

DE INVLOED VAN HET EU-RECHT OP HET NEDERLANDSE ARBEIDSOVEREENKOMSTENRECHT

1. Inleiding

In deze bijdrage wordt besproken op welke wijze het Europese arbeidsrecht het Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht heeft beïnvloed. De Europese Unie heeft in de ruim 60 jaar van haar bestaan inmiddels vele arbeidsrechtelijke regels tot stand gebracht. Deze betreffen niet zo zeer een systematische Europese regeling van het arbeidsrecht als zodanig, maar veeleer diverse richtlijnen met beperkte regelingen op afzonderlijke terreinen van Europees belang. Het is niet eenvoudig om het overzicht hiervan te behouden. Over het Europese arbeidsrecht zijn inmiddels lijvige handboeken verschenen met gedetailleerde informatie, zowel in Nederland² als daarbuiten.³ Deze boeken leggen veelal echter maar beperkt de relatie met de implementatie in het nationale recht.⁴ De bedoeling van deze bijdrage is om een overzicht te bieden waaruit de Nederlandse rechtspraak zich een indruk kan vormen van de reikwijdte en invloed van dit Europese rechtsgebied voor de

-
- 1 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden.
 - 2 Voor Nederland is het belangrijkste handboek S.S.M. Peters & R.M. Beltzer (red.), *Inleiding Europees arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.
 - 3 Belangrijke Engelstalige werken zijn: Roger Blanpain, *European Labour Law*, The Hague: Kluwer Law International 2014; Catherine Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: University Press 2012; Brian Bercusson, *European Labour Law*, London: Cambridge University Press 2009; Karl Riesenhuber, *European Employment Law*, Cambridge: Intersentia 2012; Jeff Kenner, *EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford: Hart Publishing 2003; A.C.L. Davies, *EU Labour Law*, Cheltenham: Elgar 2012.
 - 4 Zie (in breder verband) wel F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, Deventer: Kluwer 2007. In 2003-2004 is bij SdU een Reeks Europees Sociaal Recht verschenen, waarin op een vijftal terreinen de toenmalige stand van zaken ten aanzien van de doorwerking van het Europese arbeidsrecht in Nederland is beschreven.

Nederlandse rechtspraak.⁵ Daarmee moet in deze bijdrage een basis kunnen worden gevonden voor nader onderzoek bij specifieke rechtsvragen.

In het eerste deel van deze bijdrage wordt het verdragsrechtelijke kader geschetst, de rol van de sociale partners besproken en de doorwerking in het nationale recht behandeld. In het tweede deel wordt de doorwerking van de verschillende instrumenten uit het Europese arbeidsrecht in het Nederlandse arbeidsrecht besproken. Daartoe zijn die instrumenten geclusterd in een aantal thema's: vrij verkeer van werknemers, gelijke behandeling, arbeidsomstandigheden, arbeidsovereenkomst, herstructurering ondernemingen, medezeggenschap en internationaal privaatrecht.

2. Verdragsrechtelijk kader van het Europese arbeidsrecht

De Europese Economische Gemeenschap zoals die in 1957 werd opgericht, had primair geen arbeidsrechtelijke doelstelling. Maar de economische doelstelling van het inrichten van een gemeenschappelijke markt voor de lidstaten had vanzelf wel arbeidsrechtelijke gevolgen. In de eerste periode tot 1970 ontwikkelde de EEG vooral de vier basisvrijheden. Daartoe behoorde ook het vrij verkeer van werknemers.

In de daaropvolgende periode tot 1985 kwam een breder sociaal beleid tot ontwikkeling. Met het tot stand komen van de gemeenschappelijke markt groeide het besef dat een louter economische benadering zou leiden tot sociale onvrede. Op basis van sociale actieprogramma's werd een aantal specifieke thema's zoals gelijke behandeling, herstructurering van ondernemingen en arbeidsomstandigheden gereguleerd.

Met het aantreden van Commissievoorzitter Delors in 1985 kwam een veel omvattender sociaal beleid op de agenda. In 1989 kwam een 'EG-handvest voor de werkenden' tot stand. Dit was een louter politiek document dat nog niet werd onderschreven door het Verenigd Koninkrijk. Bij het Verdrag van Maastricht werd een 'sociaal hoofdstuk' voor het EG-verdrag vastgesteld, dat echter vanwege de tegenstand van het Verenigd Koninkrijk aanvankelijk via een Protocol en een 'Sociale overeenkomst' slechts voor de 11 andere lidstaten ging gelden. Sinds het Verdrag van

5 Zie voor een soortgelijke beschouwing voor het Belgische recht Frank Hendrickx, 'De invloed van het Europese Unierecht op het Belgische arbeidsrecht', in: Ilse Samoy, Vincent Sagaert & Evelyne Terryn (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 207-249.

Amsterdam in 1997 is dit hoofdstuk onderdeel van de verdragen geworden en zijn alle (thans 28) lidstaten er aan gebonden. Hoewel dit sociale hoofdstuk een breed sociaal beleid heeft mogelijk gemaakt op bijna alle terreinen van het arbeidsrecht, is sindsdien toch echter slechts langzaam maar zeker meer beleid ontwikkeld. Dat heeft te maken met de terughoudendheid met het ontwikkelen van Europees sociaal beleid, die bij veel landen in deze periode leefde. Toch zijn geleidelijk steeds meer richtlijnen tot stand gekomen op verschillende gebieden. Ook de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna ook wel: EU-Hof) heeft geleidelijk het gebied van het Europese arbeidsrecht verder ontwikkeld.

Doelstellingen

De algemene delen van de Verdragen bevatten voor het arbeidsrecht relevante bepalingen die in de loop der jaren 'socialer' zijn ingekleurd. Dit blijkt onder meer uit de doelstellingen ervan.

In het *Verdrag betreffende de Europese Unie* (VEU) is thans bepaald dat onder de doelstellingen van de EU ook de bevordering van het welzijn van haar volkeren valt. Bij de interne markt zet zij zich onder meer in voor een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen, die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang. De EU neemt maatregelen om te zorgen voor de coördinatie van het werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten, met name door de richtsnoeren voor dat beleid te bepalen. Zij kan initiatieven nemen ter coördinatie van het sociaal beleid van de lidstaten (art. 5 VEU). Daarnaast is voor het arbeidsrecht van belang dat dit Verdrag aan het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dezelfde juridische waarde toekent als aan de Verdragen (art. 6 VEU).

In het *Verdrag betreffende de Werking van de EU* (VWEU) is nader bepaald dat de EU sociale uitsluiting en discriminatie bestrijdt en dat zij sociale rechtvaardigheid en bescherming, de gelijkheid van vrouwen en mannen en de solidariteit tussen generaties bevordert. Zij bevordert ook de economische en sociale samenhang en de solidariteit tussen de lidstaten (art. 3 lid 3 VWEU).

Verdragsrechtelijke basis

Het VWEU bevat de grondslagen voor het sociale beleid, maar regelt dit nauwelijks inhoudelijk. De voornaamste bepalingen zijn te vinden in titel X over de sociale politiek in de artikelen 151-161. Artikel 153 VWEU biedt de basis voor de bevoegdheid van de Raad om richtlijnen vast te stellen op

sociaal gebied. De titel voorziet ook in de sociale dialoog, waarover hierna meer.

In artikel 151 VWEU wordt als doel van de sociale politiek geformuleerd: de bevordering van de werkgelegenheid, de gestage verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden, zodat de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang wordt mogelijk gemaakt, alsmede om een adequate sociale bescherming, de sociale dialoog, de ontwikkeling van de menselijke hulpbronnen om een duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau mogelijk te maken, en de bestrijding van uitsluiting. Bij de maatregelen die hiertoe worden getroffen dient overigens rekening te worden gehouden met de verscheidenheid van nationale gebruiken, met name op het gebied van contractuele betrekkingen, alsmede met de noodzaak het concurrentievermogen van de economie van de EU te handhaven. De genoemde ontwikkeling zal volgens de lidstaten voortvloeien uit de werking van de interne markt, die de harmonisatie van de stelsels zal bevorderen als ook uit in de Verdragen bepaalde procedures en het nader tot elkaar brengen van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen.

Het VWEU regelt meer inhoudelijk *het vrij verkeer van werknemers* (art. 45-48 VWEU). Dit vormt onderdeel van de eerste van de in titel IV van het VWEU opgenomen vier basisvrijheden van de interne markt: het vrij verkeer van personen, diensten, goederen en kapitaal.⁶ Deze vrijheid heeft ook een nauwe relatie met het burgerschap van de EU, dat geregeld is in art. 9 VEU en – wat betreft reis- en verblijfsrecht in de lidstaten van de EU – uitgewerkt in de art. 20-21 VWEU.

Een volgend belangrijk deel van het VWEU betreft *discriminatiebepalingen*. Naast de reeds uit 1957 daterende specifieke bepaling over gelijk loon voor vrouwen en mannen (nog steeds apart geregeld in art. 157 VWEU) bevat titel II een aantal algemeen toepasselijke bepalingen op het gebied van gelijkheid en discriminatie. Zo bevat dit een verplichting voor de EU om bij elk optreden ernaar te streven de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen (art. 8 VWEU). Daarnaast streeft de EU bij de bepaling en uitvoering van haar beleid en optreden naar bestrijding van iedere discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afkomst,

6 In de Nederlandse taalversie van het VWEU is in de kop van titel IV het woord 'personen' kennelijk per abuis weggevalen. Het niet opmerken hiervan door de Nederlandse regering zegt hopelijk niets over het gewicht dat aan deze factor wordt toegekend.

godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid (art. 10 VWEU). Het tweede deel van deze titel handelt onder meer over non-discriminatie. Hierin is een algemeen discriminatieverbod naar nationaliteit te vinden (art. 18 VWEU), en de bevoegdheid om maatregelen te nemen tegen discriminatie op grond van alle zojuist genoemde criteria (art. 19 VWEU). Het gaat hier derhalve om een algemeen grondbeginsel van de EU.

Vervolgens zijn een aantal meer beleidsgerichte bepalingen van belang. Het werkgelegenheidsbeleid van de EU vindt zijn grondslag in titel IX VWEU (art. 145-150). Hierbij gaat het meer om een gecoördineerde strategie dan om rechtsregels.⁷ Ook buiten deze verdragsbasis heeft de Raad op sociaal terrein een beleid ontwikkeld op basis van de zogeheten 'open coördinatiemethode'. Langs deze weg wordt op verschillende terreinen van sociaal beleid het beleid van de lidstaten op vrijwillige basis gecoördineerd, met behoud van de nationale autonomie.⁸ Financiële ondersteuning van het werkgelegenheidsbeleid is voorts mogelijk uit het Europees Sociaal Fonds (titel XI, art. 162-164 VWEU).

Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie van 2000 bevat een aantal bepalingen over sociale grondrechten die de EU dient te eerbiedigen.⁹ Met het Verdrag van Lissabon is dit Handvest een juridisch bindend document geworden. De betekenis hiervan voor het arbeidsrecht dient zich echter nog uit te kristalliseren.¹⁰

Het nastreven van een gemeenschappelijke arbeidsmarkt binnen de EU dient primair de economische doelstelling van integratie van de economie van de lidstaten. Daarbij past ook het streven om oneerlijke concurrentievoordelen tussen de lidstaten te vermijden, die zouden kunnen voortvloeien uit verschillen in de arbeidswetgeving. Een vanuit sociale overwegingen belangrijke nevensdoelstelling vormt het tegengaan van zogeheten 'social dumping': dit houdt in dat lidstaten door het toelaten van slechtere arbeidsvoorwaarden proberen in een betere concurrentiepositie ten opzichte van elkaar te komen.

