

ANNOTATIE

Vlag van het schip niet relevant voor de toepasselijkheid van de Europese Verordening inzake het vrij verkeer van diensten in het zeevervoer (4055/86) als de dienstverlener is gevestigd in een lidstaat van de EER

mr. dr. G.W. van der Voet

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 08-07-2014, ECLI:EU:C:2014:2053 (AR-2014-0618)

1. Inleiding

Onderhavige zaak is de tweede uitspraak in nog geen week tijd van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) met betrekking tot de rechtspositie van de zeevarende. In de vorige uitspraak bepaalde het Hof dat de richtlijn inzake de ketenregeling (Richtlijn 1999/70/EG) ook van toepassing is op zeevarenden (HvJ EU 3 juli 2014, C-362/13; AR 2014-0597 (Fiamingo/Rete Ferroviaria Italiana SpA)). In de onderhavige uitspraak gaat het Hof in op het toepassingsbereik van Verordening 4055/86 inzake de toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer tussen de lidstaten onderling en tussen de lidstaten en derde landen (Verordening van de Raad van 22 december 1986, PbEG L 378/1; hierna: de verordening). Het Hof oordeelt dat de omstandigheden dat (1) het schip waarmee het betrokken zeevervoer wordt verricht en waarop de werknemers zijn tewerkgesteld voor wie de collectieve acties worden gevoerd, onder de vlag van een derde land vaart en dat (2) de bemanningsleden van het schip, zoals in casu het geval is, onderdanen zijn van derde landen geen afbreuk doen aan de toepasselijkheid van de verordening.

Na eerst de feiten van de onderhavige zaak kort te hebben samengevat (par. 2), als ook de uitspraak van het Hof (par. 3 en 4) zal in het daarop volgende commentaar worden ingegaan op de verhouding tussen de vrijheid van collectieve actie en de vrijheid van dienstenverkeer in het zeevervoer (par. 5).

2. Feiten

In casu was sprake van een geschil tussen de Noorse vennootschap Fonnship A/S (hierna: Fonnship) en twee Zweedse vakbonden – Svenska Transportarbetareförbundet (‘transportarbeidersbond’, hierna: ST) en Facket för Service och Kommunikation (‘vakbond voor de diensten- en communicatiesector’, hierna: SEKO) – die door middel van vakbondsacties het verrichten van diensten met een schip van Fonnship – de Sava Star – hadden verstoord.

De Sava Star is een bulkcarrier die voornamelijk trajecten aflegt tussen staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst. Het schip is ingeschreven in het scheepsregister van Panama en vaart dus onder Panamese vlag. De bemanning bestond uit vier officieren van Poolse nationaliteit en twee matrozen van Russische nationaliteit. Deze bemanning was in dienst bij Fonnship. Volgens Fonnship werden de lonen van die bemanningsleden beheerst door een collectieve arbeidsovereenkomst die zij had gesloten met een Russische vakbond. Volgens Fonnship waren die lonen, die voor matrozen ongeveer 550 Amerikaanse dollar (USD) per maand bedroegen, gelijk of zelfs hoger dan die werden aanbevolen door de International Transport Workers’ Federation (de Internationale Transportarbeidersfederatie; hierna: ITF). ST was van mening dat de lonen van de bemanning van de Sava Star onredelijk waren en heeft op 26 oktober 2001 – toen het schip voor anker lag in de haven van Holmsund (Zweden) – Fonnship verzocht om een door de ITF goedgekeurde cao (een zogeheten ‘Special Agreement’) te sluiten. Toen Fonnship dit weigerde werden vakbondsacties ondernomen waarbij met name het laden en lossen van dat schip werd verhinderd. Onder deze druk sloot Fonnship op 29 oktober 2001 toch een cao met ST (hierna: overeenkomst van 2001). Deze cao verplichtte onder meer tot betaling van toetredingsbijdragen en bijdragen voor het solidariteitsfonds, op grond waarvan Fonnship 1.794 USD moest betalen aan ST. De kapitein van de Sava Star heeft een protestbrief opgesteld en de bemanningsleden hebben een document ondertekend waarin stond te lezen dat zij de door ST gevoerde acties niet goedkeurden. Daarna heeft het schip de haven van Holmsund kunnen verlaten. Op 29 januari 2002 heeft Fonnship een vordering ingesteld bij de Arbetsdomstol met het verzoek om ST te veroordelen om haar 1.794 USD terug te betalen, alsmede om haar een schadevergoeding van ongeveer 10.000 USD te betalen voor de door genoemde vakbondsacties veroorzaakte economische schade.

