beperkingen op aan de totstandkoming van de interne markt. Dit geldt vooral voor lidstaten met een relatief hoog niveau aan werknemersbescherming, zoals Nederland. Buitenlandse bedrijven kunnen met een beroep op de vrijheid van vestiging trachten Nederlands arbeidsrecht buiten toepassing te stellen met het argument dat het hoge niveau aan werknemersbescherming hen belemmert zich in Nederland te vestigen en aldaar hun bedrijfsactiviteiten te ontplooien. Dit geldt niet alleen voor wetgeving maar ook voor collectief privaatrechtelijk handelen, zo leert het arrest *Viking*. De staking van de vakbond(en) was gericht op een behoud van arbeidsplaatsen en

arbeidsvoorwaarden. De stelling was dat de staking het voor de Finse vennootschap minder aantrekkelijk en zelfs zinloos maakte een van haar schepen om te vlaggen van het Finse naar het arbeidsrechtelijk meer gunstige Letse recht. Daarmee was de belemmering gegeven, aldus het Hof van Justitie.

In *Viking* ging het om de vrijheid van een vennootschap een van haar schepen naar een andere lidstaat om te vlaggen. De vrijheid van vestiging is veel omvangrijker. Het houdt tevens de vrijheid in om de aard en de omvang te bepalen van de bedrijfsactiviteit die in de lidstaat van ontvangst wordt ontplooid. Zo ging het in het arrest *AGET Iraklis* over de keuze van een Griekse vennootschap om de bedrijfsactiviteiten, en in het verlengde daarvan, het aantal werknemers te reduceren. Het Griekse arbeidsrecht bepaalde dat een collectief ontslag waarbij geen overeenstemming was bereikt met de vakbonden, voorafgaande toestemming vereiste van de minister van Sociale Zaken. Het Hof van Justitie kwalificeerde de Griekse wetgeving als een substantiële inmenging van de vrijheid van vestiging omdat de regels raakten aan een fundamentele beslissing inzake het voortbestaan van de onderneming. Dat was op zich nog niet zo verrassend. Verrassend was wel de overweging van het Hof inzake het grensoverschrijdende element. Naast een belemmering is een grensoverschrijdend element nodig om nationale regels onder het bereik van de vrijheid van vestiging te brengen. In *Viking* bestond hierover geen discussie: de vennootschap wilde een van haar schepen verplaatsen van Finland naar Letland. De situatie was minder eenduidig in *AGET Iraklis* waar het ging om een Griekse vennootschap die op basis van Grieks recht wilde overgaan tot een collectief ontslag van Griekse werknemers. Een puur interne kwestie zo leek het. Het Hof oordeelde anders. Dat de meerderheid van de aandelen in de Griekse vennootschap werd gehouden door een Franse vennootschap, voldeed als grensoverschrijdend element.

Wat maakt deze redenering opzienbarend? Het is vaste rechtspraak dat het grensoverschrijdende element wordt bepaald aan de hand van geografische aspecten. Met andere woorden, de casus (het geschil) moet een feitelijke link hebben met meer dan één lidstaat. De eis van een grensoverschrijdend element is logisch: de verkeersvrijheden zijn gericht op de totstandkoming van de interne markt en, in het verlengde daarvan, het elimineren van belemmeringen van het vrije verkeer tussen lidstaten. Interne kwesties vallen buiten het bereik van de verkeersvrijheden en daarmee buiten de bevoegdheid van het Hof. In de zaak *AGET Iraklis* had het geschil als zodanig geen geografische link met een andere lidstaat. Hoewel de feiten doen vermoeden dat de reorganisatie vanaf boven aan de Griekse vennootschap is opgelegd (zie punt 14 arrest), lijkt het Hof aan dit aspect geen relevantie toe te kennen. Ook A-G Wahl vindt voldoende dat de meerderheid van de aandelen in de Griekse vennootschap worden gehouden door een buitenlandse EU-vennootschap (zie punt 48 conclusie A-G). Interessant is ook dat de Franse moedervernootschap geen partij was in de procedure. Sterker nog, het was zelfs niet de moedervernootschap die een beroep op de vrijheid van vestiging deed. Desondanks koppelt het Hof het grensoverschrijdende element aan de Franse moedervernootschap. Om de vrijheid van vestiging te activeren is kennelijk voldoende dat een vennootschap een buitenlandse moeder heeft binnen de Europese Unie die door de nationale regels een belemmering van haar vrijheid van vestiging ondervindt. Er vindt