Geleidelijk wordt het niveau van sociale bescherming op Europees niveau ontwikkeld. Hierbij wordt voortdurend discussie gevoerd over de

7 G.J.J. Heerma van Voss, 'De vele wegen naar een Europees sociaal recht', *Ars Aequi* 2001, p. 377-384 (themanummer *De toekomst van de Europese integratie*, p. 81-88).

8 B.P. ter Haar, *The Open Method of Coordination, An analysis of its meaning for the development of a social Europe*, diss. Leiden, Leiden: University Press 2012.

9 Brian Bercusson (ed.), *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Baden Baden: Nomos 2006.

10 Niklas Bruun, Klaus Lörcher & Isabelle Schömann (eds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford: Hart 2012.

vraag in hoeverre het gewenst is om sociaal beleid te voeren op dit niveau. Uitgangspunt hierbij vormt het subsidiariteitsbeginsel (art. 5 lid 3 VEU), dat voorschrijft dat regelgeving op het laagst mogelijke niveau plaatsvindt. Er wordt derhalve niet zo zeer gestreefd naar een alomvattend stelsel van sociale regelgeving in EU-verband, als wel naar het oplossen van fricties die zich op sociaal terrein blijken voor te doen in verband met de Europese integratie. Dit neemt niet weg dat, mede door de vervlechting van sociaal en economisch beleid, naarmate de Europese integratie verder vordert, op steeds meer terreinen behoefte ontstaat aan een Europees sociaal beleid.

Daarnaast dient nog te worden gewezen op de activiteiten van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) en de Raad van Europa. Zij hebben beide een meer omvattend beleid op het hele sociaal terrein, zij het dat de handhaving daarvan in beginsel minder krachtig is dan de handhaving van het unierecht. Zij werken overigens nauw samen met de EU bij de ontwikkeling van het Europees sociaal beleid.

In het kader van de IAO zijn naast een aantal belangrijke verdragen over de vakverenigingsvrijheid ook een reeks verdragen en aanbevelingen over praktisch alle aspecten van het sociaal beleid tot stand gekomen.

De Raad van Europa heeft – naast het bekende Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) – het voor het arbeidsrecht belangrijke Europees Sociaal Handvest (ESH) tot stand gebracht. Dit verdrag uit 1961, herzien in 1996, omvat een breed terrein van sociaal recht. De invloed van het verdrag is echter als gevolg van de voorzichtige formuleringen en het toezicht via niet-bindende conclusies van het Europees Comité voor de Sociale Rechten (ECSR) vooral indirect. Een uitzondering geldt het stakingsrecht dat wordt erkend in art. 6, lid 4 ESH. Aan deze bepaling werd door de Hoge Raad rechtstreekse werking toegekend. Tevens werden de ‘*Conclusions*’ van het Comité voor de sociale rechten door de Hoge Raad als een ‘gezaghebbende’ bron van rechtsvinding aangeduid.¹¹

Het EU-Hof verwijst een enkele maal voor de interpretatie van het arbeidsrecht van de EU naar het ESH.¹²

11 HR 30 mei 1986, NJ 1986/688 (NS).

12 HvJ EG 2 februari 1988, 24/86, Jur. 1988, p. 379, NJ 1990/39 (Blaziot).

3. Rol van de sociale partners

Zowel op het nationale als op het Europese niveau kunnen sociale partners een belangrijke rol spelen bij de ontwikkeling van het Europese arbeidsrecht. Onder 'sociale partners' worden de organisaties van werkgevers en werknemers verstaan. Het kan hierbij zowel gaan om Europese organisaties als om nationale organisaties en die per bedrijfstak.

In de eerste plaats kunnen de sociale partners worden ingeschakeld bij de implementatie van het Europese in het nationale recht. In Nederland pleegt dit echter slechts beperkt te gebeuren, namelijk in de vorm van advisering (via de Sociaal-Economische Raad of de Stichting van de Arbeid) bij de voorbereiding van de implementatiewetgeving.

De Commissie van de EU raadpleegt de sociale partners op het niveau van de EU in de zogeheten 'sociale dialoog'. Zij moeten zowel over de richting van een optreden van de EU als over de inhoud van overwogen voorstellen worden geraadpleegd. Daarbij kunnen zij de wens te kennen geven om zelf tot afspraken te komen, waarvoor zij dan minimaal negen maanden de tijd krijgen (art. 154 VWEU).¹³

Deze sociale dialoog kan leiden tot "contractuele betrekkingen, met inbegrip van overeenkomsten". De tenuitvoerlegging van de door sociale partners op het niveau van de EU gesloten overeenkomsten kan op twee manieren geschieden.

De *eerste* manier is volgens de procedures en gebruiken die eigen zijn aan de sociale partners en aan de lidstaten. Deze mogelijkheid verwijst naar invoering via cao's binnen de lidstaten. De belangrijkste overeenkomst waarbij voor deze methode is gekozen, is een raamovereenkomst over telewerk.

De *tweede* mogelijkheid komt in de praktijk vaker voor. Voor zaken die onder artikel 153 VWEU vallen kan de uitvoering, op gezamenlijk verzoek van de ondertekenende partijen, geschieden door een besluit van de Raad op voorstel van de Commissie. Op deze wijze zijn onder meer richtlijnen inzake ouderschapsverlof, deeltijdwerk en arbeid voor bepaalde tijd tot stand gekomen. Deze methode lijkt enigszins op de wijze waarop in Nederland cao's algemeen verbindend worden verklaard. De tekst van de overeenkomst kan hierbij niet worden veranderd. Er wordt slechts bindende kracht verleend aan de regeling als geheel. De overeenkomst is immers een onderhandelingsresultaat waarbij beide partijen

13 Edith Franssen, *Legal Aspects of the European Social Dialogue*, Antwerp: Intersentia 2002.

hebben gegeven en genomen. De Raad besluit in deze gevallen met gekwalificeerde meerderheid van stemmen, tenzij de betrokken overeenkomst één of meer bepalingen bevat die betrekking hebben op de onderwerpen waarvoor unanimiteit is vereist. In dat geval besluit hij met eenparigheid van stemmen (art. 155 VWEU). Het Europees Parlement is niet rechtstreeks in deze procedure betrokken, maar kan uiteraard wel een standpunt innemen over de wenselijkheid van omzetting van een overeenkomst in een richtlijn.

4. Doorwerking in de nationale rechtsorde

In het arbeidsrecht geldt voor de doorwerking van het Europese recht in het nationale recht een aantal specifieke aandachtspunten.

Horizontale werking

Voor doorwerking van het Europese arbeidsrecht in het Nederlandse recht is een belangrijk vraagstuk de horizontale werking van richtlijnen. In veel gevallen handelt dit rechtsgebied immers om rechtsrelaties tussen particuliere werkgevers en werknemers. Het EU-Hof heeft uitgemaakt dat horizontale werking wel mogelijk is voor het primaire unierecht¹⁴ en voor verordeningen, maar niet voor richtlijnen. Het uitgangspunt is dat richtlijnen zich slechts tot lidstaten richten, en dat van particulieren niet kan worden verwacht dat zij zich op de hoogte stellen over de vraag of hun overheid de EU-richtlijnen wel tijdig uitvoert. De lidstaat daarentegen, ongeacht of deze als overheid of als werkgever handelt, kan zich niet op zijn eigen nalatigheid tot uitvoering van het unierecht beroepen.¹⁵ Overigens kan wel een beroep worden gedaan op een richtlijn tegenover een semi-overheidsorgaan, dat in feite tot de overheid behoort.¹⁶ Dit neemt niet weg dat een richtlijn in de praktijk quasi-horizontale werking kan verkrijgen door een richtlijnconforme uitleg van het nationale recht.

14 HvJ EG 12 december 1974, 36/74, *Jur.* 1974, p. 1405, NJ 1975/148 (*Walrave en Koch/Association Union Cycliste Internationale e.a.*); HvJ EU 8 april 1976, 43/75, *Jur.* 1976, p. 455, NJ 1976/510 (*Defrenne 2*); HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88, *Jur.* 1990, p. I-1889 (*Barber*) en HvJ EG 6 juni 2000, C-281/98, *Jur.* 2000, p. I-4139, NJ 2000/710, JAR 2000/193 (*Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*).

15 HvJ EG 26 februari 1986, 152/84, *Jur.* 1986, p. 723 (*Marshall 1*).

16 HvJ EG 12 juli 1990, C-188/89, *Jur.* 1990, p. I-3313 (*Foster/British Gas*).

Conforme uitleg

Bij twijfel over de vraag of het nationale recht in overeenstemming is met het Europese, verplicht de jurisprudentie van het EU-Hof tot richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht. De verplichting tot conforme uitleg geldt ongeacht de vraag of de desbetreffende wetgeving voor of na de betreffende richtlijn tot stand is gekomen.¹⁷ De verplichting gaat echter niet zo ver dat een interpretatie contra legem kan worden gegeven.¹⁸ In het geval van discriminatie heeft, zo lang aan een richtlijn geen uitvoering is gegeven, de benadeelde groep aanspraak op toepassing van dezelfde regeling die van toepassing is op de bevoorrechte groep die in dezelfde situatie verkeert.¹⁹

Een typisch voorbeeld van een geval waarin binnen het arbeidsrecht de conforme interpretatiemethode werd toegepast, betreft de zaak-*Dekker*. De sollicitatie van mevrouw Dekker was door haar potentiële werkgever VJV afgewezen omdat zij zwanger was. Mevrouw Dekker beriep zich voor de nationale rechter op een onrechtmatige daad van VJV en op de nationale uitvoeringsbepalingen van de Richtlijn over gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces. De Nederlandse rechter gaf haar in twee instanties ongelijk, omdat er geen schuld zou zijn aan de zijde van de werkgever, een element van het Nederlandse begrip onrechtmatige daad. De Nederlandse Hoge Raad vroeg het EG-Hof om een prejudiciële beslissing over de uitleg van de toenmalige EG-Richtlijn voor de interpretatie van het nationale recht.²⁰ De rechter is immers als overheidsorgaan verplicht het EG-recht toe te passen. Het EG-Hof legde de richtlijn in voor mevrouw Dekker gunstige zin uit. Het overwoog daarbij dat nationale regels van burgerlijk recht niet in de weg kunnen staan aan de effectiviteit van de Europese richtlijn.²¹ De Hoge Raad volgde de uitleg van het EG-Hof bij zijn interpretatie van de Nederlandse wettelijke bepalingen.²² Op deze wijze kon mevrouw Dekker zich praktisch toch op de richtlijn

17 HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, *Jur.* 1990, p. I-4156 (*Marleasing/Comercial Internacional de Alimentación*).

18 HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92, *Jur.* 1994, p. I-3325 (*Faccini Dori/Recreb Srl*) en HvJ EG 26 september 2000, C-262/97, *Jur.* 2000, p. I-7321, NJ 2000/156 (*Rijksdienst/Engelbrecht*).

19 HvJ EG 7 februari 1985, 179/83, *Jur.* 1985, p. 511, RSV 1985/183 (*Industriebond FNV/Nederland*).

20 HR 24 juni 1988, NJ 1988/1002 (*Dekker/VJV 1*).

21 HvJ EG 8 november 1990, C-177/88, *Jur.* 1990, p. I-3941, NJ 1992/224 (*Dekker/VJV 2*).

22 HR 13 september 1991, NJ 1992/225 (*Dekker/VJV 3*).

beroepen, ook al was er sprake van een horizontale relatie, waarin theoretisch op de richtlijn geen rechtstreeks beroep kon worden gedaan.