Toen de Sava Star op 18 februari 2003 voor anker lag in de haven van Köping (Zweden) – en

de overeenkomst van 2001 niet meer van kracht was – werd zij door SEKO bezocht met een vergelijkbaar verzoek om een Special Agreement te ondertekenen. Toen Fonnship weigerde, volgden er opnieuw acties, waardoor Fonnship werd genoodzaakt om opnieuw een Special Agreement af te sluiten, zij het ditmaal met SEKO (de overeenkomst van 2003). Ook dit leidde voor Fonnship weer tot een verplichte betaling van een bedrag van 1.794 USD aan ‘verwerkingskosten’ en bijdragen voor een solidariteitsfonds. Op 11 maart 2003 startte Fonnship daarom ook een procedure bij de Arbetsdomstol tegen SEKO met het verzoek om SEKO te veroordelen om haar het bedrag van 1.794 USD terug te betalen en om haar een schadevergoeding van 6.000 EUR te betalen voor de door genoemde vakbondsacties veroorzaakte economische schade.

3. Prejudiciële vraag

De verwijzende rechter (Arbetsdomstol) – in deze zich inmiddels al langer dan tien jaar voortslepende procedure – is van oordeel dat de kwestie van de rechtmatigheid van die vakbondsacties doorslaggevend is voor de beslechting van de hoofdingen en dat hij, teneinde deze vraag op te lossen, dient te beoordelen of het Zweedse recht inzake vakbondsacties verenigbaar is met de Unierechtelijke bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten. Omdat partijen het niet eens zijn over de vraag of die bepalingen relevant kunnen zijn in een situatie zoals die in deze gedingen, waarin het betrokken schip onder Panamese vlag vaart, moet volgens die rechter vooraf worden onderzocht of het Unierecht toepasselijk is. Daarop heeft de Arbetsdomstol de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

‘Is de regeling van de EER-Overeenkomst inzake het vrij verrichten van diensten, te weten diensten op het zeevervoer – waarvoor een overeenkomstige regeling bestaat in het EG-Verdrag – van toepassing op een vennootschap die is gevestigd in een staat van de EVA [Europese Vrijhandelsassociatie], in zoverre haar activiteit bestaat in het verrichten van vervoerdiensten naar een lidstaat van de Europese Gemeenschap of een EVA-staat met een schip dat in een derde land buiten de Europese Gemeenschap en/of de EER is geregistreerd (en onder de vlag van dat land vaart)?’

Opvallend is dat de verwijzende rechter weigerde het Hof de vraag voor te leggen of de vakbondsacties verenigbaar waren met het recht van de EER, omdat hij van oordeel is dat het, gelet op de arresten Viking en Laval, aan hem is om, ingeval de EER-regels inzake het vrij verrichten van diensten in casu inderdaad van toepassing zijn, te beslissen of de acties noodzakelijk en passend waren. Hij gaf daarbij niet aan hoe zijn oordeel dan vervolgens zal luiden.

4. Oordeel van het Hof

Het Hof stelt eerst vast dat de verordening krachtens artikel 7 onder a van de EER-Overeenkomst en bijlage XIII onderdeel uitmaakt van de rechtsorde van alle staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst. De verordening en die bepalingen van de EER-Overeenkomst bevatten regels inzake de toepasselijkheid van het vrij verrichten van diensten in de zeevervoersector tussen staten die partij zijn bij de EER-Overeenkomst onderling en tussen die staten en derde landen.

Vervolgens stelt het Hof vast dat uit de bewoordingen en de structuur van artikel 1 lid 1 en 2 van de verordening volgt dat twee categorieën van personen in aanmerking komen voor dat vrij verrichten van diensten (mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan), te weten:

1. de in de EER gevestigde onderdanen van een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst;
2. de in een derde land gevestigde onderdanen van een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst en de scheepvaartondernemingen die in een derde land zijn gevestigd en worden gecontroleerd door onderdanen van een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst, mits hun schepen zijn geregistreerd in een lidstaat.

Voorts blijkt volgens het Hof uit de overwegingen in de considerans van de verordening alsook uit de voorgeschiedenis daarvan, dat de Uniewetgever – door de onderdanen van een lidstaat die in een derde land zijn gevestigd of daar een scheepvaartonderneming controleren, te laten vallen binnen die personele werkingssfeer – ervoor heeft willen zorgen dat een groot deel van de handelsvloot die in handen is van onderdanen van een lidstaat, valt onder de door de verordening ingestelde liberalisering van de zeevervoersector, zodat de rederijen van de lidstaten beter het hoofd kunnen bieden aan met name de door derde landen aangebrachte beperkingen.

