

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.504 van 16 mei 2019
in de zaak A. 220.181/XIV-37.182**

In zake : 1. de NV KATOEN NATIE BULK TERMINALS
 2. de NV LOGISPORT, thans de NV GENERAL
 SERVICES ANTWERP
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Martin Lebbe en Erwin Simons
 kantoor houdend te 1050 Brussel
 Louizalaan 106
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Werk
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Wytinck, David D’Hooghe en Cilia Mathieu
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 5 september 2016, strekt tot de
nietigverklaring van het koninklijk besluit van 10 juli 2016 ‘tot wijziging van het
koninklijk besluit van 5 juli 2004 betreffende de erkenning van havenarbeiders in
de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni
1972 betreffende de havenarbeid’ (BS 13 juli 2016).

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 241.567 van 23 mei 2018 heeft de Raad van State het debat heropend en het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat gelast met een aanvullend verslag.

Auditeur Frederik Eggermont heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partijen en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 december 2018.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Martin Lebbe, die verschijnt voor de verzoekende partijen en advocaten David D'Hooghe, Peter Wytinck en Cilia Mathieu, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederik Eggermont heeft een advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. In het tussenarrest nr. 241.567 van 23 mei 2018 zijn de feiten als volgt uiteengezet:

“3.1. Het bestreden koninklijk besluit wijzigt het koninklijk besluit van 5 juli 2004 ‘betreffende de erkenning van havenarbeiders in de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid’.

Die wijzigingen zijn er gekomen in het licht van de ingebrekestelling van de Europese Commissie van 28 maart 2014. De Europese Commissie was van oordeel dat de regeling betreffende de havenarbeid een inbreuk vormde op artikel 49 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. In essentie stelde de Commissie dat de Belgische regeling betreffende de tewerkstelling van havenarbeiders buitenlandse ondernemingen ontmoedigde om in België vestigingen op te zetten, doordat zij geen vrije keuze van personeelsleden hadden maar verplicht waren om een beroep te doen op de erkende havenarbeiders, zelfs voor logistieke taken, die bovendien geografisch slechts beperkt inzetbaar waren.

3.2. Het bestreden besluit vindt, aldus de aanhef, rechtsgrond in, eensdeels, artikel 49 van de wet van 5 december 1968 ‘betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités’ (hierna: de wet van 5 december 1968) en, anderdeels, artikel 3, eerste lid, van de wet van 8 juni 1972 ‘betreffende de havenarbeid’ (hierna: de havenarbeidswet).

Artikel 49, eerste lid, van de wet van 5 december 1968 draagt de Koning op de werkwijze van de paritaire comités en subcomités te bepalen. Artikel 3, eerste lid, van de havenarbeidswet belast de Koning ermee de voorwaarden en de modaliteiten (lees: nadere regels) van de erkenning van havenarbeiders te bepalen “op advies” van het voor het betrokken havengebied bevoegd paritair comité. Tevens wordt rechtsgrond gevonden in artikel 108 van de Grondwet, waaraan de Koning een algemene uitvoeringsbevoegdheid ontleent.

3.3. De Europese Commissie meldt op 17 mei 2017 dat de inbreukprocedure wordt stopgezet.”

IV. Onderzoek van de middelen

4. Het past het eerste, zevende en achtste middel eerst te behandelen en pas nadien het tweede tot het zesde middel waarin de (on)verenigbaarheid centraal staat van de bestreden regeling met de fundamentele vrijheden zoals gewaarborgd door het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU).

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. Wat het eerste middel betreft wordt in het tussenarrest wat volgt uiteengezet:

“De verzoekende partijen voeren in het eerste middel in tweede instantie aan dat in de mate de Raad van State van oordeel is dat de bestreden bepalingen een bevoegdheidsrechtelijke grondslag kunnen vinden in de bevoegdheidsverdelende regelen - wat te dezen het geval is -, ‘dan nog dient te worden vastgesteld dat de Koning zijn bevoegdheden minstens heeft uitgeoefend op een wijze die strijdt met het evenredigheidsbeginsel’. Zij wijzen erop dat overeenkomstig dit beginsel de overheden hun exclusieve bevoegdheden slechts zodanig kunnen uitoefenen dat ook de andere overheden hun exclusieve bevoegdheden naar behoren kunnen uitoefenen. Het grondwettelijk beginsel van de federale loyauteit heeft tot gevolg dat elke wetgever ertoe is gehouden in de uitoefening van zijn eigen bevoegdheid erover te waken dat door zijn optreden de uitoefening van de bevoegdheden van de andere wetgevers niet onmogelijk of overdreven moeilijk wordt gemaakt. Zij menen dat met het bestreden besluit door de federale overheid eenzijdig bepaalde beleidspistes worden uitgezet en zij zodoende de gemeenschappen en de gewesten voor voldongen feiten heeft gesteld. Deze laatsten zullen ‘in de uitoefening van hun relevante bevoegdheden inzake de vestigingsvoorwaarden, de havens, de arbeidsbemiddeling, onderwijs en vorming niet langer beschikken over de beleidsvrijheid die hen redelijkerwijze dient toe te komen’. Over die grieven, noch over de overige middelen is een onderzoek gevoerd door het auditoraat, zodat de Raad van State niet vermag in de huidige stand van het geding hierover uitspraak te doen”.

In hun laatste memorie herhalen de verzoekende partijen dat zelfs indien er van wordt uitgegaan dat de in het bestreden besluit uitgewerkte regeling kan worden aangezien als een aangelegenheid die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoort, en dit omdat zij deel uitmaakt van het stelsel van havenarbeid, dat “als geheel” wordt beschouwd als een aangelegenheid van arbeidsrecht en sociale zekerheid, dan nog kan men niet anders dan vaststellen dat de bestreden bepalingen, “indien zij als individuele regeling zouden worden aangenomen”, wel degelijk tot het terrein van de gemeenschaps- en gewestbevoegdheden behoren. De bestreden bepalingen worden volgens de verzoekende partijen gekenmerkt door “een zeer nauw verband en een daadwerkelijke verwevenheid met diverse gemeenschaps- en gewestmateries”, met name de toegang tot het beroep, het beleid inzake havens, het onderwijs en de

vorming en de arbeidsbemiddeling. Bij het uitwerken van de erkenningsregeling voor havenarbeiders behoorde de federale overheid er vanzelfsprekend over te waken de uitoefening door de gemeenschappen en de gewesten van hun exclusieve bevoegdheden niet onnodig te doorkruisen. Het bestreden besluit heeft wel degelijk eenzijdig bepaalde beleidspistes uitgezet, en de gewesten en de gemeenschappen voor voldongen feiten gesteld. Sommige beleidskeuzes, die nochtans tot hun bevoegdheden behoren, kunnen zij niet meer maken. Zij worden, wat die aspecten betreft, gereduceerd tot de uitvoerders van het door de Koning uitgestippelde beleid. Daarbij heeft de federale overheid zonder behoorlijke rechtvaardiging de uitoefening door de gemeenschappen en de gewesten van hun exclusieve bevoegdheden al te zeer doorkruist. De Belgische Staat heeft niet getracht, zelfs in de voorliggende procedure niet, om op het niveau van de individuele bestreden bepalingen te verantwoorden waarom de betrokken regeling niet aan de gemeenschappen of gewesten kon worden overgelaten; noch waarom hen niet minstens een grotere beleidsruimte kon worden gelaten. Uit het administratief dossier blijkt bovendien dat de federale overheid geen enkele aandacht heeft gehad voor het evenredigheidsbeginsel en de federale loyaliteit en geen rekening heeft gehouden met de impact van het bestreden besluit op de bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten, zoals deze beginselen haar voorschreven. De verzoekende partijen illustreren hun stelling vervolgens aan de hand van de aspecten “vestigingsvoorwaarden/toegang tot het beroep”, “onderwijs” en “arbeidsbemiddeling” waarvoor de gewesten of de gemeenschappen bevoegd zijn.

Beoordeling

6. Het beginsel van de federale loyaliteit, gelezen in samenhang met het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel, betekent dat elke wetgever ertoe gehouden is in de uitoefening van zijn eigen bevoegdheid ervoor te waken, dat door zijn optreden de uitoefening van de bevoegdheden van de andere wetgevers niet onmogelijk of overdreven moeilijk wordt gemaakt. Het Grondwettelijk Hof stelt in zijn arrest nr. 31/2010 van 30 maart 2010 (punt B.13) dat “[i]n de

uitoefening van hun bevoegdheden de wetgevers het evenredigheidsbeginsel, dat inherent is aan elke bevoegdheidsuitoefening, in acht [dienen] te nemen. Dat beginsel houdt in dat geen enkele overheid bij het voeren van het beleid dat haar is toevertrouwd, zo verregaande maatregelen mag nemen dat het voor een andere overheid onmogelijk of overdreven moeilijk wordt om het beleid dat haar is toevertrouwd doelmatig te voeren.”

7. In zijn tussenarrest nr. 241.567 van 23 mei 2018 heeft de Raad van State geoordeeld dat de nadere regeling inzake het stelsel van havenarbeid, inclusief de erin vervatte specifieke erkenningsregeling, tot de exclusieve bevoegdheid van de federale overheid behoort omdat de wet havenarbeid er hoofdzakelijk toe strekt de rechtsbasis te creëren voor het uitwerken (in reglementaire besluiten) van een stelsel van erkende havenarbeid dat een complex geheel van arbeidsrechtelijke en sociaalrechtelijke maatregelen omvat. De wet beoogt aldus een juridische structuur aan te reiken die meteen ook de organisatie van de arbeid in het havenbedrijf legitimeert. Met het stelsel van de erkende havenarbeid wordt de arbeidsmarkt van het havenbedrijf georganiseerd. Het betreft met andere woorden zoals in het tussenarrest wordt gesteld “de uitwerking van een (specifiek) stelsel van havenarbeid met een daaraan inherente erkenningsregeling die erop is gericht de veiligheid van de havenarbeid te waarborgen en daarmee de veiligheid en arbeidsrechtelijke bescherming van havenarbeiders” wat, ook na de zesde staatshervorming, volgens de in België geldende bevoegdheidsverdelende regels tussen de federale staat en de deelstaten, moet worden beschouwd als een (federale) aangelegenheid inzake arbeidsrecht en sociale zekerheid en niet, zoals de verzoekende partijen blijven verdedigen, inzake gewestelijk havenbeleid. Dat deze materie aan het begin van de vorige eeuw (1902) ooit werd geregeld op gemeentelijk niveau als een aspect van bijzondere administratieve politie van de havenbedrijvigheid zoals de verzoekende partijen in hun laatste memorie aanhalen, doet daaraan niet af.

De kritiek van de verzoekende partijen dat de bestreden bepalingen “indien zij als individuele regeling zouden worden aangenomen” wel

degelijk tot het terrein van de gemeenschaps- en gewestbevoegdheden behoren, gaat voorbij aan het wezen zelf van die beoordeling in het tussenarrest waarin de verwevenheid van de wetgevende en reglementaire maatregelen in het kader van de erkende havenarbeid centraal staat en er net een specifiek arbeidsstelsel van maakt. Hetzelfde geldt voor het standpunt van de verzoekende partijen dat het “perfect denkbaar is dat de gewesten de toegang tot het beroep van havenarbeider zouden willen regelen zonder arbeidsrechtelijke of sociaalrechtelijke oogmerken maar omwille van bepaalde kenmerken van het beroep zoals veiligheidsaspecten of verwachtingen op gebied van kennis en competenties die werkgevers van havenarbeiders stellen”. Ook dat standpunt gaat voorbij aan het gezag van gewijsde van het tussenarrest waarin is aanvaard dat de arbeidsrechtelijke en sociaalrechtelijke maatregelen niet konden worden losgezien doch, integendeel, inherent zijn verweven met eensdeels de veiligheidsaspecten en anderdeels de opleiding (kennis en competenties) van die havenarbeiders.

8. Inherent aan het federale stelsel is dat de gemeenschappen en de gewesten hierbij moeten aanvaarden dat de nadere regeling inzake het stelsel van havenarbeid, inclusief de erin vervatte specifieke erkenningsregeling, behoort tot de exclusieve bevoegdheid van de federale overheid, wat verhindert dat die instellingen die erkenningsregeling mogen wijzigen, maar niet dat die binnen hun bevoegdheden mogen optreden. De omstandigheid dat de gemeenschappen en de gewesten in zekere aspecten nog moeten optreden in het kader van hun bevoegdheden, bevestigt, anders dan de verzoekende partijen dat zien, dat de uitoefening van die bevoegdheden niet onmogelijk of overdreven moeilijk wordt gemaakt.

Zo bepaalt artikel 4, § 1, 6°, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 ‘betreffende de erkenning van havenarbeiders in de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni 1972 ‘betreffende de havenarbeid’ (hierna: het koninklijk besluit van 5 juli 2004), zoals vervangen door artikel 4, 4°, van het bestreden besluit, als erkenningsvoorwaarde “gedurende drie weken de voorbereidingslessen tot veilig werken en tot het verwerven van de

vakbekwaamheid hebben gevolgd, en geslaagd zijn voor de eindproef. De daartoe bevoegde overheid kan kwaliteitscriteria vastleggen waaraan de opleiding, die vrij aangeboden kan worden, moet voldoen”. De federale regelgever is niet verder gegaan dan was vereist en achtte zich bijgevolg klaarblijkelijk niet bevoegd om ook de kwaliteitscriteria voor de betrokken opleiding vast te leggen, wat hij heeft overgelaten aan de “daartoe bevoegde overheid”. Hieruit blijkt dat de federale overheid met het aannemen van het bestreden besluit wel degelijk rekening heeft gehouden met het beleid en de regelgeving van de gemeenschappen en de gewesten. De Vlaamse regering heeft inmiddels het besluit van 28 april 2017 ‘tot bepaling van de kwaliteitscriteria voor de instroomopleiding Havenarbeider’ aangenomen, zijnde een regeling die een aangelegenheid betreft inzake beroepsopleiding, waarvoor de Vlaamse Gemeenschap bevoegd is op grond van artikel 4, 16°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. De kritiek dat de gemeenschappen en de gewesten “als het ware gereduceerd [worden] tot de uitvoerders van het door de Koning uitgestippelde beleid” kan niet worden bijgetreden. Het valt niet in te zien hoe het gegeven dat in de bestreden regeling “geen verband wordt gelegd” met het gewestelijk raamwerk voor beroepskwalificaties zoals uitgewerkt in het Vlaams decreet van 30 april 2009 ‘betreffende de kwalificatiestructuur’ ertoe zou leiden dat de federale overheid met de bestreden regeling de uitoefening van de bevoegdheden van de andere overheden overdreven bemoeilijkt of onmogelijk zou maken om een beroepsprofiel voor havenarbeiders uit te werken. De in artikel 4, § 1, 6°, van het bestreden besluit (weliswaar overbodige) herinnering dat de bedoelde opleiding “vrij kan worden aangeboden” doet dat evenmin. De bevoegdheidsuitoefening van de gemeenschappen inzake onderwijs en beroepsopleiding wat havenarbeid betreft, blijft verder mogelijk, weliswaar met inachtneming van het bepaalde in artikel 4, § 1, 6° van het genoemde koninklijk besluit en - uiteraard - het grondrecht van de vrijheid van het verstrekken van onderwijs en vorming.

9. Ook met hun kritiek inzake het onnodig betreden van de arbeidsbemiddeling omdat de federale overheid geopteerd heeft om voor de organisatie van de havenarbeid te werken met een “pool”, gaan de verzoekende

partijen voorbij aan de essentie van de beoordeling dat het stelsel van de havenarbeid een specifieke arbeidsrechtelijke regeling betreft die de havenarbeid organiseert en waarbij het derhalve, op grond van haar exclusieve bevoegdheid inzake het arbeidsrecht, aan de federale overheid - en niet aan de gewesten - toekomt te oordelen of het al dan niet opportuun is om te werken met een pool en zodoende om die beleidskeuze te maken. Dat zulks ook gevolgen heeft voor de organisatie van de arbeidsbemiddeling is onvermijdelijk doch houdt geen schending van het evenredigheidsbeginsel in.

10. Er wordt niet aangetoond noch redelijkerwijze aannemelijk gemaakt op welke wijze het bestreden besluit het de gemeenschappen en de gewesten overdreven moeilijk, laat staan onmogelijk zou maken om de eigen respectieve bevoegdheden doelmatig uit te oefenen.

Het eerste middel is ongegrond.

B. Zevende middel

Uiteenzetting van het middel

11. In het zevende middel voeren de verzoekende partijen een schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Zij zetten in hun verzoekschrift - wat zij in hun memorie van wederantwoord en hun laatste memorie herhalen -, in essentie uiteen dat een schending van het gelijkheidsbeginsel respectievelijk het verbod van willekeur voorligt omdat door het bestreden besluit werkgevers van logistieke werknemers in de havengebieden, anders dan werkgevers van logistieke werknemers buiten de havengebieden, verplicht zijn de collectieve arbeidsovereenkomsten na te leven gesloten binnen de schoot van het Paritair Comité voor het havenbedrijf terwijl de werkgevers van logistieke werknemers buiten de havengebieden onder het Paritair Comité van de bedienden uit de internationale handel, het vervoer en de logistiek vallen waarvan de cao's voor hun werkgevers voordeliger zijn (onder meer voor het minimumloon

en de arbeidsduur). Logistieke werknemers binnen de havengebieden worden immers “op artificiële wijze, via het veiligheidscertificaat” beschouwd als erkende havenarbeiders (art. 1, § 3, van het bestreden besluit) zodat zij, zoals de “echte” erkende havenarbeiders, onder het Paritair Comité voor het havenbedrijf vallen. De verzoekende partijen achten de erkenning van de logistieke werknemers binnen de havengebieden nochtans “artificieel” omdat voor deze werknemers enkel een veiligheidscertificaat moet worden aangevraagd door de werkgever die met hen een arbeidsovereenkomst heeft gesloten en waarvan de uitgifte gebeurt op vertoon van die arbeidsovereenkomst en de identiteitskaart van de betrokkene. De kost voor dat certificaat is ten laste van de werkgever. Die “erkenning” betreft een “administratieve formaliteit” waarbij er geen enkele erkenningvoorwaarde geldt met betrekking tot de aptitude (lees: de geschiktheid) van deze werknemers om havenarbeid te verrichten. Voor dit verschil in behandeling van werkgevers van logistieke werknemers binnen of buiten de havengebieden is er geen redelijke verantwoording.

Nadat zij in hun verzoekschrift de Raad van State nog hebben verzocht over dit verschil in behandeling een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, stellen de verzoekende partijen daarover in hun memorie van wederantwoord dat het “per vergissing [is] dat een voorstel tot prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof in de tekst van het verzoekschrift werd behouden” en dat “het terecht [is] dat de verwerende partij stelt dat er geen reden is tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof omdat het zevende middel de ongrondwettelijkheid aanklaagt van een KB.”

Beoordeling

12. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen of een gelijke behandeling van niet-vergelijkbare gevallen verboden is, tenzij daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat.

13. Te dezen moet evenwel worden vastgesteld dat het door de verzoekende partijen bekritiseerde onderscheid tussen eensdeels ondernemingen die logistieke werknemers binnen het havengebied tewerkstellen en, anderdeels, ondernemingen die logistieke werknemers buiten het havengebied tewerkstellen waardoor deze twee categorieën van werkgevers die beide logistieke werknemers tewerkstellen onder de bevoegdheid ressorteren van verschillende paritaire comités, een verschil in behandeling betreft dat, zoals hierna wordt uiteengezet, niet voortvloeit uit het bestreden besluit.

De door de verzoekende partijen bekritiseerde onderscheiden behandeling tussen werkgevers van logistieke werknemers al naargelang zij deze werknemers te werk stellen binnen of buiten het havengebied, vloeit niet voort uit het bestreden besluit doch uit artikel 1 van het koninklijk besluit van 12 januari 1973 ‘tot oprichting en vaststelling van de benaming en van de bevoegdheid van het Paritair Comité voor het havenbedrijf’ (hierna: het koninklijk besluit van 12 januari 1973) en het gelijkkluidende artikel 2 van het koninklijk besluit van 12 augustus 1974 ‘tot oprichting en tot vaststelling van de benaming en van de bevoegdheid van paritaire subcomités voor het havenbedrijf en tot vaststelling van het aantal leden ervan’ (hierna: het koninklijk besluit van 12 augustus 1974), waarvan zij de onwettigheid niet betwisten.

