

# De koopvaardij in de vaart der volkeren

## Loondiscriminatie naar het internationaal arbeidsrecht van vandaag

Olav Haazen<sup>1</sup>

Niet-Europese zeelieden krijgen sinds jaar en dag op Nederlandse schepen voor hetzelfde werk een lager loon betaald dan hun Europese collega's. Vindt deze discriminatie in de Nederlandse maritieme sector anno 2022 nog rechtvaardiging in internationaal gebruik? In dit artikel wordt betoogd dat het internationale recht geen ondersteuning lijkt te bieden aan voortzetting van deze praktijk en het is de vraag of het dat eigenlijk ooit wel heeft gedaan. Het is evenmin vanzelfsprekend dat de continuïteit van de Nederlandse maritieme sector vandaag de dag een objectieve rechtvaardiging kan bieden voor loondiscriminatie. Het is daarom hoog tijd dat de sociale partners, de minister, het College voor de Rechten van de Mens of de rechter de indirecte loondiscriminatie jegens Filipijnse en Indonesische zeelieden opnieuw tegen het licht houden.

### 1. Inleiding

De laatste jaren staat het loonbeleid op Nederlandse schepen in de schijnwerpers. In 2020 werden vier verdachten vrijgesproken van arbeidsuitbuiting (mensenhandel) van Filipijnse matrozen op Nederlandse binnenvaartschepen.<sup>2</sup> Het hof overwoog onder meer dat de levensstandaard en gemiddelde inkomens op de Filipijnen 'aanzienlijk lager [liggen] dan in Nederland', hetgeen kennelijk bijdroeg aan het oordeel dat van uitbuiting geen sprake was (r.o. 4.2.2). Het jaar daarvoor had de Raad van State geoordeeld dat de Wet Minimumloon van toepassing is op schepen met een Nederlandse thuishaven, *ongeacht* de welvaartssituatie in het thuisland van de zeevarenden.<sup>3</sup> Deze laatste uitspraak bracht meer tumult teweeg dan de eerste, omdat zo een bres werd geslagen in de veronderstelling dat zeeschepen in internationale wateren altijd waren uitgezonderd van de minimumloonverplichting.<sup>4</sup>

Minder aandacht gaat uit naar de prealabele vraag of überhaupt toelaatbaar is dat niet-Europese zeelieden op Nederlandse schepen voor hetzelfde werk een lager loon betaald krijgen dan hun Europese collega's. Toch is die voorvraag van groot maatschappelijk belang. In de toepasselijke CAO's worden zeelieden woonachtig in de Filipijnen en Indonesië (en recenter ook Oekraïne) immers onderworpen aan beduidend lagere loonvoorwaarden. Het betreft een eeuwenoude praktijk van loondiscriminatie

jegens buitenlandse zeelieden, die niet alleen heeft geleid tot dramatisch verschillende loonstrookjes, maar ook tot een afname van het aantal Nederlandse zeevarenden over de laatste decennia.

25 jaar geleden werd voor het laatst uitspraak gedaan over de vraag of loondiscriminatie van Filipijnse en Indonesische zeelieden op de grote vaart geoorloofd is.<sup>5</sup> De toenmalige Commissie Gelijke Behandeling (in 2012 opgevolgd door het College voor de Rechten van de Mens) meende in 1997 dat de loondiscriminatie internationaal gebruikelijk was en *niet* in strijd kwam met de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB). Sinds 1997 hebben zich echter de nodige internationale ontwikkelingen voorgedaan – reden genoeg om de loondiscriminatie jegens Filipijnse en Indonesische zeelieden opnieuw

#### Auteur

1. Prof. mr. O.A. Haazen is hoogleraar Comparative and Transnational Civil Procedure aan de Universiteit Leiden. Met dank aan de Equal Justice Equal Pay Foundation.

#### Noten

2. Hof Den Haag 16 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1284-1287.

3. ABRvS 17 april 2019,

ECLI:NL:RVS:2019:1235, r.o. 19-23.

4. De Minister van SZW beweerde voorheen, maar ook nog na de uitspraak, dat de WML niet van toepassing zou zijn op de internationale zeescheepvaart, zie *Kamerstukken II* 2018/19, 25883, nr. 338; *Kamerstukken II* 2019/20, 25883, nr. 364.

5. CGB 4 febr. 1997, nr. 1997-13.



Bemanning op een koopvaardijship © Shutterstock

onder de loep te nemen. Vindt discriminatie in de Nederlandse maritieme sector anno 2022 nog rechtvaardiging in internationaal gebruik?

## 2. Niet-Europese zeelieden in de Nederlandse maritieme sector

Nederlandse rederijen nemen niet-Europese zeevarenden doorgaans niet in vaste dienst, maar huren ze in via strategisch in lagelonenlanden gevestigde uitzendbureaus (*manning agencies*). De loon- en arbeidsvoorwaarden van deze zeevarenden worden geregeld door een aparte, met een buitenlandse vakorganisatie gesloten overeenkomst. Nederlandse CAO's stellen openlijk dat Indonesische en Filipijnse ingezetenen van de reikwijdte van de daarin vervatte arbeidsvoorwaarden zijn uitgesloten.<sup>6</sup> Dat oogt vreemd, want discriminatie puur op basis van nationaliteit is doorgaans bedenkelijk en niet zo maar toegestaan.