Een aanknopingsvereiste kan tot slot worden gevonden in artikel 1 lid 2 van de verordening, waarin wordt bepaald dat de onderdanen van een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst die vanuit een in een derde land gevestigde inrichting handelen, zijn uitgesloten van het vrij verrichten van diensten indien hun schepen niet onder de vlag van die staat varen. A contrario kan uit het feit dat dit vereiste ontbreekt voor onderdanen van een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst die handelen vanuit een in de EER gevestigde inrichting, worden afgeleid dat de Uniewetgever meende dat deze categorie personen op zich een voldoende nauwe band heeft met het EER-recht om binnen de personele werkingssfeer van die verordening te vallen, ongeacht de vlag waaronder hun schepen varen (zie in die zin HvJ EG 17 mei 1994, C-18/93, punt 29 (Corsica Ferries) en HvJ EG 18 juni 1998, C-266/96, punt 3 (Corsica Ferries France)).

Gelet hierop, moet volgens het Hof op de gestelde prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 1 van de verordening zo moet worden uitgelegd dat een vennootschap die is gevestigd in een staat die partij is bij de EER-Overeenkomst en eigenaar is van een onder de vlag van een derde land varende schip waarmee zeevervoerdiensten worden verricht vanuit of naar een staat die partij is bij die overeenkomst, zich kan beroepen op het vrij verrichten van diensten, op voorwaarde dat die vennootschap op basis van de exploitatie van dat schip kan worden aangemerkt als verrichter van die diensten en de ontvangers daarvan zijn gevestigd in andere EER-lidstaten dan die waarin die vennootschap is gevestigd. Nagegaan moet dus worden of de vennootschap het schip ook zelf exploiteert.

Mocht blijken dat Fonnship de Sava Star zelf exploiteerde en dus moet worden aangemerkt als verrichter van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde zeevervoerdiensten, zoals Fonnship heeft betoogd, dan valt deze binnen de werkingssfeer van de verordening, aangezien de ontvangers van de diensten in casu waren gevestigd in een andere EER-lidstaat. In dat geval zou volgens het Hof elke beperking die zonder objectieve rechtvaardiging het verrichten van die diensten verbiedt, belemmert of minder aantrekkelijk maakt, onverenigbaar met het Unierecht moeten worden verklaard. Wanneer de verordening toepasselijk is, geeft zij volgens het Hof in wezen namelijk uitvoering aan de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten en de daarop betrekking hebbende rechtspraak.

Gezien de complexiteit van de organisatie van de activiteiten in het internationale zeevervoer zij in dit verband tot slot nog gewezen op de opmerking van A-G Mengozzi hierover in zijn conclusie van 1 april 2014 bij dit arrest. Hij gaf daarin aan van mening te zijn dat wanneer de eigenaar zijn schip voor een bepaalde periode (tijdbevrachting) of voor een bepaalde reis (reisbevrachting) verhuurt, verondersteld wordt dat hij in beginsel verantwoordelijk blijft voor de bemanning van het schip. Ook al verzorgt de bevrachter het vervoer voor de klanten, hij maakt gebruik van de bemanning van het schip dat hem door de eigenaar ter beschikking wordt gesteld. In een dergelijke situatie, waarin de eigenaar van het schip rechtstreeks verantwoordelijk blijft voor de bemanning van het schip, kan naar de mening van de A-G worden verdedigd dat zowel de bevrachter als de eigenaar dezelfde zeevervoerdienst aanbieden en derhalve beide onder de personele werkingssfeer van de verordening vallen (o.w. 56). Dit is anders in geval van een rompbevrachter (*bareboat-charter*), waaraan het schip zonder bemanning wordt verhuurd. Is sprake van een rompbevrachter, dan valt de eigenaar van het schip naar de mening van de A-G dan ook niet onder de werkingssfeer van de verordening (o.w. 57).

5. Verhouding tussen vrijheid van collectieve actie en vrijheid van dienstenverkeer in het zeevervoer

De internationale vrijheid van dienstverlening in de zeescheepvaart wordt niet (rechtstreeks) gewaarborgd door de vrijheid van dienstverlening als bedoeld in artikel 56 VWEU (art. 59 EEG-Verdrag ten tijde van de totstandkoming van de verordening), maar wordt blijkens artikel 58 lid 1 VWEU (destijds art. 61 lid 1 EEG-Verdrag) geregeld door titel IV inzake vervoer. Artikel 91 lid 1 VWEU van deze titel (destijds art. 84 lid 2 EEG-Verdrag) biedt daarbij de grondslag voor de uit 1986 daterende verordening. Deze verordening is van toepassing op het vervoer over zee van reizigers of goederen tussen een haven van een lidstaat en een haven of een offshore-installatie van een andere lidstaat of derde land (art. 1 lid 4). De verordening dient daarmee te worden onderscheiden van Verordening 3577/92 op het cabotagevervoer, waarin de vrijheid wordt gewaarborgd voor een zeevaartonderneming uit een EU/EER-lidstaat om vervoersdiensten te verrichten binnen de grenzen van een andere EU/EER-lidstaat. Het gaat dan dus niet om internationaal vervoer, maar om binnenlands vervoer van goederen of passagiers tussen twee punten in hetzelfde land, door een scheepvaartbedrijf uit een ander land. Ook deze verordening vindt zijn grondslag in artikel 91 lid 1 VWEU.