Artikel 1 van de wet van 8 juni 1972 bepaalt dat niemand in de havengebieden, havenarbeid mag laten verrichten “door andere werknemers dan erkende havenarbeiders”. Artikel 2 van diezelfde wet bepaalt dat de omschrijving van de “havengebieden” en de “havenarbeid” zoals bepaald door de Koning in uitvoering van de artikelen 35 en 37 van de wet van 5 december 1968 ‘betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités’ (hierna: de wet van 5 december 1968), geldt voor de toepassing van de wet van 8 juni 1972 en, derhalve, evenzo voor de op grond van laatstgenoemde wet te nemen uitvoeringsbesluiten zoals het bestreden besluit.

Artikel 1 van het koninklijk besluit van 12 januari 1973 en het (gelijkluidende) artikel 2 van het koninklijk besluit van 12 augustus 1974, genomen op grond van de eerdergenoemde wet van 5 december 1968, bepalen de bevoegdheid van het Paritair Comité voor het havenbedrijf en omschrijven het begrip “havenarbeid” derwijze dat het ook logistieke werknemers omvat die binnen een havengebied zijn tewerkgesteld wat er vervolgens toe leidt dat deze werknemers, zoals alle andere havenarbeiders, krachtens artikel 1 van de wet van 8 juni 1972 over een erkenning dienen te beschikken.

14. De verzoekende partijen betwisten niet dat logistieke werknemers die in een havengebied arbeid verrichten “op locaties waar goederen ter voorbereiding van hun verdere distributie of verzending een transformatie ondergaan die indirect leidt tot een aanwijsbare toegevoegde waarde”, havenarbeid verrichten in de zin van het genoemde artikel 1 van koninklijk besluit van 12 januari 1973 en het (gelijkluidende) artikel 2 van het koninklijk besluit van 12 augustus 1974.

Dat ook logistieke werknemers die binnen de havengebieden arbeid verrichten, erkende havenarbeiders moeten zijn omwille van de invulling van het begrip “havenarbeid” bij de genoemde koninklijke besluiten van 12 januari 1973 en van 12 augustus 1974 waarnaar artikel 2 van de wet van 8 juni 1972 verwijst en dus niet omwille van het bestreden besluit, beseffen de verzoekende partijen zelf ook. Zij stellen immers (weliswaar in hun uiteenzetting van het achtste middel) dat om de erkenning van de logistieke havenarbeiders af te schaffen, de definitie van het begrip “havenarbeid” diende te worden gewijzigd door alles wat logistieke activiteiten betreft uit die definitie te halen. Volgens hen heeft de verwerende partij dit “onder druk van de vakbonden” niet gedaan.

Daargelaten of de verwerende partij dit “onder druk van de vakbonden” niet heeft gedaan, dient te worden vastgesteld dat de verwerende partij met het bestreden besluit dat uitvoering verleent aan de wet van 8 juni 1972 toepassing heeft gemaakt van het begrip “havenarbeid” in de zin van de

koninklijke besluiten van 12 januari 1973 en 12 augustus 1974 waarvan zij de onwettigheid niet betwisten.

15. Het zevende middel kan in de aangegeven mate niet tot vernietiging van het bestreden besluit leiden.

16. In de mate de verzoekende partijen oordelen dat er geen redelijke verantwoording voorligt voor het feit dat voor logistieke werknemers binnen de havengebieden (louter) een veiligheidscertificaat is vereist op grond waarvan zij vervolgens worden beschouwd als erkende havenarbeiders terwijl dergelijk certificaat niet is vereist voor logistieke werknemers buiten de havengebieden, valt hun kritiek samen met het achtste middel, dat hierna worden behandeld.

C. Achtste middel

Uiteenzetting van het middel

17. In het achtste middel, “ondergeschikt aan alle overige middelen”, voeren de verzoekende partijen een schending aan “van de artikelen 105, 108 en 159 van de Grondwet, van de hiërarchie der rechtsnormen (de Wet staat boven een Koninklijk Besluit), van de Wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid en van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het beginsel dat een besluit van de overheid dient te steunen op juiste en redelijke gronden”. In hun verzoekschrift zetten de verzoekende partijen uiteen dat krachtens artikel 1 van de wet van 8 juni 1972 niemand in de havengebieden havenarbeid mag laten verrichten door andere werknemers dan erkende havenarbeiders. Die wettelijke verplichting rust op een werkgever die in een havengebied havenarbeid door een werknemer laat verrichten en beoogt door een bij koninklijk besluit vast te stellen stelsel van erkenningen, geschoolde arbeiders ter beschikking van de haven te stellen, gezien havenarbeid een gevaarlijke arbeid is die opleiding vergt. Gelet op de genoemde bedoeling van de wetgever, kunnen

die erkenningsvoorwaarden enkel slaan op de “aptitude” (lees: geschiktheid) van de werknemer om havenarbeid te verrichten. Volgens de verzoekende partijen wordt met artikel 1, § 3, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals gewijzigd door het bestreden besluit van die doelstelling afgeweken voor logistieke werknemers: voor deze werknemers geldt het beschikken over een veiligheidscertificaat ‘als’ een erkenning in de zin van de wet van 8 juni 1972. Krachtens datzelfde artikel 1, § 3, wordt het veiligheidscertificaat aangevraagd door de werkgever die een arbeidsovereenkomst heeft getekend met een logistieke werknemer en de uitgifte ervan gebeurt op vertoon van de identiteitskaart en de arbeidsovereenkomst. Aan die logistieke havenarbeiders wordt derhalve geen enkele erkenningsvoorwaarde met betrekking tot hun geschiktheid om havenarbeid te verrichten meer opgelegd. Een veiligheidscertificaat, dat uitgegeven wordt op vertoon van de identiteitskaart en de arbeidsovereenkomst, is geen dergelijke erkenningsvoorwaarde maar een administratieve formaliteit zodat het totaal onredelijk en onjuist is vanwege de Koning te stellen dat zulk veiligheidscertificaat als erkenning in de zin van de wet van 8 juni 1972 geldt. Doordat het bestreden besluit voor die logistieke havenarbeiders alle erkenningsvoorwaarden heeft afgeschaft, schaft het meteen de erkenning zelf af en strijdt het met de (doelstelling van de) wet van 8 juni 1972, wat een schending inhoudt “van de hiërarchie van de rechtsnormen, meer bepaald strijdigheid van een koninklijk besluit met de wet, hetgeen tevens een schending uitmaakt van het principe vervat in artikel 159 van de Grondwet, volgens het welk besluiten en verordeningen met de wetten moeten overeenstemmen. Bovendien ligt aldus ook een schending voor van artikel 105 van de Grondwet, nu de wet van 8 juni 1972 aan de Koning opdraagt voor alle havenarbeiders erkenningsvoorwaarden te bepalen en hem niet machtigt om een bepaalde categorie havenarbeiders aan erkenningsvoorwaarden te onttrekken. Tevens ligt een schending voor van artikel 108 van de Grondwet nu de bestreden regeling een vrijstelling inhoudt van de uitvoering van de wet van 8 juni 1972 voor een bepaalde categorie van havenarbeiders, zijnde de logistieke werknemers, door voor die categorie geen erkenningsvoorwaarden te bepalen. Tot slot, ligt een schending voor van het beginsel van behoorlijk bestuur, volgens hetwelk een besluit van de overheid dient

te steunen op juiste en redelijke gronden. Stellen dat het veiligheidscertificaat geldt als een erkenning in de zin van de wet van 8 juni 1972 is onjuist, minstens onredelijk, nu het beschikken over zulk certificaat niets te maken heeft met een erkenning als havenarbeid, zijnde de erkenning op grond van geschiktheidsvoorwaarden van de werknemer om havenarbeid te verrichten.

In hun memorie van wederantwoord dupliceren de verzoekende partijen dat de repliek van de verwerende partij niet kan worden gevolgd waar die stelt dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij het middel omdat in de hypothese dat het tot vernietiging zou leiden, het hen geen voordeel oplevert. Zij stellen dat zij een reglementaire akte aanvechten die op hen van toepassing is en derhalve belang hebben om de onwettigheid ervan te bestrijden. In elk geval zou de toestand van de verzoekende partijen beter zijn of minstens kunnen zijn indien de bestreden regeling de wet niet zou hebben geschonden.

In hun laatste memorie herhalen de verzoekende partijen dat de wet van 8 juni 1972 met het statuut van erkende havenarbeiders tot doel had aan de havens geschoolde arbeiders ter beschikking te stellen omdat havenarbeid een gevaarlijke arbeid is en gezien de nieuwe methoden voor het lossen en laden van schepen een opleiding vergt. De erkenning slaat dan ook op het geschoold zijn, wijl het veiligheidscertificaat dat wordt verkregen op vertoon van de identiteitskaart en de arbeidsovereenkomst daaraan niet beantwoordt.

Beoordeling

18. In zoverre de verzoekende partijen met het achtste middel de vernietiging beogen van een reglementaire bepaling die ertoe strekt logistieke werknemers in de havengebieden te beschouwen als erkende havenarbeiders terwijl zij beogen in een havengebied andere dan erkende havenarbeiders tewerk te stellen, kan het middel niet tot vernietiging leiden.

Immers, zoals reeds bij de beoordeling van het zevende middel is gebleken, vloeit uit de artikelen 1 en 2 van de wet van 8 juni 1972, gelezen in samenhang met artikel 1 van het koninklijk besluit van 12 januari 1973 en artikel 2 van het koninklijk besluit van 12 augustus 1974 - en dus niet uit het bestreden besluit -, voort dat logistieke werknemers binnen het havengebied verplicht een erkenning als havenarbeider moeten bekomen om er te worden tewerkgesteld.

19. In de mate de verzoekende partijen met het achtste middel in zijn algemeenheid argumenteren dat het beschikken over een veiligheidscertificaat het begrip “erkenning” in de zin van artikel 1 van de wet van 8 juni 1972 “uitholt” omdat ermee niet wordt gepeild naar de geschiktheid van de logistieke werknemer, kunnen de verzoekende partijen niet worden gevolgd. Een erkenningsregeling en de ermee gepaard gaande geschiktheidscriteria strekken er - anders dan de verzoekende partijen aannemen - niet exclusief toe de aanwezigheid van bepaalde kennis, scholing of vaardigheden te beoordelen doch kunnen evenzo dienstig zijn om te onderzoeken of een kandidaat, te dezen de logistieke werknemer die binnen een havengebied wordt tewerkgesteld, beschikt over bijvoorbeeld het vereiste gedrag, de moraliteit en betrouwbaarheid om binnen een havengebied te worden tewerkgesteld. Zij kunnen dus evenzo dienstig zijn tot het vaststellen - zoals de verzoekende partijen het noemen - “van bepaalde eigenschappen van personen waaraan het objectief recht bepaalde consequenties verbindt”. Op zich kan in de verplichting om een veiligheidscertificaat te bekomen dan ook geen poging worden gezien om logistieke werknemers te onttrekken aan het erkenningsvereiste dat de wet oplegt.

20. Een schending van de in het achtste middel ingeroepen bepalingen en beginselen ligt in de aangegeven mate niet voor.

21. In de mate, het achtste middel er, specifiek, toe strekt te argumenteren dat het vereisen van een veiligheidscertificaat zoals het is vervat in artikel 1, § 3, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 (zoals vervangen door het bestreden besluit), dat afgeleverd wordt “op vertoon van de identiteitskaart en de

arbeidsovereenkomst” (wat voor een logistieke werknemer volstaat om als havenarbeider te worden erkend), het begrip erkenning “als havenarbeider” uitholt omdat er geen geschiktheidsbeoordeling “als havenarbeider” mee gepaard gaat, valt het middel samen met het tweede middel dat verder wordt behandeld.

In wezen betwisten de verzoekende partijen immers dat een dergelijk veiligheidscertificaat een geschikte maatregel is om het beoogde doel van de erkenning “als havenarbeider”, dit is het garanderen van de veiligheid van havenarbeid(ers), te bereiken. De verzoekende partijen beschouwen het genoemde veiligheidscertificaat alvast als een loutere “administratieve formaliteit” die in het geheel niet geschikt is om de veiligheid van de havenarbeid te garanderen. De vraag of het bedoelde veiligheidscertificaat geschikt is om de met de voorliggende erkenningsregeling beoogde “dwingende redenen van algemeen belang” (de veiligheid van de havenarbeid) te bereiken, kan evenwel, zoals bij de beoordeling van het tweede middel wordt uiteengezet, niet worden beantwoord zonder daarover het Hof van Justitie van de Europese Unie te bevragen.

D. Tweede, derde, vierde, vijfde en zesde middel

D. (1). Situering

22. In het tweede tot het vijfde middel van hun verzoekschrift roepen de verzoekende partijen een schending in door het bestreden besluit van de Europeesrechtelijke fundamentele vrijheden inzake het vrije verkeer, telkens gelezen in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU.

In het tweede middel voeren zij een schending aan van de vrijheid van vestiging (artikel 49 van het VWEU). Met het tweede middel beogen zij de vernietiging van zeven restricties die in het bestreden besluit liggen vervat waarbij zij in dat middel uitgebreid uiteenzetten hoe deze beperkingen strijdig moeten worden geacht met de vrijheid van vestiging zoals die door het VWEU wordt gewaarborgd. In het derde tot het vijfde middel verwijzen de verzoekende

partijen telkens naar hun uiteenzettingen opgenomen in het tweede middel welke als herhaald moeten worden beschouwd waarbij zij vervolgens bondig uiteenzetten waarom de bestreden restricties (ook) een schending uitmaken van het vrije verkeer van werknemers gewaarborgd door artikel 45 van het VWEU (derde middel), het vrije verkeer van goederen, gewaarborgd door de artikelen 34 en 35 van het VWEU (vierde middel) en het vrij verkeer van diensten, gewaarborgd door artikel 56 van het VWEU (vijfde middel).

Het zesde middel tot slot is ontleend aan een schending van de artikelen 101 en 102 van het VWEU, gelezen in samenhang met artikel 106, lid 1, ervan.

D. (2). Tweede middel

Uiteenzetting van de verzoekende partijen

23. Het tweede middel is genomen uit de schending van de artikelen 49 en 106, lid 1, van het VWEU. De verzoekende partijen betogen in hun verzoekschrift dat met de bestreden regeling die werd aangenomen ingevolge een ingebrekestelling door de Europese Commissie van 28 maart 2014, een schijnbare vrijmaking van de arbeidsmarkt wordt voorgestaan maar dat in wezen (zeven) onnodige en disproportionele restricties worden “herbevestigd of toegevoegd” die zij met het voorliggende annulatieberoep bestrijden. Het bestreden besluit schiet dus tekort om de ongeoorloofde vrijheidsbeperkingen inzake havenarbeid weg te werken. De door hen aangeklaagde ongeoorloofde vrijheidsbeperkende maatregelen die in het bestreden besluit liggen vervat, worden door de verzoekende partijen als volgt toegelicht.

Een eerste ongeoorloofde vrijheidsbeperkende maatregel is volgens de verzoekende partijen het vereiste van een erkenning van alle niet-logistieke havenarbeiders door een administratieve commissie die is samengesteld uit werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties waarbij,

langs werkgeverszijde, een exclusief geldt van erkende lokale verenigingen van werkgevers en, langs werknemerszijde van een zogenaamde ‘*closed shop*’. Die vereiste leidt volgens hen tot een artificiële afsluiting van de arbeidsmarkt door monopoliehouders waarbij er een gebrek is aan elementaire procedurele waarborgen omdat bijvoorbeeld niet is voorzien in een termijn waarbinnen die commissie dient te beslissen noch in beroepsmogelijkheden. Bovendien houdt de erkenning tot opname in de pool in dat rekening wordt gehouden met de behoefte aan arbeidskrachten zodat de vrije toegang tot de arbeidsmarkt wordt belemmerd: de administratieve commissie, gecontroleerd door het vetorecht van de vakorganisaties kan de arbeidsmarkt blijven contingeren op een vast aantal werknemers “teneinde *outsiders* te weren”.

Ten tweede, voert het bestreden besluit twee nieuwe exclusieve rechten in. Eensdeels dient de medische geschiktheid voor havenarbeid te worden beoordeeld (exclusiviteit) door de externe dienst voor preventie en bescherming op het werk waarbij de organisatie van werkgevers die overeenkomstig artikel 3*bis* van de wet van 8 juni 1972 aangeduid werd als lasthebber, is aangesloten en, anderdeels, dient de kandidaat-havenarbeider te slagen in de psychotechnische proeven, afgenomen door het orgaan (exclusiviteit) dat hiertoe werd aangewezen door diezelfde erkende organisatie van werkgevers. Het doel van die proeven is na te gaan of de betrokkene voldoende intelligentie en de juiste persoonlijkheid en motivatie bezit om na een opleiding de functie van havenarbeider te kunnen vervullen. Door dit nieuwe dubbele monopolie wordt het bestaande monopolie dat de lokale werkgeversverenigingen reeds bezitten op basis van het genoemde artikel 3*bis* versterkt. De vrijmaking van de arbeidsmarkt is hierdoor geheel illusoir.

Ten derde, stellen de verzoekende partijen dat de vrijmaking van de toegang tot de havenarbeidsmarkt voor niet-poolarbeiders, dit zijn de werknemers die rechtstreeks contracteren met een werkgever, zuiver theoretisch is omdat de duurtijd van de erkenning van deze niet-poolarbeiders wordt beperkt tot de duurtijd van hun arbeidsovereenkomst. Hieruit volgt dat telkens de

arbeidsovereenkomst van een niet-poolarbeider ten einde komt, om welke reden ook, ook de erkenning vervalt en, daarmee, het recht op toegang tot de arbeidsmarkt, zelfs zo de betrokken werknemer nog steeds, aantoonbaar, voldoet aan alle door het bestreden besluit bepaalde erkenningsvoorwaarden. Ingeval de betrokken werknemer opnieuw als havenarbeider aan de slag wil, bij dezelfde of een andere werkgever, moet hij opnieuw de volledige erkenningsprocedure doorlopen. Voor havenarbeiders die initieel (of bij herhaling) werden aangeworven voor korte duur (bv. dag- of weekcontracten) zowel als voor de betrokken werkgever(s) is dergelijke restrictie onrealistisch en prohibitief, onnodig en disproportioneel. Tewerkstelling buiten de pool wordt alzo onaantrekkelijk gemaakt en beoogt een reële openstelling van de arbeidsmarkt te vermijden.

Ten vierde, bestrijden de verzoekende partijen de “onnodige, ongemotiveerde en excessief langdurige overgangsregeling” waarin het bestreden besluit voorziet. Die overgangsregeling ontnemt aan het bestreden besluit gedurende een vijftal jaar elke praktische betekenis. Het openstellen van de arbeidsmarkt voor niet-poolarbeiders is van belang voor het opvangen van pieken in de vraag naar arbeid wat, in normale arbeidsmarktomstandigheden, bij uitstek gebeurt via kortlopende arbeidsovereenkomsten. De mogelijkheid daartoe wordt zonder opgave van redenen uitgesteld tot 1 juli 2020, wat des te minder aanvaardbaar is nu vaststaat dat de huidige havenarbeidersreglementering fundamenteel strijdig is met het unierecht.

Ten vijfde, oordelen de verzoekende partijen dat door het erkennen “van rechtswege” van alle bestaande havenarbeiders als havenarbeiders opgenomen in de pool de mogelijkheid van rechtstreekse tewerkstelling door de werkgever van (ervaren) havenarbeiders wordt uitgehold. Zo ontnemt de regeling de werkgevers het recht om goede arbeidskrachten aan zich te binden door met deze arbeidskrachten rechtstreeks een vast contract te sluiten en deze laatsten werkzekerheid te bieden volgens de regels van het gemene arbeidsrecht.

Ten zesde, stellen de verzoekende partijen dat, zonder dat daartoe enige noodzaak is, nieuwe beperkingen worden ingevoerd op het recht van werkgevers en hun werknemers om arbeid te (doen) verrichten in een ander havengebied dan datgene waar de betrokken werknemer de erkenning heeft bekomen. De voorwaarden en modaliteiten voor die tewerkstelling in een ander havengebied moeten worden bepaald bij collectieve arbeidsovereenkomst (cao) waardoor de machtspositie van de (leden van de) lokale werkgeversverenigingen en lokale afdelingen van de werknemersorganisaties van havenarbeiders wordt versterkt. Dergelijke beperkingen bestaan nergens anders in de Europese Unie en zijn als excessief te bestempelen.

