

De collectieve actie bij arbeidsconflicten in Rome II

F. Dorssemont¹ en A. van Hoek²

I. Conceptueel kader	516
<i>A. De inzet van artikel 9</i>	516
<i>B. De voorafbeelding van het debat – Tor Caledonia</i>	517
<i>C. Het debat tijdens de Travaux préparatoires</i>	519
D. Grensoverschrijdende collectieve acties in arbeidsrechtelijk en internationaal privaatrechtelijk perspectief	520
1. Grensoverschrijdend vanuit internationaal privaatrechtelijk en arbeidsrechtelijk perspectief	520
2. Grensoverschrijdend vanuit een exclusief internationaal privaatrechtelijk perspectief	521
3. Grensoverschrijdend vanuit een exclusief arbeidsrechtelijk perspectief	522
II. De moeizame kwalificatievraag: de werkingsfeer van artikel 9	523
<i>A. Het begrip “collectieve actie”</i>	523
<i>B. De niet-contractuele verbintenis</i>	525
<i>C. De toepassingsfeer razione personae</i>	526
<i>D. Hoofdvragen en voorvragen</i>	526
<i>E. Stakingsrecht als “burgerlijke en handelszaak”</i>	528
III. De conflictregels	529
<i>A. De verwijzingsregel – locus actus en alternatieven</i>	529
<i>B. Tor Caledonia, Viking en de lokalisering van een boycot</i>	529
<i>D. Rechtskeuze achteraf</i>	532
<i>E. Correcties op het verwijzingsresultaat: de openbare orde</i>	533
IV. Enkele bevindingen	534

SAMENVATTING

In deze bijdrage wordt artikel 9 van de Verordening Rome II geanalyseerd. Deze regel innoveert door de collectieve actie in te voeren als een (sub)categorie voor het conflictenrecht. Bij nader inzien is in Rome II geen sprake van een eigenstandige aanknopng aan de lex locus damni voor de collectieve actie als zodanig. De bijzondere bepaling ziet slechts op de niet-contractuele verbintenissen die ontstaan ten gevolge van een voorgenomen of uitgevoerde collectieve actie. De collectieve actie functioneert slechts als een subcategorie binnen de hoofdcategorie van de onrechtmatige daad. De belangrijkste wijziging die artikel 9 aanbrengt ten opzichte van de hoofdregel van artikel 4, is dat de locus actus voorrang krijgt boven de locus damni.

Grensoverschrijdende collectieve acties raken een complex netwerk van juridische relaties. Het gefragmenteerde karakter van het Europees internationaal privaatrecht en de meer belangwekkende bedreiging ingevolge conflicterende fundamentele vrijheden wettigen de conclusie dat de geïsoleerde toepassing van de Rome II-Verordening niet volstaat om de nationaalrechtelijk verankerde bescherming van het recht op collectieve actie op adequate wijze te vrijwaren.

RÉSUMÉ

Cette contribution analyse l'article 9 du Règlement Rome II. Cette règle innove du fait qu'elle instaure l'action collective comme (sous-)catégorie pour la règle de conflits. En y regardant de plus près, il n'est pas question dans Rome II d'un rattachement autonome à la lex locus damni pour l'action collective en tant que telle. La disposition spéciale ne vise que les obligations non contractuelles qui naissent suite à une action collective envisagée ou effectuée. L'action collective ne fonctionne que comme une sous-catégorie au sein de la catégorie principale du délit civil. La modifica-

¹ Universitair docent, Universiteit Utrecht en vrijwillig wetenschappelijk medewerker, K.U.Leuven.

² Universitair hoofddocent, Universiteit Tilburg.

tion la plus importante que l'article 9 apporte par rapport à la règle principale de l'article 4, est que la lex locus actus prévaut sur la lex locus damni.

Les actions collectives transfrontalières touchent à un ensemble complexe de relations juridiques. Le caractère fragmenté du droit international privé européen et la menace plus sérieuse résultant de l'existence de libertés fondamentales contradictoires nous amènent à la conclusion que l'application isolée du Règlement Rome II ne suffit pas à préserver de manière adéquate la protection fortement présente en droit interne du droit à l'action collective.

I. CONCEPTUEEL KADER

A. De inzet van artikel 9

1. Onder impuls van enkele Europarlementariërs werd in Rome II een aparte verwijzingsregel ingebouwd “voor de niet-contractuele verbintenis ten aanzien van de aansprakelijkheid van een persoon als werknemer of werkgever of van de organisaties die zijn beroepsbelangen vertegenwoordigen voor de schade veroorzaakt door een aanstaande of reeds gevoerde collectieve actie.” Voor de bepaling van de toepasselijke wet wordt primair aangeknoopt bij “het land waar de actie zal plaatsvinden of heeft plaatsgevonden.” Deze aanknopng verschilt van de (algemene) hoofdregel voor verbintenissen uit onrechtmatige daad. De hoofdregel knoopt namelijk aan bij het recht van het land waar de schade zich voordoet³.

2. Deze afwijkende aanknopng impliceert een perspectiefwissel. De aanknopng aan het land waar de schade zich voordoet, richt zich op het slachtoffer. Deze lijdt immers de schade en doet dat op een bepaalde locatie. De aanknopng aan de *locus damni* garandeert dat het slachtoffer zich voor zijn recht op schadevergoeding kan richten naar een hem geografisch nabij recht⁴. Deze nabijheid verhoogt de kans dat het slachtoffer met dat recht vertrouwd is⁵. De aanknopng aan de *locus actus*, de plaats waar de onrechtmatig geachte actie zich afspeelt, richt zich daarentegen veeleer naar de dader en zijn handelen. Een dergelijke aanknopng

maakt het actoren mogelijk om zich bij hun (voorgenomen) handelen te richten naar het recht dat hen nabij en bekend is. De keuze voor de *locus damni* – ten nadele van de *locus actus* – wordt dan ook in verband gebracht met het feit dat het moderne aansprakelijkheidsrecht in sterke mate gericht is op risicoverdeling en schadecompensatie. De regulering van het gedrag die uit kan gaan van het civiele aansprakelijkheidsrecht zou juridisch op de achtergrond zijn geraakt⁶.

3. Een dergelijke op schadeverdeling gerichte aanknopng is echter niet *per se* geschikt voor het reguleren van het recht op collectieve actie. In de rechtvaardiging van de in het Europees Parlement ingediende amendementen wordt de afwijkende regel voor collectieve actie verdedigd door de zorg om het nationaal verankerde recht op collectieve actie van werknemers met inbegrip van het stakingsrecht te waarborgen⁷. Deze rechtvaardiging legt de grondrechtelijke dimensie van het probleem bloot. Een toevlucht tot collectieve actie zal in de regel niet los staan van de uitoefening van een in de nationale rechtsorde erkend grondrecht. Beperkingen aan grondrechten dienen rechtens te zijn voorgeschreven (*prescribed by law*). Dit houdt onder andere in dat de beperkingen aan het grondrecht voorzienbaar en kenbaar moeten zijn voor degene die van zijn grondrecht gebruik wenst te maken. In casu gaat het dan om de werknemers, de werkgevers en hun respectieve organisaties die over zijn gegaan of willen gaan tot collectieve actie.

³ Art. 4 verordening nr. 864/2007.

⁴ Tenminste: deze geografische nabijheid is aanwezig op het tijdstip van de onrechtmatige daad.

⁵ Zie o.a. Th.M. DE BOER, *Alternatieven voor de lex loci delicti*, Studiekring Offerhaus reeks IPR, nr. 13, Deventer, Kluwer 1982, p. 36 en de *Memorie van Toelichting* bij de Nederlandse wet conflictenrecht onrechtmatige daad, Kamerstuk 26608, nr. 3, p. 6 voor de (verwachte) samenvallende woonplaats van de gelaedeerde met de *locus damni*.

⁶ Zie Com (2003) 427 p. 13 en preambule nr. 16 bij de Rome II-Verordening. Zie tevens de *Memorie van Toelichting* bij de Nederlandse wet conflictenrecht onrechtmatige daad, Kamerstuk 26608, nr. 3, p. 6; L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, randnr. 180; J. PONTIER, *Onrechtmatige daad*, praktijkreeks IPR, Deventer, Kluwer, 2001, p. 75; Th.M. DE BOER, *Alternatieven voor de lex loci delicti*, Studiekring Offerhaus reeks IPR, nr. 13, Deventer, Kluwer, 1982, p. 34 e.v. en p. 40. Overigens geeft Strikwerda (randnr. 185a) aan dat juist de keuze voor de *locus actus* in het milieu mede gebaseerd kan zijn op argumenten van verhaal en verzekeraarbaarheid van het risico. Immers: bij milieudelicten is de *locus actus* meestal de plaats van vestiging van de vervuilende onderneming en deze plaats van vestiging bepaalt in belangrijke mate de draagkracht en verzekeringsplicht van de onderneming. Ook Th.M. DE BOER (*Alternatieven voor de lex loci delicti*, Studiekring Offerhaus, reeks IPR, nr. 13, Deventer, Kluwer 1982, p. 34-36) benadrukt het belang van aanknopng aan de woonplaats (van slachtoffer *c.q.* dader) binnen een opvatting die onrechtmatige daadsrecht beschouwd als een vorm van risicomanagement. Vgl. ook S.C. SYMEONIDES, “Rome II and Tort Conflicts: A Missed opportunity”, *American Journal of Comparative Law* 2008, p. 17-18 of 48, geraadpleegd via <http://ssrn.com/abstract=1031803>. Symeonides bekritiseert een generieke invulling van de doelstelling van het onrechtmatige daadsrecht en kent individuele rechtsregels een *conductregulating*- dan wel *loss-distributing*-functie toe. Voor het eerste type regels acht hij de *locus delicti* (zowel *locus actus* als *locus damni*) relevant, voor het tweede type de woonplaats van dader en slachtoffer.

⁷ Zie de amendementen 15 en 31, aangehaald in het rapport van Diana Wallis (A6-0211/2005). Gelet op de actuele libellering van art. 9 ligt het in de rede deze rechtvaardiging te verruimen tot een zorg om het recht op collectieve actie van werknemers en werkgevers en van hun respectieve organisaties te vrijwaren.

4. Het onrechtmatige daadsrecht vormt een belangrijke beperking van het recht op collectieve actie. Het uitoefenen van het grondrecht op collectieve actie leidt immers vaak tot schade bij de werkgever of derden. Sterker nog, collectieve acties beogen een antagonist in de collectieve arbeidsverhoudingen via het toebrengen van schade onder druk te zetten. Deze schade(dreiging) is dus inherent aan de doelmatigheid van het actiemiddel. Bij langdurige acties kan de schade bovendien aanzienlijk zijn. Als de collectieve actie onrechtmatig wordt bevonden, kan zij aanleiding zijn tot tegenmaatregelen van de werkgever, maar ook leiden tot een rechterlijk verbod of een rechterlijke verplichting tot het betalen van schadevergoeding *ex delictu*.

5. Toepasselijkheid van het recht van het land waar de titularis van een grondrecht zijn rechten wenst uit te oefenen, bevordert de voorzienbaarheid en de kenbaarheid van de door het onrechtmatige daadsrecht aangebrachte beperkingen. Een dergelijke aanknopng stelt de titularis in staat om zich bij de uitoefening van het grondrecht aan die beperkingen te conformeren.

Het probleem van rechtszekerheid voor actievoerende werknemers duikt *per analogiam* ook op bij collectieve acties die louter nationaal zijn. In het verleden hebben nationale rechters begrip getoond dat rechtsonzekerheid de titularis van het grondrecht op collectieve actie in een verlamme greep kan houden. De bescherming van individuele deelnemers aan door de vakbond georganiseerde collectieve acties berust bijvoorbeeld in sterke mate op het voorkomen van rechtsonzekerheid. Zo oordeelde de Hoge Raad dat het een werkgever niet toekomt disciplinaire sancties te treffen tegen werknemers wegens een deelname aan een collectieve actie die binnen het stakingsparool valt⁸. Werknemers mogen erop vertrouwen dat het ordewoord van de organiserende vakbond rechtmatig is. Het *Bundesarbeitsgericht* oordeelde in een gelijkaardige zin dat werknemers ervan mogen uitgaan dat een door een vakbond georganiseerde staking een wettig karakter heeft. De deelname aan een dergelijke staking maakt om die reden geen contractuele fout uit⁹.

6. Wil de conflictregel van artikel 9 voldoen aan de eis van rechtszekerheid voor de deelnemers aan een collectieve actie, dan dient hij ons inziens te voldoen aan een aantal eisen. Ten eerste moet het verwijzingsresultaat in hoge mate voorspelbaar zijn. Daarnaast moeten alle deelnemers zich op die uitkomst kunnen verlaten: als de rechtmatigheid van de

actie ten aanzien van de individuele werknemers anders wordt beoordeeld dan ten aanzien van de organiserende bond(en), is – zoals erkend wordt door zowel de Hoge Raad der Nederlanden als het *Bundesarbeitsgericht* – van een effectief recht op collectieve actie geen sprake¹⁰. In het onderstaande zullen dan ook deze twee toetsingselementen een rol spelen bij de bespreking.

7. De *status aparte* die de verordening toekent aan de collectieve actie is uniek. De verordening beschermt geen enkel ander grondrecht volgens de hierboven geschetste logica. Dit hangt ons inziens samen met de begrenzendende werking die het onrechtmatige daadsrecht uitoefent op het recht van collectieve actie. Een vergelijkbare situatie – waarbij het uitoefenen van een grondrecht wordt beperkt door het onrechtmatige daadsrecht – doet zich ook voor bij de vrijheid van meningsuiting. Immers, de uitoefening van dit grondrecht kan aanleiding zijn voor onrechtmatige daadsacties wegens belediging, smaad, oproepen tot rassenhaat, etc. Bij de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting zal de schade echter veelal een meer accidenteel (en vaak ook immaterieel) karakter vertonen. Ook ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting rees de vraag of aanknopng aan de *locus actus* niet noodzakelijk was om onbekommerde uitoefening van het grondrecht te waarborgen. Het bleek evenwel onmogelijk om tijdens de totstandkoming van de verordening overeenstemming te bereiken over dit punt. Inbreuken op de persoonlijke levenssfeer of op de “persoonlijkheidsrechten, waaronder smaad” werden uitgesloten van het toepassingsgebied van de verordening¹¹.

B. De voorafbeelding van het debat – Tor Caledonia

8. Het besef dat de toepassing van het recht van het land waar de schade zich voordeed een efficiënte toevlucht tot collectieve actie kan frustreren, begon te dagen na een arrest van het Hof van Justitie van 5 februari 2004 in de *Tor Caledonia*-zaak¹².

Het arrest heeft geenszins betrekking op de vraag van het toepasselijk recht. Centraal staat de vraag naar de rechtsmacht. In het geding was de interpretatie van artikel 5, 3^o van het EEX-Verdrag. De Deense *Arbejdsret* legde deze vraag voor naar aanleiding van een grensoverschrijdend collectief

⁸. Hoge Raad 22 april 1988, *Nederlandse Jurisprudentie* 1989, nr. 925.

⁹. BAG 19 juni 1973, *A.P. nr. 47* zu Art. 9 G.G.

¹⁰. C.W. Hergenröder, (“German private international law report”, in F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK (eds.), *Cross-Border Collective Actions in Europe: A Legal Challenge*, Social Europe Series, nr. 13, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007, p. 321-322) toont zich een duidelijk voorstander van eenheid van recht voor alle gevolgen van de collectieve actie. Zie ook de daar vermelde noten.