De onderhavige uitspraak maakt duidelijk dat het beginsel van vrij verkeer van toepassing is, ongeacht de registratie of de vlag van de door het vervoersbedrijf geëxploiteerde schepen. Artikel 1 lid 1 van de verordening geeft met andere woorden gemeenschapsreders de ruimte hun schepen onder een 'goedkope vlag' in te zetten (voor participatie aan het cabotagevervoer eist art. 1 lid 1 van Verordening 3577/92 overigens wel dat deelnemende reders schepen exploiteren die de vlag van een lidstaat voeren). Dit versterkt uiteraard de concurrentiepositie van de reders, maar kan nadelig zijn voor de arbeidsvoorwaarden en/of werkgelegenheid van bemanningsleden uit (sommige) EU/EER-lidstaten. De vraag is of de ITF – die een 'anti-goedkopevlaggenbeleid' voert – en nationale vakbonden daar iets tegen kunnen doen.

De A-G stelt in zijn conclusie dat het aan de verwijzende rechter is om aan de hand van nationale bewijsregels te onderzoeken of mogelijk sprake is van misbruik van het uit de verordening voortvloeiende recht op vrijheid van dienstverlening (o.w. 91). Dit zou volgens de A-G het geval kunnen zijn indien uit een aantal objectieve omstandigheden voortvloeit dat het 'wezenlijk doel' van het voeren van een 'goedkope vlag' is gelegen in de ontduiking van regelgeving inzake de beloning van de bemanning die normaliter van toepassing zou zijn geweest, indien het schip was geregistreerd in de staat van de EER waar de eigenaar is gevestigd. Deze ontduiking van arbeidsvoorwaarden zou voorts moeten leiden tot oneerlijke concurrentie. Dat zou volgens de A-G namelijk in strijd zijn met het doel van de verordening, waarmee blijkens de vooroverwegingen juist is bedoeld 'een stelsel van eerlijke concurrentie' te handhaven (o.w. 87). Voorts staat in deze vooroverwegingen dat deze zeevaartmaatschappijen niet mag worden belet te functioneren 'zolang zij het beginsel van eerlijke mededinging op commerciële basis aanvaarden' (zie de punten 6 en 7 in de

vooroverwegingen). Het is echter de vraag of in casu misbruik van recht zal worden aangenomen. Feit is dat in de hierboven aangehaalde zaken van Corsica Ferries en Corsica Ferries France eveneens sprake was van een Panamees gevlagd schip waarvan de eigenaar was gevestigd in een EU-lidstaat en dat het Hof de verordening zonder voorbehoud van toepassing achtte op deze scheepvaartondernemingen, evenals in de onderhavige zaak van Fonnship. Bovendien zal de eigenaar van het schip in de meeste gevallen meerdere redenen hebben om het schip in een derde land te registreren. Te denken valt onder meer aan het voordeel dat valt te behalen op het gebied van vertrouwelijkheid, inkomstenbelasting en regelgeving op het gebied van veiligheid en milieu en niet te vergeten de flexibiliteit van en de snellere dienstverlening door de maritieme overheidsinstanties in deze landen (zie ook o.w. 85 van de conclusie van de A-G). Niet voor niets spreken scheepvaartbedrijven over het algemeen niet over 'goedkope', maar over 'commerciële vlaggen'.

Veel zal waarschijnlijk dus afhangen van het gewicht dat wordt toegekend aan de vrijheid van collectieve actie zoals onder meer gewaarborgd in artikel 6 lid 4 ESH en artikel 28 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en hoe dat zal worden afgewogen tegen de vrijheid van dienstverlening. Deze vraag kwam eerder aan de orde in onder meer de bekende arresten ITF/Viking (HvJ EU 11 december 2007, C-348/05, *JAR* 2008/20) en Laval (HvJ EU 18 december 2007, C-341/05, *JAR* 2008/20).