Ten zevende, zetten de verzoekende partijen uiteen dat zonder dat daartoe enige noodzaak is, nieuwe obstakels worden ingevoerd voor de tewerkstelling van werknemers die logistieke taken uitvoeren. Deze werknemers die zijn tewerkgesteld “op locaties waar goederen ter voorbereiding van hun verdere distributie of verzending een transformatie ondergaan die indirect leidt tot een aanwijsbare toegevoegde waarde” dienen over een veiligheidscertificaat te beschikken dat geldt als “een erkenning in de zin van de wet van 8 juni 1972 ‘betreffende de havenarbeid’.” Dat certificaat wordt aangevraagd door de werkgever die een arbeidsovereenkomst heeft getekend met een werknemer om (logistieke) activiteiten in die zin te verrichten. De uitgifte ervan gebeurt “op vertoon van de identiteitskaart en de arbeidsovereenkomst”. De nadere regels van de procedure worden vastgelegd in een collectieve arbeidsovereenkomst. De inmiddels gesloten, uitvoerende collectieve arbeidsovereenkomst voorziet in de zogenaamde *Alfapass*-kaart, voorheen ingevoerd omwille van terrorismebestrijding en thans uitgebreid naar in havengebied gevestigde logistieke ondernemingen, zonder enige verantwoording en sterk afwijkend van wat elders in de Europese Unie gangbaar is. De onderneming *Alfapass* bvba wordt bovendien gecontroleerd door de monopolie-houdende Antwerpse havenwerkgeversvereniging Cepa en Alfaport, de Antwerpse private sectorfederatie van de haven, wat andermaal de monopoliepositie van de betrokken werkgeversvereniging versterkt. Bovendien resulteert de *Alfapass* in een aanzienlijke additionele kost

voor de werkgevers van ongeveer 50 euro per exemplaar. Er wordt aldus een nodeloze nieuwe last opgelegd die de internationale competitiviteit van deze bedrijven en van de haven verder verzwakt.

De verzoekende partijen stellen dat met die volgens hen (zeven) “onnodige en disproportionele beperkingen” het bestreden besluit inbreuk maakt op de vrijheid van vestiging en de overige door hen geschonden geachte fundamentele vrijheden.

De verzoekende partijen wijzen erop dat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie - in het kader van een inbreukprocedure tegen het Koninkrijk Spanje -, voortvloeit dat artikel 49 van het VWEU eraan in de weg staat dat een nationale regeling zoals de bestreden havenregeling, zelfs wanneer zij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, de uitoefening van de in het verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging door burgers van de Unie kan belemmeren of minder aantrekkelijk maken (HvJ 11 december 2014, C-576/13, Commissie/Spanje). Beperkingen van de vrijheid van vestiging die zoals de (zeven) bestreden maatregelen verder gaan dan wat noodzakelijk is om de nagestreefde doelen (van algemeen belang) te bereiken, kunnen niet worden gerechtvaardigd. Voorts stellen de verzoekende partijen dat “door met betrekking tot de werkgeversverenigingen, de externe diensten voor preventie en bescherming op het werk waarbij zij zich aansluiten, en de door hen aangewezen organen belast met het afnemen van psychotechnische proeven, welke alle een exclusief recht worden toegekend, maatregelen te nemen die tot een schending van de vrijheid van vestiging leiden, [...] het bestreden besluit tevens artikel 106.1 VWEU [schendt]”.

24. In hun memorie van wederantwoord repliceren de verzoekende partijen dat de verwerende partij niet kan worden gevolgd waar deze vooreerst stelt dat de situatie van de verzoekende partijen “louter intern” zou zijn, zonder enig grensoverschrijdend element, en dat om die reden zij niet de schending kunnen aanvoeren van de vrijheid van vestiging, het vrij verkeer van werknemers, het vrij

verkeer van goederen en het vrij verkeer van diensten, allen gewaarborgd door het VWEU. Volgens de verzoekende partijen strookt dat standpunt niet “met het algemeen rechtsbeginsel van de normenhiërarchie, volgens hetwelk een lagere norm niet in strijd mag zijn met een hogere norm”. Het bestreden besluit is in strijd met hogere rechtsnormen vervat in het VWEU. De verzoekende partijen argumenteren dat het onjuist is te stellen dat de toestand van de verzoekende partijen louter intern, zonder grensoverschrijdende elementen zou zijn. Het maatschappelijk doel van de verzoekende partijen betreft het stellen van handelingen zowel in België als in het buitenland. Zij zijn gerechtigd hun activiteiten in Belgische havens en in havens van andere lidstaten uit te oefenen en de door hen geschonden geachte vrijheden houden in dat zij in de Belgische havens niet belemmerd mogen worden doordat zij ingevolge een reglementering inzake havenarbeid in hun eigen staat, verplicht zijn beroep te doen op erkende havenarbeiders, terwijl zij in een haven van een andere lidstaat niet zouden worden belemmerd door zulke reglementering. Wat het “gebrek aan grensoverschrijdend element” betreft, stellen de verzoekende partijen dat te dezen wel degelijk, en zelfs ten overvloede, een grensoverschrijdend element voorhanden is. Vooreerst acht de beschikbare nationale rechtspraak het grensoverschrijdende element in havenarbeidssituaties terecht bij voorbaat aanwezig. Zij verwijzen daartoe onder meer naar een vonnis van de Brusselse arbeidsrechtbank van 11 januari 2011 dat betrekking had op de tewerkstelling van Belgische werknemers door een Belgische werkgever gevestigd in de haven van Brussel, dat de gehele Belgische havenarbeidsreglementering strijdig is met het vrij verkeer van diensten zoals destijds geregeld in het EG-Verdrag (ook in het raam van die fundamentele vrijheid wordt doorgaans een grensoverschrijdend element gevraagd). De rechtbank benadrukte dat een potentiële belemmering van het sluiten van overeenkomsten over havenbehandelingen met partijen uit andere lidstaten als grensoverschrijdend element volstond. Een onderneming kan zich volgens de rechtbank tegenover haar eigen lidstaat op de fundamentele vrijheden beroepen in alle gevallen waar zich in een andere lidstaat zelfs maar een potentiële afnemer van de betrokken diensten bevindt. Aangezien havenactiviteiten, in het bijzonder het laden en lossen van schepen die uit en naar andere lidstaten varen, per definitie een

grensoverschrijdend karakter vertonen, kunnen Belgische havenondernemingen zich, volgens de rechtbank, met betrekking tot havenarbeid steeds op de fundamentele vrijheden beroepen. In de tweede plaats, “en ten overvloede,” herinneren zij eraan dat het vereiste van een grensoverschrijdend element in de recente Europese rechtspraak geenszins zo absoluut wordt vooropgesteld als de verwerende partij het doet voorkomen. Een strikte toepassing van dat vereiste brengt immers onvermijdelijk een ongerechtvaardigde discriminatie met zich tussen nationale onderdanen of ondernemingen enerzijds, en onderdanen of ondernemingen uit andere EU-lidstaten anderzijds. *In casu* stuit omgekeerde discriminatie op het internrechtelijk discriminatieverbod. Niet valt in te zien hoe een nadeliger behandeling van de verzoekende partijen, vergeleken met hun concurrenten uit andere lidstaten, in het raam van het Belgisch grondwettelijk recht zou kunnen worden verantwoord. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft volgens de verzoekende partijen herhaaldelijk bevestigd dat de nationale rechter kan nagaan in hoeverre zijn rechtsstelsel omgekeerde discriminatie toelaat (bijv. HvJ 16 juni 1994, C-132/93, Steen, punt 10). Volgens hen moet ook rekening worden gehouden met de onderliggende inbreukprocedures die de Europese Commissie met betrekking tot restrictieve en anachronistische havenarbeidsreglementeringen voerde tegen lidstaten als België en Spanje. Uiteraard beoogde de Europese Commissie niet slechts gunstiger arbeidsregelingen te bekomen ten gunste van niet-Belgische respectievelijk niet-Spaanse ondernemingen. Zij heeft er tijdens de inbreukprocedures op aangedrongen dat de betrokken havenarbeidsreglementeringen werden vrijgemaakt ten gunste van alle ondernemingen zonder onderscheid, en zulks ten gunste van de havensector en de havenwerknemers in het algemeen. Zij stelde in haar ingebrekestelling die de verzoekende partijen bijbrengen, dat de discriminatie, op het vlak van de logistieke arbeid, ten nadele van NV Logisport en ten voordele van Bpost onaanvaardbaar was, ofschoon het in dit specifieke geval over twee louter Belgische ondernemingen ging. Het voordeel van de dankzij de Europese Unie gerealiseerde verbeteringen onthouden aan nationale ondernemingen en werkgevers zou het onderliggende Europese havenbeleid geheel fnuiken. Zulks zou de normale havenconcurrentie helemaal verstoren en

aanzienlijke, bijzonder ongewenste economische effecten hebben. De verwerende partij heeft overigens zelf aangegeven dat er inzake havenarbeid geen aanleiding is om enig onderscheid in te voeren tussen Belgische en buitenlandse werkgevers. Indien de op de vrijheid van vestiging gestoelde Europese inbreukprocedure alleen had genoopt tot het wegnemen van een aantal belemmeringen ten gunste van ondernemingen uit andere lidstaten, had de verwerende partij ermee kunnen volstaan een besluit aan te nemen dat daartoe beperkt was, en het rechtsregime voor Belgische werkgevers ongewijzigd kunnen laten. Aangezien dit ook in de ogen van de verwerende partij in een ongerechtvaardigde benadeling van de eigen ondernemingen had geresulteerd, heeft de verwerende partij in het bestreden besluit geen enkel onderscheid tussen interne en grensoverschrijdende situaties gemaakt. Dat de verwerende partij in de voorliggende vernietigingsprocedure plotseling wél dergelijk onderscheid verdedigt, mist dan ook elke geloofwaardigheid. Het bestreden besluit, bedoeld om de Belgische reglementering inzake havenarbeid aan te passen aan de vereisten die voortvloeien uit de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU), heeft de daaruit volgende voordelen voor onderdanen of ondernemingen uit andere lidstaten uitgebreid tot nationale onderdanen of ondernemingen. De verwerende partij kan dan ook niet in ernst verdedigen dat de verzoekende partijen zich als Belgische ondernemingen, en in een objectief contentieux, niet mogen beklagen over de ontoereikendheid en onjuistheid van deze aanpassing aan de vereisten van het unierecht.

In hun memorie van wederantwoord (p. 25) stellen de verzoekende partijen voorts nog dat moet worden aangehaald dat de door hen ingeroepen (en geschonden geachte) vrijheden die gewaarborgd worden door het VWEU tevens “vervat liggen in de vrijheid van handel en nijverheid, gewaarborgd door artikel 23 van de Grondwet en artikel II.3 van het Wetboek van economisch recht (hierna: het WER), zodat in elk geval de [verzoekende partijen] de schending van die vrijheden kunnen aanvoeren, nu die vrijheden ook in het intern Belgisch recht worden beschermd”. De verwerende partij heeft overigens zelf aangegeven dat er in de aangelegenheid van de havenarbeid geen aanleiding is om enig onderscheid te maken tussen Belgische en buitenlandse werkgevers.

Wat de gegrondheid van de door hen geschonden geachte fundamentele vrijheden betreft, doen de verzoekende partijen in hun memorie van wederantwoord nog gelden dat de verwerende partij er niet in slaagt te ontkrachten dat (het bestaan zelf van het) vereiste van het voorafgaand bekomen van een veiligheidscertificaat voor logistieke arbeiders in havengebieden een niet-geoorloofde beperking is. De verwerende partij ontkracht evenmin de vaststelling dat de invoering van het veiligheidscertificaat de faciliteit teniet doet om gedurende twee maanden niet-erkende uitzendkrachten tewerk te stellen. Wat de vereiste erkenning van niet-logistieke havenarbeiders door een administratieve commissie betreft die is samengesteld uit monopoliehouders, het ontbreken van procedurele waarborgen en de contingentering van het aantal te erkennen havenarbeiders worden geen argumenten aangedragen die de ingevoerde beperking kunnen schragen. De verwerende partij geraakt niet verder dan te stellen dat zulk monopolie slechts strijdig zou zijn met het verbod van misbruik van machtspositie als ervan misbruik zou worden gemaakt. Wat betreft de beperking van de duurtijd van de erkenning van niet-poolarbeiders tot de duur van de arbeidsovereenkomst geraakt zij niet verder dan te verwijzen naar het inhoudsloze en juridisch betekenisloze ‘engagement’ van de sociale partners - en dus niet van de verwerende partij zelf - om tegen 2020 te voorzien in een elektronische databank die het zou moeten “vergemakkelijken na te gaan of kandidaat-havenarbeiders aan de erkenningsvoorwaarden voldoen”. Zelfs indien die databank er zou zijn en nog aangenomen dat de hernieuwing van de erkenning van een voor korte tijd aangeworven niet-poolarbeider “slechts enkele uren in beslag zou nemen zoals de verwerende partij beweert, is dergelijk mechanisme “totaal adequaat (lees: inadequaar) voor uitzendkrachten die vaak per dag worden aangeworven”. Wat de “onnodige, ongemotiveerde en excessieve overgangperiode” betreft, verwijst de verwerende partij naar “een reeks vage en betekenisloze uitvluchten i.v.m. het vermijden van ‘een te rigide disruptie van het bestaande regime’”. Wat de in het bestreden besluit vervatte erkenning van rechtswege van alle bestaande havenarbeiders als poolarbeiders betreft waardoor werkgevers wordt belet reeds actieve havenarbeiders rechtstreeks aan te werven, blijft de verwerende partij geheel in gebreke de bepalingen in het bestreden besluit

aan te duiden die de overgang van een poolarbeider naar een individuele onderneming regelen met behoud van zijn erkenning. Dat betekent dat een overgang van het ene naar het andere stelsel impliceert dat de betrokken arbeider die overstapt van de pool naar een individuele onderneming opnieuw een volledige erkenningsprocedure moet doorlopen, inclusief testen en opleidingen, wat een excessieve en zelfs absurde nieuwe restrictie uitmaakt. Bij gebrek aan enige poging van de verwerende partij om deze vaststellingen te weerleggen, is een beperking van de vrijheid van vestiging dan ook bewezen. Wat tot slot de nieuwe beperkingen betreft inzake de tewerkstelling van havenarbeiders in andere havengebieden, argumenteert de verwerende partij op misleidende wijze dat het bestreden besluit een versoepeling inhoudt. Immers de nieuwe cao die - nog voorafgaand aan de aanneming van het bestreden besluit met medeweten en medewerking van de verwerende partij - is gesloten verbiedt de tewerkstelling van poolarbeiders in een andere haven volledig. Dat verbod doet de bepaling van het bestreden besluit luidens hetwelk de erkenning geldig is in elk havengebied teniet. Daar de verwerende partij het gehele pakket (bestreden besluit én voorafgaandelijk gesloten cao's) als geheel heeft verdedigd voor de Europese Commissie, toont nogmaals aan dat met het bestreden besluit nooit de bedoeling voorlag een reële vrijmaking van de arbeidsmarkt te realiseren. De voorheen bestaande mogelijkheid om poolarbeiders van andere havens in te huren, is (door die cao) geheel onmogelijk gemaakt.

Tot slot, wat de “dwingende redenen van algemeen belang” betreft die de verwerende partij aanbrengt ter verantwoording van de bestreden maatregelen, repliceren de verzoekende partijen dat deze “geheel nietszeggend zijn”. In de memorie van antwoord is omtrent de noodzaak, onmisbaarheid en proportionaliteit ervan geen aanstalten van bewijsvoering te vinden wat op zich volstaat om te concluderen dat de beperkingen niet door enige dwingende redenen van algemeen belang worden gerechtvaardigd. Wat de invoering van het veiligheidscertificaat betreft, wordt vastgesteld dat de verwijzing van de verwerende partij naar de noodzaak “de algemene veiligheid” in de havens te garanderen hoogst oppervlakkig en sloganesk is. Er valt niet in te zien welke

speciale algemene veiligheidsrisico's verbonden zijn aan het stockeren, inpakken en etiketteren van consumptiegoederen in een afgesloten magazijn dat niet aansluit op enige havenkade of haventerminal, aan het rondrijden in dergelijk magazijn of aan welk andere logistiek werk ook. Daarenboven wendt het bestreden besluit de havenarbeidswet af van zijn doel. Die wet heeft nooit tot doel gehad de "algemene veiligheid" van de haven te beschermen. Het blijft een volstrekt raadsel waarom de "algemene veiligheid" zou vereisen dat alle logistieke havenarbeiders een veiligheidscertificaat bezitten vooraleer ze zelfs tewerkgesteld kunnen worden terwijl diezelfde "algemene veiligheid" niet vereist dat andere personen die logistieke sites in de havengebieden betreden of er tewerkgesteld worden, dergelijk certificaat bezitten zoals logistieke bedienden tewerkgesteld binnen dezelfde onderneming, binnen- en buitenlandse vrachtwagenbestuurders, onderhoudspersoneel of, zelfs, voor tewerkstelling op fabrieksites in de haven waar gevaarlijke stoffen worden behandeld of geproduceerd zoals petrochemische bedrijven, enzovoort. Geen enkele poging tot rechtvaardiging onderneemt de verwerende partij wat de excessieve nadelen betreft die voor de ondernemingen, waaronder de uitzendkantoren, voortvloeien uit de verplichting een veiligheidspas aan te vragen en aan te kopen naar aanleiding van het sluiten van elke nieuwe arbeidsovereenkomst, inclusief dagcontracten. Er is geen rechtvaardiging, hoewel de verplichting strafrechtelijk wordt gesanctioneerd, voor de onredelijke beperking van de duurtijd, voor de excessieve verplichting voor de logistieke werknemer om zich in persoon te begeven naar een uitgiftestation of de *Alfapass* in ontvangst te nemen, de administratieve last en de prohibitieve meerkost welke voortvloeit uit de noodzaak bij elke nieuwe tewerkstelling een *Alfapass* aan te komen, enzovoort. In hun wel zeer omstandige memorie van wederantwoord uiten de verzoekende partijen soortgelijke kritiek op de veiligheidsredenen of redenen van algemeen belang die de verwerende partij aanvoert om de overige restricties te verantwoorden. Volgens hen strekken die redenen ertoe de ware reden te verdoezelen, zijnde de openstelling van de arbeidsmarkt dode letter te doen blijven *cq.* ervoor te zorgen dat de corporatistische pool en monopoliesituatie overeind blijft.