Terugwerkende kracht

Een arrest van het EU-hof heeft in beginsel werking voor de uitleg van het betrokken voorschrift vanaf de inwerkingtreding van dat voorschrift. Slechts in uitzonderingsgevallen pleegt het Hof, in verband met dringende overwegingen van rechtszekerheid en eerbiediging van te goeder trouw tot stand gekomen verwachtingen, de terugwerkende kracht van een regel te beperken. Juist in het arbeidsrecht zijn hiervan voorbeelden te vinden, zoals bij de gelijke beloning van mannen en vrouwen²³ en de discriminatie naar nationaliteit.²⁴ Dit is een gevolg van de mogelijk vergaande gevolgen die in die gevallen toepassing van terugwerkende kracht zou kunnen hebben voor andere gevallen.

Prejudiciële procedure

Voor de nationale rechtspraak is voorts van belang dat in het arbeidsrecht nogal eens het EU-Hof wordt ingeschakeld door het stellen van prejudiciële vragen. Burgers kunnen de nationale rechter vragen om dit te doen als een kwestie van uitleg van EU-recht aan de orde is. Dergelijke procedures kunnen de nodige tijd nemen, doch het kan noodzakelijk zijn om definitief te kunnen bepalen hoe het nationale recht dat het Europese recht implementeert dient te worden uitgelegd. De hoogste rechter is verplicht zo nodig prejudiciële vragen te stellen.

Het is in zo'n geval van groot belang om de te stellen rechtsvraag zorgvuldig te formuleren. Hoewel de vraag uiteraard door de nationale rechter wordt gesteld, kunnen de partijen die in de procedure zijn betrokken reeds anticiperen op deze mogelijkheid door de rechter te verzoeken een dergelijke vraag te stellen en suggesties te doen voor de te kiezen formulering.²⁵ Soms stelt de rechter partijen daartoe ook eerst nog eens apart in de gelegenheid.

23 HvJ EG 8 april 1976, 43/75, *Jur.* 1976, p. 455, NJ 1976/510 (*Defrenne 2*) en HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88, *Jur.* 1990, p. I-1889, NJ 1992/436 (*Barber*).

24 HvJ EG 4 mei 1999, C-262/96, *Jur.* 1999, p. I-2685, AB 1999/393 (*Süriül/Bundesanstalt für Arbeit*).

25 G.J.J. Heerma van Voss, 'De verhouding tussen de Hoge Raad en de Europese rechters op het gebied van het arbeidsrecht', in: S.F. Sagel en E. Verhulst (red.), *Voor De Laet: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 33-58.

Sancties

Voor de vraag of het EG-recht effectief kan worden gehandhaafd, is essentieel dat is voorzien in sancties. Dikwijls voorziet de desbetreffende richtlijn in een verplichting om de nakoming van de bepalingen ook van een sanctie te voorzien. Het EG-Hof heeft uitgemaakt dat een dergelijke sanctie doelmatig en voldoende afschrikwekkend dient te zijn en niet slechts een symbolisch karakter mag hebben. Als de richtlijn de lidstaat vrijlaat om te kiezen voor een sanctie en er wordt gekozen voor schadevergoeding als sanctie, dient deze vergoeding dus in elk geval in een passende verhouding te staan tot de geleden schade.²⁶

Bij niet-tijdige implementatie van een richtlijn kan een particulier zich weliswaar niet tegenover een andere particulier op die richtlijn beroepen, maar kan hij wel zijn nationale overheid aansprakelijk stellen voor de daardoor veroorzaakte schade, zo werd uitgemaakt in het *Francovich*-arrest.²⁷ Dit voor de effectiviteit van het gehele Europese recht belangrijke arrest betrof overigens een arbeidsrechtelijke zaak, gebaseerd op de Insolventierichtlijn.

Voor de nationale rechtspraak is derhalve van belang dat in het geval een nationale wet ter uitvoering van een Europese richtlijn niet voorziet in een effectieve sanctie, als regel op basis van de richtlijn toch om een wel effectieve sanctie kan worden verzocht. Lukt het niet om de wederpartij tot naleving van het Europese recht te krijgen, omdat de overheid in gebreke is gebleven bij de implementatie van de richtlijn, dan kan het de moeite waard zijn om de overheid voor deze nalatigheid aansprakelijk te stellen.

5. Vrij verkeer van werknemers

Het vrij verkeer van werknemers vormt onderdeel van het vrij verkeer van personen, een van de vier basisvrijheden van het VWEU. Het vormt ook onderdeel van de rechten van de burger van de EU. Centraal staan de onbelemmerde toegang tot de arbeidsmarkt van de lidstaten voor alle EU-burgers, waardoor deze als werknemer in dienst kunnen treden in

26 HvJ EG 10 april 1984, 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Von Colson en Kamann/Nordhein-Westfalen*).

27 HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357, NJ 1994/2 (*Francovich en Bonifaci*).

alle lidstaten.²⁸ Daarnaast dienen zij als werknemer gelijk te worden behandeld zonder onderscheid naar nationaliteit. Doordat rechten van gezinsleden tot op zekere hoogte aan dit recht zijn gekoppeld, heeft het EU-recht hier soms ook betrekking op onderdanen van niet-EU-lidstaten, de zogeheten derdelanders.

Het recht op vrij verkeer van werknemers is geregeld in de artikelen 45-48 VWEU en uitgewerkt in Verordening (EG) 492/2011,²⁹ die in de plaats is getreden van de vroegere Verordening 1612/68. Het verblijf van werknemers en andere betrokkenen bij het vrije verkeer van personen is nader geregeld in Richtlijn 2004/38/EG.³⁰

De bepalingen van het vrij verkeer zijn in het Nederlandse recht niet zozeer uitgewerkt in aparte wetgeving, maar door het wegnemen van bestaande belemmeringen die aan het vrij verkeer in de weg stonden. Zo is voor EU-burgers geen tewerkstellingsvergunning vereist in het kader van de Wet Arbeid Vreemdelingen.

Ten aanzien van de vraag wie werknemer is, gelden gemeenschappelijke Europese rechtsbegrippen. De kwalificatie naar nationaal recht behoeft niet de doorslag te geven. Het HvJ EU hanteert echter voor het vaststellen van de status van werknemer de criteria van arbeid, loon en gezagsverhouding die in veel landen, en ook in Nederland, bepalend zijn.³¹ Het feit dat betrokkene ter aanvulling op zijn inkomen sociale bijstand nodig heeft om aan het minimumloon te komen doet niet af aan de status van werknemer.³² Ook de zgn. kleine deeltijdarbeid, met een loon beneden het nationale minimumloon, valt onder het werknemers-

28 Wel geldt bij toetreding van nieuwe lidstaten als regel een overgangstermijn. Anno 2014 geldt dit nog voor Kroatië, voorshands tot 1 juli 2015. Deze termijn kan echter worden verlengd tot uiterlijk 1 juli 2020. Het vrij verkeer van werknemers geldt daarnaast ook voor de landen die behoren tot de Europese Economische Ruimte (dit betreft naast de lidstaten van de EU Liechtenstein, Noorwegen en IJsland). Tevens is het in de praktijk van toepassing op Zwitserland als gevolg van bilaterale verdragen met dit land. Om de leesbaarheid te bevorderen wordt in de hoofdtekst steeds gesproken over EU-burgers, waarmee dan wordt bedoeld op allen op wie het vrij verkeer van werknemers van toepassing is.

29 De coördinatie van de sociale zekerheid van migrerend werknemers is geregeld in Verordening (EG) nr. 883/2004 en Toepassingsverordening (EG) nr. 987/2009. Deze valt buiten het bestek van deze bijdrage.

30 De Verbljfsrichtlijn 2004/38/EG vervangt de vroegere richtlijnen inzake verplaatsing en verblijf (RL 68/360/EEG) en openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid (RL 64/221/EEG), de Verordening inzake het verblijfsrecht na afloop van een betrekking (EG) 1251/70 en de richtlijnen inzake het verblijfsrecht van gepensioneerden, studenten en overige niet-werknemers (RL 90/364/EEG, RL 90/365/EEG en RL 93/96/EG).

31 HvJ EG 3 juli 1986, 66/85, *Jur.* 1986, p. 2139 (*Lawrie-Blum*).

32 HvJ EG 3 juni 1986, 139/85, *Jur.* 1986, p. 1746, AB 1987/223 (*Kempf*).

begrip. Wel moet het gaan om reële en daadwerkelijke arbeid en niet om werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig zijn.³³

Indien EU-burgers als werknemer werkzaam zijn in een ander EU-land worden behalve voor hen zelf ook verblijfsrechten verworven voor hun echtgenoot/geregistreerd partner, bloedverwanten in neergaande lijn beneden 21 jaar en verder alle bloedverwanten in de neergaande of de opgaande lijn die te hunner laste zijn.

Voor in- en uitreizen is voor de rechthebbenden slechts een geldig identiteitsbewijs noodzakelijk. Zonder enige voorwaarde mag een EU-burger maximaal drie maanden op het grondgebied van een andere lidstaat verblijven. Langer verblijf is toegestaan voor werknemers die als werknemer werkzaam zijn en voor de bij hen inwonende familieleden die hierboven genoemd zijn. Deze laatste groep moet een verblijfkaart aanvragen die een geldigheidsduur heeft van vijf jaar, maar in beginsel van kracht blijft indien de relatie wordt verbroken of de EU-burger het land verlaat.

Na vijf jaar ononderbroken verblijf verkrijgt de EU-burger een duurzaam verblijfsrecht in het land. Dit geldt ook voor familieleden van buiten de EU die vijf jaar bij deze EU-burger hebben ingewoond in het gastland. Dit recht vervalt weer na twee jaar verblijf buiten het gastland.

Een werkzoekende burger moet een redelijke termijn worden gegund om in een andere lidstaat werk te zoeken. Verliest hij zijn werknemersstatus in een ander land, dan behoudt hij gedurende een beperkte tijd zijn status als EU-werknemer in dat land met de daarbij behorende rechten.

De lidstaten mogen uitzonderingen maken op het vrij verkeer om redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid. Deze beperking wordt door de rechtspraak strikt opgevat, al hebben de landen wel een zekere beoordelingsmarge. Zo kan uitsluitend het persoonlijke gedrag van de betrokkene, dat een actuele bedreiging vormt voor de openbare orde, reden zijn voor uitzetting. Er mag bovendien geen onderscheid worden gemaakt met de eigen onderdanen.

Een uitgebreide jurisprudentie bestaat over het *verbod van discriminatie* ten aanzien van EU-burgers als werknemer. Art. 45 lid 2 VWEU en art. 7 Verordening (EG) nr. 492/2011 hebben daarbij rechtstreekse werking.³⁴ Het verbod van discriminatie betreft zowel directe als indirecte

33 HvJ EG 23 maart 1982, 53/81, *Jur.* 1982, p. 1665 (*Levin*).

34 HvJ EG 4 april 1974, 167/73, *Jur.* 1974, p. 359 (*Commissie/Frankrijk*).

discriminatie. Hierbij gaat het om maatregelen die tot gevolg hebben dat onderdanen van andere lidstaten van de aangeboden arbeid worden geweerd of ongunstiger arbeidsvoorwaarden verkrijgen dan eigen onderdanen, zonder dat dit is gebaseerd op objectieve verschillen in de situatie van de werknemers. Taaleisen mogen tot op zekere hoogte worden gesteld, mits de gestelde eisen niet onevenredig zijn aan het nagestreefde doel.

Daarnaast heeft de EU-werknemer recht op praktisch alle sociale voordelen van nationale onderdanen, zoals stemrecht in vakbonden, rechtsbescherming, faciliteiten, sociale zekerheid en fiscale voordelen. Alleen kiesrecht voor publiekrechtelijke lichamen mag hem worden onthouden.