Van belang in dat kader is dat de verordening aan scheepvaartondernemingen eenzelfde recht op vrijheid van dienstverlening toekent, als gewaarborgd in artikel 56 VWEU. Zo bepaalt artikel 1 lid 1 van de verordening in termen die in wezen niet verschillen van die van artikel 56 VWEU, wie in aanmerking komt voor het vrij verrichten van diensten inzake zeevervoer (HvJ EU 14 juli 1994, C-379/92, r.o. 39 (Peralta)) en verklaart artikel 1 lid 3 van de verordening de artikelen 55 tot en met 58 en 62 EEG-Verdrag van overeenkomstige toepassing op het zeevervoer. In de onderhavige zaak overweegt het Hof voorts dat wanneer de verordening toepasselijk is, zij in wezen uitvoering geeft aan de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten en de daarop betrekking hebbende rechtspraak. Het Hof verwijst daarbij naar de arresten Commissie/Frankrijk (HvJ EG 5 oktober 1994, C-381/93, punten 13 en 16); Commissie/Italië (HvJ EG 19 februari 2002, C-295/00, punten 9 en 10); Sea-Land Service en Nedlloyd Lijnen (HvJ EG 13 juni 2002, C-430/99 en C-431/99, punten 31 en 32); Geha Naftiliaki e.a. (HvJ EG 14 november 2002, C-435/00, punten 20 en 21) en Commissie/Spanje (C-18/09, punt 12). Deze rechtspraak omvat de in de arresten Viking en Laval ontwikkelde rechtspraak inzake de verenigbaarheid van vakbondsacties met de Europese economische vrijheden, waaronder de vrijheid van dienstverlening.

In de Viking-zaak ging het om het uitvlaggen van een veerboot van Finland naar Estland, waarbij de vrijheid van vestiging in het geding was. De Finse maatschappij Viking was

eigenaar van de veerboot Rosella, die een regelmatige verbinding tussen de lidstaten Estland en Finland verzorgde. Vanwege de concurrentie die de Rosella onderging van schepen uit Estland die op de zelfde route voeren, werd haar exploitatie verliesgevend. Om die reden wilde Viking het schip uitvlaggen naar Estland, zodat geprofiteerd kon worden van het lagere niveau van werknemersbescherming in Estland. Viking zou daarbij de economisch eigenaar blijven van de Rosella, maar de exploitatie zou worden uitbesteed aan een speciaal voor dit doel opgerichte dochtervennootschap in Estland. De ITF – die zoals gezegd een anti-goedkopevlaggenbeleid voert – kwam hiertegen in het geweer evenals de Finse vakbond FSU. Er volgde een staking. Viking beloofde naar aanleiding daarvan dat de omvlagging niet tot ontslagen zou leiden en deze pas ruim een jaar later zou plaatsvinden. Toen deze toezegging geen effect bleek te hebben, spande Viking een procedure aan bij de Engelse rechter en vorderde een verklaring voor recht dat de staking in strijd was met het gemeenschapsrecht. In hoger beroep legde de Court of Appeal een aantal prejudiciële vragen voor aan het Hof. Deze kwamen in de kern neer op de vraag hoe het recht op het voeren van collectieve actie zich verhoudt tot de Europese vrijheid van vestiging. Het Hof stelde vervolgens vast dat de Europese vrijheid van vestiging niet alleen ziet op het handelen van overheden, maar ook op ‘bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst, zelfstandige arbeid en het verrichten van diensten’ (r.o. 34). Dit brengt met zich dat de vrijheid van vestiging door een onderneming ook kan worden ingeroepen tegen een vakbond. Vervolgens oordeelde het Hof dat het recht op collectieve actie is te beschouwen als een grondrecht dat onderdeel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht (r.o. 44). Het stakingsrecht is volgens het Hof echter niet onbeperkt en dient te worden uitgeoefend in overeenstemming met het recht, waaronder het gemeenschapsrecht. De vrijheid van vestiging mag worden beperkt indien daarmee een met het EU-Verdrag verenigbaar doel wordt nagestreefd en deze haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. De beperking is bovendien pas gerechtvaardigd als zij geschikt is om het nagestreefde doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk. Vervolgens kwam het Hof tot het oordeel dat de acties van de vakbonden weliswaar een legitiem doel dienden – te weten de bescherming van de werknemers – maar dat het de vraag was of deze de evenredigheidstoets konden doorstaan, nu Viking behoud van werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden voor het zittende personeel had toegezegd.