dus een onderscheid plaats tussen degene wiens grensoverschrijdende actie de vrijheid van vestiging activeert (de Franse moedervereniging) en degene die aan de vrijheid van vestiging rechten ontleent (de Griekse dochtervereniging). Een soortgelijke ontwikkeling is ook zichtbaar met betrekking tot de vrijheid van werknemers. In het arrest *Erzberger/TUI* stond het Hof toe dat een aandeelhouder een beroep deed op het vrije verkeer van werknemers terwijl hij niet als werknemer te beschouwen was (HvJ 18 juli 2017, zaak C-566/15, ECLI:EU:C:2017:562, AR 2017-0930 m.nt. Zaal in *JAR* 2017/208). De aandeelhouder had daardoor de mogelijkheid het Duitse Mitbestimmungsgesetz ter toetsing aan het Hof van Justitie voor te leggen.

De benadering in het arrest *AGET Iraklis* heeft het bereik van de vrijheid van vestiging op het Nederlandse stakingsrecht aanzienlijk verruimd. Waar eerder werd gedacht dat een staking slechts onder de vrijheid van vestiging viel als de bestaakte werkgever in het buitenland was gevestigd of zich naar een andere lidstaat wilde verplaatsen, blijkt voor het grensoverschrijdende element nu voldoende dat de meerderheid van de aandelen van de bestaakte werkgever in handen van een buitenlandse EU-vennootschap is. Eén aspect verdient in dat opzicht nog aandacht. Men zou kunnen stellen dat het Hof anders aankijkt tegen een staking gericht op een vennootschap die zich wil verplaatsen naar een andere lidstaat (zoals speelde in *Viking*) en een staking gericht op een vennootschap die (zonder zich te verplaatsen) wil overgaan tot gedwongen ontslagen of bijvoorbeeld weigert in te gaan op de eis tot verbetering van arbeidsvoorwaarden. Richt de staking zich tegen een concernbesluit tot reorganiseren dat (onder meer) op Nederlands niveau wordt uitgevoerd, dan is duidelijk dat de buitenlandse EU-moeder wordt belemmerd in de uitoefening van haar bedrijfsactiviteiten in Nederland. Minder zeker ben ik indien de buitenlandse moeder niets met het stakingsgeschil te maken heeft. Denk bijvoorbeeld aan een staking met als doel een verbetering van arbeidsvoorwaarden van de Nederlandse werknemers. Ik verwacht dat de staking ook dan de toegang tot de Nederlandse markt ongunstig beïnvloedt. Ook in *AGET Iraklis* hechtte het Hof immers weinig tot geen waarde aan het feit dat het collectieve ontslag onderdeel uitmaakte van een breder concernbesluit.

3 Europees en nationaal stakingsrecht: de eis van ultimum remedium

De combinatie van een belemmering en een grensoverschrijdend element brengt arbeidsrechtelijke regelgeving binnen het bereik van de vrijheid van vestiging en maakt het Hof van Justitie bevoegd. Hiermee is niet gezegd dat ook sprake is van een schending. Indirect discriminerende maatregelen en maatregelen die de uitoefening van de vrijheid van vestiging minder aantrekkelijk maken, kunnen gerechtvaardigd zijn door een legitiem doel. Het Hof van Justitie heeft werknemersbescherming geaccepteerd als legitieme doelstelling. Reden is dat de Europese Unie niet alleen een economische maar ook een sociale doelstelling kent (zie art. 3 lid 3 VEU en art. 9, 147 en 151 VWEU). Een lidstaat kan echter niet volstaan met het noemen van werknemersbescherming. In het arrest *Viking* stelde het Hof dat werknemersbescherming enkel als legitiem doel kon gelden indien daadwerkelijk arbeidsplaatsen of arbeidsvoorwaarden op het spel stonden althans ernstig in gevaar waren. Betekent dit dat werknemersbescherming geen legitiem doel is als het gaat om een staking gericht op een