6. Gelijke behandeling

Deze materie wordt in algemene zin geregeld in de artikelen 18 en 19 VWEU en voor het gelijk loon van vrouwen en mannen in artikel 157 VWEU. Voorts zijn ter bestrijding van discriminatie naar geslacht in het arbeidsproces verschillende richtlijnen vastgesteld, die in 2006 zijn gecodificeerd in een herschikkingsrichtlijn (RL 2006/54/EG).³⁵ Op andere terreinen van discriminatie bestaan richtlijnen inzake discriminatie naar ras (RL 2000/43/EG) en een algemeen kader voor de bestrijding van discriminatie in arbeid en beroep (RL 2000/78/EG).

In Nederland zijn deze richtlijnen vertaald in verschillende wetten inzake gelijke behandeling. Art. 7:646 en 647 BW en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB m/v) betreffen de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces. De Algemene Wet gelijke behandeling (AWGB) verbiedt onderscheid op een reeks van gronden en op een breder terrein. Daarnaast bestaan de Wet gelijke

35 De oorspronkelijke richtlijnen betreffen die inzake gelijk loon voor vrouwen en mannen (RL 75/117/EEG), gelijke behandeling van mannen en vrouwen op andere onderdelen van het arbeidsproces (RL 76/207/EEG, gewijzigd door RL 2002/73/EG), in de aanvullende sociale zekerheid (particuliere pensioenen, RL 86/378/EEG) en ten aanzien van de bewijslastverdeling (RL 97/80/EG). Daarnaast zij gewezen op de nog steeds geldende richtlijnen inzake gelijke behandeling van vrouwen en mannen in de wettelijke sociale zekerheid (RL 79/7/EEG) en voor zelfstandigen (RL 86/613/EEG).

behandeling op grond van handicap of chronische ziekte³⁶ en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.³⁷

Het discriminatieconcept is in de rechtspraak van het EU-Hof nader uitgewerkt. Zo omvat het ook het indirecte onderscheid: een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze die personen die worden beschermd tegen discriminatie met name treft. In het arrest *Bilka Kaufhaus* werd de rechtvaardigingsgrond voor indirecte discriminatie gedefinieerd. Kenmerkend voor deze omschrijving is dat een indirect onderscheid niet is verboden, indien dit objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Later werden deze definities in de herschikkingsrichtlijn en in de nationale wetgeving opgenomen.³⁸ Ten aanzien van leeftijdsdiscriminatie werd de rechtvaardigingsgrond echter iets ruimer geformuleerd.

Onder de plicht tot gelijke behandeling valt ook het verbod van intimidatie, waaronder seksuele intimidatie. Intimidatie wordt als discriminatie beschouwd indien er sprake is van ongewenst gedrag dat met de discriminatiegrond verband houdt, en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.

Er bestaan specifieke regels voor de *bewijslastverdeling* in discriminatiezaken. Indien personen die zich door niet-toepassing te hunner aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld achten voor de rechter of andere bevoegde instantie feiten aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden.³⁹

Van alle discriminatieverboden is dat op het gebied van gelijke beloning van mannen en vrouwen het sterkst ontwikkeld, zowel in de Europese wetgeving als in de rechtspraak. Zo werd een uitvoerige rechtspraak ontwikkeld over de vraag hoe de vergelijking tussen beloningen van mannen en vrouwen dient te worden gemaakt en in hoe functiewaarderingssystemen in dit verband moeten worden beoordeeld.

Van groot belang is voorts dat ook de particuliere bedrijfspensioenregelingen onder het beginsel van gelijke behandeling vallen. Dit kan

36 Wet van 3 april 2003, *Stb.* 2003/206 (WGBHCZ)

37 Wet van 17 december 2003, *Stb.* 2004/30 (WGBL).

38 HvJ EG 13 mei 1986, 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607 (*Bilka Kaufhaus/Weber von Hartz*).

39 Zie nader M. Leenders, *Bewijsrecht en discriminatie bij de arbeid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

reeds volgen uit het *Defrenne 2*-arrest van 1976,⁴⁰ werd uitdrukkelijk vastgesteld in het *Bilka*-arrest van 1986,⁴¹ en verder uitgelegd in het *Barber*-arrest van 1990.⁴²

7. Arbeidsomstandigheden

Sinds de Europese Akte van 1987 kan de EU met gekwalificeerde meerderheid besluiten nemen op het gebied van veiligheid en gezondheid bij de arbeid. Daarbij leefde het besef van het belang om bij een verdere integratie van de Europese markt minimale normen op dit terrein vast te stellen en buiten de concurrentiestrijd te houden. Dit heeft geleid tot een groot aantal richtlijnen op dit gebied.

De belangrijkste algemene regels voor dit rechtsgebied worden in het EU-recht gegeven in de Kaderrichtlijn inzake veiligheid en gezondheid (RL 89/391/EEG).⁴³ De kaderrichtlijn bevat een aantal algemene beginselen van het arbeidsomstandighedenbeleid. Daarbij is het uitgangspunt dat de bescherming van de veiligheid en gezondheid van de werknemers primair een verantwoordelijkheid is van de werkgever. Deze dient een adequaat beleid te voeren, gebaseerd op preventie. Daarbij dient hij werknemers(vertegenwoordigers) in te schakelen, alsmede deskundige werknemers of zo nodig externe deskundigen.

De kaderrichtlijn vormt de basis voor een groot aantal richtlijnen over specifieke aspecten van de arbeidsomstandigheden. Zo bestaan richtlijnen op het gebied van arbeidsplaatsen en apparatuur, fysieke belasting, gevaarlijke stoffen, fysieke gevaren, veiligheidssignalering en persoonlijke beschermingsmiddelen. Bekend zijn vooral de richtlijnen

40 HvJ EG 8 april 1976, 43/75, *Jur.* 1976, p. 455, NJ 1976/510 (*Defrenne 2*).

41 HvJ EG 13 mei 1986, 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607 (*Bilka Kaufhaus/Weber von Hartz*).

42 HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88, *Jur.* 1990, p. I-1889, NJ 1992/436 (*Barber*). De gevolgen van dit arrest zijn nader uitgewerkt in de arresten *Ten Oever*, *Vroege* en *Fisscher* (1993): HvJ EG 6 oktober 1993, C-109/91, *Jur.* 1993, p. I-4879, NJ 1994/714, JAR 1993/247 (*Ten Oever/Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*).

43 Deze richtlijn was de opvolger van RL 80/1107/EEG. Naast regelingen voor alle sectoren bestaan op dit gebied ook specifieke regelingen voor met name de zeevaart: RL 92/29/EEG voor medische hulpverlening aan boord van schepen en RL 93/103/EG voor de veiligheid aan boord van vissersvaartuigen. Voorts is voor deze sector van belang RL 2013/54/EU inzake de verantwoordelijkheid van de vlaggenstaat bij de naleving van het Maritieme Arbeidsverdrag (2006) van de IAO.

inzake arbeidsplaatsen (RL 89/654/EEG), beeldschermwerk (RL 90/270/EEG) en chemische agentia (RL 98/24/EG).

Daarnaast zijn er richtlijnen inzake bescherming van bijzondere groepen op het werk, met name uitzendkrachten (RL 91/383/EEG), zwangere werkneemsters (RL 92/85/EEG) en jongeren (RL 94/33/EG).

Al deze richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd in de arbeidsomstandighedenwetgeving, die voornamelijk publiekrechtelijk van aard is. De doorwerking naar privaatrechtelijke arbeidsverhoudingen is echter belangrijk. In de eerste plaats kent ook de titel over de arbeidsovereenkomst in het BW een regeling voor de bescherming van de veiligheid van de werknemers: art. 7:658 BW. Bij de invulling van de zorgplicht waarin ook die bepaling voorziet, spelen de in de Arbeidsomstandighedenwet geformuleerde normen in de praktijk een belangrijke rol. Daarnaast is het mogelijk dat de werknemers een civielrechtelijke procedure aanspannen indien de werkgever zijn verplichtingen op grond van de Arbowet niet nakomt. Weliswaar kunnen zij zich ook wenden tot de Inspectiedienst SZW (de voormalige Arbeidsinspectie), maar indien deze niet tijdig kan of wenst op te treden, behouden zij hun eigen privaatrechtelijke vorderingsrechten. Deze zullen dan veelal zijn gebaseerd op de eis van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). Ook ondernemingsraden kunnen de naleving van de wet langs privaatrechtelijke weg af te dwingen, naast de bevoegdheden die hen toekomen op grond van de Arbeidsomstandighedenwet en de Wet op de ondernemingsraden. De Arbeidsomstandighedenwet kent in art. 29 overigens ook de mogelijkheid dat een werknemer bij onmiddellijk dreigend ernstig gevaar het werk zelfstandig onderbreekt, met doorbetaling van loon en bescherming tegen ontslag.

Arbeidstijden

Arbeids- en vooral rusttijden zijn gereguleerd in de Richtlijn over de organisatie van de arbeidstijd (RL 2003/88/EG).⁴⁴

De richtlijn definieert arbeids- en rusttijden als complementair ten opzichte van elkaar en kent geen tussencategorie. Dit heeft geleid tot

44 Deze is de opvolger van RL 93/104/EG. Voor specifieke vervoerssectoren zijn specifieke regels tot stand gebracht. Zie Vo (EEG) nr. 3820/85 en 3821/85 inzake sociale voorschriften voor het wegvervoer en RL 2006/22/EG en RL 2009/4/EG en RL 2009/5/EG ter uitvoering daarvan. Daarnaast is er de richtlijn inzake arbeidstijden bij mobiele werkzaamheden in het wegvervoer (RL 2002/15/EG). Op basis van overeenkomsten van de Europese sociale partners in de desbetreffende sector zijn voorts richtlijnen tot stand gekomen inzake arbeidstijden voor zeevarenden (RL 1999/63/EG en RL 1999/95/EG) en van mobiel personeel in de burgerluchtvaart (RL 2000/79/EG).

problemen in de sectoren waar gewerkt wordt met zogeheten wachtdiensten (bv. brandweer, ambulance, ziekenhuizen). Het is de vraag of de tijd waarin bijvoorbeeld een arts op afroep beschikbaar moet zijn, als arbeids- of als rusttijd moet worden gezien. Indien het arbeidstijd zou zijn, is veel sneller de maximale arbeidsduur bereikt, waardoor de verschillende diensten elkaar sneller moeten opvolgen. Indien het echter rusttijd zou zijn, zou de werknemer met veel van deze diensten te zwaar belast kunnen worden.

In de praktijk wordt een onderscheid gemaakt tussen oproepdiensten, waarbij de betrokken werknemer thuis een oproep kan afwachten en aanwezigheids- of slaapdiensten, waarbij de betrokkene in de werkomgeving wacht. Het EU-Hof heeft dit onderscheid bepalend geacht. Indien de aanwezigheid op de werkplek vereist is, wordt de desbetreffende tijd volledig als arbeidstijd aangemerkt. Overweging daarbij is dat de werknemer in die situatie niet beschikt over naar eigen goeddunken in te vullen tijd.⁴⁵ Dit geldt ook indien de werknemer in de gelegenheid wordt gesteld om tussentijds op de werkplek te rusten.⁴⁶

Over de voorstellen van verschillende lidstaten, waaronder Nederland, om de richtlijn op dit punt te wijzigen, kon tot nog toe geen overeenstemming worden bereikt. Om die reden maken meer dan veertien lidstaten gebruik van de mogelijkheid van een 'opt out' waarin de richtlijn voorziet (art. 22). Volgens deze bepaling mag met instemming van de individuele werknemer worden afgeweken van de maximale wekelijkse arbeidsduur van 48 uur. Ook Nederland doet dit thans, hoewel het in de verleden tegenstander was van de mogelijkheid van 'opt out' en meende deze niet nodig te hebben.