25. In hun laatste memorie verzetten de verzoekende partijen zich tegen het standpunt dat het middel gesteund op een schending van de vrijheid van handel en nijverheid, gewaarborgd door artikel 23 van de Grondwet, artikel II.3 van het WER en het internrechtelijk discriminatieverbod laattijdig werd aangevoerd en daarom niet-ontvankelijk zou zijn. Zij stellen dat de regel dat het aanvoeren van een nieuw middel of de uitbreiding van een middel met een nieuwe grondslag buiten de termijn die daartoe voorzien is, in beginsel laattijdig en niet-ontvankelijk is, uitzonderingen kent. Zo kan rekening worden gehouden met grieven die buiten de termijn worden aangevoerd wanneer het een middel betreft dat de openbare orde raakt. Een vraag die de openbare orde raakt, mag door de verzoekende partijen in elke stand van het geding worden aangevoerd en ze moet door de Raad van State desnoods ambtshalve worden onderzocht. De vrijheid van handel en nijverheid raakt, aldus de verzoekende partijen de openbare orde, net zoals het algemeen rechtsbeginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

Voorts herhalen zij in hun laatste memorie dat er geen sprake is van een zuiver interne situatie telkens een onderdaan zich tegenover de eigen lidstaat beroept op een recht van vrij verkeer. Het tegendeel zou in strijd zijn met het beginsel dat het unierecht zijn volle werking moet kunnen ontplooiën. Zij verwijzen daartoe naar jurisprudentie van de Raad van State, het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie van de Europese Unie. Artikel 49 van het VWEU (en de overige fundamentele vrijheden die zij geschonden achten) dienen zo te worden uitgelegd dat een onderneming gevestigd in België zich voor de Belgische rechter mag beroepen op de fundamentele regels van het unierecht wanneer het gaat om een situatie met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Gelet op de internationale aard van de activiteiten in de Belgische havens, heeft een regeling van de havenarbeid een duidelijk grensoverschrijdend belang. De door het bestreden besluit ingevoerde restricties treffen hoe dan ook ondernemingen uit andere lidstaten die zich in Belgische havens willen vestigen, evenals werknemers uit andere lidstaten, goederenstromen tussen de lidstaten en ondernemingen uit andere lidstaten die tijdelijk in België havendiensten willen verlenen, wat volstaat om te gewagen van een grensoverschrijdende situatie. “Volstrekt ten overvloede”

merken zij voorts op dat zij zowel in België als in het buitenland activiteiten verrichten, dat diverse van hun klanten ondernemingen uit andere lidstaten zijn en dat hun activiteiten in een groot deel van de gevallen betrekking hebben op de tussenstaatse handel binnen de interne markt van de Europese Unie. Voorts vormen de diensten die een in een lidstaat gevestigde dienstverrichter zonder zich te verplaatsen aanbiedt aan een in een andere lidstaat gevestigde ontvanger, een grensoverschrijdende dienstverrichting. Zij stellen voorts dat wanneer een vraag die betrekking heeft op de uitlegging van het unierecht wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep die instantie, overeenkomstig artikel 267, derde alinea, van het VWEU, is gehouden die vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het is wenselijk dat het Hof van Justitie van de Europese Unie daarbij zo ruim mogelijk wordt bevraagd en niet alleen met betrekking tot het vrij verkeer van werknemers. Een studie voor de Europese Commissie heeft aangetoond dat de Belgische havenarbeidsregeling één van de meest restrictieve stelsels van de hele Europese Unie is (studie *Port Labour in the EU*, 2014, Vol II). De nationale rechter moet ervoor zorgen dat het unierecht zijn volle werking krijgt en de onwettige gevolgen van een schending van het unierecht ongedaan maken. Hierbij dient er rekening mee te worden gehouden dat restrictieve regelingen van de havenarbeid, vergelijkbaar met de bestreden bepalingen, in het recente verleden door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ 11 december 2014, C-576/13, Commissie/Spanje, HvJ 10 december 1991, C-179/90, *Merci*) en het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA-Hof 19 april 2016, E-14/15, *Holship Norge AS/Norsk Transportarbeiderforbund*) werden getoetst aan de vrijheid van vestiging, het vrij verkeer van goederen en het Europese mededingingsrecht. Bovendien werd de Belgische havenarbeid-reglementering in de Belgische rechtspraak fundamenteel onverenigbaar met het vrij verkeer van diensten verklaard (Arbrb. Brussel 11 januari 2002, Sociaalrechtelijke kronieken 2011, 291). Ook vanuit die vaststellingen is het aangewezen, mede in het licht van het “*effet utile*”-beginsel, om aan het Hof van Justitie van de Europese Unie toelichting te vragen met betrekking tot de implicaties van het hele pakket van de fundamentele vrijheden én

het mededingingsrecht. Uit het feit dat de Europese Commissie uiteindelijk om beleidsredenen de inbreukprocedure heeft gesloten onder voorbehoud van monitoring, kan niet worden afgeleid dat het bestreden besluit en de erdoor gewijzigde havenarbeid-reglementering in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging, of met de andere regelen van het unierecht aangezien dat oordeel finaal het Hof van Justitie van de Europese Unie toekomt.

Uiteenzetting van de verwerende partij

26. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord in hoofddorde op, wat zij in haar laatste memorie herneemt, dat de Europeesrechtelijke regels inzake vrijheid van vestiging geen toepassing vinden op louter interne situaties. Zij stelt in essentie dat de argumentatie van de verzoekende partijen niet overtuigt omdat de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer, waaronder de vrijheid van vestiging, geen toepassing vinden op louter binnenlandse of interne situaties zoals in het voorliggende geschil. Het staat buiten discussie dat de verzoekende partijen in België gevestigde ondernemingen zijn die hun activiteiten in België uitoefenen. Het geschil kent dan ook geen enkel grensoverschrijdend element en dient beschouwd te worden als een louter interne situatie waarop de principes van de vrijheid van vestiging (alleen of gelezen in samenhang met artikel 106, lid 1 van het VWEU) geen toepassing vinden. Bijgevolg kunnen de verzoekende partijen zich niet beroepen op de vermeende schending van de vrijheid van vestiging om aan te tonen dat het bestreden besluit zou moeten worden vernietigd. De verwerende partij zet uiteen dat het vaste rechtspraak is dat de verdragsbepalingen inzake vrij verkeer niet van toepassing zijn op ‘louter binnenlandse situaties’. Dit blijkt reeds uit de bewoordingen van de relevante verdragsbepalingen. Zo verbiedt artikel 49 van het VWEU “beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat”. Dit uitgangspunt vormt ten andere een algemene regel, waarvan het bestaan herhaaldelijk werd bevestigd in het kader van het vrij verkeer van werknemers. Zo besliste het Hof van Justitie van de Europese Unie dat de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van werknemers niet kunnen worden toegepast op zuiver interne aangelegenheden van een lidstaat, dat wil

zeggen op situaties waarbij iedere band met door het gemeenschapsrecht beoogde situaties ontbreekt. Pas wanneer een persoon op enigerlei wijze gebruik heeft gemaakt van het recht van vrij verkeer binnen de Unie, is het voor die persoon mogelijk een beroep te doen op het vrij verkeer van werknemers ten aanzien van de eigen overheid. Daarbij is het onvoldoende dat een arbeidsverhouding een louter potentieel grensoverschrijdend karakter heeft. Het voorgaande principe werd nog bevestigd door een arrest van het Arbeidshof te Gent van 3 november 2016 in een zaak die betrekking had op de Belgische regeling inzake havenarbeid. In dat arrest stelt het Arbeidshof dat “[e]venwel kan appellante zich slechts op de [v]erdragsbepalingen betreffende het vrij verkeer van werknemers, diensten en/of vestiging beroepen wanneer haar situatie een reëel grensoverschrijdend karakter vertoont omdat de [v]erdragsbepalingen niet van toepassing zijn op een zuiver interne situatie [...] Welnu, dient te worden vastgesteld dat appellante een vennootschap naar Belgisch recht is waarvan de maatschappelijke zetel in België is gevestigd die op het Belgisch grondgebied haar commerciële activiteiten uitoefent en die voor de uitvoering van arbeid in België die door de wet van 8 juni 1972 en zijn uitvoeringsbesluiten van 12 januari 1973 en 12 augustus 1974 wordt omschreven als havenarbeid, enkel beroep mag doen op erkende havenarbeiders in de haven van Zeebrugge zodat er derhalve geen enkel aanknopingspunt is met één van de situaties waarop het gemeenschapsrecht ziet. Appellant kan er zich derhalve niet op beroepen dat de beperkingen in de wet van 8 juni 1972 en voornoemde koninklijke besluiten inzake de havenarbeid voor haar een belemmering zouden vormen van de vrijheid van vestiging en diensten bepaald in de artikelen 49, 56 en 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie dan wel haar werkzaamheden minder aantrekkelijk zouden maken.” Bovendien heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie eveneens bevestigd dat ook een combinatie van artikel 49 en 106, lid 1 van het VWEU enkel toepassing kan vinden in geval er sprake is van een daadwerkelijk grensoverschrijdend element. Volgens de verwerende partij wordt het, wanneer bovenstaande principes op de huidige zaak worden toegepast, meteen duidelijk dat de verzoekende partijen zich geenszins kunnen beroepen op de vrijheid van vestiging omdat de voorliggende zaak geen enkel grensoverschrijdend element vertoont. Het gaat immers om Belgische

ondernemingen die hun economische activiteiten in België uitoefenen. Het staat buiten discussie dat een eigen onderdaan zich niet op de door het unierecht gegarandeerde regels van vrij verkeer kan beroepen om de strijdigheid van bestaande nationale wetgeving met dat recht te laten vaststellen indien hijzelf geen gebruik heeft gemaakt van dat vrij verkeer. Dit is hier duidelijk het geval. De verzoekende partijen hebben geen gebruik gemaakt van hun vrijheid van vestiging door zich in een andere lidstaat dan België te vestigen. Het feit dat deze Belgische wetgeving mogelijks in geval van internationale situaties in strijd is met de vrijheid van vestiging, maakt nog niet dat een Belgische onderneming zich op deze strijdigheid met het unierecht kan beroepen. De vordering die gebaseerd is op een strijdigheid met het unierecht is dus wel degelijk ongegrond omwille van deze loutere interne situatie.

“In ondergeschikte orde” repliceert de verwerende partij dat het bestreden besluit niet in strijd is met de in het tweede middel ingeroepen vrijheid van vestiging. De verwerende partij doet gelden dat noch de ingebrekestelling, noch het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie, noch het arrest van het EVA-hof een voldoende bewijs opleveren van enige schending van de vrijheid van vestiging in de voorliggende zaak. Zij stelt in de eerste plaats dat het loutere feit dat de Europese Commissie een ingebrekestelling aan de Belgische Staat heeft gericht, op zich nog geen bewijs inhoudt van het bestaan in hoofde van die laatste van enige inbreuk op de vrijheid van vestiging. De ingebrekestelling is immers slechts een eerste formele stap die de Europese Commissie dient te doorlopen alvorens zij een inbreuk op het unierecht kan vaststellen, wat zij vervolgens met een beschrijving van het verloop van een inbreukprocedure uitgebreid toelicht. Zij herinnert er wat dit punt betreft aan dat het finaal het Hof van Justitie van de Europese Unie is dat als laatste en enige beslist of er al dan niet een schending van het unierecht voorhanden is. Met betrekking tot de voorliggende zaak wijst ze er op dat, na het antwoord van de Belgische Staat op het met redenen omkleed advies, er nog verder overleg met de Europese Commissie is geweest om de exacte draagwijdte van de regulering van de havenarbeid in België en haar gevolgen (inclusief het bestreden koninklijk besluit) toe te lichten. De verwerende partij

erkent dat in het kader van de onderhandelingen met de Europese Commissie op bepaalde punten werd voorgesteld om de toenmalige regelgeving inzake havenarbeid aan te passen om de bezorgdheden die de Europese Commissie had geuit, weg te nemen. Het is in dat kader dat de Belgische Staat is overgegaan tot het aannemen van het bestreden besluit. In dat kader dient opgemerkt te worden dat voor een aantal aspecten die door de verzoekende partijen naar voren worden gebracht de Europese Commissie zich niet (of niet langer) op het standpunt plaatst dat deze in strijd zouden zijn met het unierecht en meer bepaald de vrijheid van vestiging en dat er bijgevolg op die punten net geen aanpassing werd doorgevoerd. De Europese Commissie heeft aangegeven dat de principiële verplichting om over een erkenning te beschikken vooraleer taken die zijn voorbehouden voor havenarbeiders, te kunnen uitvoeren niet in strijd is met het unierecht. Deze voorafgaande erkenning wordt dus voor de havenarbeiders binnen en buiten de pool onverkort behouden. Voor de logistieke werknemers wordt dit vervangen door het afleveren van een veiligheidscertificaat. In de tweede plaats, maakt de Europese Commissie geen probleem van het feit dat over de erkenning van havenarbeiders binnen en buiten de pool wordt beslist door de administratieve commissies opgericht binnen het bevoegde paritaire subcomité; noch is de Europese Commissie van oordeel dat er zoiets bestaat als een “*closed shop*” in hoofde van de erkende vakorganisaties aangezien er geen enkele verplichting is voor de kandidaat-havenarbeiders om lid te worden van één van de vakbonden. Op andere punten hebben de Belgische Staat en de sociale partners een aantal wijzigingen doorgevoerd om tegemoet te komen aan de bezwaren van de Europese Commissie, zonder hiermee te erkennen dat deze wijzigingen nodig zijn om de Belgische regeling van de havenarbeid in overeenstemming te brengen met het Europees recht. Deze wijzigingen voorzien onder meer in: (1.) het schrappen van het vereiste van erkenning van de werknemers uit het logistiek contingent, en de vervanging hiervan door het afleveren van een veiligheidscertificaat; (2.) de mogelijkheid om havenarbeiders van het algemeen contingent aan te werven buiten de pool; (3.) de mogelijkheid om deze havenarbeiders (buiten de pool) een contract van onbepaalde duur of, op termijn, van bepaalde duur aan te bieden; (4.) het recht op erkenning buiten de pool enkel en alleen als aan de formele

voorwaarden is voldaan, maar dit los van de economische noodzaak tot openstellen van de pool.

Ook betwist de verwerende partij de relevantie voor de voorliggende zaak van de door de verzoekende partijen ingeroepen arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak C-576/13 respectievelijk het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie in de zaak *Holship Norge AS/Norsk Transportarbeiderforbund* wat zij in haar memorie van antwoord verder toelicht.

De verwerende partij zet voorts uiteen dat de verzoekende partijen er niet in slagen om aan te tonen hoe het bestreden besluit een niet gerechtvaardigde beperking van de vrijheid van vestiging inhoudt. Artikel 49 van het VWEU verbiedt lidstaten niet om maatregelen te nemen die een directe of indirecte discriminatie op basis van de nationaliteit van de vennootschap veroorzaken op het vlak van de oprichting of uitoefening van een onderneming. In overeenstemming met artikel 52 van het VWEU kan een direct discriminerende maatregel enkel verantwoord worden op basis van redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid. Daarnaast volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat artikel 49 van het VWEU eveneens maatregelen verbiedt die, hoewel zij zonder onderscheid van toepassing zijn op vennootschappen van de betrokken lidstaat en vennootschappen uit andere lidstaten, de ondernemingen uit de andere lidstaten in een feitelijk of juridisch nadelige situatie kunnen brengen ten opzichte van de vennootschappen uit de lidstaat van vestiging. Dergelijke maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn en die vennootschappen uit andere lidstaten benadelen, kunnen verantwoord zijn indien zij (i) gerechtvaardigd worden door een dwingende reden van algemeen belang, (ii) geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en (iii) niet verder gaan dan wat noodzakelijk is om dit doel te bereiken. Samengevat dienen de verzoekende partijen om een schending van art. 49 van het VWEU aan te tonen, te bewijzen dat 1) het bestreden besluit (i) een directe of indirecte discriminatie op grond van nationaliteit bevat die (ii) vennootschappen uit andere lidstaten benadeelt in hun vestigingsrecht (*i.e.*

oprichting of uitoefening van haar onderneming) of 2) dat de bestreden maatregel, hoewel hij zonder onderscheid van nationaliteit toepasselijk is, vennootschappen uit andere lidstaten in een juridisch of feitelijke nadeligere situatie brengt dan nationale vennootschappen. Wanneer dit laatste zou zijn vastgesteld dan nog moet blijken dat dergelijke beperking niet zou gerechtvaardigd zijn ter bescherming van een dwingende reden van algemeen belang die geschikt en proportioneel is om dit doel te bereiken. De verzoekende partijen slagen er niet in om aan te tonen dat het bestreden besluit een inbreuk op artikel 49 e.v. van het VWEU vormt. Vooreerst omdat het bestreden besluit geen rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie inhoudt, daar alle vennootschappen, ongeacht de plaats van hun zetel, onderworpen zijn aan deze regels. De verzoekende partijen betwisten dit niet en kunnen ook niet betwisten dat de bestreden regeling een discriminatie op grond van nationaliteit inhoudt. Daarnaast is het evenmin zo dat het bestreden besluit vennootschappen uit andere lidstaten in een juridisch of feitelijk nadeligere situatie dan nationale vennootschappen zou brengen. Evenmin slagen de verzoekende partijen erin, zelfs indien het bestreden besluit al rechtstreeks of onrechtstreeks discriminerend zou zijn (*quod non*), *in concreto* aan te tonen welk nadeel zij zouden hebben ondervonden in de oprichting of uitoefening van hun onderneming. In het verzoekschrift zetten de verzoekende partijen op summiere wijze de zogenaamde beperkingen uiteen die zouden volgen uit het bestreden besluit maar verduidelijken zij niet, noch tonen zij aan dat de regelingen uit het bestreden besluit hen enig nadeel berokkenen dat niet zou zijn verantwoord door de eigenheid van de havenarbeid. In dat verband kan er op gewezen worden dat de regeling van de havenarbeid met een vereiste van voorafgaande erkenning en het bestaan van een pool van steeds beschikbare krachten, ontwikkeld werd om enerzijds de noodzakelijke flexibiliteit te bieden aan de aanbieders van havendiensten en anderzijds een voldoende mate van veiligheid te creëren. De verzoekende partijen slagen er niet in aan te tonen hoe het bestreden besluit, ondanks het feit dat een internationale studie heeft aangetoond dat deze regulering de internationale competitiviteit van de haven van Antwerpen ten goede komt, een beperking van de vrijheid van vestiging inhoudt. Wat het vereiste van een voorafgaande erkenning voor havenarbeiders binnen en buiten de pool betreft, en

de vereiste van het bekomen van een veiligheidscertificaat (dat geldt als erkenning) voor logistieke werknemers bemerkt de verwerende partij dat de Europese Commissie geen enkel probleem ziet in het behoud van de voorwaarde van een vereiste voorafgaande erkenning voor de havenarbeiders binnen en buiten de pool. Los daarvan, is deze vereiste noodzakelijk en proportioneel om de veiligheid van de havenarbeiders zelf en de veiligheid van de havengebruikers in het algemeen te garanderen. De noodzakelijke professionele, medische en psychotechnische testen zijn dan ook allen noodzakelijk en proportioneel om dit doel te bereiken. Het loutere feit dat over deze erkenning beslist wordt door een administratieve commissie maakt deze procedure geenszins arbitrair nu de administratieve commissie sinds de inwerkingtreding van het bestreden besluit geen erkenning meer kan weigeren indien aan alle voorwaarden is voldaan. Het feit dat voor de opname in de “pool” de administratieve commissie rekening houdt met de behoefte aan arbeidskrachten laat de administratieve commissie geenszins toe om het aantal erkende havenarbeiders te contingenten. Immers, aanbieders van havendiensten zijn vrij om buiten de “pool” erkende havenarbeiders te rekruteren en aan te werven zonder dat hier enige beperking op het aantal erkende havenarbeiders wordt gesteld. Bovendien is het niet zo dat tegen de beslissingen van de administratieve commissie geen beroep zou openstaan. Artikel 3 van de wet van 8 juni 1972 voorziet dat in toepassing van artikel 583 van het Gerechtelijk Wetboek, de arbeidsrechtbank kennis neemt van de geschillen omtrent het toekennen, het schorsen of het intrekken van de erkenning als havenarbeider. Deze beroepsmogelijkheden worden ook in de beslissing opgenomen en de beslissing moet uitdrukkelijk gemotiveerd zijn. Wat de noodzaak tot het afleveren van een veiligheidscertificaat voor de logistieke werknemers betreft, dient vastgesteld te worden dat indien hier al een beperking uit zou voortvloeien (*quod non*) deze in elk geval noodzakelijk en proportioneel is om de veiligheid in de haven te garanderen. De voorwaarde om te beschikken over een veiligheidscertificaat voor logistieke werknemers vormt geen enkele belemmering voor de verzoekende partijen om zich in België te vestigen en hier uitzendkrachten ter beschikking te stellen aan aanbieders van havendiensten. Dat er kosten gemoeid zijn met het aanschaffen van het veiligheidscertificaat is bovendien geen gevolg van het bestreden besluit maar

wel van de cao van 22 juni 2016, inmiddels vervangen door de cao van 28 september 2016, omdat in deze cao werd beslist dat voor de havens waar de *Alfapass* reeds in gebruik was (zijnde Antwerpen en Zeebrugge), het veiligheidscertificaat de vorm van een *Alfapass* kan aannemen. In de cao van 28 september 2016, waarin de sociale partners de procedure hebben bepaald die moet worden gevolgd om een veiligheidscertificaat te bekomen, is uitdrukkelijk opgenomen dat de *Alfapass*-kaart, die zal worden gebruikt als veiligheidscertificaat, “[werd] ontwikkeld om de veiligheid in het havengebied te kunnen waarborgen als gevolg van de aanslagen van 11 september 2001 in New York”. Door middel van de collectieve arbeidsovereenkomst van 28 september 2016 wordt het toepassingsgebied van de *Alfapass* weliswaar uitgebreid maar nog steeds met dezelfde doelstelling om de algemene veiligheid (en dit niet enkel omwille van een terreurdreiging) in de haven te garanderen. De vermeende beperking is dus wel degelijk gerechtvaardigd vanuit het oogpunt van de bescherming van de veiligheid en kan gelet op het louter formele karakter en de geringe kostprijs niet als disproportioneel worden beschouwd. Wat vervolgens de beperking inhoudt die zou voortvloeien uit de vermeende exclusieve rechten die door het bestreden besluit zou worden toegekend op het vlak van het uitvoeren van testen inzake medische geschiktheid en psychotechnische proeven, bemerkt de verwerende partij dat het bestreden besluit slechts een bevestiging is van de voorheen bestaande feitelijke situatie waarbij de medische geschiktheid en de psychotechnische proeven reeds door één enkele organisatie werden afgenomen. Bovendien, en in tegenstelling tot wat de verzoekende partijen voorhouden, is het geenszins verboden om exclusieve rechten toe te kennen aan bepaalde organisaties. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft reeds aanvaard dat het verlenen van exclusieve rechten aan één orgaan dat instaat voor arbeidsbemiddeling (of *in casu* aanwervingskantoor) op zich niet in strijd is met het VWEU. In dezelfde zin kan besloten worden dat het toekennen van een exclusief recht aan één orgaan dat moet instaan voor de uitvoering van de medische keuring en een ander orgaan dat moet instaan voor de psychotechnische testen niet onverenigbaar is met het VWEU op voorwaarde dat deze diensten voldoende kwalitatief werk leveren en kunnen voldoen aan de vraag naar deze diensten. Dit