In de zaak Laval oordeelde het Hof dat de Zweedse bonden een dienstverlener – in dit geval een bouwbedrijf – uit een andere EU-lidstaat niet middels een collectieve actie mochten dwingen om de Zweedse cao toe te passen op haar werknemers. Evenals in casu betrof het een typisch Zweedse zaak. Kenmerkend voor Zweden is namelijk dat het land geen wettelijk minimumloon kent. Evenmin kent het land algemeen verbindend verklaarde cao’s als bedoeld in artikel 3 lid 8 van de Detacheringsrichtlijn, waarin minimumloonafspraken zouden kunnen

worden opgenomen. In plaats daarvan worden loonafspraken door de vakbonden lokaal met de betrokken werkgever uitonderhandeld. Op deze wijze kon de Detacheringsrichtlijn (Richtlijn 96/71/EG) volgens het Hof echter niet worden geïmplementeerd. Dit maakt het voor een buitenlandse dienstverlener namelijk onmogelijk om vooraf te weten welke verplichtingen hij moet nakomen op het gebied van het minimumloon. In casu had het Letse bedrijf Laval via een Zweedse dochter (Baltic) een project voor de bouw van een school aangenomen in het Zweedse Vaxholm. Laval kwam niet uit de loononderhandelingen met de vakbonden wat leidde tot blokkering van het bouwterrein en stillegging van de bouwprojecten door de bonden. Daarop startte Laval een procedure bij de Arbetsdomstol met het verzoek de acties onrechtmatig te verklaren en die te verbieden. Het Hof oordeelde in navolging van het Viking-arrest dat het recht op vrijheid van dienstverlening jegens de vakbonden horizontale werking heeft en dat de acties van Zweedse vakbonden daarop een belemmering vormden. Door buitenlandse bedrijven te dwingen zich aan te sluiten bij de Zweedse bouw-cao werd het voor hen minder aantrekkelijk en zelfs buitengewoon moeilijk gemaakt om bouwwerkzaamheden uit te oefenen op Zweeds grondgebied. Dit gold a fortiori voor de gedwongen loononderhandelingen op de bouwplaats. Ter rechtvaardiging van deze belemmering beriepen de vakbonden zich op het recht van collectieve actie als een in het gemeenschapsrecht erkend grondrecht en op de bescherming van de werknemers. Daarop oordeelde het Hof dat de bescherming van de gedetacheerde werknemers en de bescherming van de werknemers in de lidstaat van ontvangst tegen 'social dumping' op zich legitieme doelen zijn, maar dat die de inbreuk op de vrijheid van dienstverlening niet kunnen rechtvaardigen omdat de Detacheringsrichtlijn al in deze bescherming voorziet. Om diezelfde reden oordeelt het Hof dat de Lex Britannia in strijd is met de vrijheid van dienstverlening. De Lex Britannia acht het mogelijk collectief actie te voeren tegen een werkgever die gebonden is aan een buitenlandse cao, terwijl een dergelijke actie niet mogelijk is tegen een werkgever die is gebonden aan een Zweedse cao (vanwege de daarin opgenomen vredesplichtclausule). Doel daarvan is eerlijke concurrentie te creëren tussen Zweedse werkgevers en ondernemers uit andere lidstaten. Dit doel viel volgens het Hof niet onder de uitzonderingen op de 'harde kern' van artikel 3 lid 1 van de Detacheringsrichtlijn, te weten bepalingen van openbare orde (art. 3 lid 10 Detacheringsrichtlijn).

De vraag is wat voor gevolgen beide arresten hebben voor de onderhavige zaak. Van belang is namelijk dat de Detacheringsrichtlijn in casu niet van toepassing is. In artikel 1 lid 2 van de Detacheringsrichtlijn staat namelijk dat de richtlijn niet van toepassing is op het zeevarend personeel van koopvaardijondernemingen. Deze uitsluiting houdt verband met de specifieke, mobiele ('itinerante') aard van het door deze groep werknemers verrichte werk en de praktische moeilijkheden in verband met de controle van deze werknemers (zie SEC(2006)439, p. 12). Om die reden komt het arrest in de Laval-zaak naar mijn mening wat

minder betekenis toe dan het arrest in de Viking-zaak, hoewel men zich kan afvragen of het opdringen door de Zweedse vakbonden van hun cao – terwijl Fonnship al een cao had afgesloten met een Russische vakbond – niet in strijd is met het Laval-arrest, gezien het feit dat de Lex Britannia daarin door het Hof werd ‘afgeschoten’. Franssen merkt in haar annotatie bij dit arrest (*JAR* 2014/98) op dat dat mogelijk in casu niet het geval is, aangezien de vakbonden niet eisten dat Fonnship de Zweedse cao zou naleven, maar de door de ITF goedgekeurde Special Agreement. Deze special agreements – waarin de lonen hoger zijn dan in de gewone ITF-voorwaarden – worden door ITF meestal opgelegd in het kader van een boycot en bevatten als zodanig dus een punitief element. (Zie over het juridische karakter van deze internationale cao o.a. A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 488 t/m 491.)