De bepalingen met betrekking tot arbeids- en rusttijden zijn in Nederland uitgewerkt in de Arbeidstijdenwet. Net als de Arbeidsomstandighedenwet is dit een publiekrechtelijke wet, op de naleving waarvan wordt toegezien door de Inspectiedienst SZW. Ook deze wet heeft echter een belangrijke uitstraling naar het privaatrecht. De privaatrechtelijk overeengekomen arbeids- en rusttijden moeten passen binnen de publiekrechtelijk gestelde kaders. Afwijkende bedingen zijn nietig en afwijkende praktijken onrechtmatig. Werknemers kunnen ook langs civielrechtelijke weg afdwingen dat deze normen worden gerespecteerd en vakbonden en ondernemingsraden kunnen daarop mede toezien.

45 HvJ EG 3 oktober 2000, C-303/98, *Jur.* 2000, p. I-7997, *NJ* 2001/193, *JAR* 2000/251 (*Simap*).

46 HvJ EG 9 september 2003, C-151/02, *Jur.* 2003, p. I-8389, *JAR* 2003/226 (*Kiel/Norbert Jaeger*).

Vakantie

De Arbeidstijdenrichtlijn regelt ook het *recht op vakantie*. Dit houdt in dat jaarlijks minimaal vier weken vakantierecht bestaat met behoud van loon. Deze kan niet door een financiële vergoeding worden vervangen, behalve in geval van beëindiging van het dienstverband. Deze regeling is in Nederland geïmplementeerd in de art. 7:634 e.v. BW.

De Nederlandse regeling moest worden aangepast ten aanzien van het verval van vakantierechten tijdens (langdurige) ziekte. Oorspronkelijk verwierf de werknemer tijdens ziekte slechts vakantierechten gedurende de laatste zes maanden van de ziekte. Bij een langdurig ziekteverlof was hij daardoor in het op de ziekte volgende jaar niet gerechtigd tot het volledige aantal van vier weken vakantie. In het *Schultz-Hoff*-arrest is echter uitgemaakt dat een werknemer na een periode van ziekte toch zijn jaarlijkse vakantierecht moet kunnen opnemen.⁴⁷ De regeling is daarom gewijzigd.⁴⁸ Thans verwerft de werknemer ook tijdens ziekte onbeperkt vakantierechten. Daar staat tegenover dat de aanspraak op de minimum vakantierechten vervalt door het verstrijken van zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven. Hierbij geldt weer een uitzondering indien de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen (art. 7:640a BW).

Ouderschapsverlof

Ten slotte is er een richtlijn betreffende ouderschapsverlof, die gebaseerd is op een overeenkomst tussen de Europese sociale partners (RL 96/34/EG). In Nederland is deze materie geregeld in hoofdstuk 6 van de Wet Arbeid en zorg. Het recht op ouderschapsverlof geldt zowel voor vaders als voor moeders. Het recht bestaat wanneer de werknemer minimaal een jaar in dienst is. Het duurt zes maanden en kan ook in gedeelten worden opgenomen. Het dient te worden opgenomen voordat het kind acht jaar wordt.⁴⁹

Het EU-Hof heeft uitgesproken dat in bepaalde gevallen ook bij meerlingen moet worden voorzien in een evenredig langer durend

47 HvJ EG 20 januari 2009, C-350/06 en C-520/06, *Jur.* 2009, p. I-179, *NJ* 2009/252, *JAR* 2009/58, *RAR* 2009/49 (*Schultz-Hoff*).

48 Wet van 26 mei 2011, *Stb.* 2011/318.

49 Zie voor de laatste aanpassing van dit recht per 1 januari 2009, *Stb.* 2008/565.

verlof.⁵⁰ Nederland heeft zich het overnemen van deze ingewikkelde uitspraak echter bespaard door in de wet te regelen dat bij meerlingen ten aanzien van ieder van die kinderen recht op verlof bestaat.

8. Arbeidsovereenkomst

Het Europese arbeidsrecht kent geen regeling van de arbeidsovereenkomst als zodanig. In sommige gevallen was een Europese definitie wel noodzakelijk, bijvoorbeeld in het kader van het vrij verkeer van werknemers. In dat geval is deze in de rechtspraak ontwikkeld. In andere gevallen, zoals de nog te behandelen richtlijn inzake overgang van ondernemingen, heeft het EU-Hof juist geoordeeld dat de nationale definities bepalend zijn voor het werknemerschap en wordt dus een ieder door de richtlijn beschermd die in het nationale recht als werknemer bescherming geniet.

Wel kent het Europese arbeidsrecht richtlijnen voor een aantal specifieke knelpunten op het terrein van het arbeidsovereenkomstenrecht. In het bijzonder betreft dit de op de arbeidsmarkt in toenemende mate voorkomende arbeidsverhoudingen die afwijken van het traditionele standaardmodel van de voltijdse arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In Nederland wordt gewoonlijk gesproken van 'flexibele arbeidsrelaties', op Europees niveau van 'atypische arbeidsverhoudingen'.

Informatie over de arbeidsverhouding

In de eerste plaats is gepoogd de positie van werknemers in flexibele arbeidsrelaties te verstevigen door transparantie te bevorderen over hun arbeidsvoorwaarden. Daartoe is de Richtlijn inzake informatie over de arbeidsverhouding vastgesteld (RL 91/533/EEG).

Deze richtlijn is geïmplementeerd in art. 7:655 BW.⁵¹ Het artikel verplicht de werkgever om de werknemer schriftelijk een aantal gegevens te verstrekken. Dit kan door middel van een schriftelijke arbeidsovereenkomst, doch dit is niet noodzakelijk. Ook informatieverstrekking door middel van een cao, loonstrookje, brieven en andere documenten of een combinatie van deze kunnen daartoe worden gebruikt. Indien de

50 HvJ EU 16 september 2010, C-149/10, *Jur.* 2010, p. I-8489, *NJ* 2010/630, *JAR* 2010/257, *RAR* 2010/159 (*Chatzi/Ypourgos*).

51 Aanvankelijk in art. 7A:1637f BW. RL 91/533/EG is in Nederland geïmplementeerd door de Wet van 2 december 1993, *Stb.* 1993/635.

werkgever de informatie buiten de overeenkomst verstrekt, legt hij zich daarmee toch wel enigszins vast. De rechter kan althans aan de door de werkgever verstrekte informatie bewijskracht toekennen, al dient de werkgever wel in de gelegenheid te worden gesteld om aan te tonen dat de informatie als zodanig onjuist is, of door de feiten is achterhaald.⁵²

Interessant is verder dat de verplichting volgens de richtlijn niet alleen van toepassing is op arbeidsovereenkomsten, maar ook op andere arbeidsverhoudingen. Dit heeft de Nederlandse wetgever ertoe gebracht tevens te bepalen dat de verplichting van toepassing is ten aanzien van oproepkrachten en andere overeenkomsten waarbij een natuurlijk persoon zich verbindt om voor de andere partij tegen beloning arbeid te verrichten, buiten een beroep of bedrijf (art. 7:655 lid 6 en 7 BW). De memorie van toelichting noemt daarbij het uitzendcontract, het oproepcontract en het thuiswerk. Dit zijn arbeidsverhoudingen waarbij vaak pas sprake is van een arbeidsovereenkomst als er daadwerkelijk arbeid wordt verricht. Ook de freelanceovereenkomst kan onder deze bepaling vallen.

Deeltijdarbeid

Voor deeltijdarbeid is een richtlijn vastgesteld die gebaseerd is op de raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid van de sociale partners op Europees niveau (RL 97/81/EG).⁵³

De belangrijkste bepaling van deze raamovereenkomst betreft het verbod om deeltijdwerkers minder gunstig te behandelen dan vergelijkbare voltijdwerkers louter op grond van het feit dat zij in deeltijd werkzaam zijn, tenzij het verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is. Wanneer zulks passend is, wordt het '*pro rata temporis*'-beginsel toegepast (clausule 4).

In Nederland is deze clausule geïmplementeerd door een verbod op onderscheid naar arbeidsduur (art. 7:648 lid 1 BW). Deze is neutraal geformuleerd in die zin, dat ook voltijdwerkers niet minder gunstig mogen worden behandeld dan deeltijdwerkers.

Een vraag dat zich bij de toepassing van deze richtlijn voordeed, is of deeltijdwerkers die overwerk verrichten ook recht hebben op een overwerkvergoeding zoals ook voltijdwerkers die krijgen bij werk boven de normale arbeidsomvang. Het EU-Hof toonde zich hierin terughoudend. Het zou ook discriminatie kunnen vormen als werknemers bv. in

52 HvJ EG 4 december 1997, C-253/96 e.a., *Jur.* 1997, p. I-6907, *JAR* 1998/113 (*Kampelmann*).

53 RL 97/81/EG is in Nederland geïmplementeerd door de Wet van 3 juli 1996, *Stb.* 1996/391.

hun 21^e arbeidsuur per week verschillend zouden verdienen al naar gelang de overeengekomen arbeidsduur.⁵⁴ Een deeltijdwerker die overwerkt mag echter volgens het Hof ook niet minder verdienen dan een voltijdwerker in hetzelfde uur.⁵⁵

Daarnaast kent de raamovereenkomst bepalingen gericht op het wegnemen van belemmeringen om in deeltijd te werken. Deze waren echter al geruime tijd geleden in de Nederlandse wetgeving verwijderd. Wel is nog van belang dat de werkgever volgens de richtlijn verzoeken om verkorting of uitbreiding van de werktijd in overweging moet nemen. Nederland voerde in dezelfde periode zelfstandig reeds een verdergaande verplichting in door de Wet aanpassing arbeidsduur. Alleen indien zwaarwegende bedrijfsbelangen zich tegen inwilliging van het verzoek van de werknemer verzetten, kan de werkgever een dergelijk verzoek van de werknemer weigeren.⁵⁶

Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd

Vervolgens is een door de sociale partners op Europees niveau gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in een richtlijn vastgelegd (RL 1999/70/EG).⁵⁷

Ook deze raamovereenkomst kent een non-discriminatiebeginsel. Met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden worden werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd louter op grond van het feit dat zij voor bepaalde tijd werken, niet minder gunstig behandeld dan vergelijkbare werknemers in vaste dienst, tenzij het verschil in behandeling objectief is gerechtvaardigd. Wanneer zulks passend is, wordt het '*pro rata temporis*'-beginsel toegepast (clausule 4).

Deze clausule is in Nederland geïmplementeerd door het verbod op onderscheid tussen werknemers in de arbeidsvoorwaarden op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst (art. 7:649 lid 1 BW).