Voor de tewerkstelling van niet-Europese zeelieden op Nederlandse zeeschepen is geen tewerkstellingsvergunning vereist.<sup>7</sup> Maar dit betekent niet dat hun aanstel-

ling geheel ongeregeerd is. In 1977 kwamen sociale partners in de zeevaart tot de zogenoemde Regeling Arbeidsvoorziening Zeevarenden (RAZ). Krachtens deze in 2017 algemeen verbindend verklaarde<sup>8</sup> regeling is voor de tewerkstelling van niet-Europese zeelieden in beginsel de bemiddeling van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekering (UWV) nodig. Het is echter mogelijk om een aanvraag tot vrijstelling van deze bemiddeling in te dienen bij de Commissie Vrijstellingen, die in de RAZ is opgericht (artikel 4 RAZ). Deze vrijstellingsprocedure heeft zich ontwikkeld tot de koninklijke weg. Vereist is onder meer dat de Nederlandse werknemersorganisatie instemt met de toepasselijke arbeidsvoorwaarden (doorgaans een met de buitenlandse vakorganisatie gesloten CAO) en dat de tewerkstelling van niet-Europese zeelieden niet tot verdringing van lokale arbeidskrachten leidt (met andere woorden: geen gedwongen ontslag van Nederlandse of Europese werknemers) – al kan 'economische noodzaak' ook hierop een uitzondering mogelijk maken.<sup>9</sup>

De RAZ en de vergelijkbare Regeling Tewerkstelling Officieren (RTO) (voor scheepsofficieren) worden wel gezien als de enige regelingen die tot doel hebben de invloed van niet-Europese zeevarenden op de Nederlandse maritieme arbeidsmarkt te reguleren.<sup>10</sup> Deze invloed is niet te overschatten. In de afgelopen decennia is het aantal arbeidsplaatsen voor Nederlandse zeelieden drastisch afgenomen.<sup>11</sup> Maritieme werkgevers wijten deze afname aan een tekort aan Nederlandse arbeidskrachten.<sup>12</sup> Maar dit lijkt een kip-en-ei-probleem, aangezien dit tekort voortvloeit uit de concurrentieachterstand van Nederlandse zeelieden ten opzichte van laagloonwerkers met als gevolg een gebrek aan investeringen in de opleiding van

**Nederlandse CAO's stellen openlijk dat Indonesische en Filipijnse zeelieden van de reikwijdte van de daarin vervatte arbeidsvoorwaarden zijn uitgesloten**

Nederlandse zeelieden en het behoud van maritieme kennis.<sup>13</sup> Kortom: hoe meer concurrentie van laagloonwerkers, hoe minder toekomst het vak biedt en hoe minder aantrekkelijk het is voor intredende jongeren hier te lande. De teloorgang van Hollands Glorie lijkt hiermee in direct verband te staan met de mate waarin de Minister van SZW oneerlijke concurrentie van lagelonenlanden toestaat.<sup>14</sup>

In 2011 was 90% van de bemanning op Nederlandse schepen niet-Europees en had nog slechts 6% van de bemanning de Nederlandse nationaliteit.<sup>15</sup> Samen met België (3%) is dit veruit het laagste gemiddelde van heel Europa – het Europese gemiddelde lag in 2011 op 62,3%. Uit de RAZ-aanvragen van de periode 2015-2021 blijkt dat er op jaarbasis maar liefst 10.000 tot 14.500 niet-Europese zeelieden werkzaam zijn aan boord van Nederlandse schepen – in 2021 waren het er 14.468. Het betreft vooral Fili-

## Filipijnse zeelieden verdienen gemiddeld slechts ongeveer 33% van het loon van een Nederlandse collega

pijnse en Indonesische werknemers. Ruim 75% van deze groep bemanningsleden is werkzaam in de cruisevaart, de rest werkt in het overige personen- en goederenvervoer. De loondifferentiatie die achter deze aantallen schuilgaat,

is verregaand. Zo blijkt uit vergelijking van CAO's in de handelsvaart dat Filipijnse zeelieden gemiddeld slechts ongeveer 33% van het loon van een Nederlandse collega verdienen.<sup>16</sup>