verbetering van arbeidsvoorwaarden? De arbeidsvoorwaarden zijn dan immers niet ernstig in gevaar. Deze conclusie gaat mij te ver. De overweging van het Hof moet worden gelezen in de context van de casus. De eis van de vakbond zag op een behoud van arbeidsplaatsen en arbeidsvoorwaarden na de verplaatsing van het ferryschip naar Letland en Viking stelde dat zij daartoe een toezegging had gedaan. In dat geval kan de staking niet met een beroep op werknemersbescherming worden gerechtvaardigd: de vakbond krijgt wat zij eist. De situatie is anders als de werkgever niet akkoord gaat met de eisen van de vakbond. In dat geval verwacht ik dat het Hof werknemersbescherming als legitieme doelstelling voor de staking accepteert, ook indien de eis van de vakbond is gericht op een verbetering van arbeidsvoorwaarden.

Doorgaans zal de vakbond met een staking dus een legitiem doel nastreven. Of de staking als belemmering van de vrijheid van vestiging is te rechtvaardigen, is daarmee afhankelijk van de proportionaliteitstoets. Deze toets houdt in dat de staking geschikt moet zijn om het legitieme doel te bereiken en niet verder gaat dan noodzakelijk is (HvJ 30 november 1995, zaak C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*)). De geschiktheid ziet op de relatie tussen middel en doel. Een staking is een middel om werknemersbescherming te realiseren. Hier verwacht ik geen problemen. Dat ligt anders bij de noodzakelijkheid. Dit criterium vereist dat de minst beperkende maatregel wordt gekozen. Deze toets ligt lastig in het 'Europese arbeidsrecht'. Over wat Nederland noodzakelijk acht, hoeven andere lidstaten niet hetzelfde te denken. Bovendien bestaan binnen de Europese Unie zeer uiteenlopende visies op de mate waarin werknemers tegen de doorgaans economisch sterkere werkgever moeten worden beschermd. De balans tussen ondernemersvrijheid en werknemersbescherming is een politieke keuze waarover per lidstaat verschillend wordt gedacht. Anders gezegd, er is altijd wel een lidstaat die economisch beschouwd minder belastende maatregelen hanteert. In dat licht zou men kunnen stellen dat het Hof in de beoordeling van het noodzakelijkheids criterium enige terughoudendheid in acht moet nemen (zie hierna paragraaf 4). Voor die benadering koos het Hof niet in *Viking*. Hoewel het Hof overwoog dat de uiteindelijke beslissing bij de nationale rechter lag, gaf het duidelijke aanwijzingen voor de toepassing van het noodzakelijkheids criterium: het stakingsmiddel dient te gelden als ultimum remedium. Indien de minder belastende middelen niet zijn uitgeput, is de staking een onrechtmatige belemmering van de vrijheid van vestiging. Hier komt bij dat het aan de vakbond – als de partij die een beroep op de rechtvaardigingsgrond doet – is om te bewijzen dat aan het noodzakelijkheids criterium is voldaan.

Lange tijd gold in Nederland een soortgelijke benadering. De rechtspraak eiste tot 2015 dat een staking aan bepaalde zwaarwegende procedureregels voldeed (HR 30 mei 1986, NJ 1986/688 (NS)). Daaronder viel onder meer de ultimum-remediumtoets: een door artikel 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest (ESH) gedekte staking was slechts rechtmatig als het stakingsmiddel als uiterste redmiddel was ingezet. Met de arresten *Enerco* en *Amsta* is de Hoge Raad een andere koers gaan varen (HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077, AR 2014-0914 resp. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1687, AR 2015-0568, met recente bespreking van R.A.A. Duk in *ArA* 2017/2). Hoewel het in *Enerco* nog wat omslachtig werd geformuleerd, maakte de Hoge Raad in *Amsta* duidelijk dat de procedureregels, waaronder de