Voor de vraag of de vakbonden door middel van hun actie een inbreuk mochten maken op het vrije verkeer van diensten, zal naar mijn mening – uitgaande van de jurisprudentie van het Hof – dus dienen te worden teruggegrepen naar de objectieve beperkingsgrond uit het Viking-arrest, wat betekent dat de acties non-discriminatoir dienden te zijn en dat daarmee een met het Unierecht verenigbaar doel diende te worden nagestreefd dat zijn rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang en dat de acties met het oog daarop een noodzakelijk en evenredig middel dienden te vormen (zie overeenkomstig *Geha Naftiliaki e.a.* (HvJ EG 14 november 2002, C-435/00, punten 20 en 21). Hoewel de bescherming van de werknemers – die de Zweedse vakbonden betoogden voor ogen te hebben gehad – blijkens de jurisprudentie van het Hof weliswaar zo’n legitiem doel kan opleveren, is vervolgens de vraag of dit doel ook de evenredigheidstoets kan doorstaan. De Zweedse vakbonden stellen dat het door Fonnship betaalde loon internationaal als onredelijk wordt beschouwd, maar het is de vraag waar zij dat op baseren. Temeer daar – wat door Franssen ook wordt opgemerkt – Fonnship had aangegeven dat zij een loon betaalde dat gelijk of zelfs hoger lag dan werd aanbevolen door de ITF en dus ook hoger dan het door de ILO voorgeschreven internationale minimumloon voor zeevarenden (te weten een brutomaandsalaris van 592 US dollar), terwijl het ging om zeevarenden van buiten de EU. Waarschijnlijker lijkt het de actie een protectionistisch doel diende. De vraag die dan speelt is of er daadwerkelijk sprake was van verdringing van Europese scheepsgezellen (de conflicten met de ITF over de hoogte van het loon beperken zich vrijwel altijd tot de lonen van de scheepsgezellen, omdat de lonen van scheepsofficieren – ook die van scheepsofficieren uit derde landen – doorgaans veel hoger liggen). Daaraan voorafgaand gaat dan nog de vraag of er überhaupt voldoende aanbod is van Europese gezellen (veel zeewerkgevers beweren van niet).

Opgemerkt zij dat er behoorlijk wat kritiek is gekomen op de wijze waarop het Hof de Europese economische vrijheden afweegt tegen het sociale grondrecht van de collectieve

actievrijheid. Doordat het recht op collectieve actie in de horizontale verhoudingen geen rol lijkt te spelen als zelfstandige rechtvaardigingsgrond, is er bijvoorbeeld volgens Van Hoek en Houwerzijl geen sprake van een gelijkwaardige afweging tussen twee gelijkwaardige fundamentele rechten. (Zie A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, 'Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – Deel 1: De arresten Viking, Laval en Rüffert, verdragsaspecten', *NTER* 2008/7/8, p. 204 en 205. Zie ook S. Prechal en S.A. de Vries, 'Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht', *SEW* 2008/188.)

In dat verband zij tevens opgemerkt dat het Europees Comité inzake Sociale Rechten (ECSR) op 3 juli 2013 een heel andere afweging heeft gemaakt (*JAR* 2014/36, m.nt. E.J.A. Franssen). Het ECSR controleert of de bij het Europees Sociaal Handvest (ESH) aangesloten landen het handvest correct naleven. Bij schendingen van de regels kunnen (onder meer) vakbonden een klacht bij het ECSR indienen. In de betreffende zaak hadden twee Zweedse vakbonden een klacht ingediend tegen de Zweedse overheid. Aanleiding was de wetgeving die Zweden naar aanleiding van de Laval-zaak tot stand heeft gebracht (de Foreign Posting of Employees Act). Op grond van deze wetgeving zijn vakbonden ten aanzien van uit andere lidstaten van de EU/EER gedetacheerde werknemers alleen gerechtigd collectieve actie te voeren als deze ziet op het minimumloon en/of andere minimumarbeidsvoorwaarden die expliciet in deze wet zijn genoemd. Volgens de twee Zweedse vakbonden is dit in strijd met artikel 6 lid 4 ESH. Het ECSR oordeelt dat het recht op collectieve actie zoals neergelegd in artikel 6 lid 4 ESH alleen mag worden beperkt onder de voorwaarden zoals beschreven in artikel G ESH. Het gaat dan om beperkingen die bij de wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden. Als het nationale recht echter a priori verbiedt om collectieve actie te voeren, dan is dat volgens het ECSR in strijd met artikel 6 lid 4 ESH. De Foreign Posting of Employees Act is volgens het ECSR bovendien in strijd met artikel 19 lid 4 onder a en b ESH, omdat zij op de daarin genoemde punten niet dezelfde behandeling garandeert aan ter beschikking gestelde werknemers (de arbeidsmigranten) als aan de Zweedse werknemers. Franssen signaleert in haar annotatie bij deze – overigens niet-bindende uitspraak – dat het ECSR en het Hof ieder een ander toetsingskader hanteren: het ECSR hanteert (uiteraard) het ESH als toetsingskader, terwijl het Hof de fundamentele economische vrijheden als uitgangspunt hanteert. Het behoeft geen nader betoog dat dit in de meeste gevallen tot tegengestelde uitkomsten zal leiden. Botsende uitspraken zijn tevens te verwachten als de EU eenmaal is toetreden tot het EVRM. Artikel 11 EVRM omvat namelijk tevens het collectief actierecht (zie o.a. EHRM 12 november 2008, 34503/97 (Demir en Baykara/Turkije)). Zo betoogt Veldman dat door toetreding van de EU/EER tot het EVRM naar verwachting een andere koers zal worden gevaren met betrekking tot de weging van economische vrijheden ten opzichte van sociale