wordt hier *in casu* niet betwist door de verzoekende partijen. Om die redenen is de vermeende schending van artikel 49 *juncto* artikel 106, lid 1 van het VWEU ongegrond. Ook de claim dat de vrijmaking tot de havenarbeidsmarkt voor niet-poolarbeiders zuiver theoretisch is, is onterecht. De duurtijd van de erkenning hangt deels samen met de opgenomen overgangsregeling. In dat kader zijn de sociale partners het engagement aangegaan om tegen 1 juli 2020 (datum waarop de overgangsperiode afloopt en arbeidsovereenkomsten van korter dan 6 maand mogelijk zijn) een elektronische databank operationeel te maken die het mogelijk maakt voor een potentiële werkgever om eenvoudig en onmiddellijk na te gaan of een kandidaat-havenarbeider buiten de pool nog steeds voldoet aan alle criteria om als een havenarbeider algemeen werk aan de slag te kunnen gaan. Indien dit laatste het geval is, zal de werkgever deze havenarbeider onmiddellijk kunnen aanwerven zonder dat deze nog enige nieuwe erkenningsprocedure zal moeten doorlopen. Bovendien is de stopzetting van de erkenning bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst logisch en noodzakelijk om de veiligheid te garanderen. Indien de erkenning niet wordt stopgezet zou het immers mogelijk zijn om voorheen erkende havenarbeiders buiten de pool, die reeds enkele jaren geen havenarbeid meer hebben uitgevoerd (en waarvan men dus niet langer kan garanderen dat zij nog steeds over alle bekwaamheden beschikken), zomaar opnieuw aan te stellen als havenarbeider. Dit houdt een risico in voor de veiligheid van de betrokken havenarbeider en zijn collega's. Indien er dus al een beperking zou zijn, is deze gerechtvaardigd en proportioneel. Tot slot, moet opgemerkt worden dat de overgangsperiode is opgenomen in samenspraak met de Europese Commissie om een te hevige disruptie van het bestaande regime te vermijden. Deze periode dient ook toe te laten om de poolwerking te monitoren en waar nodig bij te sturen. Het argument dat de tewerkstelling buiten de pool vooral zin heeft "om piekmomenten op te vangen" kan niet worden bijgetreden. De pool voorziet namelijk in een permanente arbeidsreserve van erkende havenarbeiders die op elk moment voor korte periodes kunnen worden ingezet en is dus uiterst geschikt om piekmomenten op te vangen. Met name voor de vaste weerkerende taken die een normale arbeidsdruk niet overschrijden, heeft het bestreden besluit nu een bijkomend instrument ingevoerd die de aanbieder van havendiensten toelaat om

hiervoor erkende havenarbeiders buiten de pool direct voor onbepaalde duur aan te werven. In dat kader dient opgemerkt te worden dat, in tegenstelling tot wat de verzoekende partijen lijken aan te nemen, de van rechtswege erkenning van alle bestaande havenarbeiders als havenarbeiders binnen de pool, de aanbieders van havendiensten niet belet om deze havenarbeiders rechtstreeks aan te werven buiten de pool door middel van het aanbieden van een arbeidscontract van onbepaalde duur. Bovendien werd deze algemene erkenning voorzien ten einde de bestaande havenarbeiders voldoende bestaanszekerheid te verschaffen. Wat de mogelijkheid tot tewerkstelling in andere havengebieden betreft, moet tot slot opgemerkt worden dat het bestreden besluit tot een versoepeling leidt ten opzichte van de voorheen bestaande situatie. Vóór de invoering van het bestreden besluit diende een havenarbeider uit het algemeen contingent die erkend was in één havengebied, opnieuw een erkenning te bekomen in een ander havengebied indien deze zijn activiteiten in het ander havengebied wenste uit te voeren. Nu is dit niet langer het geval. Indien een erkende havenarbeider binnen of buiten de pool in een ander havengebied wenst te werken, is dit mogelijk en dient hij hiervoor niet langer een nieuwe erkenningsprocedure te doorlopen. Indien de erkende havenarbeider echter wenst opgenomen te worden in de pool van de andere haven dient deze pool uiteraard open te staan. Het is om deze laatste situatie te regelen dat een cao dient afgesloten te worden om de verdere praktische modaliteiten te regelen. In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen aannemen, volgt hier dus geen enkele beperking op de vrijheid van vestiging uit.

Mocht geoordeeld worden dat het bestreden besluit een beperking inhoudt op de vrijheid van vestiging, dan is alleszins te oordelen dat deze noodzakelijk en evenredig is voor de verwezenlijking van meerdere dwingende redenen van algemeen belang. De regeling van de havenarbeid waar het bestreden besluit deel van uitmaakt, is een noodzakelijke en proportionele regel dat gerechtvaardigd is met name omdat het tegelijk 1) aan de havenarbeiders een verhoogde bestaanszekerheid garandeert, 2) voldoende flexibiliteit inbouwt doordat deze havenarbeiders op een manier (kunnen) worden ingezet die rekening

houdt met het constant fluctuerend karakter van het werkaanbod, en 3) de kwaliteit van de havenarbeid en de veiligheid van de havenarbeiders verzekert.

27. In haar laatste memorie, tot slot, stelt de verwerende partij dat de verzoekende partijen niet betwisten dat zij zich in een louter interne aangelegenheid bevinden. Zij menen daarentegen dat de toets van de “puur interne situatie” bij een verzoek tot vernietiging van een norm van regelgevende aard eerder op het abstracte niveau moet worden uitgevoerd, waarbij het zou volstaan dat de regelgeving potentieel van toepassing zou kunnen zijn op grensoverschrijdende situaties, ongeacht of de verzoekende partijen zich in zulke situatie bevinden. Dat standpunt vindt geen steun in de rechtspraak. Zo paste het Grondwettelijk Hof in de Libert-arresten betreffende de vernietiging van boek 5 van het decreet van het Vlaamse Gewest van 27 maart 2009, in tegenstelling tot wat de verzoekende partijen insinueren, de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van personen enkel toe gelet op de grensoverschrijdende situatie in hoofde van de verzoekende partijen in die zaak. Hoewel deze Belgische staatsburgers waren die in België wonen of Belgische ondernemingen die in België gevestigd zijn, weerhield de bestreden regelgeving hen ervan België te verlaten en aldus hun recht op vrij verkeer uit te oefenen. De bij het VWEU geboden mogelijkheden inzake vrij verkeer van burgers van de Unie zouden niet volledig uitwerking kunnen hebben indien een onderdaan van een lidstaat via belemmeringen van zijn verblijf in een andere lidstaat ervan kon worden afgebracht daarvan gebruik te maken. Bepalingen die een onderdaan van een lidstaat beletten of ervan weerhouden zijn staat van herkomst te verlaten om zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen, leveren derhalve belemmeringen van deze vrijheid op. Dat heeft geen uitstaans met een “abstracte beoordeling van het grensoverschrijdend karakter”.

Voorts sluit de verwerende partij zich bij het standpunt aan dat de uitbreiding van het tweede middel in de memorie van wederantwoord met de beweerde schending van de vrijheid van handel en nijverheid, gewaarborgd door artikel 23 van de Grondwet en artikel II.3 van het WER, en “het internrechtelijke discriminatieverbod”, laattijdig en bijgevolg niet-ontvankelijk is. Zij voegt eraan

toe dat met betrekking tot het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel de Raad van State “doorgaans [heeft] geoordeeld dat de schending ervan geen middel van openbare orde oplevert” en dat de verzoekende partijen niet aanvoeren dat de Raad van State eerder heeft aangenomen dat het middel dat de miskennis van de vrijheid van handel en nijverheid aanvoert, van openbare orde is. Het Grondwettelijk Hof heeft evenwel erkend dat ter zake geen sprake is van een absolute vrijheid en dat het de regelgever niet is verboden om de economische bedrijvigheid van personen en ondernemingen te regelen. Het is de bevoegde regelgever zodoende toegestaan om de havenarbeid te reglementeren zoals in het bestreden besluit op verantwoorde wijze wordt gedaan.

Nog in haar laatste memorie wijst de verwerende partij erop dat de Europese Commissie inmiddels de inbreukprocedure heeft beëindigd, niet “om beleidsredenen” maar wel omdat de bestreden regeling tegemoet komt aan de door haar geuite bezorgdheden en omdat de nieuwe regeling aldus in overeenstemming is met het unierecht. De verwijzingen door de verzoekende partijen naar enige bezwaren of bezorgdheden van de Europese Commissie zijn dan ook irrelevant omdat ze “betrekking hadden op de oude regeling [...] en in de mate zij op het nieuwe KB zouden betrekking hebben, duidelijk als niet in strijd met het VWEU zijn bevonden door de Commissie ten gevolge van de stopzetting van de inbreukprocedure”.

“In uiterst ondergeschikte orde” stelt de verwerende partij nog dat indien de Raad van State alsnog zou overwegen om het Hof van Justitie van de Europese Unie prejudicieel te bevragen de door de verzoekende partijen voorgestelde vraag in elk geval aangepast moet worden nu het voorstel tot prejudiciële vraag vanwege de verzoekende partijen is behept met verschillende feitelijke onwaarheden. De verwerende partij merkt wat dat betreft op (1) dat de leden die zetelen in de administratieve commissie aan werkgeverszijde niet de vertegenwoordigers zijn van “werkgeversorganisaties die een exclusief recht genieten om op te treden als sociaal-administratief lasthebber van de havenwerkgevers” maar wel het Werkgeversverbond der Belgische Havens die

niet de organisatie is die een exclusief recht heeft om op te treden als sociaal-administratief lasthebber; (2) dat er wel degelijk een beroepsmogelijkheid is voorzien in (artikel 3 van) de wet van 8 juni 1972 en er procedurele waarborgen opgenomen zijn in artikel 10 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004; (3) dat de sociale partners het engagement zijn aangegaan om te voorzien in een elektronische databank die het mogelijk maakt gegevens inzake erkende havenarbeiders te consulteren en zo te verzekeren dat indien de kandidaat-havenarbeiders nog over een relevante ervaring en erkenning beschikken er geen nieuwe erkenningsprocedure dient te worden doorlopen; (4) dat de van rechtswege erkenning van de bestaande havenarbeiders als zijnde deel uitmakende van de “pool” geenszins de mogelijkheid belet of verhindert om rechtstreeks havenarbeiders te werk te stellen, zelfs indien deze havenarbeiders deel uitmaken van de “pool”; (5) dat de mogelijkheid tot het opleggen van voorwaarden en modaliteiten geen afbreuk mag doen aan het feit dat de erkenning die in één havengebied werd bekomen ook geldig is in een ander havengebied zonder dat er een nieuwe erkenningsprocedure dient doorlopen te worden en; (6) dat de verplichting van de aankoop van de *Alfapass* niet werd opgelegd bij het bestreden besluit en bovendien enkel geldt voor die havens waar de *Alfapass* reeds werd toegepast, zijnde Antwerpen en Zeebrugge.

D. (3). Derde tot zesde middel

Uiteenzetting van de verzoekende partijen

28. In het derde middel betrekken de verzoekende partijen in hun verzoekschrift hun kritieken en uiteenzettingen inzake de door hen in het tweede middel bestreden restricties die voor “herhaald” moeten worden aangezien, op het vrij verkeer van werknemers gewaarborgd door artikel 45 van het VWEU dat zij eveneens geschonden achten. Zij stellen dat uit de uiteenzetting in het tweede middel van de talrijke in het bestreden besluit vervatte restricties blijkt dat deze het vrij verkeer van werknemers in verregaande mate beknotten, zonder enige aangetoonde noodzaak of proportionaliteit van de ingezette middelen. In hun

memorie van wederantwoord repliceren zij, wat het derde middel betreft, dat de exceptie *obscuri libelli* van de verwerende partij volledig ongegrond is. Zij benadrukken dat de werknemers uit andere lidstaten ingevolge het bestreden besluit precies dezelfde nadelen ondervinden als de personen en ondernemingen die van de vrijheid van vestiging gebruik willen maken. Het ene is het spiegelbeeld van het anderen. Zowel de vrijheid van vestiging als het vrij verkeer van werknemers staan in de weg aan een nationale regeling die, zelfs wanneer zij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, de uitoefening van de vermelde vrijheden door gemeenschapsonderdanen, met inbegrip van de onderdanen van de lidstaat die de regeling heeft getroffen, kan belemmeren of minder aantrekkelijk maken (HvJ 31 maart 1993, C-19/91, Kraus). Evident hebben de verzoekende partijen ook belang bij een middel geput uit het vrij verkeer van werknemers, wat blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ 10 december 1991, C-179/90, Merci). In hun laatste memorie herhalen zij wat zij in hun eerdere procedurestukken hebben uiteengezet en dringen aan op een verruiming van de in het auditoraatsverslag voorgestelde prejudiciële vragen in de zin zoals zij eerder hebben voorgesteld.

In het vierde middel voeren zij in hun verzoekschrift aan dat de bestreden restricties strijdig zijn met het door de artikelen 34 en 35 van het VWEU gewaarborgde vrije verkeer van goederen en het in die bepalingen vervatte verbod op invoer- respectievelijk uitvoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten. De bestreden restricties werpen immers tal van onnodige en ongemotiveerde hinderpalen op voor het goederenverkeer tussen de lidstaten. Zij verwijzen daartoe specifiek naar jurisprudentie waaruit moet blijken dat de in de artikelen 34 en 35 van het VWEU genoemde verboden worden geschonden door een nationale havenarbeidsreglementering wanneer deze belet goederen tegen lagere kosten te lossen met boordpersoneel, het verplichte gebruik van de diensten van monopoliehoudende bedrijven extra kosten veroorzaakt door het effect op de prijs van goederen waardoor de import kan worden beïnvloed (HvJ 10 december 1991, C-179/90, Merci). Wat het vierde middel betreft (verkeerdelijk opgenomen onder het kopje “Betreffende het zesde middel”)

betwisten zij in hun memorie van wederantwoord de exceptie *obscuri libelli*. Ongerechtvaardigde restricties van de vrijheid van vestiging impliceren *ipso facto* een restrictie van de vrijheid van goederenverkeer omdat een restrictieve reglementering inzake havenarbeid door de eruit voortvloeiende kostprijsverhoging een negatieve impact heeft op de in- en uitvoer van goederen. Zij preciseren voorts in hun laatste memorie dat niet alleen sprake is van een belemmering van het vrij verkeer van goederen op de interne markt wanneer de kosten van het lossen van goederen in de havens worden verhoogd maar evenzeer wanneer de kosten van het laden van goederen in de havens worden verhoogd, en zelfs wanneer de kosten van de logistieke havenarbeid op locaties waar goederen ter voorbereiding van hun verdere distributie of verzending een transformatie ondergaan die indirect leidt tot een aanwijsbare toegevoegde waarde worden verhoogd. In quasi alle gevallen worden de betrokken goederen immers ofwel vóór de logistieke havenarbeid geïmporteerd, ofwel na de logistieke havenarbeid geëxporteerd, en veelal allebei. Dat de bestreden ingevoerde en herbevestigde restricties kostenverhogend werken, wat zij aan de hand van voorbeelden illustreren, valt niet ernstig te betwisten, zodat de bestreden beperkingen een negatieve impact hebben op de in- en uitvoer van goederen.

In het vijfde middel roepen de verzoekende partijen een schending in door de ingevoerde restricties van het door artikel 56 van het VWEU gewaarborgde vrij verkeer van diensten in de mate deze bepaling (in zoverre de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen niet van toepassing zouden zijn) een verbod inhoudt op beperkingen van het vrij verrichten van diensten binnen de Unie ten aanzien van de onderdanen van de lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan die waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht. In hun memorie van wederantwoord stellen de verzoekende partijen wat het vijfde middel betreft (verkeerdelijk opgenomen onder het kopje “Betreffende het vierde middel”) dat ook hier de exceptie *obscuri libelli* niet opgaat. De ongerechtvaardigde restricties van de vrijheid van vestiging impliceren *ipso facto* een restrictie van de vrijheid om diensten aan te bieden. Het enige verschil tussen de vrijheid van vestiging en de

vrijheid van dienstverlening betreft immers het tijdelijk karakter van deze laatste, wat zij verder toelichten. In hun laatste memorie herhalen zij dat zij zich wel degelijk op artikel 56 van het VWEU kunnen beroepen. Zij herhalen wat zij eerder hebben uiteengezet omtrent het grensoverschrijdend karakter van hun (internationale) dienstverlening als internationaal actieve logistieke dienstverrichters in de Belgische havengebieden waarbij zij uiteenzetten dat de talrijke restricties zowel henzelf als de afnemers van hun diensten, ook deze uit andere lidstaten, treffen.

Tot slot zetten de verzoekende partijen in het zesde middel van hun verzoekschrift nog uiteen dat de in hun tweede middel opgesomde restricties evenzo een schending inhouden van de artikelen 101 en 102 van het VWEU. De in die bepalingen bedoelde Europese mededingingsregels worden door de bestreden regeling geschonden, minstens maken ze dergelijke schending door de eraan onderworpen ondernemingen onvermijdelijk. Het bestreden besluit herbevestigt, reorganiseert en versterkt immers het exclusief recht van de lokale werkgeversorganisaties die gemachtigd blijven om als enige op te treden als lasthebber van de individuele havenwerkgevers, of als zogenaamde “administratieve werkgever”. Zij controleren ook de werkgeversvertegenwoordiging in de administratieve commissie welke de algemene havenarbeiders erkent en ze toegang tot de arbeidsmarkt verleent. De leden van die werkgeversverenigingen genieten bovendien een collectief monopolie om in de havengebieden goederenbehandelingsdiensten aan te bieden. Het bestreden besluit kent geheel nieuwe exclusieve rechten toe aan de externe diensten voor preventie en bescherming op het werk waarbij deze werkgeversorganisaties zich aansluiten, en aan de door deze organisaties aangewezen organen belast met het afnemen van psychotechnische proeven. Voorts creëert de bestreden regeling, gelezen in samenhang met de collectieve arbeidsovereenkomst waartoe het de basis verschaft, een exclusief recht ten gunste van Alfapass CVBA, die instaat voor het afleveren van het zogenaamde veiligheidscertificaat. De Antwerpse werkgeversvereniging Cepa controleert deze vennootschap samen met de sectororganisatie Alfaport. Mede gelet op de

machtspositie van de drie vakorganisaties van de havenarbeiders, die via hun vertegenwoordiging in de administratieve commissie de erkenningsprocedure controleren, geeft een en ander het beeld van een “uitgesproken corporatistische structuur” zodat, mededingingsrechtelijk, tegelijk sprake is van een “door de overheid opgelegde concurrentiebeperkende ondernemersafpraak of kartel tussen de betrokken ondernemingen, en minstens van een door de overheid gecreëerde of minstens aangemoedigde, alles beheersende machtspositie in hoofde van de diverse betrokken ondernemingen (de werkgeversorganisaties, de entiteiten belast met de medische en psychotechnische tests en Alfapass CVBA)”. Dergelijke mededingings-beperkende, zo niet mededingings-uitsluitende structuur, welke door het bestreden besluit is bekrachtigd, verstoort in aanzienlijke mate de normale mededinging, of maakt die onmogelijk. In hun memorie van wederantwoord zetten zij uiteen, wat zij in hun laatste memorie herhalen, dat de repliek van de verwerende partij niet kan worden bijgetreden dat een aantal monopolies niet resulteren uit het bestreden besluit doch uit de wet van 8 juni 1972 of uit een cao. Die kritiek is volgens de verzoekende partijen niet relevant. In hun verzoekschrift hebben zij uiteengezet dat het bestreden besluit het exclusief recht van de lokale werkorganisaties herbevestigt, reorganiseert en versterkt. Het innig verstrengelde kluwen van exclusieve rechten en controlerechten dat door het bestreden besluit wordt versterkt, doet zich voor als een mededingingsbeperkende afspraak én als een machtspositie op de relevante markt wat zij aan de hand van een bijgevoegd schema waarbij telkens de relevante markt, de houder van het exclusief recht en de juridische basis worden aangeduid, verder toelichten. In hun laatste memorie benadrukken zij dat de exclusieve rechten die zij met het zesde middel bestrijden, namelijk de nieuwe monopolies voor het afnemen van medische testen enerzijds en voor het afnemen van psychotechnische tests anderzijds door, en enkel door, het bestreden besluit worden gecreëerd.