Een tweede belangrijk doel van de raamovereenkomst betreft voorkoming van misbruik (clausule 5). Lidstaten dienen te kiezen uit drie mogelijke maatregelen: objectieve redenen voor vernieuwing van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, een maximale totale duur

54 HvJ EG 15 december 1994, C-399/92 e.a., *Jur.* 1994, p. I-5727, *JAR* 1995/36 (*Helmig*).

55 HvJ EG 6 december 2007, C-300/06, *Jur.* 2007, p. I-10573, *NJ* 2008/218, *JAR* 2008/19 (*Voss/Land Berlin*).

56 Wet van 19 februari 2000, *Stb.* 2000/214 (WAA).

57 Richtlijn 1999/70/EG is in Nederland geïmplementeerd door de Wet van 7 november 2002, *Stb.* 2002/560.

van opvolgende overeenkomsten of de vaststelling van het aantal malen dat de overeenkomsten mogen worden vernieuwd. Nederland heeft voor de twee laatste opties gekozen, hoewel met één had mogen worden volstaan. In Nederland mogen thans maximaal drie opvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd worden overeengekomen en gedurende maximaal drie jaar kunnen opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden overeengekomen (art. 7:668a BW).⁵⁸ Voorts schrijft de raamovereenkomst voor dat de lidstaten bepalen onder welke voorwaarden arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd als opeenvolgend worden beschouwd. In Nederland is thans geregeld dat pas bij een onderbreking gedurende een periode langer dan drie maanden⁵⁹ niet meer van een voortgezette arbeidsovereenkomst wordt gesproken.⁶⁰

Ten slotte verdient vermelding dat de raamovereenkomst voorschrijft dat werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd moeten worden geïnformeerd over vacatures in de onderneming of vestiging teneinde hun dezelfde kansen op een vaste betrekking te garanderen als andere werknemers (clausule 6). In Nederland is deze clausule geïmplementeerd in art. 7:657 lid 1 BW.

Uitzendarbeid

Ten slotte is er een richtlijn voor uitzendarbeid (RL 2008/104/EG). Deze richtlijn wil de bescherming van uitzendkrachten garanderen, de kwaliteit van uitzendarbeid verbeteren en uitzendondernemingen als werkgever erkennen. In Nederland was dit in feite al gebeurd door de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) van 1998⁶¹ en de Wet Flexibiliteit en zekerheid uit 1999. Daarmee werd de uitzendmarkt grotendeels vrij gegeven en de vergunningsplicht voor uitzendbureaus afgeschaft.

Wel heeft het mogelijke misbruik van uitzendbureaus door dubieuze tussenpersonen (zoals koppelbazen), die het met de naleving van met name fiscale en sociale verplichtingen onvoldoende nauw nemen, de overheid er sedertdien toe gebracht de regels enigszins aan te scherpen. Zo

58 In het wetsvoorstel Werk en zekerheid is voorgesteld de periode van drie jaar terug te brengen tot twee jaar. Deze regeling zou moeten ingaan per 1 juli 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 2.

59 In het in de vorige noot genoemde wetsvoorstel Werk en zekerheid is voorgesteld om deze termijn te verlengen tot zes maanden.

60 Het HvJ EG heeft in een Griekse zaak geoordeeld dat een periode van 20 werkdagen (ca. 1 maand) als onderbrekingsperiode te kort is, HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, *Jur.* 2006, p. I-6057, *NJ* 2006/593, *JAR* 2006/175 (*Adelener*). Over de Nederlandse regeling heeft het Hof zich nog niet uitgelaten.

61 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998/306 (*Waadi*).

is in 2009 art 7:692 BW ingevoerd, dat de inlener aansprakelijk stelt voor de betaling van het minimumloon indien hij gebruik maakt van een niet-gecertificeerd uitzendbureau.⁶²

De Wet flexibiliteit en zekerheid heeft ertoe geleid dat in titel 7.10 BW een specifieke regeling is opgenomen van de uitzendovereenkomst (art. 7:690-692 BW). Daarin wordt de uitzendovereenkomst aangemerkt als een bijzonder type arbeidsovereenkomst. Hierbij wordt het uitzendbureau beschouwd als de werkgever en de inlenende ondernemer als derde. Ten opzichte van de normale regels betreffende de arbeidsovereenkomst gelden twee belangrijke uitzonderingen. Het uitzendbeding wordt toegelaten, inhoudende dat wanneer de inlener te kennen geeft dat de arbeidskracht niet meer nodig is de overeenkomst van rechtswege eindigt. Indien dit beding wordt overeengekomen, geldt hetzelfde voor de uitzendkracht zelf. Dit beding verliest zijn werking na 26 weken. De tweede uitzondering betreft het aantal opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Deze mogen onbeperkt worden overeengekomen, doch slechts in de eerste 26 weken van de uitzendrelatie. De beide beperkingen in de duur tot 26 weken zijn bepalingen van driekwart dwingend recht. Dit betekent dat bij cao hiervan kan worden afgeweken. Ten aanzien van beide termijnen is het in de sector gebruikelijk dat deze bij cao zijn verlengd. De cao's kennen de uitzendkracht echter na afloop van deze periode in ruil meer rechtsbescherming toe op ander gebied (scholing, pensioen) en voeren andere beperkingen in (bijvoorbeeld een minimale duur van drie maanden per nieuwe contractperiode). De richtlijn eist voorts dat de essentiële *arbeidsvoorwaarden* van uitzendkrachten tenminste dezelfde zijn als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen (art. 5). De wet kent min of meer in overeenstemming hiermee een verplichting tot gelijk 'loon en overige vergoedingen' van uitzendkrachten voor hetzelfde werk als vaste arbeidskrachten. Binnen zekere grenzen kan ook hiervan bij cao worden afgeweken (art. 8 Waadi).⁶³

62 Wet van 23 december 2009, *Stb.* 2009/620.

63 Zie over de uitzendovereenkomst nader F.B.J. Grapperhaus & M. Jansen, *De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999.

9. Herstructurering ondernemingen

In de jaren 1970 brak het besef algemeen door dat de gemeenschappelijke Europese markt bevordert dat ondernemingen grootschaliger en internationaler worden. Bijgevolg kunnen zij ook gemakkelijker productie verplaatsen van het ene land naar het andere, hetgeen voor werknemers onzekerheden kan opleveren. Om te voorkomen dat de Europese integratie alleen het belang van de ondernemingen dient en ten koste zou gaan van de belangen van werknemers, werd daarom ook regelgeving ingevoerd om werknemers te beschermen tegen te abrupte wijzigingen in hun rechtspositie. Daarmee werd niet beoogd de werking van de gemeenschappelijke markt te ondergraven, maar wel om te bevorderen dat de belangen van werknemers in de besluitvorming van ondernemers worden meegewogen. Dit gebeurt onder meer door de verplichting tot informatie en consultatie van vertegenwoordigers van werknemers bij collectief ontslag en het behoud van rechten van werknemers bij overgang van de onderneming. Voorts werd voorzien in inkomensbescherming bij insolventie van de werkgever. Wijzigingen in de productie die Ingrijpende gevolgen hebben voor de werknemers worden hierdoor niet per se voorkomen, maar kunnen wel op een zodanige manier worden ingevoerd dat het werknemers wordt vergemakkelijkt om zich aan de nieuwe situatie aan te passen.

Collectief ontslag

De Richtlijn collectief ontslag is aanvankelijk in 1975 vastgesteld als directe reactie op grote verontwaardiging over collectieve ontslagen door AKZO die tegelijkertijd in andere landen de onderneming uitbreidde. Sedertdien is de richtlijn in 1992 gewijzigd en in 1998 vervangen door de huidige (RL 98/59/EG).⁶⁴ De richtlijn schrijft voor dat bij collectief ontslag vertegenwoordigers van werknemers worden geïnformeerd en geconsulteerd. Daarnaast dient de bevoegde instantie te worden geïnformeerd. De richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Wet Melding Collectief Ontslag.⁶⁵ Deze wet verplicht de werkgever bij een voorgenomen ontslag van 20 of meer werknemers binnen drie maanden binnen het relevante werkgebied van het UWV de vakorganisaties die leden hebben binnen de onderneming te informeren en consulteren. Hierbij heeft Nederland

64 De richtlijn is voorafgegaan door RL 75/129/EEG en RL 92/56/EG.

65 Wet van 24 maart 1976, *Stb.* 1976/223. RL 92/56/EG is geïmplementeerd in de Wet van 7 juli 1993, *Stb.* 386.

gekozen voor raadpleging van vakbonden, terwijl bijvoorbeeld in Duitsland is gekozen voor consultatie van de ondernemingsraad. Deze keuze sluit aan bij het in Nederland geldende primaat van vakbonden bij onderhandelingen over sociale plannen bij reorganisatie. Gelet op het feit dat voor de opzegging van de arbeidsovereenkomsten ook toestemming moet worden verleend door het UWV, is er voor gekozen dat de melding ook aan het UWV moet geschieden en dat deze instantie mede toeziet op de naleving van de regeling. In 2012 is ter bevordering van de naleving van de wet de reikwijdte van de wet uitgebreid. Vastgelegd is thans dat voor de berekening van de 20 werknemers die worden ontslagen behalve opzeggingen ook ontbindingen door de kantonrechter en beëindigingsovereenkomsten moeten worden meegeteld.⁶⁶

Insolventie van de werkgever

Met de insolventierichtlijn wordt beoogd de sociale gevolgen van herstructurerings van ondernemingen te verzachten (RL 2008/94/EG).⁶⁷ Deze is in Nederland geïmplementeerd in de art. 66 e.v. WW.⁶⁸

De richtlijn beoogt in de eerste plaats de lidstaten te verplichten een fonds op te richten dat waarborgt dat werknemers bij insolventie van hun werkgever nog enige tijd hun loon krijgen betaald. Voor het werknemersbegrip wordt aangesloten bij het nationale recht, zij het dat deeltijdwerkers, werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en uitzendkrachten niet mogen worden uitgesloten (art. 2). Wel mogen werknemers worden uitgesloten voor wie een gelijkwaardige, alternatieve bescherming bestaat en huishoudelijk personeel in dienst van een natuurlijk persoon (art. 1). In Nederland is aangesloten bij het werknemersbegrip van de WW, doordat de regeling in die wet is opgenomen. Daarmee wordt voldaan aan de vereisten van de richtlijn, en is huishoudelijk personeel dat minder dan vier dagen per week voor een natuurlijk persoon werkt uitgesloten.

Voor het loon wordt aangesloten bij hetgeen de werkgever naar burgerlijk recht verschuldigd is. Het loon moet gedurende een periode van drie maanden worden betaald, behoudens misbruik. Regelingen voor de berekening van het loon die niet overeenkomen met de richtlijn zijn niet toegestaan.⁶⁹ De Nederlandse eis om zich als werkzoekende in te schrijven

66 Wet van 17 november 2011, *Stb.* 2011/597.

67 Deze richtlijn is de opvolger van RL 80/987/EEG en RL 2002/74.

68 RL 80/987/EEG is geïmplementeerd in *Stb.* 1968/375. RL 2002/74 is geïmplementeerd door de Wet van 15 september 2005, *Stb.* 2005/472.

69 Zie HvJ EG 14 juli 1998, C-125/97, *Jur.* 1998, p. I-4493, *JAR* 1998/229 (*Regeling*).

op straffe van verval van de betaling werd door het EU-Hof eveneens in strijd bevonden met de richtlijn.⁷⁰

De lidstaten mogen op eigen wijze vorm geven aan het waarborgfonds. Het fonds moet gescheiden zijn van het bedrijfskapitaal van werkgevers. Werkgevers dienen in de financiering bij te dragen, tenzij de overheid voor volledige financiering zorgt. Aanspraken van werknemers dienen te worden gehonoreerd ongeacht de vraag of de verplichtingen om in de financiering bij te dragen zijn nagekomen (art. 5). In Nederland wordt gebruik gemaakt van het werkloosheidsfonds. In grensoverschrijdende gevallen, waarin de insolvente werkgever vestigingen heeft in verschillende lidstaten, geldt het fonds van de lidstaat op het grondgebied waarvan de werknemers gewoonlijk hun arbeid verrichten als het bevoegde orgaan (art. 8 bis).

Overgang van onderneming

De Richtlijn betreffende het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen heeft veel aandacht getrokken. Thans is de materie geregeld in RL 2001/23/EG.⁷¹ Deze richtlijn is geïmplementeerd in afdeling 8 van boek titel 7 BW (art. 7:662-666 BW), alsmede in art. 14a Wet cao en art. 2a Wet AVV.⁷²

De richtlijn verstaat onder *werknemer* iedere persoon die krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer (art. 2 lid 1 onder d).⁷³ Er is derhalve geen Europees werknemersbegrip voor deze richtlijn van toepassing. In de Nederlandse *Albron*-zaak werd in een baanbrekend arrest uitgemaakt dat de richtlijn ook van toepassing is op een werknemer die in concernverband is gedetacheerd bij een onderdeel waarvan activiteiten worden overgedragen, zonder dat hij met dat onderdeel als werknemer een arbeidsovereenkomst heeft. Dit is gebaseerd op het feit dat de richtlijn ook ziet op 'arbeidsbetrekkingen'.⁷⁴

70 HvJ EU 17 november 2011, C-435/10, *Jur.* 2011, p. I-11705, *NJ* 2012/87 (*Van Ardennen/Raad van Bestuur UWV*).

71 De oorspronkelijke RL 77/187/EEG heeft geleid tot veel jurisprudentie, welke is gecodificeerd in RL 98/50/EG. De huidige richtlijn bevat enkele nadere technische verbeteringen en wordt aangeduid als 'consolidatierichtlijn'.

72 RL 77/187/EEG werd geïmplementeerd door de Wet van 15 mei 1981, *Stb.* 1981/400; RL 98/50/EG werden geïmplementeerd door de Wet van 18 april 2002, *Stb.* 2002/215. RL 2001/23/EG behoefde geen nadere wetgeving.

73 Deze definitie is ontleend aan HvJ EG 11 juli 1985, C-105/84, *Jur.* 1985, p. 2639, *NJ* 1988/907 (*Mikkelsen/Danmols*).

74 HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09, *Jur.* 2010, p. I-10309, *NJ* 2010/567, *JAR* 2010/298, *RAR* 2011/3 (*Albron Catering/FNV Bondgenoten en Roest*); HR 5 april 2013, *NJ* 2013/389.

In afwijking van art. 7:615 BW bepaalt art. 7:662 lid 1 BW dat de regeling ook geldt voor arbeidscontractanten bij de overheid. Dit was noodzakelijk omdat art. 1 lid 1 onder c van de richtlijn bepaalt dat zij ook van toepassing is op openbare en particuliere ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk. Ambtenaren vallen overigens niet onder de richtlijn.⁷⁵ Een privatisering derhalve ook niet, maar een deprivatisering (of nationalisering) weer wel.⁷⁶ Deze rechtspraak van het EU-hof is in de Nederlandse wetgeving niet duidelijk geïmplementeerd, maar tegenover de overheid kan wel rechtstreeks een beroep worden gedaan op de richtlijn.

Onder *overgang* verstaat de richtlijn: de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. Het begrip 'identiteit' is cruciaal en ontleend aan de rechtspraak in de Nederlandse *Spijkers*-zaak. Bij de overdracht van een abattoir dat enige tijd gesloten was geweest, was het de vraag of het dezelfde onderneming was die werd voortgezet. Volgens het Hof moet worden nagegaan of het, gelet op alle betrokken feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, gaat om de vervreemding van een lopend bedrijf, wat met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten. Daarbij noemde het Hof een reeks bepalende factoren. Al deze factoren zijn echter slechts deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek en mogen daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld, aldus het Hof.⁷⁷ Nadien is door het Hof uitgemerkt dat in bepaalde sectoren waar de bepalende factor wordt gevormd door het personeel (schoonmaak)⁷⁸ of de materiële activa (busvervoer op de weg,⁷⁹ catering,⁸⁰ beveiliging vliegvelden)⁸¹ het overdragen van (een

75 Althans, indien – zoals tot op heden in Nederland – voor hen een eigen statuut geldt, HvJ EG 14 september 2000, C-343/98, *Jur.* 2000, p. 6658, *JAR* 2000/225 (*Colino en Chiappero/Telecom Italia*).

76 HvJ EG 26 september 2000, C-175/99, *Jur.* 2000, p. 1776, *NJ* 2001/153, *JAR* 2000/239 (*Mayeur/APIM*).

77 HvJ EG 18 maart 1986, 24/85, *Jur.* 1986, p. 1119, *NJ* 1987/502 en HR 13 februari 1987, *NJ* 1987/503 (*Spijkers/Benedik*).

78 HvJ EG 11 maart 1997, C-13/95, *Jur.* 1997, p. I-1259, *NJ* 1998/377, *JAR* 1997/91 (*Süzen*).

79 HvJ EG 25 januari 2001, C-172/99, *Jur.* 2001, p. I-745, *JAR* 2001/68 (*Liikenne*).

80 HvJ EG 20 november 2003, C-340/01, *Jur.* 2003, p. I-14023 *NJ* 2004, 265, *JAR* 2003/298 (*Abler/Sodexho*).

81 HvJ EG 15 december 2005, C-232/04 e.a., *Jur.* 2005, p. I-11237, *JAR* 2006/19, *RAR* 2006/37 (*Güney-Görres/Securicor*).

wezenlijk deel) van die factor bepalend kan zijn voor de vraag of er een overgang van onderneming is.

Het begrip *overeenkomst* in de richtlijn wordt in de rechtspraak ruim opgevat. Zo bleek uit het arrest van het EU-Hof in de Nederlandse zaak *Sophie Redmond* dat de regeling ook van toepassing kan zijn bij intrekking van een overheidssubsidie aan de ene stichting en toewijzing aan de andere.⁸² Ook meer in het algemeen kan de overgang in fasen (dus via andere partijen) plaatsvinden.⁸³

Bij een overgang van onderneming is de *hoofdregel* dat de overnemende ondernemer met betrekking tot de arbeidsovereenkomst van rechtswege in de plaats treedt van de vervreemdende werkgever. Deze regel was nieuw voor Nederland en is in strijd met het klassieke privaatrechtelijke uitgangspunt van de contractsvrijheid. De rechten en verplichtingen die voor de overdragende werkgever op het moment van de overgang voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst gaan over op de verkrijger. De overnemer kan geen selectie maken uit het personeel.⁸⁴ Alleen indien de rechten uit de arbeidsovereenkomst zich niet lenen voor overdracht (zoals verschaffing van aandelen in de overdragende onderneming) en voorzien is in een afkoopregeling kan een beroep op de regeling in strijd komen met de redelijkheid en billijkheid.⁸⁵ Ook een concurrentiebeding gaat mee over op de verkrijger.⁸⁶ Maar de verkrijger kan zich weer niet beroepen op concurrentiebedingen van werknemers die nooit bij hem in dienst zijn getreden.⁸⁷ Ook pensioenrechten gaan mee over, maar de verkrijger kan er wel voor kiezen om zijn eigen pensioenregeling van toepassing te verklaren (art. 7:664 BW). De verkrijger wordt ook hoofdelijk aansprakelijk voor de op het tijdstip van de overgang bestaande schulden uit de arbeidsovereenkomst van de vervreemder aan de werknemer. De vervreemder blijft evenwel nog gedurende een jaar hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden uit de arbeidsovereenkomst die ten tijde van zijn werkgeverschap zijn ontstaan (art. 7:663, tweede lid BW).

De cao van de vervreemdende werkgever dient te worden toegepast totdat voor de verkrijger een nieuwe cao van toepassing wordt (art. 14a

82 HvJ EG 19 mei 1992, 29/91, *Jur.* 1992, p. I-3189, NJ 1992/476 (*Sophie Redmond*).

83 Zie voor Nederland: HR 23 april 1993, NJ 1993/503, JAR 1993/120 (*Braber/Indebus*).

84 HR 10 december 2004, NJ 2005/107, JAR 2005/13, RAR 2005/4 (*Verbeek/Proces House*).

85 Hof 's-Hertogenbosch 17 juli 2007, JAR 2007/211 (*Astron*).

86 HR 23 oktober 1987, NJ 1988/235 (*Ibes/Atmos*).

87 HR 20 april 1990, NJ 1990/729 (*Beugels/Tarco*).

Wet cao). Een soortgelijke regel geldt ten aanzien van bepalingen van een cao die algemeen verbindend zijn verklaard (art. 2a Wet AVV).

De richtlijn biedt ook *ontslagbescherming*. De enkele reden van overgang van onderneming kan geen reden zijn voor ontslag. Dit is in de Nederlandse wet geïmplementeerd door middel van een ontslagverbod in art. 7:670 BW. Neemt de werknemer zelf ontslag omdat er sprake is van een aanmerkelijke verslechtering van de arbeidsvoorwaarden, dan wordt dit ontslag toegeschreven aan de werkgever. Dit is in Nederland geïmplementeerd door de bepaling dat bij een ontbinding op deze grond deze met het oog op de toepassing van art. 7:685 lid 8 BW wordt ontbonden wegens een reden welke voor rekening van de werkgever komt. Dit zal dus waarschijnlijk leiden tot een hogere vergoeding voor de werknemer dan wanneer hij om andere redenen zelf om ontbinding zou hebben gevraagd. Ook kan worden verdedigd dat de werknemer indien hij zelf het initiatief neemt tot beëindiging in deze situatie niet verwijtbaar werkloos is in de zin art. 24 WW.

Uit de rechtspraak blijkt in het verlengde van de beschermende doelstelling van de richtlijn, dat de werknemer niet op voorhand afstand kan doen van de bescherming die hem bij overgang van onderneming toekomt. Dat kan hij wel achteraf,⁸⁸ maar dan dient zijn wil daartoe duidelijk te blijken.⁸⁹ Indien de vervreemder de keuzemogelijkheid biedt om bij hem in dienst te blijven, dan dient hij als goede werkgever voldoende opening van zaken en duidelijkheid te bieden aan de werknemers omtrent hun rechtspositie en niet suggereren dat daarbij moet worden ingestemd met een verlaging van de arbeidsvoorwaarden.⁹⁰

De richtlijn biedt ook het recht op informatie en consultatie van werknemersvertegenwoordigers over de overgang en haar gevolgen. Dit recht bestaat zowel bij de vervreemdende als bij de verkrijgende onderneming. Deze rechten waren voor de totstandkoming van de richtlijn reeds gewaarborgd door de Wet op de ondernemingsraden. Voor de ondernemingen die geen ondernemingsraad (of personeelsvertegenwoordiging) hebben, verzuimde de Nederlandse regering aanvankelijk een regeling te treffen. Deze is er alsnog gekomen door de invoering van de verplichting voor de werkgever om in die gevallen de individuele werknemers rechtstreeks in kennis te stellen (art. 7:665a BW).

88 HvJ EG 11 juli 1985, 105/84, *Jur.* 1985, p. 2639, NJ 1988/907 (*Mikkelsen/Dammols*).

89 HR 7 oktober 1988, NJ 1989/240 (*Bode/Hoheisel*).

90 HR 26 oktober 2007, NJ 2008/504, RAR 2008/3 (*Rabobank/Snoeren-van Es*); HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285 (*Rabobank/Van Kuijck*).