¹¹. Zie art. 1 en art. 30, lid 2.

¹². H.v.J. 5 februari 2004, C-18/02. Voor een commentaar, zie onder meer: F. DORSSEMONT, “Grensoverschrijdende collectieve arbeidsconflicten. Op de grens van arbeidsconflicten en wetsconflicten”, *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2005, 1-32; P. CHAUMETTE, “Fragment d’un droit des conflits internationaux du travail?”, *Droit social* 2005 295-301 en E. PATAUT, “La grève dans les rapports internationaux de travail: questions de qualification”, *Droit social* 2005, 303-310.

arbeidsconflict in de scheepvaart. De feiten zijn vrij representatief voor een onder impuls van de ITF klassiek geworden vorm van collectieve actie¹³.

9. In het voorjaar van 2001 brengt een Deense reder alle hens aan dek voor een tocht van de *Tor Caledonia* van het Zweedse Göteborg naar het Britse Harwich. Het vaart onder Deense vlag. De Zweedse vakbond SEKO dringt tevergeefs aan op het sluiten van een betere CAO ten behoeve van de Poolse matrozen¹⁴. De Deense werkgeversbond weigert. De Deense reder belandt op een zwarte lijst. De aangesloten Zweedse matrozen worden opgevorderd om voortaan geen arbeidsovereenkomsten te sluiten met de “vuil verklaarde” reder. De oproep tot het boycotten van de Deense reder vindt gehoor bij de Zweedse transportbond STAF. Uit sympathie met SEKO boycotten de aangesloten Zweedse dokwerkers het laden en lossen van de *Tor Caledonia*. Het betreft een uiting van sympathie in het kwadraat. De sympathiestaking van STAF sluit aan bij de actie van SEKO die uit solidariteit met de Poolse matrozen wordt gevoerd. De Deense reder heeft een probleem.

10. De redersbond dagvaardt in naam van de reder beide bonden voor een Deense arbeidsrechtbank (*Arbejdsret*) om het ordewoord in te trekken. SEKO schort daarop zijn boycot op. De bond kondigt aan zich te zullen neerleggen bij het oordeel van de rechter. Veiligheidshalve wordt de tocht door de reder geschrapt. Een ander schip wordt geleasd om de lading te transporteren. De *Arbejdsret* heeft grote vragen bij zijn rechtsmacht. In het geding is de interpretatie van artikel 5, 3° van het EEX-Verdrag. Een prejudiciële vraag bij het Hof van Justitie moet uitkomst brengen.

11. De *Arbejdsret* vroeg zich allereerst af of een procedure

ter beoordeling van de rechtmatigheid van een collectieve actie wel als een geschil over een verbintenis uit onrechtmatige daad kon worden opgevat. De aard van de gevraagde rechterlijke tussenkomst was in casu declaratoir en preventief, geenszins repressief of compensatoir. Naar Deens recht gold namelijk dat de *Arbejdsret* – met uitsluiting van de burgerlijke of commerciële rechtbanken – de rechtmatigheid van de actie beoordeelt¹⁵. De laatstgenoemde rechtbanken spreken zich vervolgens zo nodig uit over het al dan niet toekennen van een schadevergoeding.

Daarnaast was de *Arbejdsret* er verre van overtuigd dat Denemarken wel kon worden beschouwd als de staat waar het schadebrengende feit zich had voorgedaan. De enige aanknopng voor dergelijke stelling betrof een vlag. De boycot van het schip dat in Zweedse wateren lag, vond geenszins in Denemarken plaats.

12. Het Hof van Justitie huldigt in navolging van de advocaat-generaal Jacobs een ruime interpretatie van onrechtmatige daadgeschillen. Ook “vorderingen in rechte met betrekking tot de rechtmatigheid van een collectieve actie” vallen daaronder¹⁶.

In navolging van *Mines de Potasse d'Alsace*¹⁷ oordeelde het Hof dat de *locus delicti commissi* zowel de plaats van de schadeverwekkende handeling (*locus actus*) kon betreffen als de plaats waar de schade zich manifesteert (*locus damni*). Het Hof oordeelde – in tegenstelling tot de advocaat-generaal¹⁸ – dat de nationaliteit van de vlag een doorslaggevend element *kon* uitmaken voor de bepaling van die plaats, voor zover de schade op het schip kon worden gesitueerd. Laatstgenoemde kwestie behoorde tot de soevereine appreciatie van de nationale rechter¹⁹.

¹³. ITF is de afkorting van de *International Transport Workers' Federation*. De *Tor Caledonia*-case roept herinneringen op aan een contentieux n.a.v. collectieve acties die in de Europese havens tijdens de jaren '70 en '80 voor beroering hebben gezorgd. Zie hierover: A. JACOBS, “Towards Community Action on Strike Law?”, *Common Market Law Review* 1978, 133-155; A. KORTHALS ALTES, “Seamen's strikes and supporting boycotts”, in X., *Essays on International and Comparative Law in honour of Judge Erades*, Den Haag, Nijhoff, 1983, 104-122; L.F.D. TER KUILE, “International issues on Collective Agreements of Seafarers”, in X., *Essays on International and Comparative Law in honour of Judge Erades*, Den Haag, Nijhoff, 1983, 92-103; A. LYON-CAEN, “La grève en droit international privé”, *R.C.D.I.P.* 1977, 271-299; A. PANKERT, “Les actions internationales de solidarité des travailleurs”, *Rev. intern. trav.* 1977, 75-84; J. VAN SCHELLEN, *Aspecten van internationaal stakingsrecht*, Deventer, Kluwer, 1983, 7-36 (Studiekring Prof. M. J. Offerhaus, reeks *Internationaal Privaatrecht*, nr. 15). Meer recente doctrine is schaars: F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK (eds.), *Cross-Border Collective Actions in Europe: A Legal Challenge*, Social Europe Series, nr. 13, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007; J. ATLESON, “The Voyage of the Neptune Jade: Transnational labour Solidarity and the Obstacles of Domestic Law”, in J. CONAGHAN, R. M. FISCHL en K. KLARE, *Labour Law in an era of globalization*, Oxford University Press, 2002, 379-399; F. GAMILLSCHEG, “Dimskal Shipping Co. S.A. v. International Transport Workers Federation”, in W. DÄUBLER, M. BOBKE en K. KEHRMANN, *Arbeit und Recht. Festschrift für Albert Gnade*, Köln, Bund Verlag, 1992, 755-767; P. GERMANOTTA en T. NOVITZ, “Globalization and the right to strike: The case for European-level Protection of Secondary Action”, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2002, p. 67-82 en M. ORIONE, “L'azione di ITF nelle controversie di lavoro fra armatori ed equipaggi”, *Diritto marittimo* 1995, 630-674; A.A.H. VAN HOEK, *Internationale mobiliteit van werknemers*, Den Haag, Sdu Uitgevers Den Haag, 2000, 488-491; A.A.H. VAN HOEK, “IPR. Toepasselijk recht. EVO. Artikel 1. Aantekening 4.1.”, in G.J.J. HEERMA VAN VOSS (ed.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer, Kluwer, losbl.

¹⁴. De Deense werkgeversbond was de spil van het sectorale collectief overleg i.v.m. matrozenlonen.

¹⁵. Zie overweging 20 van het *Tor Caledonia*-arrest. Zo valt op dat de Deense rechtbank van koophandel zijn oordeel op dit punt opschort totdat de *Arbejdsret* de vraag tot intrekking van het ordewoord had behandeld. Deze boeiende taakverdeling had tot gevolg dat de meest gespecialiseerde rechtbank op het vlak van collectieve arbeidsverhouding niet kon worden omzeild ten gunste van een handelsrechtbank.

¹⁶. Zie overweging 27 van het *Tor Caledonia*-arrest en § 33-39 van de opinie van de advocaat-generaal Jacobs. In dezelfde zin C-167/00, *Henkel, Jur.* 2002, I-8111.

¹⁷. C-21/76, *Jur.* 1976, I-1735.

¹⁸. Zie in dit verband de § 78-80 van de conclusie van de advocaat-generaal Jacobs.

¹⁹. Zie in dit verband de overwegingen 41-45 van het *Tor Caledonia*-arrest.

13. De gebeurlijke aanvaarding van de rechtsmacht van de vlagstaat deed de vraag rijzen hoe de rechter van de vlagstaat vervolgens het op de onrechtmatige daad van toepassing zijnde recht zou bepalen. Voor zover ook voor het toepasselijk recht zou worden aangeknoopt bij het land waar de schade zich voordeed, dreigden de Zweedse vakbonden niet enkel voor een vreemde rechter te worden gedagvaard, maar ook volgens een hen niet vertrouwd rechtsstelsel van collectieve arbeidsverhoudingen te worden beoordeeld. Dit brengt grote risico's mee voor de organiserende bond, zeker bij solidariteitsacties als hier omschreven. Ten eerste kan de vakbond voor de geoorlooftheid van de door hem georganiseerde actie niet langer vertrouwen op het hem bekende recht. Daarnaast maakt aanknopng aan de vlag van het schip het in de praktijk onmogelijk om nog effectief op te treden tegen zogenoemde *flags-of-convenience*. Immers, een dergelijk aanknopng biedt aan reders een vrijgeleide om via de keuze van een hen conveniërende vlag niet alleen het toepasselijk recht op de arbeidsovereenkomsten met de bemanningsleden te bepalen, maar ook het recht dat eventuele solidariteitsacties ten bate van deze bemanning beheerst. Bij de *flags-of-convenience* wordt in regel geopteerd voor een vlag van een staat die een laag niveau van sociale bescherming kent. Historisch gaan de repressie van de collectieve actie en een laag niveau van arbeidsvoorwaarden hand in hand. Solidariteitsacties zullen dan in het algemeen niet zijn toegestaan.

14. Het vervolg van de *Tor Caledonia*-zaak laat zich raden. De *Arbejdsret* erkende zijn rechtsmacht. Het situeerde de schade op het schip en het Deens recht werd toepasselijk verklaard op de in het Zweedse Göteborg gevoerde actie. De collectieve actie werd als onrechtmatig gekwalificeerd naar Deens recht²⁰.

C. Het debat tijdens de voorbereidende werken

15. Het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie²¹ bevatte géén aparte regel voor het recht dat van toepassing was op (niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit) collectieve acties. Het mag opmerkelijk heten dat het Economisch en Sociaal Comité evenmin heeft aangedrongen op een bijzondere bepaling ten faveure van collectieve acties²². Het door het comité opgestelde advies dagtekent van 2 juni 2004. Het werd bijna vijf maanden na het arrest in de zaak *Tor Caledonia* neergelegd²³. In een amen-

dement van het Europese Parlement werd echter wel een aparte regel voor collectieve acties voorgesteld, waarin werd aangeknoopt bij de *locus actus*. De Europese Commissie stond afwijzend tegenover het voorstel van het EP omdat zij van mening was dat het door het EP voorgestelde amendement te rigide was²⁴. Het amendement bevatte namelijk niet alleen een afwijking van de *locus damni* ten gunste van de *locus actus*, maar kende in tegenstelling tot de algemene regel geen afwijkingsmogelijkheden op basis van gemeenschappelijke woonplaats of nauwere band.

16. De negatieve houding van de Commissie belemmerde de Raad echter niet om in haar gemeenschappelijk standpunt een bijzondere regeling op te nemen. Daarin wordt, conform het voorstel van het EP, aangeknoopt bij de *locus actus*. In het gemeenschappelijk standpunt wordt bovendien de toepassingsfeer *ratione personae* geëxpliciteerd. Deze verduidelijking kan gelden als zowel een verruiming als een beperking van het parlementaire voorstel. Er wordt aangegeven dat de bijzondere regel van artikel 9 beperkt blijft tot de werknemers, werkgevers en de organisaties die hun belangen verdedigen. In de mate waarin het amendement dat aan de parlementaire resolutie ten grondslag lag, aangaf dat het voorstel beoogde het recht op collectieve actie van werknemers te vrijwaren, is echter sprake van een verruiming ten faveure van de door werkgevers uitgeoefende collectieve actie. In de 24^{ste} considerans wordt de *lock out* uitdrukkelijk genoemd als een voorbeeld bij uitstek van de collectieve actie.

17. Het dient opgemerkt te worden dat Letland en Estland in een vroeg stadium bezwaren formuleerden tegen dit gemeenschappelijk standpunt²⁵. Beide landen gaven aan dat toepassing van de regel *ratione materiae* beperkt diende te blijven tot geschillen die rechtstreeks voortvloeiden uit de uitoefening van het recht van werknemers en werkgevers om collectieve actie te voeren. Beide lidstaten hebben finaal tegen het gemeenschappelijk standpunt gestemd. In hun gemeenschappelijke verklaring d.d. 13 september 2006 hebben ze herinnerd aan het feit dat artikel 9 op geen enkele wijze de gemeenschapsrechtelijke verankerde vrijheid van dienstverlening kon belemmeren. Het ligt voor de hand te vooronderstellen dat deze opmerking werd ingegeven door de prejudiciële procedures in de zaken *Laval* en *Viking* die op het moment van deze verklaring waren ingeleid²⁶.

18. De Griekse en de Cypriotische delegaties hebben zich

²⁰. Arbejdsret 31 augustus 2006, nr. A2001.335.

²¹. Com (2003) 427 final.

²². Art. 257 EG-Verdrag. In dit comité zetelen immers vertegenwoordigers van de werknemers.

²³. Zie CES0841/2004, PB. C. 241, 28 september 2004.

²⁴. Com (2006) 83.

²⁵. Zie PB. C. 289, 28 november 2006.

²⁶. H.v.J. 11 december 2007, C-438/05, *International Transport Workers Federation, Finnish Seamen's Union/Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, n.n.g., en H.v.J. 18 december 2007, C-341/05, *Laval un Partneri v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggtan, Svenska Elektrikerförbundet*, n.n.g. Voor een toelichting bij deze zaken, zie *infra*.

achter het gemeenschappelijk standpunt geschaard²⁷. Zij hebben in een verklaring evenwel terecht gewezen op de aantrekkingskracht die artikel 9 zou uitoefenen op de keuze van bepaalde havens als een plaats om boycotacties te voeren tegen een zogeheten *Flag of Convenience*. Zo valt op dat artikel 9 geen bepaling bevat die conflicten met betrekking tot zeeschepen van haar toepassingsfeer sluit. Dergelijke clausule duikt wel op in tal van arbeidsrechtelijke instrumenten van het Europees [of EG] arbeidsrecht²⁸.

19. Het gemeenschappelijk standpunt aangaande de toevoeging van een artikel 9 werd inclusief de toevoeging van twee consideransen integraal in de slotversie van de verordening opgenomen. Beide consideransen vormen de belangrijkste leidraad voor de interpretatie van het artikel, maar roepen evenwel meer vragen op dan ze beantwoorden²⁹.

D. Grensoverschrijdende collectieve acties in arbeidsrechtelijk en internationaal privaatrechtelijk perspectief

20. De collectieve actie ontsnapt niet aan de blikken van de beoefenaars van het internationaal privaatrecht. Collectieve acties met een “vreemd” element zijn niet *per se* “grensoverschrijdende” collectieve acties in arbeidsrechtelijke zin. Met dat laatste wordt bedoeld op acties die raken aan een werknemerscollectiviteit of aan werknemerscollectiviteiten die zich fysiek in meer dan één staat bevinden. Dergelijke acties raken werknemers in meer dan één lidstaat omwille van de plaats(en) waar actie wordt gevoerd en/of de locatie van de werknemers wier belangen rechtstreeks in het geding zijn.