Uiteenzetting van de verwerende partij

29. De verwerende partij stelt in haar memorie van antwoord dat het derde, het vierde en het vijfde middel niet-ontvankelijk zijn “wegens

onduidelijkheid (*exceptio obscuri libelli*)”. Zij zet uiteen dat het door de verzoekende partijen aangevoerde derde, vierde en vijfde “middel” *de facto* slechts bestaan uit een citaat van de beweerdelijk geschonden bepalingen en de “stelling” dat uit de uiteenzetting van de talrijke in het bestreden besluit vervatte restricties blijkt dat “deze het vrij verkeer van werknemers in verregaande mate beknotten, zonder enige aangetoonde noodzaak of proportionaliteit van de ingezette middelen”, dat de bestreden restricties “onnodige, ongemotiveerde en disproportionele hinderpalen opwerpen voor het tussenstaatse goederenverkeer” of, nog, “onnodige, ongemotiveerde en disproportionele hinderpalen opwerpen voor dienstverrichters in havens” wat maakt dat het bestreden besluit ook inbreuk pleegt op het vrij verkeer van goederen respectievelijk op het vrij verkeer van diensten. De verwerende partij merkt op dat er in het verzoekschrift geen enkele toelichting of verduidelijking volgt waarom *in concreto* de verzoekende partijen van oordeel zijn dat de zogenaamde restricties een belemmering uitmaken van het vrij verkeer van werknemers, het vrij verkeer van goederen of het vrij verkeer van diensten. Er wordt niet *in concreto* aangeduid in welke mate de toegelichte vermeende schendingen in verband te brengen zijn met de in het derde, vierde respectievelijk vijfde middel aangehaalde en geschonden geachte bepalingen.

Voorts merkt de verwerende partij, specifiek wat het derde middel betreft, nog op dat de verzoekende partijen ondernemingen zijn die geenszins kwalificeren als werknemer in de zin van artikel 45 van het VWEU zodat zij niet aantonen welk persoonlijk belang zij hebben inzake de vaststelling dat het bestreden besluit een inbreuk zou vormen op het vrij verkeer van werknemers dat gewaarborgd wordt door artikel 45 van het VWEU.

Zij acht het derde tot vijfde middel dan ook niet-ontvankelijk.

Wat vervolgens de gegrondheid van het derde middel betreft, repliceert de verwerende partij in haar memorie van antwoord dat de verzoekende partijen op geen enkele wijze uiteenzetten hoe het bestreden besluit het vrij verkeer van werknemers zou beperken op een ongerechtvaardigde wijze. Aangezien de

verzoekende partijen geen enkele verdere staving van hun derde middel aanvoeren maar louter verwijzen naar haar uiteenzetting onder het tweede middel, verwijst de verwerende partij *mutatis mutandis* naar haar verweer zoals zij dat heeft uiteengezet ten aanzien van het tweede middel. In haar laatste memorie benadrukt zij, wat het derde middel betreft, dat er geen noodzaak voorligt om de door de auditeur gesuggereerde prejudiciële vragen te stellen, laat staan om deze vragen uit te breiden zoals vooropgesteld door de verzoekende partijen. De verwerende partij verwijst daartoe naar haar eerdere procedurestukken. Zij wijst op artikel 4, § 3 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 dat garandeert dat buitenlandse werknemers niet meer aan de (erkennings)voorwaarden worden onderworpen wanneer zij kunnen aantonen aan vergelijkbare voorwaarden inzake havenarbeid te voldoen. Deze bepaling is precies gericht op het vrijwaren van het vrij verkeer van werknemers, en is alom tegenwoordig in andere regelgevingen. Immers, wil men, enerzijds, de werknemers beschermen en de veiligheid van de havenactiviteiten garanderen en, anderzijds, het vrij verkeer van werknemers vrijwaren, dan is het vereiste te voldoen aan vergelijkbare geschiktheidscriteria in het land van oorsprong de beste maatregel die men kan nemen. Zulke regelgeving vermijdt enige rechtstreekse discriminatie (iedereen is onderworpen aan dezelfde regelgeving) alsook onrechtstreekse discriminatie (door havenarbeiders vanuit andere lidstaten toe te laten aan te tonen dat zij reeds aan vergelijkbare voorwaarden voldoen in hun land van oorsprong). De bepaling spreekt over ‘vergelijkbare’ voorwaarden. In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen insinueren, betekent dit aldus niet ‘identieke’ voorwaarden. Niets zegt dat voor een buitenlandse werknemer een medische attestering door een interne dienst niet ‘vergelijkbaar’ zal worden geacht met de attestering door een externe dienst. Niets zegt dat een opleiding van twee weken in het land van herkomst niet ‘vergelijkbaar’ zal worden geacht met een opleiding van drie weken in België. Wat de geïmplementeerde ‘psychotechnische proeven’ betreft, wijst de verwerende partij erop dat deze niets meer zijn dan algemene geschiktheidstesten, die over alle sectoren heen gebruikt worden bij de selectie van kandidaten. Ook hier weer vrijwaart de bewoording “vergelijkbare voorwaarden” het vrij verkeer van werknemers: niets

staat eraan in de weg dat werknemers die in een andere lidstaat geschikt werden geacht voor havenarbeid, dit evenzeer zullen worden geacht in België.

Wat het vierde middel betreft, verwijst de verwerende partij in haar memorie van antwoord naar haar repliek op het tweede middel en voegt eraan toe, wat zij in haar laatste memorie herhaalt, dat uit het verzoekschrift blijkt dat de verzoekende partijen voor eenzelfde bepaling een schending inroepen van tegelijk het vrij vestigingsrecht, het vrije dienstenverkeer en het vrij verkeer van goederen. Zij stelt dat “[v]olgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie het echter zo [is] dat wanneer een maatregel zowel het vrije goederen- als dienstenverkeer of vestigingsrecht beperkt, men slechts onder één van de vrijheden moet analyseren ‘indien uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat een van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden.’” Dat is volgens de verwerende partij *in casu* zo. Het gaat hier, aldus de verwerende partij, immers om de vraag of een onderneming ten gevolge van het bestreden besluit wel werkzaamheden in de haven kan komen verrichten (= vestigingsrecht of eventueel dienstverlening). Daaraan is het vrij goederenverkeer ondergeschikt. Wat het door de verzoekende partijen ingeroepen arrest *Merci* betreft, stelt de verwerende partij dat die verwijzing doel mist omdat de feitelijke situatie te dezen anders is. In de Belgische haven staat het, anders dat het geval was in de Italiaanse haven Genua, elke onderneming vrij om aan het even wie havendiensten (laden, lossen, verplaatsen en behandelen van goederen, enz.) aan te bieden aan de prijs die de aanbieder van havendiensten wenst te vragen en voor de diensten die door het aanmerende schip worden gevraagd. De enige vereiste die volgt uit de regeling van de Belgische havenarbeid is dat uitsluitend een beroep kan gedaan worden op erkende havenarbeiders, vereiste die overigens voortvloeit niet uit het bestreden besluit dat slechts de erkenningsvoorwaarden bepaalt maar uit de havenarbeidswet zelf. In haar laatste memorie stelt ze nog dat de verzoekende partijen geenszins aannemelijk maken dat de goederen tegen lagere kosten zouden kunnen worden verhandeld zonder het bestreden besluit, dat het bestreden besluit extra kosten met zich zou meebrengen en dat door het effect hiervan op de prijs van de goederen, de handel tussen de lidstaten zou worden beïnvloed.

Wat het vijfde middel betreft, merkt de verwerende partij in haar memorie van antwoord op, wat zij in haar laatste memorie herhaalt, dat de verzoekende partijen louter verwijzen naar hun uiteenzetting onder het tweede middel zodat ook de verwerende partij kan volstaan te verwijzen naar hetgeen zij onder het tweede middel heeft uiteengezet. In haar laatste memorie benadrukt ze dat, zoals zij haar repliek heeft uiteengezet op het tweede middel, geenszins sprake is van een grensoverschrijdende doch louter van een interne situatie. Voorts dient een nationale maatregel - die beweerdelijk meer dan één fundamentele vrijheid zou beperken, slechts getoetst worden aan een van deze vrijheden, minstens wanneer blijkt dat de andere vrijheden ondergeschikt zijn aan één bepaalde vrijheid. “*In casu*”, aldus de verwerende partij, “blijkt het vrij verkeer van goederen, diensten, en zelfs potentieel van werknemers ondergeschikt te zijn aan de vrijheid van vestiging. Ook de Europese Commissie viseerde specifiek de vrijheid van vestiging”.

Wat, tot slot, het zesde middel betreft, repliceert de verwerende partij in haar memorie van antwoord, wat zij in haar laatste memorie herhaalt, dat het ongegrond is in de eerste plaats omdat het is gestoeld op feitelijke onjuistheden. Anders dan de verzoekende partijen aanvoeren, zijn de lokale werkgeversorganisaties niet langer als enige gemachtigd om op te treden als “administratieve werkgever”. Het bestreden besluit maakt het net mogelijk dat aanbieders van havendiensten overgaan tot rechtstreekse tewerkstelling van erkende havenarbeiders. Bovendien zijn het niet de lokale werkgeversorganisaties die zetelen in de administratieve commissie maar wel het Werkgeversverbond der Belgische Havens. Daarnaast voert het bestreden besluit wel degelijk een expliciete vrijmaking door inzake het verschaffen van voorbereidingslessen. Naast deze feitelijke onjuistheden is er de vaststelling dat het huidige systeem juist soepeler is dan het vorige. De Europese Commissie had overigens geen bemerkingen vanuit het oogpunt van een gebeurlijke schending van de artikelen 101 en 102 *juncto* 106 van het VWEU in haar ingebrekestelling aan België betreffende het vorige besluit. In de tweede plaats zijn een aantal van de vermeende inbreuken op artikel 101 en 102 VWEU *juncto* artikel 106, lid 1 van

het VWEU niet terug te brengen tot het bestreden besluit. Indien er al een monopolie zou bestaan van de werkgeversverenigingen om in de havengebieden goederenbehandelingsdiensten aan te bieden (*quod non* gelet op het feit dat de werkgeversvereniging zelf geen goederenbehandelingsdiensten aanbiedt), vloeit dergelijk monopolie niet voort uit het bestreden besluit. De verplichting om met erkende havenarbeiders te werken vloeit rechtstreeks voort uit de wet van 8 juni 1972. Voorts bepaalt niet het bestreden besluit dat het veiligheidscertificaat dat logistieke werknemers dienen voor te leggen, bestaat uit de *Alfapass*. Het zijn de sociale partners (buiten de Belgische Staat om) die hebben bepaald dat voor de havens van Zeebrugge en Antwerpen het veiligheidscertificaat zoals voorgeschreven door het bestreden besluit de vorm zal aannemen van de *Alfapass*. Evenmin bepaalt het bestreden besluit dat de vereiste veiligheidspas door slechts één onderneming kan worden afgeleverd. In de derde plaats tonen de verzoekende partijen niet aan waaruit de vermeende mededingingsbeperkende overeenkomsten die in strijd zijn met artikel 101 van het VWEU of het misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 van het VWEU zouden bestaan. Zij laten na enig bewijs aan te brengen van de constitutieve bestanddelen van de inbreuken op artikel 101 en 102 van het VWEU die opgelegd worden of minstens mogelijk worden gemaakt door het bestreden besluit. Daaraan kan niet worden verholpen door een beroep te doen op artikel 106, lid 1, van het VWEU. Deze bepaling die weliswaar voorziet dat de lidstaten geen enkele maatregel mogen nemen met betrekking tot ondernemingen waaraan zij bijzondere of exclusieve rechten verlenen die in strijd zijn met de artikelen 101 en 102 van het VWEU, ontslaat de verzoekende partijen niet van hun verplichting om aan te tonen dat de lidstaten effectief maatregelen hebben aangenomen die in strijd zijn met artikelen 101 en 102 van het VWEU. Het louter verlenen van een exclusief recht aan een onderneming volstaat niet om te spreken van een inbreuk op de artikelen 101 en 102 van het VWEU. Indien al zou moeten worden beschouwd dat het bestreden besluit exclusieve rechten heeft verleend aan de externe diensten voor preventie en bescherming op het werk of aan de organisaties die de werkgeversorganisaties aanduiden om de psychotechnische proeven af te nemen, tonen de verzoekende partijen nog steeds niet aan dat deze entiteiten een misbruik van machtspositie (inbreuk op artikel 102 van het VWEU)

begaan. Er zijn geen aanwijzingen dat deze entiteiten de hen opgedragen taken niet naar behoren vervullen of dat zij hiervoor een excessieve vergoeding zouden vorderen.

Beoordeling

Betreffende de excepties van niet-ontvankelijkheid wat het derde, het vierde en het vijfde middel betreft.

30. Wanneer de verwerende partij in het auditoraatsverslag heeft kunnen lezen, wat het derde, het vierde en het vijfde middel betreft, dat de door haar opgeworpen exceptie(s) *obscuri libelli* en, (nog) wat het derde middel betreft, de exceptie van gebrek aan persoonlijk belang, dat deze excepties ongegrond zijn en zij daarin geen reden ziet om vervolgens in haar laatste memorie hierop inhoudelijk te reageren, begrijpt de Raad van State uit die proceshouding dat de verwerende partij zich niet langer tegen de ontvankelijkheid van de genoemde middelen verzet.

31. De in punt 29 genoemde excepties *obscuri libelli* zijn ongegrond.

Betreffende de exceptie van niet-ontvankelijkheid van het tweede middel in zoverre er een schending van het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid wordt aangevoerd

32. De verwerende partij beperkt er zich in haar laatste memorie toe bondig te stellen dat de “uitbreiding van het middel” in de memorie van wederantwoord met de vrijheid van handel en nijverheid, gewaarborgd door artikel 23 van de Grondwet en artikel II.3 van het WER, en het internrechtelijk discriminatieverbod laattijdig en niet ontvankelijk zijn. Zij betwist dat ze van openbare orde zijn, minstens dat de Raad van State ze als zodanig beschouwt en dat het beginsel van vrijheid van handel en nijverheid niet absoluut is wat inhoudt dat het de regelgever niet verboden is om de economische bedrijvigheid van personen

en ondernemingen te regelen zodat het hem is toegestaan de havenarbeid te regelen en dat uitgebreid is uiteengezet welke de verantwoording voor de bestreden regeling is.

In zoverre de verzoekende partijen, aldus replicerend op het verweer dat zij zich niet op de door het VWEU gewaarborgde vrijheden kunnen beroepen omdat hun situatie louter intern is, in hun memorie van wederantwoord met betrekking tot het tweede middel doen gelden dat de door hen geschonden geachte fundamentele vrijheden zoals die worden gewaarborgd door het VWEU ook liggen vervat in de vrijheid van handel en nijverheid dat wordt gewaarborgd door artikel 23 van de Grondwet en het WER “zodat de verzoekende partijen in elk geval de schending van die vrijheden kunnen aanvoeren, nu die vrijheden ook in het intern Belgisch recht worden beschermd”, leest de Raad van State daarin geen nieuw middel.

Het is niet vereist dat een verzoekende partij in het aangevoerde middel in het ganse arsenaal van teksten alle vindplaatsen van de geschonden geachte verplichtingen aanduidt zolang het duidelijk is welke inhoudelijke regel(s) of verplichtingen de verzoekende partijen geschonden achten, wat te dezen het geval is. In zoverre de verzoekende partijen verwijzen naar artikel II.3. van het WER waarin de vrijheid van handel en nijverheid zit vervat, doen zij in wezen niet meer dan erop te wijzen dat die vrijheid moet worden gelezen in samenhang met de toepasselijke bepalingen omtrent de vrijheid van ondernemen uit het Europese Unierecht wat nog blijkt uit artikel II.4 van datzelfde WER dat preciseert - zoals artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (hierna: de BWHI) dat doet wat de gemeenschappen en de gewesten betreft - dat “[d]e vrijheid van ondernemen wordt uitgeoefend met inachtneming van de in België van kracht zijnde internationale verdragen, van het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid zoals vastgesteld door of krachtens de internationale verdragen en de wet, alsmede van de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen en van de bepalingen van dwingend recht”.

Met hun verwijzing naar de internrechtelijke vindplaatsen van de door hen geschonden geachte fundamentele vrijheden zoals die worden gewaarborgd door het VWEU geven de verzoekende partijen slechts aan - en er valt niet in te zien wat hen daartoe belet -, dat het door hen ingeroepen vrije vestigingsrecht (duurzaam of tijdelijk) ook in het Belgische recht is gegarandeerd, wat door de verwerende partij overigens niet wordt betwist nu zij er zich toe beperkt te stellen dat vrijheid van handel en nijverheid niet absoluut is doch kan worden beperkt.

33. De exceptie van laattijdigheid is niet-ontvankelijk.

Betreffende de toepasselijkheid van de ingeroepen fundamentele vrijheden gewaarborgd door het VWEU in het kader van het voorliggende vernietigingsberoep

34. Niet is betwist dat het bestreden reglementair besluit - dat een materiële wet is en waarvan de vernietiging *erga omnes* wordt benaarstigd in het kader van het objectief contentieux -, kadert in een overheidsoptreden met het doel de vrije uitoefening van een economische activiteit met een algemeen verbindend voorschrift te regelen en dat het bestreden besluit van toepassing is, zonder onderscheid, op ondernemingen, werkgevers en werknemers, ongeacht hun nationaliteit, die in de Belgische havengebieden havenarbeid (doen) verrichten.

De eventueel vast te stellen schending van (een van) de fundamentele vrijheden en de mededingingsregels vervat in het VWEU heeft zonder twijfel een invloed op de inhoud en draagwijdte van het bestreden besluit zodat de nietigverklaring op grond daarvan (ook) de verzoekende partijen uitzicht zou geven op een voor hen gunstiger regeling.

35. In zijn arrest van 15 november 2016 (HvJ, C-268/15, Ullens de Schooten) heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie eraan herinnerd dat de

bepalingen inzake de vrijheid van vestiging, de vrijheid van dienstverrichting en het vrije verkeer van kapitaal niet van toepassing zijn op een situatie waarvan alle aspecten zich binnen één lidstaat afspelen. Gegeven het feit dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in een prejudiciële procedure de verwijzende rechter bijstaat bij de beslechting van het bij hem aanhangige concrete geschil, houdt zulks in dat wordt aangetoond dat de ingeroepen (en geschonden geachte) vrijheden die door het VWEU worden gewaarborgd, van toepassing zijn op dat geschil.

In datzelfde arrest van 15 november 2016 herinnert het Hof van Justitie van de Europese Unie er aan dat het verzoeken om een prejudiciële beslissing met betrekking tot de uitlegging van de op de fundamentele vrijheden betrekking hebbende verdragsbepalingen reeds ontvankelijk heeft geacht, ook al speelden alle aspecten van de hoofdgedingen zich binnen één lidstaat af. Dit is, ten eerste, het geval op de grond dat niet kon worden uitgesloten dat in andere lidstaten wonende burgers of ondernemingen interesse hadden of zouden hebben om gebruik te maken van die vrijheden om werkzaamheden te verrichten in de lidstaat die de betreffende nationale regeling had uitgevaardigd, en dus dat die regeling, die zonder onderscheid geldt voor nationale onderdanen en onderdanen van andere lidstaten, gevolgen kan hebben die niet beperkt zijn tot die lidstaat (zie HvJ 15 november 2016, C-268/15, Ullens de Schooten, punt 50). Ten tweede, herinnert het Hof van Justitie van de Europese Unie er in het genoemde arrest aan dat wanneer de nationale rechter zich tot het Hof wendt in het kader van een procedure tot vernietiging van bepalingen die niet alleen van toepassing zijn op nationale burgers maar ook, zoals te dezen, op burgers van andere lidstaten, de beslissing die deze rechter naar aanleiding van het prejudiciële arrest van het Hof neemt, ook ten aanzien van burgers van andere lidstaten gevolgen zal sorteren, hetgeen rechtvaardigt dat het Hof een antwoord geeft op de vragen die aan het Hof zijn voorgelegd met betrekking tot de verdragsbepalingen die zien op de fundamentele vrijheden, ook al spelen alle aspecten van het hoofdgeding zich in één lidstaat af (zie het arrest van 15 november 2016, C-268/15, Ullens de Schooten, punt 51, evenals het arrest van 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11 (gevoegde zaken), Libert e.a., punt 35). Ten derde, herinnert het Hof van Justitie van de Europese Unie er in

datzelfde arrest nog aan dat de uitlegging van de in de artikelen 49, 56 en 63 van het VWEU neergelegde fundamentele vrijheden van belang kan zijn in een zaak waarvan alle aspecten zich binnen één lidstaat afspelen, wanneer het nationale recht de verwijzende rechter voorschrijft een burger van zijn lidstaat dezelfde rechten toe te kennen als een burger van een andere lidstaat in dezelfde situatie aan het Unierecht zou ontlelen. Dit geldt ook, aldus het Hof van Justitie van de Europese Unie, in gevallen waarin de feiten van het hoofdgeding weliswaar niet binnen de directe werkingssfeer van het unierecht vallen, maar de bepalingen van dat recht van toepassing zijn op grond van de nationale wettelijke regeling, waarin ten aanzien van situaties waarvan alle aspecten zich binnen één lidstaat afspelen, is gekozen voor dezelfde aanpak als in het unierecht (zie het arrest van 15 november 2016, C-268/15, Ullens de Schooten, punten 52 en 53; evenals in die zin de arresten van 18 oktober 1990, C-297/88 en C-197/89 (gevoegde zaken), Dzodzi, punten 36, 37 en 41; van 17 juli 1997, C-28/95, Leur-Bloem, punten 27 en 32, en van 14 maart 2013, C-32/11, Allianz Hungária Biztosító e.a., punt 20).