ultimum-remediumtoets, hun zelfstandigheid hadden verloren. Sindsdien vormt de ultimum-remediumtoets een gezichtspunt bij de beoordeling van de vraag of de vakbond op grond van een afweging van alle omstandigheden van het geval in redelijkheid tot de collectieve actie had kunnen komen (art. G ESH jo. art. 6:162 BW). Hierbij geldt dat een beperking of verbod slechts kan worden opgelegd wanneer dat maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk is, hetgeen aan de werkgever is om te bewijzen. Deze benadering heeft het belang van de ultimum-remediumtoets afgezwakt, althans in puur nationale gevallen. Zodra het stakingsgeschil binnen het bereik van de vrijheid van vestiging valt (zie paragraaf 2), rust op de Nederlandse rechter de plicht om het arrest *Viking* in zijn beoordeling te betrekken. Nu het Hof van Justitie geen onderscheid tussen type actievorm maakt, betekent dit concreet dat de ultimum-remediumeis in al zijn glorie herleeft. De vrijheid van vestiging biedt werkgevers daarmee een krachtig middel om de rechter te bewegen premature stakingen onrechtmatig te verklaren puur vanwege het feit dat minder beperkende middelen, zoals overleg en bemiddeling, niet zijn uitgeput.

Wat nu als de nationale rechter het arrest *Viking* niet in zijn beoordeling betreft? In dat geval riskeert Nederland aansprakelijkheid wegens de kennelijke schending van een inhoudelijk EU-voorschrift (HvJ 30 september 2003, zaak C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*)). In deze situatie schendt de rechter de vrijheid van vestiging. Daarbij is wel vereist dat het gaat om een beslissing in de hoogste instantie, waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat. Nederland zou als verweer kunnen stellen dat de Nederlandse rechter invulling geeft aan het ESH. Het Europees Comité van Sociale Rechten van het ESH heeft herhaaldelijk geconcludeerd dat het feit dat de rechter bepaalt of een staking prematuur is, inbreuk maakt op de wezenlijke inhoud van het stakingsrecht. De rechter treedt daarmee in het voorrecht van de vakbonden om te bepalen of het inzetten van een staking noodzakelijk is, aldus het Comité. Dit verweer zal Nederland in Europa echter niet baten. De Europese Unie is geen lid van het ESH en houdt daarmee in zijn rechtspraak dan ook geen rekening. Dit heeft tot gevolg dat Nederland in stakingsgeschillen die vallen binnen het bereik van de vrijheid van vestiging ofwel het Europese recht ofwel het ESH schendt. Nu de oordelen van het Europees Comité van Sociale Rechten formeel geen dwingende rechtskracht hebben, lijkt mij de keuze snel gemaakt. Dit ligt anders bij het EVRM. Het stakingsrecht wordt ook op basis van het EVRM erkend (zie o.a. EHRM 12 november 2008, 34503/97, EHRC 2009/4 (*Demir en Baykara*); EHRM 21 april 2009, 68959/01, EHRC 2009/96 (*Enerji*)). Het EVRM heeft een aanzienlijk sterkere positie in het Unierecht dan het ESH en die positie zal enkel toenemen na toetreding van de Europese Unie tot het EVRM. Het is echter niet duidelijk hoe het EHRM tegen de ultimum-remediumeis aankijkt en, belangrijker, welke beslissingsruimte het EHRM aan het Hof van Justitie na toetreding zal bieden in het licht van onder meer de vrijheid van vestiging (zie over het onderwerp ook: V. Velyvyte, 'The right to strike in the EU after accession tot the ECHR: a practical assessment', in: M. Freedland & J. Prassl, *Viking, Laval and Beyond*, Oxford: Hart Publishing 2015, p. 75-94).

4 Viking tien jaar later

Inmiddels is bijna tien jaar verstreken nadat het Hof van Justitie het arrest *Viking* wees. Dat

brengt mij tot de vraag of het oordeel van het Hof in 2017 nog hetzelfde zou zijn. Hoewel vanuit de arbeidsrechtelijke wereld kritiek is geleverd op het feit dat het Hof het stakingsrecht toetste aan de vrijheid van vestiging, verwacht ik niet dat op dit punt een verandering is opgetreden. Het Hof heeft vaker geoordeeld dat grondrechten niet buiten het bereik van de verkeersvrijheden staan. Bovendien heeft A-G Trstenjak na het arrest *Viking* in een conclusie geadviseerd tot een ander (in haar ogen meer gelijkwaardig) toetsingskader voor het geval verkeersvrijheden en grondrechten met elkaar in botsing komen (Conclusie 14 april 2010, zaak C-271/08, ECLI:EU:C:2010:183 (*Commissie/Duitsland*), punten 179-199). Het Hof van Justitie gaf aan dit advies evenwel geen gehoor (HvJ 15 juli 2010, zaak C-271/08, ECLI:EU:C:2010:426 (*Commissie/Duitsland*)). Ik denk bij een eventuele koerswijziging dan ook vooral aan de wijze waarop het Hof in het arrest *Viking* invulling gaf aan de proportionaliteitstoets, meer concreet het noodzakelijkheids criterium. Doordat het stakingsmiddel enkel als laatste redmiddel kon worden ingezet, bepaalde het Hof zeer concreet hoe de vrijheid van vestiging en het nationale stakingsrecht zich tot elkaar verhouden. Het Hof van Justitie gunde de lidstaten geen beoordelingsvrijheid. Is de vrijheid van vestiging in het geding, dan is *Viking* de norm die lidstaten hebben te respecteren.