21. Logisch gezien zijn er vier categorieën van collectieve acties te onderscheiden. De meest voorkomende categorie betreft de louter interne collectieve actie. De collectieve actie raakt slechts professionele belangen van de werknemers die actief zijn in het land waar de collectieve actie wordt gevoerd. De arbeidsverhouding van de werknemers wordt bij hypothese exclusief beheerst door het recht van de *locus laboris*. Deze acties genereren slechts schade voor een werkgever die op het grondgebied van deze staat is gevestigd. Dergelijke collectieve acties zijn vanuit arbeidsrechtelijk perspectief louter nationaal en zijn internationaal privaatrechtelijk *in beginsel* irrelevant³⁰.

22. Vervolgens zijn er acties die of vanuit internationaal privaatrechtelijk of vanuit arbeidsrechtelijk perspectief als “grensoverschrijdend” worden aangemerkt. Louter conflictrechtelijk grensoverschrijdende acties zijn collectieve acties die slechts werknemers raken die fysiek actief zijn binnen de grenzen van één staat maar die een vreemd element bevatten. Een tweede subcategorie betreft collectieve acties die een werknemerscollectiviteit of werknemerscollectiviteiten raken waarvan de werknemers in méér dan een lidstaat fysiek werken. Deze collectieve acties bevatten bij hypothese géén vreemd element. Ze worden internationaal privaatrechtelijk geanalyseerd als een juxtapositie van waterdichte nationale collectieve acties.

23. *Last but not least*, zijn er grensoverschrijdende collectieve acties die zowel vanuit arbeidsrechtelijk als internationaal privaatrechtelijk perspectief als “grensoverschrijdend” kunnen worden geduid.

24. De laatstgenoemde drie categorieën kunnen treffend worden geïllustreerd aan de hand van enkele zeer spraakmakende voorbeelden die het afgelopen decennium de maatschappelijke actualiteit hebben beroerd. Een aantal van deze voorbeelden hebben een jurisdictionele staart gekregen. Ze bereikten het Hof van Justitie en zijn de annalen ingegaan als een *cause célèbre*. Voor deze bijdrage zijn vooral die collectieve acties relevant die exclusief of ten dele als grensoverschrijdend kunnen worden geduid vanuit een internationaal privaatrechtelijk perspectief.

1. Grensoverschrijdend vanuit internationaal privaatrechtelijk en arbeidsrechtelijk perspectief

25. De hoger uiteengezette *Tor Caledonia*-zaak is een schoolvoorbeeld van een collectieve actie die als grensoverschrijdend in arbeidsrechtelijke en privaatrechtelijke zin kan worden beschouwd.

Bepaalde collectieve acties geven blijk van een *solidariteit* van werknemers werkzaam in land B die actie voeren ter verbetering van de loon- en arbeidsvoorwaarden van de werknemers werkzaam in land A. De verleiding is groot om het fenomeen van de solidariteitstaking te beschrijven via het klassieke begrippenpaar “primary” and “secondary

27. “The Greek and Cypriot delegations would like to point out that the application of Article 9 of the Regulation would probably cause problems for shipping, given that vessels would be exposed to rules which varied according to the laws of the Member States of their ports of call, irrespective of whether those vessels were in full conformity with the laws of the flag State.”

28. Zie in dit verband onder meer art. 1, 2, c) Richtlijn 98/59 (collectief ontslag); art. 1, 5) van richtlijn 94/45 (Europese ondernemingsraden); art. 1, 3) richtlijn 2001/23 (overgang van onderneming) en art. 3 richtlijn 2002/14 (kaderrichtlijn informatie en raadpleging).

29. De daarop betrekking hebbende overwegingen luiden als volgt:

“(27) De precieze inhoud van het begrip collectieve actie – bijvoorbeeld een staking of uitsluiting – verschilt van lidstaat tot lidstaat en wordt door de interne regels van elke lidstaat bepaald. Daarom wordt in deze verordening als algemeen beginsel aangehouden dat, ter bescherming van de rechten en verplichtingen van werknemers en werkgevers, het recht van het land waar de actie is ondernomen, van toepassing is.

(28) De bijzondere regel in art. 9 inzake collectieve acties laat de voorwaarden betreffende het voeren van zulke acties, overeenkomstig het nationaal recht en de in het nationaal recht van de lidstaten geldende rechtspositie van de representatieve werknemersorganisaties of vakbonden, onverlet.”

30. Tenzij de rechtmatigheid ervan, om wat voor reden dan ook, wordt voorgelegd aan een vreemde rechter.

action". Dit begrippenpaar is geënt op de beschrijving van één type van solidariteitsactie die wordt gevoerd ter ondersteuning van de collectieve actie van werknemers die in een andere onderneming (sectoren, *casu quo* een ander land) werkzaam zijn. Het is een *species*, geen *genus*.

Een solidariteitsstaking is niet met noodzaak een secundaire actie. Het komt voor dat er geen *primary action* gevoerd wordt door de werknemers waarmee men zich solidair verklaart. Werknemers die werkzaam zijn op een schip dat onder een *flag of convenience* vaart, zijn soms niet in staat om actie te voeren. In die gevallen is de gepriviliegeerde positie van havenarbeiders bij het laden en lossen van zeeschepen een noodzakelijke mogelijkheidsvoorwaarde voor collectieve actie.

26. Vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief duiden een aantal elementen op die vreemd zullen zijn voor een *forum* dat met dergelijke solidariteitsacties wordt geconfronteerd. De arbeidsverhoudingen van de werknemers die de actie voeren en die van de werknemers om wier belangen gestreden wordt, kunnen onderworpen zijn aan verschillende rechtsstelsels. De plaats waar de solidariteitsactie wordt gevoerd en de plaats waar de schade wordt vastgesteld kunnen zich in verschillende landen bevinden. Daarnaast kan een internationale federatie van vakbonden, zoals de ITF, bij de organisatie van de actie betrokken zijn.

27. Een ander voorbeeld van een collectieve actie die zowel vanuit internationaal privaatrechtelijk als uit arbeidsrechtelijk perspectief als grensoverschrijdend kan worden aangemerkt, is de *Viking*-zaak³¹. In *Viking* was sprake van een preventieve procedure in kort geding om een staking af te wenden door een Finse bond die zich verzette tegen een geplande uitvlagging van een onder Finse vlag varend schip naar Estland. De kortgedingprocedure was eveneens gericht tegen een goed opgevolgde circulaire van de ITF die haar niet-Finse leden opriep om geen CAO te sluiten die op de bemanning van het om te vlaggen schip van toepassing zou zijn. De vrijheid van vestiging van de Finse reder in Estland werd daardoor bemoeilijkt. Om die reden werd de dreiging met een klassieke werkstaking vanwege de Finse bond FSU en een bepaald type boycot vanwege het ITF getoetst aan de gemeenschapsrechtelijk verankerde vrijheid van vestiging. De boycot betrof een oproep aan de leden om op geconcentreerde wijze gebruik te maken van hun negatieve contractsvrijheid. Door de toevallige omstandigheid dat ITF gevestigd was in Londen, werden zowel ITF als FSU voor een Britse rechtbank gedaagd.

28. Het hoeft weinig betoog dat de door een internationale solidariteitsboycot gevolgde stakingsaanzegging van de Finse bond tegen de Finse reder slechts marginaal verband kon houden met het Brits recht. De zaak illustreert de mogelijkheden die de Brussel I-Verordening aan reders biedt om aan *forum shopping* te doen. In casu verwezen zowel de plaats van de Finse actie als de plaats waar de schade werd vastgesteld naar de rechtsmacht van de Finse rechter. Gelet op de ruimhartige benadering van het stakingsrecht door de Finse rechters, leek de erg hoffelijke keuze voor het *forum* van het gedaagde ITF (een Britse rechter) de reder interessanter.

2. Grensoverschrijdend vanuit een exclusief internationaal privaatrechtelijk perspectief

29. Bepaalde collectieve acties die vanuit arbeidsrechtelijk perspectief bezwaarlijk als grensoverschrijdend zullen worden gekwalificeerd, zullen gelet op de aard van de in het geding zijnde arbeidsverhoudingen een vreemd element bevatten³². In dergelijke hypothese raakt een collectieve actie een internationale, "grensoverschrijdende" arbeidsverhouding. Fysiek speelt de collectieve actie zich evenwel af binnen de grenzen van een enkele staat of raakt ze slechts de werking van een nationale arbeidsmarkt.

Een arbeidsverhouding kan een vreemd element bevatten, wanneer een werknemer die gewoonlijk werkzaam is in land A, wordt uitgezonden of ter beschikking gesteld in land B. Meer algemeen kan een arbeidsverhouding een "vreemd element" bevatten, wanneer de *locus laboris* en het op die arbeidsverhouding toepasselijk recht verschillen³³. Indien werknemers werkzaam binnen dergelijke internationale arbeidsverhoudingen aan een collectieve actie participeren, rijst de vraag welk recht van toepassing is. Theoretisch dringt zich een keuze op tussen het recht van het land waar de collectieve actie plaats vindt en het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. Het recht dat van toepassing is op de uitgezonden of ter beschikking gestelde werknemers kan verschillen van het recht dat de arbeidsverhouding van de lokale arbeidskrachten beheerst. Als zowel de gedetacheerde als de lokale arbeidskrachten bij de collectieve actie zijn betrokken, biedt aanknopning bij de *locus (non) laboris* als voordeel dat het gedrag van de gehele werknemerscollectiviteit aan eenzelfde rechtstelsel wordt onderworpen. Aanknopning bij het recht dat op de arbeidsverhouding van toepassing is, dreigt in dit

³¹. H.v.J. 11 december 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union/Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, n.n.g.

³². Het is de verdienste van A. Lyon-Caen om op deze tweedeling te hebben gewezen. A. LYON-CAEN, "La grève en droit international privé", *R.C.D.I.P.* 1977, 271-299.

³³. Daarnaast kan ook de vestigingsplaats van de werkgever aanleiding geven voor conflictenrechtelijke vragen – bv. als de procedure over een staking in land A zich afspeelt voor de rechter van het land van vestiging B. Op deze mogelijkheid wordt hier verder niet ingegaan. Voor het begrip "internationale arbeidsovereenkomst", zie meer diepgaand en genuanceerd A.A.H. VAN HOEK, *Internationale mobiliteit van werknemers*, Den Haag, Sdu, 2000, 365-370.

geval³⁴ te leiden tot een atomisering van de werknemerscollectiviteit. De aanknopng aan de *locus (non) laboris* getuigt van een institutionele benadering van de “arbeids-gemeenschap” waarbij haar contractuele heterogeniteit wordt overstegen.

30. Een recent voorbeeld van dergelijke actie betreft de zaak *Laval*³⁵. In casu werd een collectieve actie gevoerd door Zweedse bonden in de bouwsector die druk wilden uitoefenen op een Letse ondernemer die met gedetacheerde werknemers een school bouwde voor de Zweedse gemeente Vaxholm. De ondernemer weigerde de op de Zweedse arbeidsmarkt gebruikelijke arbeidsvoorwaarden toe te passen. Er werd druk op hem uitgeoefend om toe te treden tot een Zweedse CAO. De door de Zweedse bonden afgekondigde boycot bestond uit een blokkade van alle bouwwerken van Laval in Zweden. Zij weigerden die arbeidstaken uit te voeren die ten goede kwamen van een cliënt van hun werkgever. Die cliënt was de geboycotte werkgever. In *Laval* rees de vraag of deze collectieve acties verenigbaar waren met de vrijheid van dienstverlening.

31. Deze collectieve actie speelt zich af binnen de grenzen van Zweden ten faveure van werknemers die aldaar fysiek arbeid verrichten. Het is in die zin geen grensoverschrijdende collectieve actie. Deze analyse zou slechts anders luiden, indien men de stelling aanhoudt dat de gedetacheerde werknemers op de Letse arbeidsmarkt actief zijn en de collectieve actie een solidariteitsactie is ten behoeve van de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van een deel van de werknemers van de Letse arbeidsmarkt. Dergelijke analyse staat haaks op de *ratio* achter de collectieve actie. De Letse werknemers werden als onderkruipers beschouwd, omdat zij de sociale bescherming van de Zweedse arbeidsmarkt onder druk zetten. Vanuit het perspectief van de Zweedse vakbonden was de collectieve actie geen uiting van internationale solidariteit. Centraal stond een solidariteit met werknemers die op hetzelfde grondgebied werkten. Vanuit een meer arbeidsmarktgerichte benadering, zou de collectieve actie als grensoverschrijdend kunnen worden aangemerkt. De Zweedse bonden contesteerden evenwel de in hun optiek artificiële allocatie van de gedetacheerde werknemers op de Letse arbeidsmarkt³⁶. De collectieve actie was er immers op gericht om ervoor te zorgen dat de Letse werknemers zouden worden behandeld alsof zij een integrerend onderdeel van de Zweedse arbeidsmarkt vormden. Maatgevend was de vast-

stelling dat hun fysieke aanwezigheid op Zweeds grondgebied een nivellerend effect zou kunnen hebben op het op de Zweedse arbeidsmarkt gangbare niveau van sociale bescherming.

3. Grensoverschrijdend vanuit een exclusief arbeidsrechtelijk perspectief

32. Bepaalde collectieve acties vormen het negatieve spiegelbeeld van de onmiddellijk hierboven beschreven acties. Het betreft collectieve acties die (min of meer) tegelijkertijd in verschillende lidstaten worden gevoerd. De beoefenaar van het internationaal privaatrechtelijk perspectief zal in dergelijke acties slechts een juxtapositie zien van louter nationale acties die elk op zich gespeend zijn van een vreemd element. Collectieve acties kunnen een grensoverschrijdend collectief karakter hebben omwille van de enkele omstandigheid dat werknemers in meer dan één staat actie voeren voor *eenzelfde* eis. Dergelijke eis kan hen in dezelfde mate raken, dan wel primair op de belangen van een deel van de werknemerscollectiviteit betrekking hebben.

De pan-Europese stakingsgolven naar aanleiding van de geplande liberalisering van de havendiensten kunnen als voorbeeld van de eerste subcategorie gelden. Denkbaar lijkt een collectieve actie die gevoerd wordt ter ondersteuning van de Europese sociale dialoog. In dit verband kan gedacht worden aan Europese CAO's op het niveau van een onderneming of een groep met een Europese dimensie, op het niveau van een sector of op intersectoraal niveau.

33. Lyon-Caen heeft opgemerkt dat de aanknopng van de rechtmatigheid van deze *grensoverschrijdende* collectieve actie bij de *locus laboris* een atomiserend effect bewerkstelligt. Het gedrag van de “internationale” werknemerscollectiviteit wordt aan verschillende rechtssystemen gekoppeld. Hetzelfde criterium dat hierboven als unificerend werd gekwalificeerd, dreigt ertoe te leiden dat grensoverschrijdende collectieve actie juridisch ontbonden, *casu quo* onmogelijk wordt gemaakt³⁷. Het lijkt immers onwaarschijnlijk dat de deelname aan dergelijke collectieve actie in alle lidstaten legitiem zal zijn. In de praktijk bepalen de bij een dergelijke grensoverschrijdende actie betrokken bonden dan ook per land de actievorm en de procedure³⁸.