36. Te dezen kan er niet aan worden voorbijgegaan dat het door de verzoekende partijen ingediende vernietigingsberoep strekt tot de vernietiging *erga omnes* van een reglementair besluit dat van toepassing is, zonder onderscheid, op elkeen, ongeacht de nationaliteit, die in België economische havengerelateerde activiteiten wil verrichten. Het bestreden besluit is tot stand gekomen om de Belgische reglementering inzake havenarbeid aan te passen, zonder onderscheid, ten gunste van alle ondernemingen en werknemers, daarin begrepen de in België gevestigde ondernemingen en werknemers in de havensector. Het is tot stand gekomen naar aanleiding van een door de Europese Commissie aangevatte inbreukprocedure wegens schending van de vrijheid van vestiging zoals verankerd in artikel 49 van het VWEU wat de organisatie van de havenarbeid in België betreft doch waarvan de verzoekende partijen de ontoereikendheid aanklagen. Het bestreden besluit is van toepassing op alle natuurlijke personen en ondernemingen, ongeacht de nationaliteit, die in de havengebieden gevestigd zijn of er zich nog wensen te vestigen. Het bestreden besluit regelt de havenarbeid in de in België gelegen (zee)havengebieden waaronder de havens van Antwerpen en Zeebrugge

die zeehavens zijn met het oog op internationaal vervoer gelegen in een uitermate concurrentiële omgeving rekening houdende met nabijgelegen zeehavens in de zogenaamde “*Hamburg-Le Havre range*”. Er kan dan ook niet worden voorbijgegaan aan het duidelijk grensoverschrijdend belang van de (zee)havengebieden, in het bijzonder gelet op de (import- en export)activiteiten die in de betrokken (zee)havengebieden worden ontwikkeld waar bij uitstek veel internationale spelers die onder meer uit de andere lidstaten komen, actief zijn, de handelsactiviteiten die er worden ontplooid op het vlak van het internationaal handelsverkeer (waaronder het handelsverkeer tussen de lidstaten) en de aantrekkingskracht van de plaats van uitvoering op een locatie die (ook) voor buitenlandse marktdeelnemers interessant is of zou kunnen zijn, inclusief voor buitenlandse werknemers, in voorkomend geval uit nabijgelegen lidstaten, waarop die marktdeelnemers voor de realisatie van hun ondernemingsactiviteiten een beroep willen doen (*cfr.* het derde middel ontleend aan de schending van het vrij verkeer van werknemers). Het komt de Raad van State dan ook voor, gelet op wat hiervoor is uiteengezet inzake het grensoverschrijdend belang, dat het voorliggende geding geen “louter interne situatie” betreft.

Specifiek wat de door de verzoekende partijen ingeroepen schending van het vrij verkeer van werknemers (artikel 45 van het VWEU) betreft, bemerkt de Raad van State nog dat de verzoekende partijen Belgische (logistieke) ondernemingen zijn die actief zijn in Belgische havengebieden en voor de realisatie van hun maatschappelijk doel streven naar een situatie waarbij andere dan erkende havenarbeiders, onafhankelijk van hun nationaliteit, door hen kunnen worden tewerkgesteld. De verzoekende partijen kunnen in hun hoedanigheid van werkgevers die in hun lidstaat van vestiging onderdanen van een andere lidstaat als werknemers in dienst wil nemen, een beroep doen op het vrij verkeer van werknemers dat ligt vervat in artikel 45 van het VWEU (HvJ 4 september 2014, C-474/12, Schiebel Aircraft GmbH, punt 25; HvJ 7 mei 1998, C-350/96, Clean Car Autoservice GesmbH, punt 25) en waarvan zij de schending inroepen (*cfr.* derde middel). In de mate zou blijken dat de voorwaarden vervat in de bestreden regeling het de buitenlandse werknemers, daarin begrepen onderdanen van andere lidstaten

van de Europese Unie, moeilijker maken om op het Belgische grondgebied havenarbeid te verrichten en een belemmering inhouden van het vrij verkeer van werknemers, moeten ook werkgevers als de verzoekende partijen zich tegen een dergelijke regeling kunnen verzetten, waaruit nogmaals blijkt dat het voorliggende geding niet kan worden gereduceerd tot een “louter interne situatie”.

Weliswaar kunnen de verzoekende partijen niet worden bijgetreden wanneer zij daarvoor rechtsgrond zoeken in artikel 23 van de Grondwet. In zijn arrest nr. 86/2015 van 11 juni 2015 heeft het Grondwettelijk Hof reeds overwogen (punt B.3.7.2.) dat artikel 23, derde lid, 1°, van de Grondwet het recht op de vrije keuze van beroepsarbeid onder de economische, sociale en culturele rechten vermeldt doch dat uit de parlementaire voorbereiding van artikel 23 van de Grondwet blijkt dat de Grondwetgever de vrijheid van handel en nijverheid of de vrijheid van ondernemen niet heeft willen verankeren in de begrippen “recht op arbeid” en “vrije keuze van beroepsarbeid” (*Parl. St.*, Senaat, BZ 1991-1992, nr. 100-2/3°, p. 15; nr. 100-2/4°, p. 93 tot 99; nr. 100-2/9°, p. 3 tot 10).

De verzoekende partijen kunnen daarentegen wel worden bijgetreden waar zij stellen dat de vrijheid van ondernemen wordt gewaarborgd door artikel II.3 WER dat bepaalt dat eenieder vrij is om enige economische activiteit naar keuze uit te oefenen. Aldus stelt het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 142/2014 van 9 oktober 2014 dat de vrijheid van handel en nijverheid, of nog de vrijheid van ondernemen, zijn gewaarborgd bij de artikelen II.3 en II.4 van het WER. Die vrijheid kan evenwel, aldus het Grondwettelijk Hof, “niet worden opgevat als een absolute vrijheid. De wetgever zou pas onredelijk optreden indien hij de vrijheid van handel en nijverheid zou beperken zonder dat daartoe enige noodzaak bestaat of indien die beperking onevenredig zou zijn met het nagestreefde doel” (punt B.7.2.).

Artikel II.4 van het WER preciseert dat de genoemde vrijheid van ondernemen wordt uitgeoefend met inachtneming van de in België van kracht

zijnde internationale verdragen (lees: daarin begrepen het VWEU), van het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid zoals vastgesteld door of krachtens de internationale verdragen en de wet, alsmede van de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen en van de bepalingen van dwingend recht.

De uitlegging van de in de geschonden geachte bepalingen van het VWEU neergelegde fundamentele vrijheden is om al de hiervoor aangehaalde redenen van belang in de voorliggende zaak waarin de Raad van State de wettigheid dient te beoordelen van een reglementair besluit dat de havenarbeid regelt in beperkende zin en dat van toepassing is, zonder onderscheid van nationaliteit, op alle werknemers en werkgevers die in een havengebied havenarbeid (doen) verrichten.

37. In wezen betogen de verzoekende partijen dat de door hen bestreden regeling in strijd is met de fundamentele vrijheden van vestiging, het vrije verkeer van werknemers, goederen en diensten, evenals met de artikelen 101, 102 ervan, al dan niet gelezen in samenhang met artikel 106, lid 1 van het VWEU.

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie blijkt dat de verdragsartikelen betreffende het vrije verkeer fundamentele regels voor de Unie zijn en elke belemmering van deze vrijheden, hoe gering ook, verboden zijn. Maatregelen die het gebruik van de in het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, kunnen niettemin toelaatbaar zijn mits zij een doel van algemeen belang nastreven, geschikt zijn om de verwezenlijking daarvan te waarborgen en niet verder gaan dan noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken.

Ook naar Belgisch recht kan de vrijheid van handel en nijverheid of de vrijheid van ondernemen door of krachtens een norm met kracht van wet worden beperkt mits dergelijke maatregelen (1) geen discriminerende werking hebben, (2) gerechtvaardigd zijn om dwingende reden van algemeen belang en (3)

het nagestreefde doel niet door een minder beperkende maatregel kan worden bereikt (GwH, nr. 9/2004, van 21 januari 2004, punt B.11, GwH, nr. 132/2005, van 19 juli 2005, punt B.4.3.).

38. De verzoekende partijen zijn in België gevestigde ondernemingen waarvan het maatschappelijk doel, wat de eerste verzoekende partij betreft, onder meer is gelegen in het stellen van handelingen, in België en in het buitenland, inzake de behandeling van goederen en koopwaren in de meest uitgebreide betekenis zoals het laden en lossen van schepen die uit en naar andere lidstaten varen, het bergen, wegen, verpakken, bewerken, enzovoort, van die goederen en koopwaar, evenals in het verlenen van logistieke en logistiek-ondersteunende diensten en het verrichten van internationaal en nationaal goederenvervoer. Zij is wereldwijd in havengebieden actief. Het maatschappelijk doel van de tweede verzoekende partij bestaat erin te voorzien, zowel in België als in het buitenland, in zowel de economische als de sociaal maatschappelijke tewerkstelling en inschakeling van personen in het arbeidsproces in het kader van activiteiten zoals het uitvoeren van logistieke opdrachten, de behandeling van goederen en koopwaren in de meest uitgebreide betekenis, het verrichten van (nationaal en internationaal) goederenvervoer, enzovoort.

Zij bestrijden in essentie de zeven in punt 23 opgesomde maatregelen *cq.* beperkingen zoals ingevoerd, gewijzigd of vervangen door het bestreden besluit (zie hierna de punten 37 tot 42). Elk van die beperkingen kan het de werknemers, waaronder de werknemers uit een andere lidstaat van de Europese Unie, moeilijker of minder aantrekkelijk maken om op het Belgische grondgebied havenarbeid te verrichten en kunnen het, omgekeerd, de werkgevers, zonder onderscheid van nationaliteit, die actief zijn of willen zijn in de Belgische havengebieden moeilijker of minder aantrekkelijk maken om op die werknemers een beroep te doen om aldaar havenarbeid te (doen) verrichten. De bestreden beperkingen kunnen aldus een belemmering vormen van de door de verzoekende partijen geschonden geachte fundamentele vrijheden zoals gewaarborgd door het VWEU hoewel elke belemmering, hoe gering ook, in beginsel is verboden tenzij

zij haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang, geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te bereiken en niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel en voorts zonder discriminatie wordt toegepast.

39. Te dezen heeft de Raad van State in zijn tussenarrest nr. 241.567 met betrekking tot de in het eerste middel aangevoerde schending van de internrechtelijke bevoegdheidsverdelende regels tussen de federale staat, de gemeenschappen en de gewesten geoordeeld dat het de federale overheid toekwam de bestreden regeling uit te vaardigen op grond van de haar voorbehouden bevoegdheid op het vlak van het arbeidsrecht - daarin begrepen het arbeidsbeschermingsrecht - en de sociale zekerheid. In het arrest werd geoordeeld dat de uitwerking van een (specifiek) stelsel van havenarbeid met een daaraan inherente erkenningsregeling “die erop is gericht de veiligheid van de havenarbeid te waarborgen en daarmee de veiligheid en arbeidsrechtelijke bescherming van de havenarbeiders”, dient te worden beschouwd als een aangelegenheid in de zin van artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12°, van de BWHI (‘arbeidsrecht en sociale zekerheid’), zonder daarmee evenwel vooruit te lopen op de vraag, het onderzoek of de beoordeling of elk van de in punt 23 bestreden maatregelen *cq.* beperkingen ook wel geschikt en proportioneel zijn om die doelstelling te bereiken.

De verzoekende partijen betwisten dat de bestreden maatregelen in hun algemeenheid “geschikt” zijn om het hiervoor aangehaalde doel te bereiken. Tevens betwisten zij dat de bestreden maatregelen proportioneel zijn en niet verder reiken dan hetgeen noodzakelijk is om dat doel (de veiligheid van de havenarbeid te waarborgen en daarmee de veiligheid en arbeidsrechtelijke bescherming van de havenarbeiders) te bereiken en dat zij niet discriminerend zijn.

Betreffende het vereiste van een erkenning van alle niet-logistieke havenarbeiders door een administratieve commissie en de contingentering bij opname in de pool (eerste bestreden beperking)

40. Artikel 1, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals behouden *cq.* gewijzigd door artikel 1 van het bestreden besluit en artikel 2, §§ 1 en 2 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals vervangen door artikel 2 van het bestreden besluit luiden:

“Art.1.§1. Binnen ieder havengebied worden de havenarbeiders erkend door een paritair samengestelde administratieve commissie, hierna genoemd ‘de administratieve commissie’, opgericht binnen het voor het betrokken havengebied bevoegde paritair subcomité.

De administratieve commissie is samengesteld uit :

- 1° een voorzitter en een ondervoorzitter;
- 2° vier gewone en vier plaatsvervangende leden aangewezen door de werkgeversorganisaties vertegenwoordigd in het betrokken paritair subcomité;
- 3° vier gewone en vier plaatsvervangende leden aangewezen door de werknemersorganisaties vertegenwoordigd in het betrokken paritair subcomité;
- 4° één of meer secretarissen.

[...].

§2. De aanvraag tot erkenning wordt schriftelijk ingediend bij het bevoegde paritair subcomité via een model dat daartoe ter beschikking wordt gesteld.

Bij de aanvraag wordt aangegeven of deze wordt ingediend met het oog op tewerkstelling binnen of buiten de pool.

Art. 2.§1. De havenarbeiders zoals bedoeld in artikel 1, § 1, 1e lid, worden bij hun erkenning ofwel opgenomen in de pool van havenarbeiders ofwel niet.

Bij de erkenning tot opname in de pool wordt rekening gehouden met de behoefte aan arbeidskrachten.

§2. Havenarbeiders opgenomen in de pool worden erkend voor bepaalde of onbepaalde duur.

De nadere regels betreffende de duur van de erkenning worden vastgelegd via collectieve arbeidsovereenkomst.”

Het is de administratieve commissie, paritair samengesteld overeenkomstig artikel 1, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, die beslist over de erkenning binnen en buiten de pool en die bij een erkenning tot opname in de pool beslist over “de behoefte aan arbeidskrachten”.

Volgens de verzoekende partijen houdt het vereiste van een erkenning van alle niet-logistieke havenarbeiders door een administratieve commissie, samengesteld uit werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties,

een exclusief recht in hoofde van de erkende lokale verenigingen van werkgevers in en een ‘*closed shop*’ langs de zijde van de werknemers. De maatregel dat bij de erkenning tot opname in de pool rekening wordt gehouden met de behoefte aan arbeidskrachten leidt volgens hen tot een contingentering om *outsiders* te weren.

De verwerende partij betwist dat de pool kan worden gelijkgesteld met een contingentering en stelt dat de aanbieders van havendiensten vrij zijn om buiten de pool erkende havenarbeiders te rekruteren en aan te werven zonder dat hier enige beperking op het aantal erkende havenarbeiders wordt gesteld. Bovendien betwist zij dat de erkenningsprocedure niet met voldoende waarborgen zou zijn omkleed op het vlak van de samenstelling van de commissie (gebrek aan onpartijdigheid en risico op een belangenconflict zoals de verzoekende partijen beweren), gebrek aan beslissingstermijn en beroepsprocedure.

Er moet dus worden onderzocht of de beperkingen inzake rekrutering binnen de pool en buiten de pool van erkende havenarbeiders en de wijze van besluitvorming door de administratieve commissie stand houdt in het licht van de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van werknemers zoals gewaarborgd door het VWEU. Wat het gebrek aan beroepsprocedure betreft, stelt de Raad van State evenwel vast dat naar Belgisch recht een positieve of negatieve beslissing inzake het verlenen van een erkenning als havenarbeider door de administratieve commissie, rechtstreeks met een jurisdictioneel beroep kan worden bestreden (*cfr.* artikel 583, vierde lid, van het Gerechtelijk Wetboek dat bepaalt dat de arbeidsrechtbank kennis neemt van de geschillen betreffende de individuele bestuurshandelingen inzake het verlenen, het schorsen en het intrekken van de erkenning als havenarbeider, genomen in toepassing van de wet van 8 juni 1972 ‘betreffende de havenarbeid’.)

Betreffende de twee nieuwe exclusieve rechten inzake het nagaan of is voldaan aan de erkenningsvoorwaarden inzake de “medische geschiktheid” en inzake het “geslaagd zijn in de psychotechnische proeven”(tweede bestreden beperking)

41. Artikel 4 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 zoals het is gewijzigd door artikel 4 van het bestreden besluit luidt:

“Art. 4.§1. Voor een erkenning als havenarbeider zoals bedoeld in artikel 1, § 1, 1e lid, gelden de volgende erkenningsvoorwaarden :

1° van goed gedrag en zeden zijn;

2° door de externe dienst voor preventie en bescherming op het werk, waarbij de organisatie van werkgevers die overeenkomstig artikel 3bis van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid aangeduid werd als lasthebber, aangesloten is, medisch geschikt verklaard zijn voor havenarbeid;

3° geslaagd zijn in de psychotechnische proeven, afgenomen door het orgaan dat hiertoe werd aangewezen door de erkende organisatie van werkgevers, die overeenkomstig artikel 3bis van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid aangeduid werd als lasthebber; het doel van deze proeven is na te gaan of de kandidaat-havenarbeider voldoende intelligentie en de juiste persoonlijkheid en motivatie bezit, om na een opleiding de functie van havenarbeider te kunnen vervullen;

4° minimum 18 jaar zijn;

5° voldoende professionele taalkennis bezitten om alle bevelen en onderrichtingen in verband met het uit te voeren werk te kunnen verstaan;

6° gedurende drie weken de voorbereidingslessen tot veilig werken en tot het verwerven van de vakbekwaamheid hebben gevolgd, en geslaagd zijn voor de eindproef. De daartoe bevoegde overheid kan kwaliteitscriteria vastleggen waaraan de opleiding, die vrij aangeboden kan worden, moet voldoen;

7° de laatste vijf jaar niet het voorwerp zijn geweest van een maatregel van intrekking van de erkenning van havenarbeider op grond van artikel 7, eerste lid, 1° of 3°, van dit besluit;

8° indien het de erkenning van een havenarbeider zoals bedoeld in artikel 2, § 3, betreft, bovendien beschikken over een arbeidsovereenkomst.

§ 2. [...]

§ 3. Havenarbeiders die kunnen aantonen dat zij in een andere lidstaat van de Europese Unie aan vergelijkbare voorwaarden inzake havenarbeid voldoen, worden voor de toepassing van dit besluit niet meer aan die voorwaarden onderworpen.

§ 4. De aanvragen tot erkenning en tot hernieuwing worden ingediend bij en behandeld door de administratieve commissie.”

Volgens het hiervoor aangehaalde artikel 4, § 3, moeten zowel de binnenlandse als de buitenlandse werknemers kunnen aantonen “aan vergelijkbare voorwaarden inzake havenarbeid [te] voldoen”, waardoor zij onder meer dienen aan te tonen (a) medisch geschikt te zijn (artikel 4, § 1, 2°), (b) geslaagd te zijn geslaagd in de psychotechnische proeven die als doel hebben na te

gaan of de kandidaat-havenarbeider voldoende intelligentie en de juiste persoonlijkheid en motivatie bezit, om na een opleiding de functie van havenarbeider te kunnen vervullen (artikel 4, § 1, 3°) en (c) gedurende drie weken de voorbereidingslessen tot veilig werken en tot het verwerven van de vakbekwaamheid te hebben gevolgd, en geslaagd te zijn voor de eindproef (artikel 4, § 1, 6°).