De benadering van het Hof in *Viking* knelt met de institutionele structuur die aan de bevoegdheidsverdeling tussen de Europese Unie en de lidstaten ten grondslag ligt. Zoals uit de inleiding van dit artikel blijkt, valt het arbeidsrecht nog veelal binnen de competentie van de lidstaten. Dit geldt voor het stakingsrecht in het bijzonder aangezien dit onderwerp expliciet aan de bevoegdheid van de Europese wetgever is ontnomen (art. 153 lid 5 VWEU). Bovendien bepaalt artikel 5 lid 4 VEU dat '*krachtens het evenredigheidsbeginsel de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder gaan dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken*'. Deze bepaling geldt voor alle Europese instituties waaronder ook het Hof van Justitie valt (zie art. 1 Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, 12009M/PRO/02). Op basis hiervan kan worden betoogd dat het Hof een terughoudende toetsing in acht moet nemen waar het nationale arbeidsrechtelijke maatregelen betreft. Het is de taak van het Hof om de buitengrenzen van het nationale arbeidsrecht vast te stellen: daar waar nationaal optreden raakt aan de kern respectievelijk de essentie van de verkeersvrijheden. Voor het overige zou het Hof van Justitie de diversiteit op het terrein van het arbeidsrecht moeten respecteren. Een soortgelijke benadering hanteert het Europese Hof voor de Rechten van de Mens doorgaans ten aanzien van het EVRM. Gesteld kan worden dat het Hof van Justitie – zeker na de geplande toetreding tot het EVRM – gehouden is aan deze benadering invulling te geven.

Typisch is dat het Hof van Justitie deze benadering hanteert in recente rechtspraak. Zoals gezegd biedt het arrest *AGET Iraklis* een mooi voorbeeld. Het Hof gunde de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid bij het bepalen van de inhoudelijke voorwaarden voor een collectief ontslag. Het Hof stelde slechts de bovengrens vast: het arbeidsrecht mocht een collectief ontslag niet onmogelijk maken, noch mocht de regelgeving zo onduidelijk zijn dat werkgevers niet weten waaraan ze moeten voldoen. Een zelfde benadering koos het Hof in de arresten *Parkwood* en *Asklepios* inzake de Richtlijn overgang van onderneming (HvJ 18 juli

2013, zaak C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, AR 2013-0556 resp. HvJ 27 april 2017, zaak C-680/15, ECLI:EU:C:2017:317, AR 2017-0540). In beide arresten gebruikte het Hof de vrijheid van ondernemerschap uit artikel 16 EU-Handvest om de Richtlijn uit te leggen. De vrijheid van ondernemerschap verwijst naar de vrijheid van vestiging en houdt voor werkgevers dezelfde rechten in (HvJ 13 februari 2014, zaak C-367/12, ECLI:EU:C:2014:68 (*Sokoll-Seebacher*), punten 20-22). Zodra het Hof van Justitie artikel 16 EU-Handvest gebruikt bij de uitleg van arbeidsrechtelijke richtlijnen, dient het – net als bij de verkeersvrijheden – te bepalen hoe de ondernemersvrijheid zich tot de werknemersbescherming verhoudt. Ook dan speelt proportionaliteit een rol. In *Parkwood* maar duidelijker in *Asklepios* overwoog het Hof dat een dynamisch incorporatiebeding na de overgang zijn dynamische karakter behoudt, mits het de vrijheid van ondernemerschap niet onmogelijk maakte (in de kern aantastte). Dat laatste was slechts het geval indien de verkrijger niet in staat was de arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers aan te passen. Voor het overige gunde het Hof de lidstaten hun beoordelingsruimte.

De recente rechtspraak biedt aan Nederlandse vakbonden een argument voor de stelling dat het Hof van Justitie – zou het in 2017 over het stakingsrecht en de vrijheid van vestiging moeten oordelen – niet meer concreet zou bepalen wat noodzakelijk is. Dat zou betekenen dat de ultimatum-remedie alsnog komt te vervallen. De veranderende opstelling van het Hof zou men kunnen verklaren met verwijzing naar het Verdrag van Lissabon dat in 2009 in werking is getreden en meer dan voorheen aandacht schenkt aan de sociale doelstellingen en regelt dat de EU toetreedt tot het EVRM.

De argumenten voor een veranderde opstelling zijn sterk. Toch sta ik er kritisch tegenover. Ten eerste valt niet uit te sluiten dat het Hof in *Viking* van mening was dat een staking raakt aan de kern van de vrijheid van vestiging. Een staking geldt als de sterkste vorm van een belemmering. Vakbonden kunnen het stakingsmiddel inzetten om vennootschappen te dwingen tot arbeidsvoorwaarden met vrijwel iedere inhoud en beschikken daarmee over een middel waarmee de vrijheid van vestiging vrijwel onmogelijk kan worden gemaakt. Ten tweede koos het Hof ook voor een strikte invulling van het noodzakelijkheids criterium in het arrest *Achbita* (HvJ 14 april 2017, zaak C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, AR 2017-0311). De zaak draaide om het hoofddoekenverbod op de werkvloer. Hoewel het beleid van de werkgever werd bestempeld als indirect discriminerend, vond het Hof het hoofddoekenverbod gerechtvaardigd voor zover (1) het ging om werknemers met klantcontact en (2) de regels duidelijk waren. Het Hof baseerde zijn oordeel op artikel 16 EU-Handvest en gaf daarmee concreet aan hoe het discriminatieverbod zich tot de vrijheid van ondernemerschap verhoudt. Aan de lidstaten kwam geen beoordelingsvrijheid toe. Dat is interessant. Wat nu als lidstaten in nationale regelgeving wensen vast te leggen dat een hoofddoekenverbod op de werkvloer onder *geen* beding is toestaan? Het minimumkarakter van de Discriminatie Richtlijn staat een verdergaande bescherming van werknemers toe. Ik sluit echter niet uit dat ondernemers met succes kunnen betogen dat een dergelijke wettelijke regeling in strijd is met hun vrijheid van ondernemerschap. Uit het arrest *Achbita* blijkt immers dat die vrijheid hun toestaat een beleid op te stellen waarin werknemers met klantcontact wordt verboden een hoofddoek te dragen.

Artikel 16 EU-Handvest wordt in dat geval gebruikt bij de uitleg van het minimumkarakter van de Discriminatie richtlijn dat daarmee feitelijk een standaardkarakter krijgt. Het is lastig in te schatten of het Hof artikel 16 EU-Handvest op deze wijze zal invullen als het om nationale regelgeving gaat, maar uit te sluiten valt het zeker niet. Hoe het ook zij, feit is dat het arrest *Achbita* laat zien dat het Hof van Justitie ook anno 2017 in staat is tot een strikte benadering van wat noodzakelijk is op sociaaleconomisch terrein.

5 Afsluiting

Waar eerder werd gedacht dat een staking slechts onder de vrijheid van vestiging viel als de bestaakte werkgever in het buitenland was gevestigd of zich naar een andere lidstaat wilde verplaatsen, lijkt nu voldoende dat de aandelen van de bestaakte werkgever in handen zijn van een buitenlandse EU-vennootschap. In dat opzicht vergroot het arrest *AGET Iraklis* het bereik van het arrest *Viking* aanzienlijk. Ik verwacht niet dat het Hof van Justitie zijn inhoudelijke oordeel in *Viking* zal aanpassen. Dat betekent concreet dat Nederlandse werkgevers met een buitenlandse EU-moeder een krachtig middel in handen hebben om premature stakingen via de rechter te beperken of zelfs te verbieden.