grondrechten als de vrijheid van collectieve actie. Reden daarvoor is dat de vrijheid van vereniging zoals gewaarborgd door artikel 11 EVRM, tevens het collectieve actierecht omvat, dat blijkens lid 2 alleen beperkt kan worden op min of meer dezelfde gronden als genoemd in artikel G ESH (zie A.G. Veldman, 'Werknemersbescherming en economische vrijheden', *TAP* 2013, p. 326 e.v.)

Zuiverder lijkt het om een Europees economisch vrijheidsrecht te beschouwen als een gerechtvaardigde beperking in de zin van artikel G ESH (resp. in de zin van art. 11 lid 2 EVRM) op het collectieve actierecht (het zijn immers door de wet voorgeschreven vrijheden van anderen), tenzij het betreffende vrijheidsrecht op haar beurt weer kan worden beperkt op grond van de daarvoor geldende beperkingsgronden. De daarvan onderdeel uitmakende evenredigheids-/proportionaliteitstoets zou door de rechter dan wel terughoudend, als een soort 'willekeurtoets', dienen te worden uitgeoefend om te voorkomen dat de rechter op de stoel van de vakbonden gaat zitten (zie over de proportionaliteitstoets o.a. Veldman 2013, p. 332). Probleem is alleen dat als de collectieve actie zich richt tot en keert tegen de werkgever als grensoverschrijdende dienstverlener – wat doorgaans het geval zal zijn – deze niet kwalificeert als een 'ander', te weten een 'derde', in de zin van artikel G ESH (resp. art. 11 lid 2 EVRM). Er resteert voor de werkgever dan dus nog slechts een beroep op misbruik van recht. Ook op het punt van artikel 19 lid 4 ESH blijkt het ESH niet helemaal goed te zijn afgestemd op de Europese economische vrijheden en de daarop gebaseerde regelgeving. Veldkamp merkt terecht op dat hier in wezen een taak voor de Europese wetgever ligt, die de vraag zal moeten beantwoorden hoe een sociaal Europa eruit moet zien en hoeveel ruimte voor loonconcurrentie binnen Europa dient te bestaan. Tot op heden heeft de Europese wetgever echter niet voor een oplossing kunnen zorgen. Zo besloot de Europese Commissie in 2012 haar voorstel voor een richtlijn inzake de verhouding van het stakingsrecht tot de vrijheden van dienstverlening en vestiging (de Monti-II-richtlijn, COM(2012)130) in te trekken, wegens gebrek aan draagvlak en regelgevende bevoegdheid.

Dat de vraag naar de rechtmatigheid van de collectieve actie relevant kan zijn voor de geldigheid van de ten gevolge daarvan gesloten Special Agreement en ITF-arbeidsovereenkomsten bleek tot slot onlangs ook nog in een Rotterdamse zaak (zie Rb. Rotterdam (Ktr.) 23 juli 2014, *JAR* 2014/222, m.nt. Franssen). De vraag of deze arbeidsovereenkomsten konden worden vernietigd met een beroep op het feit dat zij door middel van dwang tot stand waren komen, liet de kantonrechter daar namelijk expliciet van afhangen. Wel dient de rechtmatigheid van de actie te worden beoordeeld naar Zweeds recht, omdat het ging om een scheepsblokkade in de Zweedse haven door (opnieuw) de Zweedse vakbond SEKO. Om die reden is deze zaak thans aangehouden. Wordt vervolgd!