^{34.} *In dat geval*: In een bijzondere *casuspositio* – geldt het tegendeel. Toepassing van het op de overeenkomst van toepassing zijnde recht i.p.v. de *lex loci laboris* leidt tot een eenvormige behandeling, wanneer eenzelfde rechtspersoon werknemers in verschillende lidstaten tewerkstelt met toepassing van het zelfde recht. *In casu* zal de arbeidsverhouding een grensoverschrijdend karakter hebben. Voor zover een staking uitbreekt in diverse filialen, zal ook de staking een grensoverschrijdend karakter hebben. Een voorbeeld betreft de tewerkstelling van werknemers in diverse filialen van een luchtvaartmaatschappij met rechtskeuze voor het recht van de maatschappij; maar ook bv. de internationale detachering in de bouwsector.

^{35.} H.v.J. 18 december 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd/Svenska Byggnadsarbetareförbundet e.a.*

^{36.} Deze lokalisering van gedetacheerde werknemers op de arbeidsmarkt van de lidstaat van herkomst gaat in belangrijke mate terug op het arrest *Rush Portuguesa* (H.v.J. 27 maart 1990, C-113/89, *Jur.*, I-1417, r.o. 15). Zie hierover M.S. HOUWERZIJL, *De detachingsrichtlijn*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 72 e.v.

^{37.} A. LYON-CAEN, *l.c.*, 291-292.

^{38.} W. WARNECK, “Transitional collective action – already a reality?”, in DORSEMONT, JASPERS en VAN HOEK (eds.), *o.c.*, p. 75-84.

II. DE MOEIZAME KWALIFICATIEVRAAG: DE WERKINGSSFEER VAN ARTIKEL 9

A. Het begrip “collectieve actie”

34. Artikel 9 bepaalt dat “onverminderd artikel 4, lid 2, [...] de niet-contractuele verbintenis ten aanzien van de aansprakelijkheid van een persoon als werknemer of werkgever of van de organisaties die zijn beroepsbelangen vertegenwoordigen voor de schade veroorzaakt door een aanstaande of reeds gevoerde collectieve actie beheerst [wordt] door het recht van het land waar de actie zal plaatsvinden of heeft plaatsgevonden”. De verordening bevat geen nadere omschrijving van het begrip “collectieve actie”. Voorafgaand aan de vraag of dit begrip moet worden geïnterpreteerd op een autonome wijze dan wel in de zin die daaraan door de lidstaten wordt toegekend, rijst de vraag of gerefereerd wordt naar de collectieve actie als maatschappelijk fenomeen dan wel naar de collectieve actie als (grond)recht. Het verschil tussen beide benaderingen is niet gering. In de eerste interpretatie verwijst de regelgever naar een sociologisch begrip in plaats van een welomlijnde juridische categorie. In de tweede interpretatie verwijst de regelgever naar een juridische categorie. De collectieve actie betreft dan de in het nationaal recht erkende en beschermde vrijheid van werkgevers en werknemers om sommige belangen te verdedigen met behulp van nader gedefinieerde drukmiddelen. Indien de actoren voor andere doelen of actiemiddelen kiezen, valt hun actie buiten de juridische categorie “collectieve actie”³⁹.

35. De oorspronkelijke rechtvaardiging voor het amendement van het Parlement verwijst naar de collectieve actie als het voorwerp van een grondrecht. In de toelichting bij het gemeenschappelijk standpunt is de verwijzing naar de collectieve actie als grondrecht weggevalven⁴⁰. Er wordt gewag gemaakt van een wettelijke ingreep die ingegeven werd door het zoeken van een evenwicht in belangenverhoudingen. De vraag rijst of dit volstaat om ervan uit te gaan dat met het begrip collectieve actie naar een sociologische categorie wordt verwezen⁴¹. Het lijkt aannemelijker dat met de categorie collectieve actie naar een juridische categorie wordt ver-

wezen. De vraag rijst evenwel volgens welke rechtsorde de contouren van dit begrip moeten worden gedefinieerd.

36. Ook deze vraag is wel degelijk relevant. Het collectieve actierecht is geenszins geharmoniseerd. De Europese Gemeenschap is verstoken van enige bevoegdheid om ter zake regulerend op te treden⁴². Rechtsvergelijkend onderzoek laat zien dat de verschillen tussen de lidstaten op het vlak van de toegelaten actiemiddelen groot zijn⁴³. De kern van het recht op collectieve actie lijkt te worden gevormd door de collectieve werkstaking. Echter, ook andere acties kunnen legitiem zijn. In het verleden erkende de Hoge Raad langzaam-aan-acties en stiptheidsacties als legitieme vormen van collectieve actie⁴⁴. In Zweden werden boycotacties en blokkades als legitieme actiemiddelen erkend⁴⁵. Tussen de rechtsstelsels van de lidstaten bestaan dus grote divergenties met betrekking tot de vraag welk type actie voor welke doelen en onder welke voorwaarden is toegestaan⁴⁶.

De verschillen gaan echter verder. Ze hebben betrekking op de rechtsbron die aan de kwalificatie ten grondslag ligt. Een aantal landen, waaronder Frankrijk, Spanje en Italië, kent een grondwettelijk erkend recht te staken⁴⁷. Een dergelijk grondwettelijk recht is vaak beperkt tot specifieke vormen van collectieve actie. Acties die daarbuiten vallen worden dan niet beschouwd als collectieve acties. In regel blijft de grondwettelijke erkenning beperkt tot de klassieke werkstaking. Een algemene categorie “collectieve actie” is onbekend. Actievormen die niet inpasbaar zijn in het grondwettelijke kader, worden gesanctioneerd via het contractenrecht, het onrechtmatige daadsrecht of zelfs het strafrecht. In die gevallen staat of valt de geoorlooftheid van een collectieve actie met de kwalificatie als (grondwettelijk beschermde) collectieve actie.

37. In considerans 27 van de Verordening Rome II wordt vermeld dat “de precieze inhoud van het begrip collectieve actie – bijvoorbeeld een staking of uitsluiting – [...] van lidstaat tot lidstaat [verschilt] en [...] door de interne regels van elke lidstaat [wordt] bepaald. Daarom wordt in deze veror-

39. Het verschil tussen de sociologische en de juridische benadering kan ook worden gerelativeerd. Het arbeidsrecht heeft een lange traditie om bepaalde begrippen te ontleen aan de maatschappelijke realiteit. Dergelijke neologismes worden vroeg of laat juridisch geconstrueerd. Ze verwerven een betekenis die kan afwijken van de sociologische.

40. Zie *PB*. C. nr. 289, 28 november 2006.

41. Aangenomen mag worden dat deze interpretatie erg vermetel is. Ze zou ertoe kunnen leiden dat de context van collectieve arbeidsverhoudingen wordt gebruikt als een dekmantel om allerlei onrechtmatige praktijken onder een van de hoofdregel afwijkend regime te brengen.

42. Zie art. 137 *in fine* EG-Verdrag. T. Novitz acht de mogelijkheid om een richtlijn met betrekking tot het stakingsrecht en het recht op *lock out* op basis van andere verdragsartikelen vast te stellen betwistbaar (T. NOVITZ, *International and European Protection of the right to strike*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 162).

43. Zie F. DORSSEMONT, “Labour law issues of transnational collective action. Comparative Report”, in F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK, *o.c.*, 245-273.

44. Zie Hoge Raad 30 mei 1986, *Nederlandse Jurisprudentie* 1986, nr. 688.

45. Zie N. BRUUN, “Swedish Labour Law Report”, in F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK, *o.c.*, 208.

46. Zie F. DORSSEMONT, “Labour law issues of transnational collective action. Comparative Report”, in F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK, *o.c.*, 245-273.

47. F. DORSSEMONT, “Comparative Report”, in F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK, *Cross-border Collective Actions in Europe: A legal Challenge*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 245-249.

dening als algemeen beginsel aangehouden dat, ter bescherming van de rechten en verplichtingen van werknemers en werkgevers, het recht van het land waar de actie is ondernomen, van toepassing is.” De considerans lijkt naar het intern recht te verwijzen, niet alleen voor de grenzen van het recht op collectieve actie, maar ook voor de nadere invulling van de categorie zelf. Dit sluit aan op de hierboven beschreven situatie waarin geoorlooftheid en kwalificatie samen vallen. Vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief is de zinsnede echter enigszins verwarrend. Hij lijkt immers aan te sturen op kwalificatie *lege fori*, terwijl considerans 11 nadrukkelijk uitgaat van autonome kwalificatie.

38. Het is staande praktijk in het EG-recht dat de in Europese regelgeving gebruikte begrippen autonoom moeten worden geïnterpreteerd⁴⁸. De achtergrond daarvan is, dat alleen een dergelijk wijze van uitlegging de gelijke toepassing van de Europese regel in de verschillende lidstaten garandeert. Als de invulling van een begrip wordt overgelaten aan het nationaal recht, wordt dat in het algemeen expliciet in de regeling vermeld⁴⁹. Een dergelijke autonome uitleg van begrippen is voor conflictenrechtbeoefenaars bekend uit de rechtspraak over het EEX-Verdrag. En ook de Rome II-Verordening is in beginsel gebaseerd op autonome interpretatie (zie considerans 11). Het is dan ook niet waarschijnlijk dat considerans 27 de bedoeling heeft om de reikwijdte van artikel 9 afhankelijk te maken van de nationale invulling van het begrip “collectieve actie”. Zoals al volgt uit de tweede volzin van de considerans wordt het verschil in omvang van het recht op collectieve actie in de nationale rechtssystemen veeleer aangehaald als legitimatie voor de in artikel 9 opgenomen bijzondere regeling. Het lijkt dan ook verstandig om uit te gaan van een autonome betekenis van het begrip “collectieve actie” in artikel 9.

39. Voor zover de these van een autonome interpretatie van de categorie “collectieve actie” in de rede ligt, rijst de vraag of een vergelijking van enkele taalversies licht werpt op deze kwestie. Deze vraag dient helaas ontkennend te worden beantwoord. De relevante IPR-categorie werd vertaald

via termen die veelal schatplichtig zijn aan de wijze waarop het recht op collectieve actie in het intern recht van de betreffende landen wordt geconcipieerd⁵⁰.

40. Het internationaal recht biedt wel enige aanknopingspunten. Het recht op collectieve actie vormt een fundamenteel recht dat wordt erkend in verschillende internationale instrumenten. In dit verband kan melding worden gemaakt van het IAO-Verdrag nr. 87, het Internationaal Verdrag inzake Sociale Economische en Culturele Rechten⁵¹, het (Herzien) Europees Sociaal Handvest⁵² en (art. 11 van) het EVRM. In het recente arrest *Satilmis* heeft het Hof voor de Rechten van de Mens geopteerd voor een ruime interpretatie van artikel 11 EVRM⁵³. De interpretatie van het Hof kan in dubbel opzicht als “progressief” worden geïnterpreteerd. Niettegenstaande artikel 11 EVRM enkel de vrijheid van vakvereniging proclameert, leidde het Hof hieruit in *Satilmis* af dat het recht te staken een dermate belangrijk middel vormt ter verdediging van werknemersbelangen, dat elke beperking van dit recht aan artikel 11 § 2 diende te worden getoetst. Een bezwaar van de Turkse overheid dat de liti-gieuze staking, in casu de weigering van enkele ambtenaren om een toldienst te bemannen, niet als een *staking* kon worden gekwalificeerd, werd door het Hof ter zijde geschoven. Het Hof oordeelde dat een breder recht op collectieve actie onder de bescherming van artikel 11 EVRM diende te worden gebracht.

41. Bovenstaande verdragen bieden zicht op de kern van het recht op collectieve actie, maar deze teksten zijn maar beperkt nuttig bij de afbakening van het begrip voor IPR-doeleinden. Immers, ze geven slechts het internationaal erkende minimum aan en geven niet noodzakelijk een goed beeld van de varianten op het begrip in de Europese lidstaten. Wil de verwijzingsregel zijn nut bewijzen in de scenario’s waarvoor hij is geschreven (te denken valt aan de casusposities van *Tor Caledonia*, *Viking* en *Laval*), dan zal het begrip “collectieve actie” ruim moeten worden uitgelegd. Ook collectieve acties die na toetsing aan het daarop toepasselijk verklaarde recht onrechtmatig worden bevonden –

^{48.} Zie bv. ten aanzien van het begrip verbintenis uit overeenkomst in de Brussel I-Verordening resp. het EEX-Verdrag: H.v.J. 20 januari 2005, C-27/02, *Engler/Versand*, *Jur.*, I-481, r.o. 33.

^{49.} Zie bv. de omschrijving van het begrip “werknemer” in de detacheringsrichtlijn (Ri 96/71/EG, *PB*. EG 1997, L. 18, art. 2, lid 2) en het woonplaatsbegrip in de Brussel I-Verordening (Vo 44/2001, *PB*. EU 2000, L. 12, art. 59).

^{50.} Conform de brede erkenning van het recht op collectieve actie door de Hoge Raad werd in de Nederlandse taalversie geen gewag gemaakt van de staking, maar van de collectieve actie. Deze benadering spoort ook met de vaststelling dat art. 9 blijkens considerans 24 op de patronale *lock out* van toepassing dient te zijn. In de Duitse taalversie werd eveneens gekozen voor een ruime categorie van “Arbeitskampfmaßnahmen”. De Franse taalversie reduceert de categorie van collectieve actie tot de twee bekendste varianten. Langs werknemerszijde wordt de “grève” genoemd en aan werkgeverszijde de *lock out*. De Engelse taalversie refereert eveneens naar het smalle begrip van “industrial action”. Het gebruik van het adjectief “industrial” dreigt de collectieve actie immers te reduceren tot actiemiddelen waarvan de doelstellingen zich in de enge professionele sfeer situeren. Het gebruik van deze term lijkt erop te wijzen dat het collectief arbeidsconflict in de relatie tussen werknemers en hun werkgever moet worden gesitueerd. Dit bemoeilijkt solidariteitsacties en acties tegen de overheid. De Italiaanse taalversie maakt gewag van “danni causati da un’attività sindacale”. Het gebruik van de term “sindacale” lijkt te getuigen van een organicistische visie op de collectieve actie. In dergelijke visie is de actie primair een handeling die uitgaat van een organisatie. Dergelijke interpretatie is ongelukkig in de mate dat de *lock out* in regel nooit door een werkgeversorganisatie wordt uitgeroepen.

^{51.} Art. 8, lid 1 onder d) van het Verdrag van 16 december 1966, *United Nations Treaty Series*, vol. 993, I-14531.

^{52.} Art. 6, lid 4 van het Herziene Handvest van 3 mei 1996, *Council of Europe Treaty Series*, nr. 163, elektronisch te raadplegen via het Treaty Office van de Raad van Europa, <http://conventions.coe.int>.

^{53.} E.H.R.M. 17 juli 2007, nrs. 74611/01, 26876/06 en 27628/02.

bijvoorbeeld omdat ze niet zijn te subsumeren onder de grondwettelijk beschermde categorie “staking” – zullen moeten worden bestreken door de verwijzingsregel van artikel 9.

42. Overigens geeft ook het Hof van Justitie in de boven aangehaalde arresten *Laval* en *Viking* blijk van een ruimhartige benadering van het begrip “collectieve actie”. In beide zaken stonden zeer verschillende en uiteenlopende actiemiddelen ter discussie. Hoger werd uiteengezet dat naast de dreiging met de klassieke werkstaking, in *Viking* sprake was van een geconcerteerde uitoefening van de negatieve contractsvrijheid op het collectieve vlak. In *Laval* was sprake van een ander type boycot. Het Hof gaat nog een stap verder door te overwegen dat zelfs de blokkade onder het als algemeen beginsel van EG-recht erkende recht op collectieve actie valt⁵⁴. De erkenning van het Hof van Justitie dient nog in een ander opzicht als ruim te worden gekwalificeerd. In *Laval* en *Viking* stonden solidariteitsacties centraal. In *Viking* steunden ook de niet-Finse bonden die bij het ITF waren aangesloten de boycotactie. Deze actie ondersteunde een aanvankelijke stakingsaanzegging die uitging van de Finse bond (de *primary action*). In *Laval* verklaarden de Zweedse bonden zich solidair met de onmondige gedetacheerde Letse werknemers die minder verdienen dan de in de Zweedse bouwsector gebruikelijke lonen⁵⁵. In de *Tor Caledonia*-zaak die aanleiding lijkt te zijn geweest voor de afwijkende regel stond eveneens een solidariteitsstaking centraal.

B. De niet-contractuele verbintenis

43. Zelfs bij een ruime uitleg van het begrip collectieve actie zijn de kwalificatieproblemen rond artikel 9 nog niet opgelost. Immers, artikel 9 heeft (uitsluitend) betrekking op “de niet-contractuele verbintenis ten aanzien van de aansprakelijkheid van een persoon als werknemer of werkgever of van de organisaties die zijn beroepsbelangen vertegenwoordigen”. De beperking tot niet-contractuele verbintenissen, een begrip dat in de bijdrage van Volders nader wordt toegelicht, vormt een bijzondere hindernis met betrekking tot collectieve acties. Immers, twee belangrijke partijen bij de collectieve actie – te weten de werknemers en hun werkgever –

zijn met elkaar verbonden middels een overeenkomst. De basisvorm van collectieve actie – de staking – vormt een tijdelijke opschorting van de verplichting tot het verrichten van de contractueel bedongen arbeid. Elke staking impliceert het tijdelijk niet nakomen van een contractuele verbintenis. Het zijn met name de bijkomende acties, zoals bedrijfsbezettingen en poortpiketten, die (mogelijk) een onrechtmatig karakter hebben.

44. De situatie ligt wat gecompliceerder voor de vakbonden. Stakingen en andere vormen van collectieve actie zijn een belangrijk drukmiddel bij de collectieve onderhandelingen. Het Hof van Justitie heeft deze relatie nog eens benadrukt in de uitspraken inzake *Viking* en *Laval*⁵⁶. Een succesvolle staking zal dan ook in het algemeen leiden tot het sluiten van een collectieve arbeidsovereenkomst tussen de werkgever (svereniging) en de bij de collectieve actie betrokken vakbond(en). De staking maakt in dat opzicht deel uit van de precontractuele verhoudingen tussen deze partijen. Tijdens de looptijd van de collectieve arbeidsovereenkomst geldt in een aantal landen een impliciete vredesplicht. Daarnaast kan een vredesplichtclausule expliciet zijn opgenomen in de CAO. In die gevallen kan een collectieve actie tijdens de looptijd van de CAO worden beschouwd als een inbreuk op de contractuele verplichtingen van de door de CAO gebonden vakbond jegens de wederpartij bij de CAO. Afhankelijk van de situatie zal er in de verhouding tussen werkgever en vakbond dus al dan niet tevens sprake zijn van een contractuele relatie.

De solidariteitsactie vormt hierbij een bijzonder geval. Bij een dergelijke actie, waarvan sprake was in de zaken *Tor Caledonia*, *Viking* en *Laval*, voert een werknemerscollectief actie ten bate van een ander werknemerscollectief. De bekendste vorm hiervan is de actie waarbij havenarbeiders weigeren een schip te lossen als middel om betere arbeidsvoorwaarden af te dwingen voor de schepelingen op het schip waartegen de actie zich richt. In dat geval is er geen sprake van enige contractuele band tussen de actievoerders en de werkgever tegen wie de actie zich richt. Die relatie is zuiver buitencontractueel. In het verleden gaven dergelijke transnationale solidariteitsacties ook daadwerkelijk aanleiding tot vorderingen op grond van onrechtmatige daad tegen de organiserende bonden⁵⁷.

⁵⁴. Zie overweging nr. 107 in het arrest *Laval*.

⁵⁵. De collectieve actie in de *Laval*-zaak kon volgens het Hof van Justitie op meerdere manieren gerelateerd worden aan de bescherming van werknemersbelangen: de actie richt zich op het verbeteren van de lonen van de gedetacheerde werknemers en trekt zich in zoverre de belangen van die werknemers aan. Anderzijds erkent het H.v.J. ook het belang van de Zweedse werknemers om zich te beschermen tegen concurrentie op arbeidsvoorwaarden. In dat opzicht behartigen de Zweedse bonden dus wel degelijk de belangen van de Zweedse werknemers (zij het mogelijk in een andere sector): zie r.o. 103 en vgl. r.o. 74 en 76.

⁵⁶. H.v.J. 11 december 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union/Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, n.n.g., r.o. 60 en H.v.J. 18 december 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd/Svenska Byggnadsarbetareförbundet e.a.*, n.n.g., r.o. 99.

⁵⁷. Zie de volgende rechtszaken van reders tegen bonden omwille van een boycot: Kh. Antwerpen 31 mei 1977, *European Transport Law* 1977, 64 e.v.; United Kingdom Court of Appeal 13 oktober 1978, *European Transport Law* 1979, 870 e.v.; Trib. gr. inst. Nantes 28 juni 1979, *European Transport Law* 1981, 243 e.v.; Hof 's-Gravenhage 23 april 1982, *Schip en Schade* 1982, nr. 79; Trib. gr. inst. Boulogne 28 november 1980, *European Transport Law* 1981, 201 e.v.; Arbrb. 24 april 1997, *European Transport Law* 1997, 434.

45. Op grond van de tekst van artikel 9 is niet gelijk duidelijk op welke vorderingen de bepaling nu precies betrekking heeft. De bepaling ziet onder andere op de aansprakelijkheid van personen *in hun hoedanigheid als werkgever en werknemer*. Dit suggereert minst genomen dat de bepaling ook werking beoogt te hebben in de verhouding tussen werkgever en werknemer. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen de partijen zou dan de toepassing van artikel 9 niet in de weg hoeven te staan.

Een dergelijke uitleg van het toepassingsbereik van artikel 9 wordt ondersteund door artikel 4, lid 3 van de verordening. Die bepaling, die verder besproken wordt in de bijdrage van Nuyts, bevat een algemene uitzonderingsclausule met betrekking tot de verwijzingsregel van artikel 4, lid 1 en 2. Als uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan het op grond van lid 1 en 2 van artikel 2 aangewezen land, kan het recht van het nauwer betrokken land worden toegepast. Een dergelijke nauwere band zou met name kunnen berusten, aldus artikel 4, lid 3, op “een reeds eerder bestaande, nauw met de onrechtmatige daad samenhangende betrekking tussen de partijen, zoals een overeenkomst”. Hierbij lijkt te zijn gedacht aan schadevergoedingsacties tussen passagiers en vervoersmaatschappij naar aanleiding van ongevallen. Tussen deze partijen bestaat een vervoersovereenkomst, maar letselschade kan (bij toerekenbaarheid) ook worden gevorderd op grond van onrechtmatige daad. Het toebrengen van lichamelijk letsel is immers, los van het bestaan van een overeenkomst, onrechtmatig.

Ook bij collectieve acties kan er sprake zijn van een samenloop van aanspraken uit overeenkomst en uit onrechtmatige daad. Dit zal bijvoorbeeld gelden voor schade veroorzaakt door poortblokkades en bedrijfsbezettingen. Het is echter de vraag of het opschorten van de werkzaamheden bij een staking ook los van de arbeidsovereenkomst als onrechtmatig gezien kan worden. Daarnaast is artikel 4, lid 3 maar beperkt bruikbaar voor de uitleg van de werkingssfeer van artikel 9, nu de bepaling van artikel 4, lid 3 nadrukkelijk niet van toepassing is op vorderingen die verband houden met een collectieve actie. De precieze werkingssfeer van artikel 9 blijft daarmee onduidelijk.

C. De toepassingsfeer *ratione personae*

46. Artikel 9 beperkt de toepassingsfeer *ratione personae* tot een persoon als werknemer of werkgever en tot de respectieve organisaties die hun beroepsbelangen vertegenwoordigen. In een opmerkelijke mededeling naar aanleiding van het gemeenschappelijke standpunt van de Raad liet de Europese Commissie weten te betreuren dat in de tekst van

artikel 9 niet werd aangegeven dat de toepassing beperkt was tot aansprakelijkheidsvorderingen tussen de daarin genoemde actoren van de collectieve actie⁵⁸. De Commissie meende dan ook dat de amendering door het Europees Parlement geenszins tot doel kon hebben gehad dat de bijzondere bepaling van toepassing zou worden op geschillen die uit collectieve acties ontstaan tussen de in het artikel genoemde actoren als aansprakelijke personen en derden. In de tekst van het gemeenschappelijke standpunt wordt de gedachte uitgedrukt dat de amendering ertoe strekt om het machtsevenwicht tussen werknemers en werkgevers veilig te stellen. Deze gedachte lijkt op het eerste gezicht te suggereren dat de toepassingsfeer van het artikel moet beperkt worden tot geschillen tussen de daarin genoemde personen.

47. Bij dergelijke analyse passen enkele kanttekeningen. Voor de goede orde mag worden opgemerkt dat ook werkgevers in bepaalde scenario's als “derden” in een collectief arbeidsconflict kunnen worden geduid. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn indien zijn werknemers deelnemen aan een solidariteitsactie tegen een andere vuil verklaarde werkgever. Een ander voorbeeld betreft de collectieve actie die wordt gevoerd ter bevordering van de werknemersbelangen tegen de overheidsbeleid van de staat die deze belangen kan bedreigen (in voorkomende gevallen EU/EG). Vast staat dat artikel 9 de toepasselijkheid slechts definieert in functie van het voorwerp van het geschil en van de identiteit van de verwerende partij. Er is dan ook geen enkele reden om aan te nemen dat het artikel 9 moet worden beperkt tot geschillen tussen de daarin genoemde personen. Anders oordelen is een vrijgeleide voor werkgevers of hun organisaties om de collectieve actie te “breken” via de inschakeling van een derde die door de collectieve actie schade lijdt. In dit verband kan gedacht worden aan het inschakelen van consumenten, werkwillige werknemers, leveranciers en onderaannemers die een contractuele relatie hebben met de bestaakte werkgever tegen de actievoerende werknemers en hun organisaties.

D. Hoofdvragen en voorvragen

48. Een laatste complicatie bij de toepassing van artikel 9 wordt veroorzaakt door de problematiek van de voorvraag. Deze problematiek hangt samen met de vraag hoe – door wie en in welke context – de rechtmatigheid van een staking eigenlijk aan de rechter (of een andere beslissende instantie) wordt voorgelegd. Het in 2006 door ons opgezette rechtsvergelijkende onderzoek laat zien dat op dit punt grote verschillen bestaan tussen de lidstaten⁵⁹. Deze nationale verschillen hangen samen met de invulling van het recht op collectieve actie zelf, maar ook met procedurele mogelijkheden en onmogelijkheden.

⁵⁸. Com (2006) 566.

⁵⁹. F. DORSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK, *Cross-Border Collective Action in Europe*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2007. Zie met name A. VAN HOEK, “Private international law aspects of collective actions – comparative report”, l.c. 431 e.v.

In de Nederlandse situatie vinden procedures over stakingsrecht vrijwel zonder uitzondering plaats tussen de werkgemers en de bonden, in een kort geding ter voorkoming van of ter stopzetting van de collectieve actie. Deze acties worden beschouwd als onrechtmatige daadsacties.

In België zijn procedures rond collectieve acties daarentegen – voor zover ze al voorkomen – altijd gericht tegen individuen. Deze procedures hebben in het algemeen geen betrekking op de vraag of het stakingswapen op onwettige wijze werd uitgeoefend, maar op “begeleidende activiteiten” als een bedrijfsbezetting of een poortblokkade⁶⁰. Hooguit speelt de vraag of een bepaalde actie wel of niet als de uitoefening van het stakingsrecht kan worden beschouwd. De Belgische werknemersorganisaties hebben geen buitencontractuele aansprakelijkheidsbekwaamheid⁶¹. Om die reden kunnen zij geen partij zijn in een buitencontractuele procedure. De verordening doet op generlei wijze afbreuk aan deze nationale regeling. De 28^{ste} considerans bepaalt nadrukkelijk dat de bijzondere regel van artikel 9 op generlei wijze de rechtspositie van de werknemersorganisaties aantast.

Denemarken, ten slotte, kent juist een bijzondere procedure om de rechtmatigheid van een collectieve actie vast te stellen, waarin uitsluitend de vakbonden en werkgevers partij kunnen zijn. Het was deze procedure die aanleiding gaf tot de prejudiciële vragen in de zaak *Tor Caledonia*. Ook Zweden kent een soortgelijke declaratoire actie, waarbij de rechter de rechtmatigheid van de collectieve actie vast kan stellen⁶².

49. In Denemarken, Zweden en Nederland kan de rechtmatigheidsvraag de *hoofdvraag* zijn in een procedure die zich afspeelt op het *collectieve* niveau. Het antwoord op de rechtmatigheidsvraag werkt vervolgens door in de rechtspositie van de individuele aan de actie deelnemende werknemers. Als de vakbonden op toegestane wijze een collectieve actie hebben uitgeroepen, worden de werknemers beschermd tegen represailles van de zijde van de werkgever. Een aantal landen lijkt een omgekeerde logica te hanteren: de aansprakelijkheid van de vakbond voor het oproepen tot of ondersteunen van een werknemersactie is dan afhankelijk van de vraag of de betrokken werknemers zich kunnen beroepen op hun, wettelijke of constitutioneel verankerde, stakingsrecht. De primaire rechtmatigheidsvraag wordt dan gelokaliseerd op het *individuele* niveau. En op het individuele niveau wordt de staking dan nogal eens primair gezien als een opschorting van de verplichting tot het verrichten van arbeid, en dus gekwalificeerd als een *contractuele* aangelegenheid.

50. Het *Tor Caledonia*-arrest, waarin het Hof van Justitie in het kader van het EEX-Verdrag artikel 5, 3^o inzake niet-contractuele aansprakelijkheid van toepassing verklaart op de Deense procedure tot vaststelling van de rechtmatigheid van een staking, geeft hierover geen uitsluitsel. Het Hof heeft zich in deze procedure, die betrekking had op een boycot, namelijk beperkt tot de verhouding tussen de organiserende vakbond en de getroffen werkgever. Deze relatie was in het voorgelegde geval zuiver niet-contractueel van aard. Dit zegt ons inziens niets over de vraag of de *rechtmatigheidsvraag* met betrekking tot een collectieve actie altijd moet worden gekwalificeerd als niet-contractueel. Immers, als de rechtmatigheid van de actie aan de orde was gekomen in het kader van een ontslagzaak (waarbij de vraag gesteld wordt of deelneming aan een specifieke collectieve actie een geldende reden voor ontslag vormt) dan had het Hof van Justitie de vordering zonder twijfel gekwalificeerd als contractueel. De kwalificatie inzake het *bevoegdheidsrecht* is immers sterk afhankelijk van de context waarbinnen de vraag rijst. Het is de vraag of dat ook zo is – of zou moeten zijn – als het gaat om het *toepasselijk recht*. Immers, een en dezelfde vraag – is deze collectieve actie rechtmatig of niet – zou dan verschillend worden beantwoord, al naar gelang de context waarbinnen de vraag gesteld wordt. Dit lijdt tot rechtsonzekerheid voor de partijen die deel (willen) nemen aan een dergelijke actie – en daarmee tot een beperking van het recht op collectieve actie in een grensoverschrijdende context.

51. De rechtsonzekerheid vloeit niet alleen voort uit kwalificatieproblemen met betrekking tot de collectieve actie zelf, maar, zoals hierboven al bleek, ook uit de problematiek van de voorvraag in het IPR. Stel: in reactie op een stakingsactie gaat de werkgever over tot het ontslaan van de bij die actie betrokken werknemers. Als rechtvaardigingsgrond beroept de werkgever zich op de onrechtmatigheid van de stakingsactie. In dat geval is de vraag naar de rechtmatigheid van de actie te beschouwen als een voorvraag. De rechtmatigheid van het ontslag vormt de hoofdvraag.

Een vergelijkbaar probleem doet zich voor bij solidariteitsacties waarbij de rechtmatigheid van de solidariteitsactie – de hoofdvraag – vaak gekoppeld is aan de vraag of de primaire actie (waarmee solidariteit wordt betuigd) gerechtvaardigd is – de voorvraag. Steeds rijst hier de vraag of het toepasselijk recht op de hoofdvraag tevens toegepast moet worden op het beantwoorden van de voorvraag. Bij afwezigheid van een “algemeen deel” in het Europese IPR is de behandeling van de voorvraag – vooralsnog – overgelaten aan de lidstaten. Uit het hierboven reeds aangehaalde onderzoek blijkt dat in een aantal landen in bovengenoemd geval-

⁶⁰. S. BOUZOUMITA, “Belgian private international law report”, in F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK (eds.), *o.c.*, p. 277-278 en P. HUMBLET, “Belgian labour law report”, in F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK (eds.), *o.c.*, 95 e.v.

⁶¹. Zie in dit verband F. DORSSEMONT, *Rechtspositie en syndicale activiteitsvrijheid van representatieve werknemersorganisaties*, Brugge, die Keure, 2002, p. 464-468.

⁶². J. MALMBERG, “Swedish private international law report”, in F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK (eds.), *o.c.*, 418.

len de vraag met betrekking tot de rechtmatigheid van de collectieve actie niet aan een afzonderlijk recht wordt onderworpen, maar wordt getoetst aan het recht dat de hoofdvordering beheerst. Ook dit leidt dus tot opsplitsing van een enkele collectieve actie in een aantal deelvragen en deelgevolgen, ieder met een eigen toepasselijk recht. Het kan dan voorkomen dat op grond van het recht dat van toepassing is op een bij wijze van represaille verleend ontslag een uitgevoerde collectieve actie onrechtmatig zou zijn, terwijl in de verhouding tussen werkgever en vakbond de actie geoorloofd is. Zoals wij hierboven reeds hebben betoogd, ondergraaft een dergelijke opsplitsing ons inziens in ernstige mate de mogelijkheid om in grensoverschrijdende gevallen actie te voeren. Het organiseren van en deelnemen aan een collectieve actie zou dan slechts verantwoord zijn, als de collectieve actie is toegestaan naar alle direct of indirect betrokken rechtsstelsels.

E. Stakingsrecht als “burgerlijke en handelszaak”

52. Het lijkt voor arbeidsrechtjuristen met enig historisch besef anathema om het recht op collectieve actie te beschouwen als een “burgerlijke of handelszaak”. We willen hier dan ook geen uitspraak doen over het karakter van het stakingsrecht als zodanig, maar slechts nader ingaan op dit aspect van de werkingssfeer van de Rome II-Verordening (en daarmee art. 9). Dat is nodig vanwege het bijzondere karakter van het recht op collectieve actie. Enerzijds betreft het hier een internationaal erkend grondrecht, anderzijds heeft het actierecht door zijn aard een sterke relatie met de openbare orde. Poortblokkades, fabrieksbezettingen en andere blokkades zijn in hun uitingsvorm verwant met demonstraties en kunnen direct de openbare orde en veiligheid beroeren. Dat geldt ook voor stakingen in de essentiële diensten zoals vuil-

nisverwijdering, brandweer, gezondheidszorg en politie. Dit bijzondere karakter van het recht op collectieve actie lijkt echter geen afdoende reden om de collectieve actie te onttrekken aan de werking van de meerzijdige verwijzingsregel⁶³.

53. Het begrip “burgerlijke en handelszaak” komt ook voor in de Brusselse rechtsmachtregelingen. In de context van het Brusselse verdrag is dit begrip verschillende keren uitgelegd. Uit die rechtspraak blijkt dat verhoudingen die mede publiekrechtelijk gereguleerd zijn, niet om die reden buiten de categorie “burgerlijke en handelszaken” vallen. Het Hof sluit slechts die verhoudingen van de werkingssfeer uit die betrekking hebben op de relatie tussen de overheid (of één van haar ambtenaren) en burgers waarbij de overheid gebruik maakt van haar bijzondere prerogatieven⁶⁴. Voor het stakingsrecht zou dat betekenen dat hooguit het stakingsrecht van ambtenaren uitgezonderd is van de werkingssfeer van de Rome II-Verordening⁶⁵. Dit geldt ons inziens ook als er, zoals het geval is in Italië⁶⁶ en België⁶⁷, een bijzondere regeling bestaat met betrekking tot collectieve acties in de essentiële diensten. Immers, het onderscheidende criterium voor toepassing van de verordening is niet of de *diensten* publiekrechtelijk gereguleerd zijn, maar of de *werkgever* zich op bijzondere, publiekrechtelijke bevoegdheden beroept⁶⁸.

54. Het bijzondere karakter van het recht op collectieve actie, alsmede de bijzondere positie van sommige diensten, zal dus niet tot uiting komen in (een beperking van) de werkingssfeer van artikel 9, maar eerder in de verwijzingsregel zelf, via de leerstukken van de voorrangregels en de openbare orde en via de regel van artikel 17 van de verordening, die het mogelijk maakt om rekening te houden met de veiligheids- en gedragsregels van de plaats waar de onrechtmatige daad plaatsvindt.

⁶³. Zie VAN HOEK, “Private international law aspects of collective action – comparative report private international law”, in F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK (eds.), *o.c.*, 435-436 en 443-444.

⁶⁴. Zie H.v.J. 15 februari 2007, C-292/05, *Lechouritou* en de daar vermelde jurisprudentie. De meeste aan het H.v.J. voorgelegde zaken hebben betrekking op zaken met een staat als eiser. Een enkele keer is de staat de gedaagde partij. In de zaak *Henkel/VKI* was er sprake van twee civiele partijen. De zaak viel reeds op die grond niet buiten de werkingssfeer van het EEX-Verdrag: H.v.J. 1 oktober 2002, C-167/00, *Jur.*, I-8111.

⁶⁵. In de toelichting bij het commissievoorstel Com (2003) 427, p. 8 wordt voor de materiële werkingssfeer van de verordening nadrukkelijk verwezen naar de rechtspraak inzake het EEX-Verdrag en de Brussel I-Verordening.

⁶⁶. P. VENTURI, “Italian private international law report”, in F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK (eds.), *o.c.*, 333.

⁶⁷. P. HUMBLET, “Belgian labour law report”, in F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK (eds.), *o.c.*, 97.

⁶⁸. Er zijn geen zaken bekend waarin ook een particuliere instantie zich op bijzondere prerogatieven kon beroepen. Een dergelijke instantie zou waarschijnlijk naar EG-recht als onderdeel van de overheid moeten worden beschouwd. Zie hierover H.v.J. 12 juli 1990, C-188/89, *Foster/British Gas*, *Jur.*, I-3313 en D. CHALMERS e.a., *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 380.

III. DE CONFLICTREGELS

A. De verwijzingsregel – locus actus en alternatieven

55. In de speciale regel voor collectieve conflicten wordt als hoofdregel aangeknoopt bij de plaats waar de collectieve actie zal plaatsvinden of heeft plaatsgevonden. Hiermee wijkt de regel af van artikel 4. Deze “omkering” vormde een belangrijke motivatie achter de bijzondere verwijzingsregel voor collectieve acties. In het oorspronkelijke voorstel van het Europese Parlement gold de *locus actus* daarenboven als enige aanknopingsfactor.

56. Dat voorstel heeft het niet gehaald. In de uiteindelijke bepaling wordt verwezen naar artikel 4, lid 2, waarin de aanknopingsplaats aan de gemeenschappelijke verblijfplaats is geregeld. Daarnaast is ook artikel 14 inzake de rechtskeuze van toepassing. Daarentegen is het niet mogelijk om bij collectieve acties gebruik te maken van de uitzondering van de nauwste betrokkenheid zoals verwoord in artikel 4. Dit houdt onder andere in dat niet teruggevallen kan worden op het recht dat een reeds eerder tussen partijen bestaande rechtsverhouding beheerst. De verwijzingsregel werkt uitsluitend met vaste aanknopingsfactoren en is dus “gesloten”. Dit heeft als erkend voordeel dat de uitkomst meer voorspelbaar wordt en minder manipuleerbaar is⁶⁹. Het gesloten karakter en het ontbreken van “accessoire aanknopingsplaatsen” aan pre-existente verhoudingen, voorkomt echter ook dat organisch kan worden aangesloten bij het systeem van collectieve arbeidsverhoudingen waarbinnen de staking zich afspeelt⁷⁰.

57. Naar onze mening bestaat de perfecte verwijzingsregel voor collectieve acties niet. Zowel de grote verschillen in conceptualisering als de eveneens grote verschillen in materieelrechtelijke waardering van het fenomeen bemoeilijken het opstellen van een algemeen bruikbare conflictregel. Het conflictenrecht veronderstelt immers een minimum aan materieelrechtelijke overeenstemming, die in het collectieve actierecht slechts met moeite is te construeren. We geven hier dan ook geen definitief oordeel over de kwaliteit van de uiteindelijk geformuleerde conflictregel. Wel willen we een aantal complicaties met betrekking tot deze regeling bespreken. We doen dat aan de hand van de in deel I beschreven casusposities.

B. *Tor Caledonia*, *Viking* en de lokalisering van een boycot

58. De casusposities van *Tor Caledonia* en *Viking* betreffen de typische feitenconstellatie van collectieve acties in het zeevervoer. De betrokken bonden zetten de belangen van de bemanning kracht bij met boycotts en vuilverklaring van havenwerkzaamheden. Naast de eventuele stakingsactie van de zeelieden zelf – die overigens lang niet altijd aanwezig is vanwege de slechte onderhandelingspositie van deze werknemers – is er sprake van een weigering om een (individueel dan wel collectief) contract aan te gaan met de vuilverklaarde reder en een weigering van werknemers in dienst van andere werkgevers om havenwerkzaamheden⁷¹ te verrichten ten bate van de vuilverklaarde reder. Hierboven hebben we al aandacht besteed aan de verschuiving van *locus damni* naar *locus actus* die de bijzondere regeling bewerkstelligt. In de verhouding tussen geboycotte reder en actievoerende havenbonden en havenwerknemers zal daardoor het toepasselijk recht primair bepaald worden door de plaats waar de havendiensten worden onthouden. Met andere woorden: het recht van de haven bepaalt de rechtmatigheid van havenstakingen. De vlag van het schip is hiervoor irrelevant.

59. In dit scenario zal de aanknopingsplaats aan de gemeenschappelijke verblijfplaats niet relevant zijn. Immers, dergelijke acties vormen juist een wapen tegen werkgevers die onder goedkope vlag werken. Het recht van de goedkope vlag is mede uitgekozen vanwege de beperkte bescherming die het de betreffende zeelieden biedt. In het algemeen kent een dergelijk rechtssysteem ook slechts beperkte mogelijkheden tot het voeren van collectieve acties. De acties vinden dan ook elders plaats, in landen die wel ruime mogelijkheden kennen voor collectieve acties. Daarnaast is van belang dat het havenland ruimte biedt voor solidariteitsacties. Genoemde casusposities spelen zich niet voor niets af in Scandinavië. De Scandinavische landen kennen een uitgebreide traditie van collectieve acties, waarbij solidariteit een grote rol speelt⁷².

De solidariteitsacties in het Scandinavische systeem zijn in het algemeen geconstrueerd als secundaire acties ter ondersteuning van een primaire actie van werknemers in de betreffende sector zelf. Zoals gezegd, wordt bij havenstakingen ten bate van zeelieden die varen onder “goedkope vlag”, lang niet altijd ook een actie plaats op het schip zelf. De primaire actie is dan ook vaak van symbolische aard: de zeelie-

⁶⁹. Zie bv. S. BOUZOUMITA, “Belgian private international law report”, in F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK (eds.), *o.c.*, 280 voor de manipuleerbaarheid van de algemene exceptieclausule in het Belgische IPR.

⁷⁰. Vgl. C.W. HERGENRÖDER, “German Private International Law Report”, in F. DORSSEMONT, T. JASPERS en A. VAN HOEK, *o.c.*, p. 317.

⁷¹. Met “havenwerkzaamheden” doelen we op alle diensten die in de haven worden verricht ten bate van bezoekende schepen, zoals laad- en loswerkzaamheden, stuwadoorswerkzaamheden en loodsdiensten.

⁷². Dit blijkt overigens ook uit de *Laval*-zaak.

denbond in het land waar de actie plaatsvindt, verklaart een boycot tegen de reder. Dit houdt in dat de aangesloten zee-
lieden worden opgeroepen om geen arbeidsovereenkomsten
te sluiten met de vuil verklaarde reder. De primaire actie
bestaat uit het bij voorbaat niet willen sluiten van een over-
eenkomst. Het gaat hier niet om overeenkomsten die de
werkgever aan de betrokkene heeft aangeboden of waarover
onderhandelingen gaande zijn – de weigering is louter theo-
retisch. De vraag rijst waar een dergelijke theoretische con-
tractswegering dient te worden gesitueerd⁷³.

60. Nalaten laat zich moeilijker lokaliseren dan handelen.
In een arrest uit 2001 heeft de Nederlandse Hoge Raad een
weigering om toestemming te geven tot het afgeven van gel-
den en goederen gelokaliseerd op de plaats waar de afgifte
bij verleende toestemming zou hebben plaatsgevonden⁷⁴.
Een omissiedelict moet ingevolge die uitspraak worden
gelokaliseerd op de plaats waar gehandeld had moeten wor-
den. In casu is echter van een verplichting tot handelen geen
sprake. Ook in andere opzichten is de casus in het arrest van
de Hoge Raad niet vergelijkbaar met de algemene contractsw-
weigering die plaatsvindt bij een boycotactie. Een dergelijke
actie heeft meer verwantschap met de casuspositie in het
arrest *Besix/Wabag*⁷⁵. In dat arrest heeft het Hof van Justitie
zich in het kader van artikel 5, 1° EEX-Verdrag gebogen
over de lokalisering van een contractuele exclusiviteitsver-
plichting op grond waarvan het de contractspartijen niet was
toegestaan om overeenkomsten met andere partijen aan te
gaan. Deze verbintenis om niet te doen was – evenals de
contractswweigering bij een boycot – niet aan nadere geogra-
fische criteria gebonden. In dat arrest bepaalde het Hof dat
een dergelijke verbintenis geen eenduidig te bepalen plaats
van uitvoering heeft⁷⁶. Het Hof achtte de bepaling van artikel
5, 1° EEX-Verdrag dan ook niet toepasbaar op de casus.

61. Artikel 12 van de Rome II-Verordening dat betrekking
heeft op precontractuele aansprakelijkheid, biedt hier even-
min soelaas. Deze bepaling ziet slechts op niet-contractuele
aansprakelijkheid die voortvloeit uit onderhandelingen
voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst. Van der-
gelijke onderhandelingen is in bovengeschetst scenario geen
sprake. Maar de in artikel 12 regel is ook bij analogie maar
beperkt bruikbaar. Primair knoopt de regeling namelijk aan
bij het recht dat de overeenkomst zou hebben beheerst, als
deze tot stand zou zijn gekomen. Met betrekking tot het toe-
passelijk recht op de arbeidsovereenkomsten van zeelieden
wordt de vlag nog steeds veel gebruikt als aanknopingsfac-

tor. Maar de betreffende collectieve acties richten zich juist
tegen het gebruik van goedkope vlaggen. Er is dus nadruk-
kelijk geen overeenstemming tussen de potentiële *c.q.* fic-
tieve contractspartijen over het op de overeenkomst toe te
passen recht. Aanknopning aan de vlag voor de rechtmatig-
heid van een dergelijke boycot lijkt ons in een dergelijk
geval is strijd met doel en logica van zowel artikel 12 als van
dit type actie.

Als aanknopning aan de beoogde overeenkomst geen optie is,
valt artikel 12 terug op de hoofdregeling zoals deze ook in
artikel 4 is te vinden. Hier doet dus de plaats waar de schade
zich voordoet (opnieuw) haar intrede als aanknopingsfactor.
Maar ook deze aanknopingsfactor levert *in casu* problemen
op. Wat is immers precies de schade die de boycot veroor-
zaakt? Het daadwerkelijke drukmiddel voor de vakbonden
bestaat in de casus van zowel *Viking* als *Tor Caledonia* uit de
mogelijkheid om het vertrek van het schip uit de haven te
beletten. De materiële schade is dus een gevolg van de
secundaire actie. De bijdrage van de *primaire* actie aan de
geleden schade bestaat er slechts uit dat de primaire actie de
secundaire actie legitimeert. Het is dan ook verdedigbaar om
de schade van het hier beschreven type primaire actie te
lokaliseren op de plaats waar de secundaire actie plaatsvindt.
Dit heeft als bijkomend voordeel dat beide acties door een en
hetzelfde recht worden beheerst.

62. Ten overvloede zij vermeld dat bovenstaande redene-
ring uitsluitend betrekking heeft op primaire acties zonder
duidelijke *locus actus*. Als de primaire actie bestaat uit een
staking van de zeelieden op het schip van de vuil verklaarde
reder, dan is deze actie zeer wel afzonderlijk te lokaliseren.
De *locus actus* van de primaire actie bepaalt dan – behou-
dens de uitzonderingen van artikel 4, 2° en artikel 14 – het
recht dat van toepassing is op de primaire actie. Voor de
secundaire actie zal primair de *locus* van deze laatste actie
relevant zijn.

C. Laval, de detachering van werknemers en de aanknopning aan de gemeenschappelijke verblijfplaats

63. Het vrij verkeer van diensten creëert een nieuwe type
arbeidsconflicten waarvan *Laval* het standaardvoorbeeld is.
Het Letse bedrijf Laval un Partneri verricht in Zweden con-
structiewerkzaamheden in het kader van het vrij verkeer van

⁷³. Zie ten aanzien van dit thema ook J. PONTIER, “Feit en rechtsnorm: moeilijke gevallen van lokaliseren van de internationale onrechtmatige daad: HR 12 oktober en 7 december 2001”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2002, p. 274-282.

⁷⁴. Hoge Raad 12 oktober 2001, C-00/307HR, *Nederlandse Jurisprudentie* 2002, nr. 255.

⁷⁵. 19 februari 2002, C-256/00, *Jur.*, I-1699.

⁷⁶. R.o. 49: “Een verplichting om niet te doen, die, zoals in het hoofdgeding, bestaat in een verbintenis om uitsluitend met de medecontractant samen te werken alsmede in een verbod voor partijen met een andere partner een verbintenis aan te gaan om in het kader van een openbare aanbesteding een gezamenlijke offerte in te dienen, en die, volgens de wil van partijen, zonder enige geografische beperking van toepassing is en dus moet worden nageleefd in de gehele wereld – en in het bijzonder in ieder van de verdragsluitende staten –, kan naar haar aard niet op een specifieke plaats worden gelokaliseerd,…”.

diensten en heeft daarvoor zijn eigen Letse werknemers meegenomen naar Zweden. Het toepasselijk recht op de individuele arbeidsovereenkomsten van de werknemers is Lets. Daarnaast is op enig moment ook sprake van een CAO naar Lets recht, gesloten tussen de werkgever en een Letse vakbond. Het loon dat de Letse werknemers ontvangen is geënt op de Letse arbeidsverhoudingen en ligt beduidend onder het gemiddelde loon van vergelijkbare Zweedse bouwvakkers. Ook in andere opzichten biedt het Lets recht de werknemers minder bescherming dan de Zweedse Bouw-CAO. De Zweedse bonden proberen middels collectieve acties de Letse werkgever te bewegen om zich aan de sluiten bij de Zweedse CAO en daarnaast loonconformiteit in acht te nemen. Hierdoor zouden niet alleen de Letse werknemers beter worden beschermd, maar wordt tevens voorkomen dat de Letse werkgever op de Zweedse markt actief kan zijn tegen lagere loonkosten dan zijn Zweedse concurrenten. Dit voorkomt loonconcurrentie op de Zweedse markt.

Technisch betreft het hier – wederom – solidariteitsacties waarbij werknemers van toeleverende en samenwerkende bedrijven hun medewerking aan het bouwproject van Laval staken. Deze solidariteitsactie moet worden gelokaliseerd in Zweden. Op grond van artikel 9 zal dan ook Zweeds recht worden toegepast op de actie van de werkgever inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid van de bonden voor de door de werkgever geleden schade. In dat geval is immers geen sprake van een gemeenschappelijke verblijfplaats tussen laedens en gelaedeerde. De situatie kan anders komen te liggen als ook de Letse werknemers en/of de Letse vakbonden bij de actie zijn betrokken. Immers, voor zover zowel de werkgever als de werknemers hun gewone verblijfplaats hebben in Letland (en ook de vakbond in Letland is gevestigd), is er in dat geval en tussen die partijen sprake van een gemeenschappelijke verblijfplaats in de zin van artikel 4, 2° van de verordening. Op grond van die bepaling geldt dat “indien... degene wiens aansprakelijkheid in het geding is, en degene die schade lijdt, beiden hun gewone verblijfplaats in hetzelfde land hebben op het tijdstip waarop de schade zich voordoet,... het recht van dat land van toepassing [is].” Het gaat bij deze bepaling om de partijen in het geding en hun verblijfplaats op het moment van de schadeveroorzaking.

64. Ten aanzien van de in Zweden werkzame Letse werknemers zal in een aantal gevallen kunnen worden beargu-

menteerd dat zij ten tijde van de schadeveroorzaking hun gewone verblijfplaats in Zweden hebben. Van een gemeenschappelijke verblijfplaats in Letland is dan geen sprake meer. Maar bij betrokkenheid van de Letse bond zou de onderlinge verhouding tussen de Letse bond en de Letse werkgever wel onder de bijzondere regeling van artikel 4, 2° kunnen vallen. Dergelijke beoordeling zal slechts anders zijn, indien ook ten aanzien van de werkgever besloten wordt dat deze ten tijde van de schadeveroorzaking zijn gewone verblijfplaats heeft in Zweden. Hiervoor biedt artikel 23 van de verordening wel enige aanknopingspunten. Dit artikel bevat een regel met betrekking tot de gewone verblijfplaats van ondernemingen. Onder de gewone verblijfplaats van een vennootschap, vereniging of rechtspersoon wordt in het kader van de verordening verstaan “de plaats waar zich de hoofdvestiging bevindt. Indien de schadeveroorzakende gebeurtenis of de schade zich voordoet bij de exploitatie van een dochteronderneming, bijkantoor of een andere vestiging, geldt [echter] de locatie van de dochteronderneming, het bijkantoor of de andere vestiging als gewone verblijfplaats”. In de zaak *Laval* lijkt het geen twijfel dat de schade zich voordoet ten aanzien van bedrijfsactiviteiten in Zweden. Van een vestiging in de zin van het EG-Verdrag is echter nadrukkelijk geen sprake – Laval beroept zich op het vrij verkeer van *diensten*. Er is weliswaar sprake van een Zweedse dochteronderneming die in de nasleep van het collectieve conflict failliet is verklaard, maar deze dochter is geen partij bij het geschil. Het is onwaarschijnlijk dat het Hof van Justitie in het kader van de uitleg van de Rome II-Verordening de gewone verblijfplaats van Laval in Zweden zal situeren.

65. Noch uit de bepaling zelf, noch uit de wetsgeschiedenis⁷⁷ is op te maken in hoeverre artikel 4, 2° ook kan worden toegepast bij meerdere daders en/of meerdere slachtoffers met verblijfplaats in verschillende landen. Een vergelijkbare bepaling in het Nederlands recht⁷⁸ wordt echter zo uitgelegd dat voor elke dader en elk slachtoffer afzonderlijk moet worden bepaald of de bijzondere regeling kan worden toegepast⁷⁹. In een geschil tussen Laval en de Zweedse vakbonden zou onder de Nederlandse regeling worden teruggevallen op de hoofdregel (de *locus actus*), waardoor op hun verhouding Zweeds recht van toepassing is. Bij mede-betrokkenheid van de Letse vakbond zal echter een geschil tussen de werkgever en de Letse bond worden beheerst door het recht van het land van de gemeenschappelijke verblijfplaats, in casu dus Lets recht.

^{77.} Het Commissievoorstel Com (2003) 427, p. 13 vermeldt slechts dat “Deze oplossing... in bijna alle lidstaten [wordt] toegepast, hetzij als bijzondere regel, hetzij als concrete uitwerking door de rechtspraak van de regel van de nauwste banden. Deze oplossing beantwoordt aan de legitieme verwachtingen van de beide partijen.” Zie overigens voor de beperkte waarde van de wetgeschiedenis bij Europese wetgeving: M. FREUDENTHAL en F.J. A. VAN DER VELDEN, “Europese rechtsmaatregelen en hun uitlegging door de nationale rechter”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2003, p. 117-126.

^{78.} Art. 3, lid 3 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad, *Staatsblad* 2001, 190.

^{79.} Tenminste: als slechts één van de mogelijke daders in rechte wordt betrokken door slechts één van de slachtoffers, wordt voor deze combinatie bepaald of de gevolgenutzondering zich voordoet: Hoge Raad 23 november 2001, *Nederlandse Jurisprudentie* 2002, nr. 281 met noot Th.M. DE BOER. Er is nog geen rechtspraak met betrekking tot een zaak waarin meerdere daders met verschillende woonplaatsen tegelijkertijd voor de Nederlandse rechter worden gedaagd. Zie hierover ook A.P.M.J. VONKEN, “Een internationaal ski-ongeval”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2002, p. 390-393.

66. Een dergelijke uitleg zou ons inziens in hoge mate onwenselijk zijn bij collectieve conflicten. Om collectieve acties in grensoverschrijdende gevallen mogelijk te maken is niet alleen noodzakelijk dat het toepasselijk recht voorzienbaar is, maar ook dat alle betrokkenen aan werknemerszijde hun handelen kunnen afstemmen op een en hetzelfde recht. Opsplitsing van een collectieve actie in meerdere deelvragen met ieder een eigen toepasselijk recht heeft als resultaat dat een collectieve actie slechts mogelijk is als alle relevante stelsel de actie rechtmatig achten. Een dergelijke cumulatie van eisen heeft in hoge mate een “chilling” effect op grensoverschrijdende collectieve acties. Een grensoverschrijdende actie zou dan immers aan meer beperkingen worden onderworpen dan rechtens is in elk van de afzonderlijke betrokken rechtstelsels.

Wel verdedigbaar is, dat in detachingsgevallen een onderscheid wordt gemaakt tussen acties die zich richten op de integratie van de gedetacheerde werknemers in de sociale verhoudingen van het tijdelijke werkland enerzijds en acties die zich richten op de arbeidsvoorwaarden in het detachende bedrijf als zodanig anderzijds. In het eerste geval is het recht van het tijdelijke werkland het nauwst betrokken, in het tweede geval is verdedigbaar dat de actie wordt beheerst door het recht van het gemeenschappelijke land van herkomst van de werknemers en de werkgever. Een dergelijk resultaat kan onder de verordening worden bereikt als de uitzondering van artikel 4, 2° uitsluitend wordt toegepast als zowel de bij de actie betrokken werknemers als de vakorganisaties afkomstig zijn uit het vestigingsland van de werkgever. In praktijk zal dat betekenen dat de regel slechts wordt toegepast bij afwezigheid van betrokkenheid van vakbonden en/of werknemerscollectieven uit het tijdelijke werkland.

D. Rechtskeuze achteraf

67. Uit de – beperkte – Nederlandse rechtspraktijk blijkt dat het wel degelijk voorkomt dat partijen bij een collectief arbeidsconflict een rechtskeuze uitbrengen. In één van de gerapporteerde zaken betrof het een ten processe uitgesproken keuze voor de *lex fori*⁸⁰. Daarnaast werd in de beroemde uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Saudi Independence*⁸¹ een rechtskeuze in de individuele arbeidsovereenkomst relevant geacht voor de beoordeling van de rechtmatigheid van een staking. Die laatste uitspraak lijkt achterhaald door enerzijds de werking van de Rome II-Verordening⁸² en anderzijds de beschermende werking van artikel 6 van het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op ver-

bintenissen uit overeenkomst van 1980⁸³. De eerste variant – waarin de werkgever en de vakbond een gezamenlijke rechtskeuze ten processe uitbrengen – lijkt echter alleszins mogelijk onder de Rome II-Verordening. Op grond van artikel 14 van de verordening kunnen partijen namelijk overeenkomen om niet-contractuele verbintenissen aan het door hen gekozen recht te onderwerpen. Indien elk van hen handelsactiviteiten verricht, kan een dergelijke keuze reeds bij voorbaat worden gedaan⁸⁴. In andere gevallen is slechts rechtskeuze mogelijk nadat de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan. Nu vakbonden geen handelsactiviteiten verrichten, moet ervan worden uitgegaan dat slechts rechtskeuze achteraf mogelijk is.

68. Een dergelijke rechtskeuze kan – aldus artikel 14 – geen afbreuk doen aan de rechten van derden. Het is niet geheel duidelijk wie in dit kader als derden worden beschouwd. We gaan er hier vanuit dat de term “derden” betrekking heeft op eenieder die geen partij is bij de rechtskeuze. Een dergelijke uitleg moet voorkomen dat de vakbond die partij is bij het geschil in rechte een rechtskeuze uitbrengt die doorwerkt in de rechtspositie van de betrokken werknemers en/of andere bij de collectieve actie betrokken bonden. Om die reden mag ons inziens een rechtskeuze in de *Viking*-zaak waarin de Zweedse bond instemt, niet doorwerken in de verhouding tussen de werkgever en de ITF. Daarnaast zou ook de positie van de bij de actie betrokken werknemers niet door deze rechtskeuze mogen worden aangetast. Het is echter zeer de vraag of deze “immunisering” ook in de praktijk effectief zal zijn. Als de rechter op grond van het gekozen recht de actie van de Zweedse bond verbiedt, zal een dergelijk verbod wel degelijk invloed hebben op de positie van de ITF en de individuele werknemers. Dit geldt zelfs als het verbod is uitgesproken in kort geding, als voorlopige maatregel. In een aantal rechtstelsels is het namelijk onrechtmatig om deel te nemen aan een door de rechter verboden collectieve actie.

Voor zover de “immunisering” wel succesvol is, kan de rechtskeuzemogelijkheid leiden tot een nadere versplintering van het complex van relaties dat ontstaat in collectieve arbeidsconflicten. Immers, ook hier kan het recht gaan verschillen voor elke eiser-gedaagde combinatie. Ondanks deze bezwaren lijkt het echter onrealistisch om de rechtskeuze voor deze geschillen uit te sluiten – de Gemeenschapswetgever heeft die keuze dan ook niet gemaakt. De in de bepaling aanwezige beperkingen dienen zo te worden uitgelegd dat ze de negatieve bijeffecten van de bepaling zoveel mogelijk temperen.

⁸⁰. Zie bv. Pres. Rb. Amsterdam 30 november 1978, *Schip & Schade* 1979, 75 (*Tropwind*).

⁸¹. Hoge Raad 16 december 1983, *Nederlandse Jurisprudentie* 1985, nr. 311.

⁸². Het toepasselijk recht op de individuele arbeidsovereenkomst lijkt onder Rome II geen rol te spelen bij de bepaling van het toepasselijk recht op de niet-contractuele verbintenissen die uit een collectieve actie voortkomen.

⁸³. Een rechtskeuze in een individuele arbeidsovereenkomst kan geen afbreuk doen aan de bescherming die de werknemer geniet op grond van het recht dat zonder die keuze van toepassing zou zijn geweest op de overeenkomst.

⁸⁴. Noch individuele werknemers, noch vakbonden verrichten handelsactiviteiten.

E. Correcties op het verwijzingsresultaat: de openbare orde

69. Ook ten aanzien van collectieve acties gelden de in de verordening opgenomen bepalingen inzake voorrangregels (art. 16), veiligheidsvoorschriften (art. 17) en openbare orde (art. 26). Nu dit algemene bepalingen zijn die ook op andere onrechtmatige daden van toepassing zijn, willen wij in deze bijdrage niet *in extenso* ingaan op deze bepalingen. Wel is het relevant hier wat nader stil te staan bij de openbare orde, voor zover deze gebruikt kan worden ter bescherming van grondrechten.

70. Het recht om collectieve actie te voeren wordt inmiddels zowel internationaal als Europeesrechtelijk erkend. Uit de rechtspraak inzake het EEX-Verdrag valt af te leiden, dat dergelijke fundamentele rechten deel uitmaken van de openbare orde in het erkenningsrecht⁸⁵. Hetzelfde geldt met betrekking tot de conflictenrechtelijke openbare orde, voor zover deze beperkingen opwerpt ten aanzien van het toepasselijk recht. Artikel 26 laat een beroep op de openbare orde echter slechts toe indien de *toepassing* van buitenlands recht kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het *forum*. Dit impliceert twee nadere voorwaarden. Het gaat niet om de buitenlandse rechtsregel als zodanig, maar het gevolg van toepassing van de regel in het concrete geval. En de kloof tussen dat toepassingsresultaat en de forale rechtsorde moet diep en breed zijn, wil een beroep op artikel 26 mogelijk zijn. De problemen die zich daarbij kunnen voordoen, laten zich illustreren aan de hand van de Nederlandse uitspraak in de zaak *Saudi Independence*⁸⁶. In die zaak werd de rechtmatigheid van een staking in de Rotterdamse haven onderworpen geacht aan Filippijns recht. Dit recht kende vergaande beperkingen aan het recht op collectieve actie, onder andere in de vorm van procedurevoorschriften. Het is – aldus advocaat-generaal Franx in zijn conclusie bij het arrest – echter niet in strijd met de openbare orde om de uitoefening van grondrechten te beperken⁸⁷. Immers, grondrechten zijn zelden onvoorwaardelijk en *in casu* laten de internationale instrumenten een zekere regulering van het

recht op collectieve actie toe. Het gaat bij strijd met de openbare orde derhalve om de *mate* van beperking van het recht. Daarbij is niet elk verschil tussen het toepasselijk recht en het recht van het *forum* ten nadele van de activiteitsvrijheid in strijd met de openbare orde. Dit hangt af van de mate van discrepantie en de band van de rechtsvraag met het *forum*.

In de *Saudi Independence*-zaak achtte de Hoge Raad de toepassing van Filippijns recht – ondanks de vrij vergaande beperkingen die dit recht oplegde – niet in strijd met de Nederlandse openbare orde. Een belangrijke reden hiervoor was dat de band van de collectieve actie met Nederland gering was. Deze beruiste op een vorm van “portshopping” waarbij de actie wordt uitgeroepen in een haven waar de organisatorische en juridische voorwaarden voor de actie gunstig zijn. De havenstaat heeft in zo’n geval geen direct sociaal-economische belang bij het ondersteunen van de actie, terwijl er wel degelijk een economisch belang aanwezig kan zijn bij het bemoeilijken ervan. Immers: geen enkele haven dient graag als voorkeurlocatie voor collectieve acties van zeelieden. Het foraal belang was dus *in casu* niet geschonden door toepassing van het restrictieve Filippijns recht.

71. Het is om meerdere redenen de vraag of de casus van de *Saudi Independence* onder het huidige recht op dezelfde wijze zou zijn beslist. Allereerst moet onder de Rome II-Verordening de rechtmatigheid van de collectieve actie (meestal) worden beoordeeld aan de recht van de *locus actus*. Wat betreft de betrokkenheid van de Nederlandse afdeling van het ITF en eventuele acties aan wal leidt dat tot toepassing van Nederlands recht. In zoverre ondersteunt de Rome II-Verordening dus de bovenomschreven “portshopping”. Daarnaast heeft sinds de uitspraak van de Hoge Raad het recht op collectieve actie aan status gewonnen. De erkenning als fundamenteel beginsel van Europees recht in de zaken *Laval* en *Viking* vormt daarvan een recente illustratie. Buitenlandse wetgeving die de kern van dit recht aantast, zal nu waarschijnlijk wel degelijk in strijd worden bevonden met de openbare orde – ook als de band met de Europese rechtsorde relatief zwak is⁸⁸.

⁸⁵. H.v.J. 28 maart 2000, C-7/98, *Krombach/Bamberski*, *Jur.* 2000, p. I-1395. Zie over dit arrest onder andere A.A.H. VAN HOEK, *Common Market Law Review*; augustus 2001; J. GUNDEL, “Die Krombach-Entscheidung des EGMR: Europäischer Menschenrechtsschutz mit (Durchsetzungs-) Schwächen”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, p. 2380-2383; A.F. LOWENFELD, “Jurisdiction, Enforcement, Public Policy and res judicata: the Krombach Case”, in T. EINHORN en K. SIEHR (eds.), *Intercontinental Cooperation through Private International Law: Essays in Memory of Peter E. Nygh*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, 2004; L. STRIKWERDA, “De invloed van het EVRM op het Europese IPR: aantekeningen b de *Krombach*-uitspraak van het Hof van Justitie EG”, in G.J.M. CORSTENS, W.J.M. DAVIDS en M.I. VELDT-FOGLIA (reds.), *Europeanisering van het Nederlands recht: opstellen aangeboden aan Mr. W.E. Haak*, Deventer, Kluwer, 2004.

⁸⁶. Hoge Raad 16 december 1983, *Nederlandse Jurisprudentie* 1985, nr. 311.

⁸⁷. Concl. adv.-gen. Franx, *Nederlandse Jurisprudentie* 1985, nr. 311, p. 1094-1095.

⁸⁸. Zie over openbare orde en mensenrechten A.A.H. VAN HOEK, *Internationale mobiliteit van werknemers*, Den Haag, Sdu, 2000, 89-95 en *Transnational corporate social responsibility – some issues with regard to the liability of European corporations for labour law infringements in the countries of establishment of their suppliers*, verkrijgbaar via www.ssrn.com.

IV. ENKELE BEVINDINGEN

72. Rome II innoveert door de collectieve actie in te voeren als een subcategorie voor het conflictenrecht. De benadering van het Hof van Justitie in *Tor Caledonia* gaf blijk van een klassieke “gemeenrechtelijke” benadering – het conflict werd voor de toepassing van artikel 5 EEX-Verdrag ondergebracht bij de categorie “niet-contractuele verbintenissen”. Verwonderlijk is dergelijke benadering niet. Het EEX-Verdrag gaat immers uit van “gemene” IPR-categorieën, “collectieve actie” komt als eigenstandige categorie niet voor in de rechtsmachtregeling. Echter, het Hof van Justitie heeft eerder voor individuele arbeidsovereenkomsten wel een bijzondere rechtsmachtregel gecreëerd binnen de algemene regel voor verbintenissen. Deze verbijzondering is vervolgens overgenomen in latere versies van het EEX-Verdrag en vervolmaakt in de Brussel I-Verordening. Het ontbreken van een bijzondere regeling in de tekst van een Europeesrechtelijke regeling hoeft het Hof van Justitie er dus niet van te weerhouden om bij wijze van interpretatie bijzondere regels in te voeren waar het dergelijke bijzondere regels voor noodzakelijk acht. Een dergelijk noodzaak ontbrak blijkbaar volgens het Hof van Justitie in de zaak *Tor Caledonia*. Het is dan ook ironisch dat juist de uitspraak van het Hof in die zaak geleid heeft tot een bijzondere regeling voor collectieve acties in de Rome II-Verordening.

73. Bij nader inzien is in Rome II geen sprake van een eigenstandige aanknopng aan de *lex loci damni* voor de collectieve actie als zodanig. De bijzondere bepaling ziet slechts op de niet-contractuele verbintenissen die ontstaan ten gevolge van een voorgenomen of uitgevoerde collectieve actie. De collectieve actie functioneert dus slechts als een subcategorie binnen de hoofdcategorie van de onrechtmatige daad. Voor wat betreft de beoordeling van de rechtmatigheid van de collectieve actie binnen contractuele geschillen, blijft mogelijk de aanknopng bij de *lex contractus* overeind. Dit kan ertoe leiden dat het handelen van de vakbonden die een collectieve actie (willen) organiseren worden beoordeeld aan de hand van een ander recht dan het handelen van de individuele werknemers die deel (willen) nemen aan de collectieve actie. Dit gebrek aan consistentie kan ons inziens een gevaar opleveren voor een effectieve toevlucht tot grensoverschrijdende collectieve acties. Ook op andere punten is de regeling problematisch, als getoetst wordt aan het criterium van rechtszekerheid zoals boven omschreven. Ook de regeling van artikel 4, 2° inzake de gemeenschappelijke verblijfplaats kan immer leiden tot een opsplitsing van het collectieve fenomeen in een aantal individuele rechtsverhoudingen die ieder zijn onderworpen aan een eigen recht. Hetzelfde geldt voor artikel 14 inzake de rechtskeuze. Uit al deze voorbeelden blijkt dat het privaatrechtelijke IPR slecht is ingesteld op problemen die samenhangen met het meer collectief ingestelde arbeidsrecht.

74. De belangrijkste wijziging die artikel 9 aanbrengt ten opzichte van de hoofdregel van artikel 4, is dat de *locus actus* voorrang krijgt boven de *locus damni*. De omkering heeft met name invloed op de toelaatbaarheid van (solidariteits)acties in het internationaal zeevervoer. De uitkomst van de zaak *Tor Caledonia* in Denemarken illustreert de noodzaak ervan. Met artikel 9 ontstaan er meer mogelijkheden voor “portshopping” door de bemanning zelf. Daarnaast wordt ook de positie van de bonden bij het organiseren van solidariteitsacties verstevigd. Echter, inmiddels heeft het Hof van Justitie dergelijke solidariteitsacties voor intracomnautaire gevallen beperkingen opgelegd in verband met de vestigingsvrijheid en het vrij verkeer van diensten. Het is derhalve de vraag in hoeverre artikel 9 van de verordening een Pyrrusoverwinning zal blijken.

75. Artikel 9 van de Rome II-Verordening getuigt van de wil van de Europese regelgever om het in het recht van bepaalde lidstaten erkende recht op collectieve actie te vrijwaren van beperkingen die kunnen uitgaan van instrumenten van secundair Gemeenschapsrecht. In dit opzicht betreft deze verordening geen alleenstaand geval. In de overwegingen en in artikel 2 van de zogeheten Monti-Verordening⁸⁹ werd de neutraliteit vooropgesteld van dit instrument ten opzichte van het in de lidstaten verankerde beschermingsniveau van het recht of de vrijheid van collectieve actie. Deze bepaling werd voorafgebeeld door de 22^{ste} overweging in de detachingsrichtlijn 96/71 waarin de vrome wens werd uitgedrukt dat deze richtlijn geen afbreuk mocht doen aan het recht van de lidstaten dat de collectieve actie ter verdediging van werknemersbelangen reguleert. Dergelijke bepalingen kunnen uit hun aard dit nationaal verankerde recht op collectieve actie niet vrijwaren tegen fundamentele vrijheden die verdragsrechtelijk werden verankerd. De erkenning van het recht op collectieve actie als een algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht kan de onverkorte toepassing van fundamentele vrijheden die met bepaalde collectieve acties conflicteren temperen, maar niet neutraliseren. De uitspraken in de zaken *Laval* en *Viking* tonen dit afdoende aan. In *Viking* maande het Hof de bodemrechter aan om de door het Fins recht erkende collectieve actie aan de vrijheid van vestiging te toetsen. In deze toetsing diende de vrijheid van vestiging te worden afgewogen tegen het recht op collectieve actie als algemeen beginsel van Gemeenschapsrecht. In *Laval* voelde het Hof zich niet te beroerd om deze toetsing zelf door te voeren. Deze zaken maken duidelijk dat conflictenrechtelijke bescherming van het recht op collectieve actie niet voldoende is terwijl ook de handreiking aan de nationale autonomie op dit punt in secundaire wetgeving geen garantie biedt⁹⁰.

⁸⁹. Verordening nr. 2679/98, PB. EG 1998, L. 337, 12 december 1998.

⁹⁰. Het geringe soortelijke gewicht van de in de detachingsrichtlijn opgenomen overweging wordt treffend geïllustreerd door het feit dat noch het Hof noch de advocaat-generaal hiernaar verwijzen, niettegenstaande de toetsing aan de vrijheid van dienstverlening aanzienlijk werd ingekleurd door het bestaan van deze richtlijn.