Een belangrijke kwestie betrof de toepasselijkheid bij *faillissement*. Aanvankelijk kende de Nederlandse wetgeving voor die situatie geen uitzondering. Het EU-Hof maakte desgevraagd uit dat de richtlijn wel van toepassing is bij surseance van betaling, maar niet bij faillissement. Wel mogen lidstaten de werking van de nationale regeling daartoe uitbreiden.⁹¹ De Nederlandse rechter maakte met een welwillende interpretatie uit dat nu de Nederlandse wetgever niet had beoogd verder te gaan de strekking van de richtlijn ook de Nederlandse wet niet van toepassing was bij faillissement van de vervreemder.⁹² Thans is deze uitzondering gecodificeerd in art. 5 lid 1 RL 98/50/EG en art. 7:666 lid 1 BW. Doch als gevolg van het toegenomen gebruik van zgn. ‘technisch faillissement’ om toepassing van de regeling te ontwijken, heeft de Europese wetgever het nodig geacht om een regeling voor te schrijven die misbruik van faillissement tegengaat. Daarom verplichtte art. 5 lid 4 RL 98/50/EG ook tot de nodige maatregelen om te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van insolventieprocedures met het doel werknemers te beroven van de in de richtlijn bedoelde rechten. De Nederlandse wetgever heeft deze bepaling uitgevoerd, door aan de mogelijkheid om een faillietverklaring te doen vernietigen de mogelijkheid te koppelen daarna de door de curator gedane opzeggingen van arbeidsovereenkomsten eveneens te vernietigen (art. 13a, 67 en 72 Fw). Deze regeling is ruimer dan die waartoe de richtlijn verplicht. Zij kan namelijk worden toegepast in alle situaties waarin het faillissement wordt vernietigd.

10. Medezeggenschap

De regelingen voor medezeggenschap van werknemers lopen in de verschillende lidstaten van de EU sterk uiteen. Daardoor is de rol van ondernemingsraden in grensoverschrijdende zaken enorm gecompliceerd.⁹³ Het heeft daardoor ook lang geduurd voordat er overeenstemming kon worden bereikt over een regeling voor medezeggenschap van grensoverschrijdende aard. Uiteindelijk is ook op Europees niveau gekozen voor een systeem van medezeggenschap door ondernemingsraden, zij het met de mogelijkheid

91 HvJ EG 7 februari 1985, C-135/83, *Jur.* 1985, p. 469, NJ 1985/900 (*Abels*) en HvJ EG 7 februari 1985, C-186/83, *Jur.* 1985, p. 519, NJ 1985/902 (*Botzen*).

92 CRvB 29 april 1986, *Prq.* 1986/2525; HR 30 oktober 1987, NJ 1988/191 (*KPS*).

93 Zie voor de medezeggenschap in het internationale bedrijfsleven in het algemeen L.G. Verburg, *Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven*, Deventer: Kluwer 2007.

voor ondernemingen om in overleg met de vertegenwoordigers van hun werknemers aan een ander systeem de voorkeur te geven.

Europese ondernemingsraad

De Richtlijn inzake de Europese ondernemingsraad schrijft medezeggenschap voor bij ondernemingen met een 'communautaire' omvang (RL 2009/38/EG).⁹⁴ Deze richtlijn heeft in Nederland geleid tot de Wet op de Europese ondernemingsraden.⁹⁵ Volgens deze wet zijn ondernemingen op communautaire schaal verplicht werknemers te informeren en consulteren. De wet schrijft niet voor dat deze informatie en consultatie plaatsvindt via de instelling van een Europese ondernemingsraad, maar wel dat over het medezeggenschapsmodel wordt onderhandeld met werknemersvertegenwoordigers uit alle lidstaten waarin de betrokken onderneming werkzaam is. De bijlage van de richtlijn bevat de zgn. subsidiaire voorschriften die uiteindelijk zullen gelden indien de ondernemer niet meewerkt aan deze onderhandelingen of indien er geen resultaat wordt bereikt. Ook kan in het overleg tot gehele of gedeeltelijke toepassing van deze regels worden besloten. Volgens deze voorschriften is wel een Europese ondernemingsraad verplicht. In de praktijk pleegt deze situatie ertoe te leiden dat de subsidiaire voorschriften het uitgangspunt vormen bij de onderhandelingen.

Als gevolg van deze regeling zijn bij veel ondernemingen op Europese schaal Europese ondernemingsraden of varianten daarop in het leven geroepen. Niettemin is het bij voldoende overeenstemming mogelijk om zelf de vorm van de medezeggenschap anders af te spreken en de bevoegdheden van de werknemersvertegenwoordigers anders te regelen.

Europese vennootschap

De Verordening voor het Statuut voor de Europese vennootschap (Vo 2157/2001) bevat een aantal bepalingen inzake het toezicht (art. 38-51), waarin ook aandacht wordt besteed aan medezeggenschap in toezichtsorganen binnen de vennootschap. Indien een Nederlandse onderneming de structuur van een Europese vennootschap verkiest, dient deze daardoor ook rekening te houden met het systeem van de Nederlandse

94 Dit is een herschikkingsrichtlijn ten opzichte van RL 94/45/EG.

95 Wet van 23 januari 1997, *Stb.* 1997/32. De herschikkingsrichtlijn is geïmplementeerd door de Wet van 7 november 2011, *Stb.* 2011/521.

structuurwet die ondernemingsraden invloed geeft op de benoeming van commissarissen.

Aan deze Verordening is ook een Richtlijn voor de medezeggenschapsrechten verbonden (RL 2001/86/EG). Deze richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap.⁹⁶ Als gevolg hiervan gelden voor de medezeggenschap in de Europese vennootschap regels die in hoge mate vergelijkbaar zijn met die voor de Europese ondernemingsraad.

Medezeggenschap op nationaal niveau

Ten slotte bestaat er een Kaderrichtlijn informatie en raadpleging van werknemers voor de medezeggenschap op nationaal niveau (RL 2002/14/EG). Deze richtlijn heeft weinig invloed gehad op de nationale wetgeving van Nederland, omdat de Wet op de Ondernemingsraden reeds verder strekkende rechten bevat.⁹⁷

11. Internationaal privaatrecht

Dit is het recht dat betrekking heeft op het toepasselijke recht bij grensoverschrijdende verhoudingen. Indien een EU-burger gaat werken in een andere lidstaat van de EU, geldt niet automatisch het daar geldende arbeidsrecht. Het internationaal privaatrecht wijst aan welk recht op de overeenkomst van toepassing is en welke rechter bevoegd is om geschillen te beslechten.

Toepasselijk recht

Op het gebied van het internationaal privaatrecht geldt de Rome 1-Verordening.⁹⁸ Deze verordening stelt de contractsvrijheid voorop. Partijen kunnen zelf het toepasselijke recht kiezen (art. 3). In afwijking daarvan verliest de werknemer echter niet als gevolg van een dergelijke rechtskeuze de dwingendrechtelijke bescherming die hij geniet op grond van het recht dat zonder deze rechtskeuze van toepassing zou zijn geweest (art. 8 lid 1). Daarnaast kunnen nog andere regels voorrang

96 Wet van 17 maart 2005, *Stb.* 2005/165.

97 Deze RL is geïmplementeerd door de Wet van 2 december 2004, *Stb.* 2004/652.

98 Vo (EG) nr. 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst. Deze verordening is in de plaats getreden van het vroegere door de EU-lidstaten gesloten Europees Verdrag inzake het Overeenkomstenrecht (EVO).

hebben. Dit zijn bepalingen van bijzonder dwingend recht aan de inachtneming waarvan een land zo veel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overigens van toepassing is op de overeenkomst (art. 9 lid 1).⁹⁹ Hebben partijen geen rechtskeuze gemaakt, dan is alleen het objectief toepasselijke recht van belang (art. 8 lid 2-4). Dit is in beginsel het recht van land waar (of van waaruit) de werknemer gewoonlijk werkt.¹⁰⁰ Indien dit land echter niet aanwijsbaar is, dan geldt het recht van het land waar de werkgever zich bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen. Ten slotte is het nog mogelijk dat het recht van toepassing wordt geacht van het land waarmee de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij zogeheten 'expats'.

Grensoverschrijdende detachering

De Richtlijn over terbeschikkingstelling van werknemers (RL 96/71/EG) is van belang voor de bepaling van het toepasselijke recht bij grensoverschrijdende detachering.¹⁰¹ Deze richtlijn is in Nederland geïmplementeerd door de Wet Arbeidsvoorwaarden Grensoverschrijdende Arbeid.¹⁰²

Het EU-Hof heeft bepaald dat grensoverschrijdende detachering plaatsvindt in het kader van de vrijheid van dienstverrichting binnen de EU (art. 56 VWEU).¹⁰³ Het Hof liet toe dat landen dwingende arbeidsrechtelijke regels ook van toepassing verklaarden op werknemers die in de lidstaat werden gedetacheerd. Als gevolg hiervan liepen de toegepaste regimes in de praktijk nogal uiteen. Met de Detacheringsrichtlijn werd beoogd art. 9 Rome I-verordening te concretiseren door te bepalen welk bijzonder dwingend recht op grensoverschrijdende detachering moet worden toegepast.

99 Vgl. HvJ EG 23 november 1999, C-369/96 e.a., *Jur.* 1999, p. I-08453, *NJ* 2000/251 (*Arblade/Leloup*).

100 Het EU-Hof legt dit ruim uit, vgl. HvJ EU 15 maart 2011, C-29/10, *Jur.* 2011, p. I-1595, *NJ* 2011/246, *JAR* 2011/114, *RAR* 2011/74 (*Heiko Koelzsch/Luxemburg*) en HvJ EU 15 december 2011, C-384/10, *Jur.* 2011, p. 1595, *NJ* 2012/273, *JAR* 2012/75, *RAR* 2012/37 (*Voogsgeerd*).

101 Zie M.S. Houwerzijl, *De detacheringsrichtlijn*, Deventer: Kluwer 2005.

102 Wet van 2 december 1999, *Stb.* 1999/554.

103 HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89, *Jur.* 1990, p. I-01417, *NJ* 1991/703 (*Rush Portuguesa*).

Grensoverschrijdend procesrecht

Ten slotte is er de Verordening over de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken: Vo (EG) nr. 44/2001,¹⁰⁴ die eveneens specifieke op het arbeidsrecht gerichte bepalingen kent (afdeling 5). Zo bepaalt art. 20 van deze verordening dat de vordering van de werkgever slechts kan worden gebracht voor de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan de werknemer zijn woonplaats heeft. Dit kan problemen opleveren bij verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van grensarbeiders die woonachtig zijn in Duitsland of België. De rechters uit die landen moeten dan de Nederlandse ontbindingsprocedure toepassen.

12. Conclusie

Het Europese arbeidsrecht krijgt in toenemende mate invloed op het Nederlandse arbeidsrecht. Kennis van het Europese recht en de doorwerking daarvan in Nederland is van belang om dit op een goede wijze te kunnen hanteren. Beoefenaren van de arbeidsrechtpraktijk die zijn ingevoerd in het Europese arbeidsrecht krijgen daarmee een voorsprong in procedures over arbeidsrechtelijke vraagstukken ten opzichte van degenen die zich louter kunnen baseren op kennis van het nationale recht.

Het bestuderen van arresten van het Europese Hof is in dit verband van even groot belang als van die van de Hoge Raad. Het Europese recht biedt telkens onverwachte mogelijkheden om een nieuwe zienswijze te doen doorbreken in het nationale arbeidsrecht. In de praktijk is het nuttig, indien zich een rechtsvraag voordoet op een onderdeel van het Nederlandse arbeidsrecht dat verband houdt met Europese arbeidsrecht, om ook goede nota te nemen van de Europese rechtsregel en de literatuur en rechtspraak daaromtrent.

Deze bijdrage hoopt daarbij tot steun te zijn door het mogelijk te maken om snel een overzicht te krijgen van de mogelijke relevante bronnen en om de juiste richting te vinden in het uitgestrekte gebied van het Europese arbeidsrecht.

104 Dit is de opvolger van het vroegere EEX-Verdrag.