De vraag rijst of het evenredig is te noemen dat enkel een externe dienst voor preventie en bescherming op het werk, waarbij de organisatie van werkgevers die overeenkomstig artikel 3*bis* van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid aangeduid werd als lasthebber, aangesloten is, de kandidaat-havenarbeider medisch geschikt kan verklaren voor havenarbeid. Dezelfde vraag rijst wat betreft het bepaalde in artikel 4, § 1, 3°, rekening houdende met het gegeven dat ook de buitenlandse werknemer dient aan te tonen geschikt te zijn om veilig de functie van havenarbeider te vervullen aan de hand van wat vergelijkbaar is aan de psychotechnische proeven van voormeld artikel 4, § 1. De Raad van State oordeelt dat de vraag evenzo rijst ten aanzien van hetgeen is bepaald in artikel 4, § 1, 6°.

Tevens rijst de vraag of het vereiste te beschikken over een arbeidsovereenkomst zoals bepaald wordt in het aangehaalde artikel 4, § 1, 8° van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 geschikt is met het oog op het door de regelgever nagestreefde doel inzake het waarborgen van de veiligheid van de havenarbeid.

Betreffende de duurtijd van de erkenning juncto de uitgewerkte overgangsregeling (derde en vierde bestreden beperking)

42. De te dezen relevante artikelen 2, § 3 en 13/1 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals gewijzigd door artikel 2 respectievelijk ingevoegd door artikel 17 van het bestreden besluit, luiden:

“Art. 2, § 3. Havenarbeiders die niet worden opgenomen in de pool, worden aangeworven met een arbeidsovereenkomst conform de wet van 3 juli 1978

betreffende de arbeidsovereenkomsten.

De duurtijd van hun erkenning wordt beperkt tot de duurtijd van deze arbeidsovereenkomst.”

“Art. 13/1. 1e de arbeidsovereenkomst waarvan sprake in artikel 2, § 3, 2e lid, moet worden gesloten voor onbepaalde duur;

2e de arbeidsovereenkomst waarvan sprake in artikel 2, § 3, 2e lid, moet worden gesloten voor minstens 2 jaar;

3e de arbeidsovereenkomst waarvan sprake in artikel 2, § 3, 2e lid, moet worden gesloten voor minstens 1 jaar;

4e de arbeidsovereenkomst waarvan sprake in artikel 2, § 3, 2e lid, moet worden gesloten voor minstens 6 maanden.”

Voormeld artikel 13/1 moet worden gelezen in samenhang met artikel 19 van het bestreden besluit, dat luidt:

“Dit besluit treedt in werking op de dag volgend op de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad, met uitzondering van :

- Het door dit besluit ingevoegde artikel 13/1, 1e, dat in werking treedt de dag volgend op de bekendmaking van dit besluit in het Belgisch Staatsblad en buiten werking treedt op 30 juni 2017;

- Artikel 13/1, 2e, dat in werking treedt op 1 juli 2017 en buiten werking treedt op 30 juni 2018;

- Artikel 13/1, 3e, dat in werking treedt op 1 juli 2018 en buiten werking treedt op 30 juni 2019;

- Artikel 13/1, 4e, dat in werking treedt op 1 juli 2019 en buiten werking treedt op 30 juni 2020.”

Dit houdt concreet in dat, bij wijze van overgangsmaatregel, de arbeidsovereenkomst dus in eerste instantie dient te zijn gesloten voor onbepaalde duur; vanaf 1 juli 2017 voor minstens twee jaar; vanaf 1 juli 2018 voor minstens één jaar en vanaf 1 juli 2019 voor minstens zes maanden. Pas vanaf 1 juli 2020 kan de duurtijd vrij worden bepaald.

Zolang de werknemer beschikt over een arbeidsovereenkomst, is hij een erkende havenarbeider en telkens wanneer hij een arbeidsovereenkomst bekomt, kan hij de erkenning aanvragen wat meteen ook betekent dat hij telkenmale, ongeacht de reden van beëindiging van de arbeidsovereenkomst (bv. ook bij kortstondige contracten) de erkenningsprocedure moet doorlopen. In het licht van de doelstelling van het bestreden besluit - het waarborgen van de veiligheid van de havenarbeider - rijst de vraag naar de geschiktheid en

evenredigheid van die regeling in het licht van de nagestreefde dwingende reden van algemeen belang.

Wanneer het arbeidsrechtelijk statuut van de erkende havenarbeider in de zin van het hiervoor geciteerde artikel 2, § 3 (significant) minder aantrekkelijk is dan dat van de havenarbeider opgenomen in de pool, kan dit ertoe leiden dat de aantrekkelijkheid van havenarbeid buiten de pool en de beschikbaarheid van dergelijke havenarbeiders beperkt is en een ongerechtvaardigde beperking op het vrij verkeer kan vormen.

Bovendien mag het, in het licht van de jurisprudentie, de buitenlandse werknemer niet moeilijker worden gemaakt om deel uit te maken van de pool dan een Belgische werknemer. In dat licht en rekening houdende met het vereiste van “behoefte aan arbeidskrachten” om in de pool te worden opgenomen, dat geldt voor binnenlandse en buitenlandse werknemers (zie hiervoor artikel 2, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004), wat, aldus de verzoekende partijen, de buitenlandse werknemers in een precairder positie plaatst (doch door de verwerende partij wordt betwist), rijst de vraag of het geheel van die regeling stand houdt in het licht van het vrije verkeer en mag worden geacht niet verder te gaan dan nodig is om het nagestreefde veiligheidsdoel te bereiken.

Betreffende de erkenning ‘van rechtswege’ van alle bestaande havenarbeiders als “havenarbeiders opgenomen in de pool” (vijfde bestreden beperking)

43. Artikel 15/1 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals ingevoegd bij artikel 18 van het bestreden besluit, luidt:

“Art. 15/1. Voor de toepassing van dit besluit :

1° worden de havenarbeiders, erkend op basis van het vroegere artikel 2, 2e lid, van rechtswege erkend als havenarbeider opgenomen in de pool conform het gewijzigde artikel 2, § 1, onverminderd de toepassing van de artikelen 5 tot 9 van dit besluit;

2° worden de havenarbeiders, erkend op basis van het vroegere artikel 2, 3e lid, van rechtswege gelijk gesteld met de logistieke werknemers zoals bedoeld in artikel 1, § 3, onverminderd de toepassing van de artikelen 5 tot 9 van dit besluit.”

De bestreden maatregel leidt er volgens de verzoekende partijen toe dat rechtstreekse tewerkstelling door een individuele werkgever van reeds voorheen erkende havenarbeiders die ‘van rechtswege’ opgenomen blijven in de pool, wordt uitgehold. Zij stellen dat niet blijkt dat het voor deze (reeds actieve) havenarbeiders mogelijk zou zijn om met behoud van hun erkenning over te stappen naar een directe tewerkstelling. De erkenning ‘van rechtswege’ van alle bestaande havenarbeiders als “havenarbeiders opgenomen in de pool” houdt in dat de mogelijkheid van directe tewerkstelling (met een vast contract) van die havenarbeiders door een werkgever wordt uitgehold. De regeling ontnemt de werkgevers het recht om goede arbeidskrachten aan zich te binden door met hen rechtstreeks een vast contract te sluiten en deze laatsten werkzekerheid te bieden volgens de regels van het gemene arbeidsrecht. Opnieuw rijst de vraag of dergelijke maatregel geschikt en proportioneel is te achten met het oog op het nagestreefde doel en derhalve verenigbaar is met de fundamentele vrijheid inzake vestiging en het vrije verkeer van werknemers.

Betreffende de verplichting om bij cao de voorwaarden en modaliteiten te bepalen van de tewerkstelling van werknemers om arbeid te (doen) verrichten in een ander havengebied dan het havengebied waar de werknemer de erkenning bekomen heeft (zesde bestreden beperking)

44. Het te dezen relevante artikel 4, § 2, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals gewijzigd door artikel 4, 7°, van het bestreden besluit luidt:

“Art. 4. § 2. De erkenning van een havenarbeider is geldig in elk havengebied zoals bepaald door de Koning in uitvoering van de artikelen 35 en 37 van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités.

De voorwaarden en modaliteiten waaronder een havenarbeider kan worden tewerkgesteld in een ander havengebied dan datgene waar hij werd erkend, worden vastgelegd via collectieve arbeidsovereenkomst.

De organisatie van werkgevers die overeenkomstig artikel 3bis van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid aangeduid werd als lasthebber in het havengebied waar de havenarbeider werd erkend, blijft ook lasthebber indien de havenarbeider wordt tewerkgesteld buiten het havengebied waar hij erkend werd.”

De vraag rijst of de verplichting om zoals artikel 4, § 2, tweede lid bepaalt, (via collectieve arbeidsovereenkomst) de voorwaarden en modaliteiten te bepalen (“worden vastgelegd”) waaronder een havenarbeider kan worden tewerkgesteld “in een ander havengebied dan datgene waar hij werd erkend” een maatregel is die redelijk en proportioneel is dan wel, zoals de verzoekende partijen voorhouden “vanuit veiligheidsstandpunt niet redelijk valt in te zien waarom mobiliteit tussen onderscheiden havengebieden zou moeten worden beperkt of aan bijkomende voorwaarden onderworpen.” De verzoekende partijen bestrijden aldus niet enkel de voorwaarden en modaliteiten zoals die inmiddels bij collectieve arbeidsovereenkomst werden bepaald doch in eerste instantie ook het uit artikel 4, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 5 april 2004 (zoals gewijzigd door het bestreden besluit) voortvloeiende rechtsgevolg dat er naast de erkenningsvoorwaarden bepaald in het koninklijk besluit 5 april 2004 nog bijkomende voorwaarden (overigens zonder daarbij enigszins nader aan te geven om welke (soort) bijkomende voorwaarden het gaat) bij collectieve arbeidsovereenkomst worden vastgesteld. Het gegeven dat de Raad van State niet vermag te oordelen over de wettigheid (die door de verzoekende partijen wordt betwist) van die collectieve arbeidsovereenkomst zelf, doet daaraan niet af.

Betreffende het verplicht te bekomen veiligheidscertificaat voor logistieke werknemers (zevende bestreden beperking)

45. Artikel 1, § 3, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 zoals gewijzigd bij artikel 1, 2°, van het bestreden besluit, luidt:

“In afwijking van § 1, eerste lid, geldt voor werknemers die arbeid verrichten in de zin van artikel 1 van koninklijk besluit van 12 januari 1973 tot oprichting en vaststelling van de benaming en van de bevoegdheid van het Paritair Comité voor het havenbedrijf op locaties waar goederen ter voorbereiding van hun verdere distributie of verzending een transformatie ondergaan die indirect leidt tot een aanwijsbare toegevoegde waarde en die hiertoe beschikken over een veiligheidscertificaat, ‘logistieke werknemers’ genaamd, dit veiligheidscertificaat als een erkenning in de zin van de wet van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid.

Het veiligheidscertificaat wordt aangevraagd door de werkgever die een arbeidsovereenkomst heeft getekend met een werknemer om activiteiten te verrichten zoals bedoeld in het vorige lid en de uitgifte ervan gebeurt op vertoon van de identiteitskaart en de arbeidsovereenkomst. De modaliteiten van deze procedure worden vastgelegd via collectieve arbeidsovereenkomst.”

Het moeten beschikken over een veiligheidscertificaat door werknemers die logistieke arbeid verrichten is een maatregel die strekt tot de beveiliging in het algemeen en daarmee ook van de betrokken werknemers. Op zichzelf genomen kan daarin geen schending worden gezien van de door de verzoekende partijen geschonden geachte bepalingen. Wel rijst de vraag of de maatregel - aldus geïnterpreteerd dat hij inhoudt dat het genoemde veiligheidscertificaat bij elke overeenkomst opnieuw moet worden aangevraagd “door de werkgever die een arbeidsovereenkomst heeft getekend met een werknemer om activiteiten te verrichten zoals bedoeld in artikel 1, § 3, eerste lid” (artikel 1, § 3, laatste lid) hetgeen onmiskenbaar een administratieve last teweegbrengt die, zelfs bij (openvolgende) kortlopende maand-, week- of dagcontracten, telkenmale moet worden herhaald -, evenredig is met de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van werknemers. In dat verband zij volledigheidshalve opgemerkt dat naar Belgisch recht in het kader van uitzendarbeid de arbeidsovereenkomst door de werknemer wordt gesloten niet met de derde-gebruiker doch met het uitzendkantoor (*cfr.* de wet van 24 juli 1987 ‘betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers’).

Onderzoek van deze beperkingen

46. Alvorens het onderzoek van het tweede tot het zesde middel voort te zetten, dienen, gelet op de voornoemde vragen inzake de geschiktheid en de evenredigheid van de genomen beperkende maatregelen in het licht van de door het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheden en de omstandigheid dat de partijen van mening verschillen over de interpretatie van de bepalingen van het VWEU die de genoemde vrijheden waarborgen, aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de in het *dictum* geformuleerde prejudiciële vragen te worden gesteld.

BESLISSING

1. Het debat wordt heropend.

2. Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie worden de volgende vragen gesteld:

1. Dient artikel 49, 56, 45, 34, 35, 101 of 102 van het VWEU, al dan niet gelezen in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU, in die zin te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de regeling vervat in artikel 1 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 ‘betreffende de erkenning van havenarbeiders in de havengebieden die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 8 juni 1972 betreffende de havenarbeid’, samen gelezen met artikel 2, van voormeld besluit van 5 juli 2004, namelijk de regeling dat de havenarbeiders zoals bedoeld in artikel 1, § 1, eerste lid, van voormeld koninklijk besluit van 5 juli 2004, bij hun erkenning door de administratieve commissie, paritair samengesteld eensdeels uit leden aangewezen door de werkgeversorganisaties vertegenwoordigd in het betrokken paritair subcomité en anderdeels uit leden aangewezen door de werknemersorganisaties vertegenwoordigd in het paritair subcomité, ofwel worden opgenomen in de pool van havenarbeiders ofwel niet, waarbij bij de erkenning tot opname rekening wordt gehouden met de behoefte aan arbeidskrachten, ermee rekening houdende tevens dat voor die administratieve commissie niet in een uiterlijke beslissingstermijn is voorzien en tegen haar erkenningsbeslissingen enkel is voorzien in een jurisdictioneel beroep?

2. Dient artikel 49, 56, 45, 34, 35, 101 of 102 van het VWEU, al dan niet in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU, in die zin te worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen de regeling ingevoerd bij artikel 4, § 1, 2°, 3°, 6° en 8° van het koninklijk besluit van 5 juli 2004 zoals vervangen respectievelijk ingevoegd door artikel 4, 2°, 3°, 4° en 6°, van het bestreden koninklijk besluit van 10 juli 2016, namelijk de regeling die als voorwaarde voor de erkenning als havenarbeider oplegt dat de werknemer a) medisch geschikt wordt verklaard door de externe dienst voor preventie en bescherming op het werk,

waarbij de organisatie van werkgevers die overeenkomstig artikel 3bis van de wet van 8 juni 1972 ‘betreffende de havenarbeid’ aangeduid werd als lasthebber aangesloten is en b) geslaagd is in de psychotechnische proeven afgenomen door het orgaan dat hiertoe door de erkende organisatie van werkgevers aangeduid als lasthebber overeenkomstig datzelfde artikel 3bis van de wet van 8 juni 1972, c) gedurende drie weken de voorbereidingslessen tot veilig werken en tot het verwerven van de vakbekwaamheid hebben gevolgd en geslaagd zijn voor de eindproef en d) reeds moet beschikken over een arbeidsovereenkomst wanneer het een havenarbeider betreft die niet opgenomen wordt in de pool, daarin begrepen, samen gelezen met artikel 4, § 3, van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, dat de buitenlandse havenarbeiders moeten kunnen aantonen dat zij in een andere lidstaat aan vergelijkbare voorwaarden voldoen opdat zij voor de toepassing van de bestreden regeling niet meer aan die voorwaarden worden onderworpen?

3. Dient artikel 49, 56, 45, 34, 35, 101 of 102 van het VWEU, al dan niet in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU, in die zin te worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen de regeling ingevoerd bij artikel 2, § 3 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals vervangen door artikel 2 van het bestreden koninklijk besluit van 10 juli 2016, namelijk de regeling waarbij de havenarbeiders die niet worden opgenomen in de pool en die derhalve direct door een werkgever worden aangeworven met een arbeidsovereenkomst conform de wet van 3 juli 1978 ‘betreffende de arbeidsovereenkomsten’ en de duurtijd van hun erkenning wordt beperkt tot de duurtijd van deze arbeidsovereenkomst zodat telkens een nieuwe erkenningsprocedure moet worden aangevat?

4. Dient artikel 49, 56, 45, 34, 35, 101 of 102 van het VWEU, al dan niet in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU, in die zin te worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen de regeling ingevoerd bij artikel 13/1 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals ingevoegd door artikel 17 van het koninklijk besluit van 10 juli 2016, namelijk de overgangsmaatregel waarbij de arbeidsovereenkomst waarvan sprake in de derde prejudiciële vraag in eerste instantie moet zijn gesloten voor onbepaalde duur; vanaf 1 juli 2017 voor minstens twee jaar; vanaf 1 juli 2018 voor minstens één jaar; vanaf 1 juli 2019 voor minstens

zes maanden; vanaf 1 juli 2020 met vrij te bepalen duurtijd?

5. Dient artikel 49, 56, 45, 34, 35, 101 of 102 van het VWEU, al dan niet in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU, in die zin te worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen de regeling vervat in artikel 15/1 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals ingevoegd door artikel 18 van het koninklijk besluit van 10 juli 2016, namelijk de (overgangs)maatregel waarbij de onder de oude regeling erkende havenarbeiders van rechtswege worden erkend als havenarbeiders in de pool waardoor de mogelijkheid van directe tewerkstelling (met een vast contract) van die havenarbeiders door een werkgever wordt belemmerd en de werkgevers verhindert om goede arbeidskrachten aan zich te binden door met hen rechtstreeks een vast contract te sluiten en deze laatsten werkzekerheid te bieden volgens de regels van het gemene arbeidsrecht?

6. Dient artikel 49, 56, 45, 34, 35, 101 of 102 van het VWEU, al dan niet in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU, in die zin te worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen de regeling ingevoerd bij artikel 4, § 2 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals vervangen door artikel 4, 7°, van het koninklijk besluit van 10 juli 2016, namelijk de regeling waarbij een cao de voorwaarden en modaliteiten bepaalt waaronder een havenarbeider kan worden tewerkgesteld in een ander havengebied dan datgene waar hij werd erkend waardoor mobiliteit van werknemers tussen de havengebieden wordt beperkt zonder dat de regelgever zelf duidelijkheid verschaft welke die voorwaarden of modaliteiten kunnen zijn?

7. Dient artikel 49, 56, 45, 34, 35, 101 of 102 van het VWEU, al dan niet in samenhang met artikel 106, lid 1, van het VWEU, in die zin te worden geïnterpreteerd dat het zich verzet tegen de regeling ingevoerd bij artikel 1, § 3 van het koninklijk besluit van 5 juli 2004, zoals vervangen door artikel 1, 2°, van het koninklijk besluit van 10 juli 2016, namelijk de regeling waarbij (logistieke) werknemers die arbeid verrichten in de zin van artikel 1 van het koninklijk besluit van 12 januari 1973 ‘tot oprichting en vaststelling van de benaming en van de

bevoegdheid van het Paritair Comité voor het Havenbedrijf' op locaties waar goederen ter voorbereiding van hun verdere distributie of verzending transformatie ondergaan die indirect leidt tot een aanwijsbare toegevoegde waarde over een veiligheidscertificaat moeten beschikken waarbij dat veiligheidscertificaat geldt als een erkenning in de zin van de wet van 8 juni 1972 'betreffende de havenarbeid', ermee rekening houdende dat dit certificaat wordt aangevraagd door de werkgever die een arbeidsovereenkomst heeft getekend met een werknemer om activiteiten in die zin te verrichten en de uitgifte ervan gebeurt op vertoon van de arbeidsovereenkomst en de identiteitskaart waarbij de modaliteiten van de te volgen procedure worden vastgelegd via collectieve arbeidsovereenkomst, zonder dat de regelgever op dat punt duidelijkheid verschaft?

3. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt ermee belast om na ontvangst van het antwoord van het Hof van Justitie een aanvullend verslag op te stellen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zestien mei tweeduizend negentien, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Kaat Leus,	staatsraad,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques