

Everything changes, it all stays the same

prof. mr. dr. J.H. Even en mr. A. Zwanenburg¹

Arbeidswetgeving kan door de EU-wetgever of door de lidstaten worden ontwikkeld. Bij de vraag wie aan zet is, speelt het subsidiariteitsbeginsel een cruciale rol. In deze column bespreken wij het belang van dit beginsel en signaleren wij aan de hand van recente Europese wetgevingsinitiatieven op het terrein van het arbeidsrecht dat de aandacht hiervoor verslapt. Wij adviseren de Europese Commissie en de Nederlandse politiek scherper aan dit beginsel te toetsen.

Everything changes, it all stays the same. Everyone guilty, no one to blame. Every way out, brings you back to the start (...). Hoewel dit tekstfragment dat niet meteen verraadt, betreft het hier een liefdesliedje (*love me forever*) afkomstig van de iconische band Motörhead. In deze column zullen we dit liedje in verband brengen met het subsidiariteitsbeginsel en geven we een goed bedoeld advies aan EU-instituten en de Nederlandse overheid.

We veronderstellen bekend dat arbeidswetgeving afkomstig kan zijn van de Nederlandse, maar ook de EU-wetgever.² Er is hier een gedeelde bevoegdheid. De voor EU optreden vereiste rechtsbasis in het VWEU-verdrag op het terrein van arbeidsrecht is ruim (zie bijvoorbeeld artikel 153). Met betrekking tot veel arbeidsrechtelijke onderwerpen kan dan ook de vraag worden opgeworpen wanneer Nederland, en wanneer Europa aan zet is.

Bij deze vraag speelt het subsidiariteitsbeginsel een cruciale rol. Dat beginsel kan nauwelijks worden onderschat, want het raakt volgens de Commissie aan 'de kern' van hoe de EU te werk gaat.³ De EU treedt in gevallen van gedeelde bevoegdheid, zoals bij sociaal beleid, slechts op 'indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt' (artikel 5 lid 3 VEU).

Hoewel het subsidiariteitsbeginsel in de praktijk al langer wordt toegepast, is het formeel geïntroduceerd bij Verdrag van Maastricht (1992). Dit ging

hand in hand met de mogelijkheid om arbeidsrecht-wetgeving op Europees niveau tot stand te brengen op grond van gekwalificeerde meerderheid in plaats van unanimiteit. Het subsidiariteitsbeginsel was een reactie op het verlies van de vetorechten van lidstaten en diende als waarborg tegen een te grote mate van centralisering van macht naar Europa. Het beginsel is volgens dit Verdrag gericht op het nemen van besluiten 'zo dicht mogelijk bij de burgers'.⁴ Gaandeweg is het subsidiariteitsbeginsel (en het daarbij behorende proportionaliteitsbeginsel) steeds verder uitgewerkt en inmiddels in detail geregeld in protocol 2 VWEU. Op grond hiervan moet de Commissie al voor wetgevingshandelingen breed raadplegen, rekening houdend met de regionale en lokale dimensie van het voorgenomen optreden. De ontwerpen worden door de Europese instellingen gemotiveerd in het licht van subsidiariteit en evenredigheid. Dit moet leiden tot de onderbouwde conclusie dat een doelstelling van de Unie beter kan worden bereikt door de Unie. Elk nationaal parlement kan gemotiveerd adviseren waarom het voorgenomen EU-optreden niet strookt met subsidiariteit. Het Hof van Justitie is bevoegd uitspraak te doen in een beroepsprocedure wegens schending van het subsidiariteitsbeginsel door een wetgevingshandeling.

Subsidiariteit dient belangrijke doelen. We noemen er enkele. Het besluit zo dicht mogelijk bij de burger nemen is zoals gezegd een doel. Dit is relevant voor het draagvlak van de beslissing. Een nationaal genomen besluit kan goed worden ingepast in de bestaande regelgeving en (machts)verhoudingen van de lidstaat. EU-wetgeving vergroot de regeldichtheid en complexiteit, en zorgt voor inflexibiliteit op nationaal niveau. Nationale wetgeving is sneller, eenvoudiger en flexibeler. Te vergaande EU-harmonisatie leidt tot gebrek aan beleidsconcurrentie. Dat kan knellend voelen en staat aan de soms gewenste *regulatory competition* (werknemers en bedrijven hebben zodoende een keuze welke lidstaat het beste bij hen past) in de weg.

1. Zef Even is partner bij SteensmaEven en hoogleraar Europees Arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Amber Zwanenburg is promovenda bij de sectie arbeidsrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam.
2. Zie hierover meer uitgebreid J.H. Even, 'Vanuit Den Haag of Brussel', in: A.R. Houweling en L.C.J. Sprengers (red.), *Transitie en arbeid*. Boom Juridisch: Den Haag 2022, p. 138 – 142.
3. Mededeling van de Commissie, Een grotere rol voor de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid bij de beleidsvorming van de EU, COM(2018) 703 final, p. 2.

4. Verdrag van Maastricht 29 juli 1992, C 191/2.

Natuurlijk heeft EU optreden, inclusief harmonisatie, ook gunstige kanten. Vaak worden bij het antwoord op de vraag of EU optreden geëigend is drie vragen gesteld: (i) behelst de kwestie transnationale aspecten die door optreden van de lidstaten afzonderlijk niet bevredigend kunnen worden geregeld (ii) zou het optreden van de lidstaten alleen of het niet optreden van de EU in strijd zijn met de voorschriften van het Verdrag (bijvoorbeeld concurrentiebeleid en versterking van economische en sociale samenhang) en (iii) heeft een optreden op Europees niveau vanwege de schaal of de gevolgen ervan duidelijke voordelen ten opzichte van een nationaal optreden?

Steeds zal een balans moeten worden gezocht: tot waar is centralisatie (harmonisatie) nuttig, en waar gaat het te ver en is decentralisatie nuttiger? Bij het aanbrengen van die balans wordt getoetst aan de vragen of er een *noodzaak* is voor EU optreden en of EU optreden *meerwaarde* heeft ten opzichte van nationaal optreden.

In 2016 was de EU volgens de toenmalige voorzitter van de Europese Commissie Juncker in een existentiële crisis (state of the union 2016). We moesten keuzes maken. Ook keuzes hoe verder te gaan met de EU. In 2017 volgde het witboek over de toekomst van Europa met vijf scenario's. Een van die scenario's was 'minder en efficiënter': de EU focust op meer en snellere resultaten op bepaalde beleidsterreinen maar gaat op andere gebieden minder doen. Niet toevallig verkondigde Juncker in zijn state of the union 2017 dat de Unie zich meer moet bezighouden met wat echt telt: *'de burgers willen niet dat Europa hen in hun dagelijks leven lastigvalt door elk aspect ervan te reguleren.'* En evenmin toevallig werd in 2017 de 'taskforce inzake subsidiariteit, evenredigheid en minder en efficiënter optreden' opgericht. De taskforce adviseert te komen tot een beter gedeeld begrip van subsidiariteit. Een gedeeld begrip zal leiden tot een meer gestructureerde en consequente toepassing ervan en kan bijdragen tot het verminderen van zorgen en frustraties die het standpunt voeden dat de Unie te veel doet. De taskforce suggereert een 'subsidiariteitstabel' in te voeren die consequent gebruikt wordt en doet hiervoor een concreet voorstel. De Commissie pakt door en laat weten dat *'duidelijker moet worden aangegeven waarom zij in specifieke gevallen optreden op EU-niveau nodig acht'*.⁵ De subsidiariteitstabel moet worden toegepast, oorspronkelijk voor alle EU-initiatieven,⁶ later echter beperkt tot *'elk politiek gevoelig of belangrijk voorstel'*.⁷

5. Mededeling van de Commissie, Samen zorgen voor betere regelgeving, COM(2021) 219 final, p. 15.
6. Mededeling van de Commissie, Een grotere rol voor de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid bij de beleidsvorming van de EU, COM(2018) 703 final, p. 6-8.
7. Mededeling van de Commissie, Samen zorgen voor betere regelgeving, COM(2021) 219 final, p. 15.

Nederland was voorheen geen voorvechter van het subsidiariteitsbeginsel. Dit veranderde volledig sinds de verrassende afwijzing van de ratificatie van het Europese Grondwettelijke Verdrag bij referendum in 2005. Zoals de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid schetste, werd Nederland sindsdien een *'enthousiast voorstander'* van de subsidiariteitstoets.⁸ De WRR adviseerde onder meer de Nederlandse burger meer te verbinden met EU-beleid. Nederland startte een ware 'subsidiariteitsexercitie', met als doel te komen tot overdracht van beleidsterreinen vanuit de EU naar de lidstaten. Nederland beschouwde zichzelf als een van de meest actieve landen in de EU op het gebied van het toetsen van subsidiariteit van EU-wetgeving.⁹ Er kwam zelfs een initiatiefnota van parlementslid Bisschop (SGP) 'De lidstaten weer aan het roer!',¹⁰ met als doel meer op nationaal niveau te regelen. Bisschop maakte zich onder meer zorgen over de 'Europese pijler van sociale rechten', waarmee de Unie haar invloed op het sociale domein zou trachten te vergroten. Belangrijk onderdeel van de initiatiefnota was een strenge subsidiariteitstoets: de EU zou niet verder mogen gaan dan *'strikt noodzakelijk'*. De nota is door toenmalig Minister van Buitenlandse Zaken Blok positief ontvangen. Wijzigingen waren volgens hem echter niet nodig, omdat het bestaande wetgevingsproces al voldoende mogelijkheid zou bieden om bovenmatige EU-interventie terug te fluiten.¹¹

Maar het kan verkeren. Recentelijk hebben ingevolge de 'Europese pijler van sociale rechten' (initiatieven) voor richtlijnen minimumloon en platformwerk het daglicht gezien.¹² De onderbouwing van de Commissie voor de noodzaak hiervan in het licht van subsidiariteit was dun en omvatte in eerste instantie geen subsidiariteitstabel. Het gebrek aan onderbouwing door de Commissie op het punt van subsidiariteit resulteerde in het proces rondom de richtlijn toereikende minimumlonen in een tik op de vingers van de Raad voor Regelgevingtoetsing, waarna alsnog toetsing aan de subsidiariteitstabel volgde.¹³

Lezing van de algemeen geformuleerde toelichting van de Commissie op beide initiatieven roept de nodige vragen op. (Te) kort gezegd komt de toelichting van de Commissie er op neer dat verschillen tussen lidstaten in minimumloon afgezet tegen hun economische ontwikkelingen het gelijke speelveld binnen

8. WRR, Europa in Nederland, 2007, p. 51.
9. Zie bijv. *Kamerstukken II*, 2012-2013, 22112, nr. 1650.
10. *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 884, nr. 2.
11. *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 884, nr. 3, p. 2.
12. De richtlijn inzake toereikende minimumlonen is op 19 oktober 2022 aangenomen. De richtlijn platformwerk is op het moment van schrijven van deze column nog in behandeling.
13. Jaarverslag van de Commissie over de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid en over de betrekkingen met de nationale parlementen. COM(2021) 417 final, p. 3.

de EU kunnen verstoren, en verschillen in behandeling van platformwerkers evenzeer. Daarom is EU-ingrijpen nodig. Maar laten we eerlijk zijn: als genoemde onderbouwing – verschillen tussen de lidstaten moeten worden weggenomen om een gelijk speelveld te bereiken – doorslaggevend zou zijn, is er eigenlijk geen enkel onderdeel op arbeidsrechtelijk terrein te verzinnen waarvoor het *niet* beter zou zijn dat Europees wordt ingegrepen. Verschillen tussen de lidstaten in de ontslagpositie van de werknemer kan het gelijke speelveld verstoren, verschillen in de hoogte van de beëindigingsregeling evenzeer, om nog maar niet te spreken over de omvang van de inkomstenbelasting en de mogelijkheid een concurrentiebeding op te leggen. En dan hebben we het nog niet eens over onderscheid in de definitie van de arbeidsovereenkomst. Moeten we dan maar alles naar de EU tillen? Wat is dan nog de rol van het subsidiariteitsbeginsel?

En wat vond de - naar eigen zeggen op het gebied van subsidiariteit erg actieve - Nederlandse overheid dan? Die beoordeelde beide initiatieven op het punt van subsidiariteit positief, naar het ons voorkomt vooral omdat deze thema's goed passen in de beleidsagenda van Nederland.¹⁴ Dat laatste zegt natuurlijk niets over de toets aan het subsidiariteitsbeginsel. Prima om maatregelen op het gebied van minimumlonen en platformwerk te nemen – wat ons betreft werkelijk een goed idee – maar waarom hebben we de EU daarvoor nodig? *Die* toets moet worden gedaan. En dat het niet volstrekt helder is dat de EU bijvoorbeeld zou moeten komen met wetgeving over het minimumloon, bewijst de positie van Denemarken wel. Denemarken is recent een procedure gestart tegen de richtlijn minimumloon, naar wij begrijpen mede omdat die richtlijn te grote inbreuk maakt op de soevereiniteit van Denemarken en minimumloon volgens de Denen een nationale en geen Europese aangelegenheid is.¹⁵

Terug naar de start van deze column. Nederland heeft zich in 2005 enorm vergist in de mening van de Nederlandse burgers over het 'Europese project'. Dat moest anders, burgers moesten meer worden betrokken bij EU-wetgeving en subsidiariteit stond voorop. Dat werd keurig bevestigd bij de initiatiefnota 'De lidstaten weer aan het roer!'. De EU zat niet zo lang geleden in een existentiële crisis. De burgers wilden niet 'meer Europa'. Subsidiariteit moest worden aangezet. De gedachte 'regelgeving zo dicht mogelijk bij de burger' – kern van subsidiariteit – driipt

ervan af. Het lijkt allemaal vergeten. De mooie plannen om gebruik te maken van een subsidiariteitstabel om daarmee een consistent toetsingskader aan te leggen, zien wij in de recente initiatieven niet terug. De Commissie moest eraan worden herinnerd een goede subsidiariteitstoets aan te leggen. Nederland zou wat ons betreft niet zo zeer opportunistisch 'ja' moeten zeggen tegen voorstellen zolang ze maar in de beleidsagenda passen, maar zou een duidelijke en kritische eigen toets aan subsidiariteit moeten aanleggen.

Het verslappen van de aandacht voor de subsidiariteitstoets is zorgelijk. Het kan niet zo zijn dat alles moest veranderen, en toch precies weer hetzelfde blijkt te zijn. Het Europese project is (ons) te dierbaar om *lessons learned* zo snel weer te vergeten. Burgers zouden niet weer het idee mogen krijgen dat 'Europa' zich te veel met hun dagelijks leven bemoeit, in elk geval niet zolang hierover geen helder en transparant publiekelijk debat is gevoerd. Natuurlijk kunnen er goede redenen zijn om Europees in te grijpen, misschien *juist* wel op het terrein van de sociale politiek, om op die wijze maatschappelijk draagvlak te creëren voor de anderszins vrij technologische EU en zodoende maatschappelijke acceptatie voor EU-wetgeving te genereren.¹⁶ Dergelijke afwegingen kunnen wat ons betreft worden betrokken in de subsidiariteitstoets, maar dan wel op een duidelijke en transparante wijze, het liefst na een publiek debat, waarbij toch ook steeds de vraag moet worden beantwoord wat nationaal mogelijk en wenselijk is. Hoewel het ontwikkelen van sociaal beleid ongetwijfeld de beste bedoelingen dient, mogen de in het verleden geuite zorgen niet al te gemakkelijk opzij worden geschoven. Negeren we eerder geuite zorgen dan zijn we, het nummer waarmee we deze bijdrage begonnen ten spijt, '*guilty*' en '*to blame*' en straks ook wat dat betreft weer terug bij af.

14. Zie met name het Fiche Richtlijn betreffende toereikende minimumlonen in de Europese Unie, *Kamerstukken II* 2020/21, 22112, nr. 2978, p. 7. Zie voor de toelichting op de richtlijn platformwerk: Fiche Mededeling en Richtlijn Platformwerk met referentie BZDOC-433546558-66, p. 8-9, waarin vooral de toelichting van de Commissie wordt herhaald.

15. Zie de (in het Deens opgestelde) communicatie vanuit het Ministerie van Werk van 18 januari 2023: <https://bm.dk/nyheder-presse/pressemeddelelse/2023/01/regeringen-har-anlagt-annulationssoegsmaal-modmindsteloensdirektivet/>.

16. Zie ook J.H. Even, *Balanceren met detacheren*, Boom Juridisch: Den Haag 2018, p. 57.