### 3. De uitspraak van de Commissie Gelijke Behandeling

In 1996 werd de CAO voor de Handelsvaart tot 9000 GT door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid algemeen verbindend verklaard.<sup>17</sup> Artikel 3 van deze CAO bepaalde dat in de Filipijnen of Indonesië woonachtige werknemers geen aanspraak hadden op de bij CAO overeengekomen loonbepalingen, maar waren gebonden aan de door hun werkgever met een Filipijnse of Indonesische vakorganisatie overeengekomen voorwaarden. De algemeenverbindendverklaring – zo gaf de minister expliciet aan – betekende *niet* dat de minister de in de CAO vervatte loondiscriminatie geoorloofd achtte of verenigbaar met Nederlandse anti-discriminatie wetgeving.<sup>18</sup> Soortgelijke twijfel was eerder gerezen over de RAZ 1988, waarin de lonen van niet-Europese zeelieden werden gekoppeld aan de in hun thuisland gebruikelijke lonen (het zogenoemde *home-residence system*) mits in overeenstemming met de minimumnormen van de International Labour Organization (ILO).<sup>19</sup> De Federatie van Werknemers in de Zeevaart (FWZ, tegenwoordig Nautilus) wendde zich daarop tot de Commissie Gelijke behandeling. De FWZ stelde dat de in de CAO vervatte loondiscriminatie niet verenigbaar was met de AWGB, waarvan artikel 5 lid 1 sub e jo. artikel 1 loondiscriminatie op grond van nationaliteit verbiedt. De Commissie kwam echter tot een ander oordeel.

De Commissie verwees naar de lange geschiedenis van de loondiscriminatie jegens Zuid-Aziatische werknemers in de Nederlandse scheepvaart en voerde deze terug

6. Zie bijvoorbeeld art. 3 Besluit van 6 okt. 2020 tot algemeenverbindendverklaring van bepalingen van de CAO voor de Handelsvaart (Min. SZW), *Stcrt.* 2020, 47159.

7. Art. 1 sub c Uitvoeringsbesluit Wet Arbeid Vreemdelingen bevat immers een uitzondering op art. 2 Wet Arbeid Vreemdelingen voor zeelieden die hun hoofdverblijf buiten Nederland hebben en als bemanningslid hun diensten verrichten aan boord van een Nederlands zeeschip.

8. Besluit van 13 febr. 2017 tot algemeenverbindendverklaring van bepalingen van de CAO RAZ (Min. SZW), *Stcrt.* 2017, 3707.

9. Zie art. 4 lid 5 SZW Besluit AVV (Handelsvaart).

10. R. Meijers e.a., *Uitvaren met uitzendkrachten: ingehuurde arbeid in de sector zeescheepvaart* (Rapport voor het Min. van V&W, 2002), p. 2.

11. Study on seafarers employment (Rapport voor het Directoraat-Generaal Mobiliteit en Vervoer van de Europese Commissie, 2011), p. 23-24; M. van der Horst, S. Moorman & M. Kransen, *Trends en de*

*Nederlandse zeevaart*, Rapport van het Kennisinstituut voor Mobiliteitsbeleid, 2020, p. 7, 21.

12. Meijers e.a., a.w., p. 10; Study on seafarers employment, a.w., p. 20; Van der Horst, Moorman & Kransen, a.w., p. 21. Zie ook [kvn.nl/arbeidsmarkt](http://kvn.nl/arbeidsmarkt).

13. Zie bijvoorbeeld T. de Lange, 'Aan boord, maar buiten de boot: Buitenlandse werknemers in de zeescheepvaart 1970-2005', in: B. de Hart e.a. (red.), *Kees' studies: Migration law and sociology of Law, collected essays in honour of Kees Groenendijk*, 2008, p. 97-98. Dezelfde ontwikkeling voltrekt zich in de rest van Europa, terwijl de Europese handels- en passagiersvloeden over het algemeen juist zijn gegroeid, zie D.N. Dimitrova, *Seafarer's rights in the globalized maritime industry*, 2010, p. 91-93; Mededeling van 6 april 2001 van de Commissie inzake de opleiding en rekrutering van zeevarenden (COM(2001)188 definitief).

14. Precies hetzelfde fenomeen wordt in Engeland geconstateerd: Victor O. Gekara, 'Can the UK Tonnage Tax Minimum Train-

ing Obligation Address Declining Cadet Recruitment and Training in the UK', in: V.O. Gekara & H. Sampson (red.), *The World of the Seafarer*, WMU Studies in Maritime Affairs, vol. 9, 2021, p. 44-46 (onderzoek toont aan dat belangstelling bestaat, maar 'the main factor for people dropping out' is 'growing international competition from low cost labour supply countries and loss of competitive advantage', resulterend in 'lack of employment prospects').

15. Study on seafarers employment, a.w., p. 20-21.

16. Vergeleken zijn de CAO voor de Handelsvaart 2019 en de Collective bargaining agreement for Filipino seafarers onboard Netherlands national flag vessels between NEMEA and AMOSUP 2019. In 2001 nog geschat op 47% voor volmatroos. Maragtas S.V. Amante, *Industrial Democracy in the Rough Seas: Case of Philippine Seafarers*, 2014, Table 1. Zie ook p. 10 ('Compared to Filipinos, the pay of Dutch second officers were 90 percent higher').

17. AVV-bepalingen van de CAO voor de

handelsvaart tot 9000 GT, *Stcrt.* 1995, 63.

18. Zie CGB 4 febr. 1997, nr. 1997-13, r.o. 4.3-4.4; C.A. Groenendijk, commentaar op CGB 4 februari 1997, nr. 1997-13, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1997, p. 362; A.A.H. van Hoek, *Nationaliteitsdiscriminatie en IPR: een commentaar op de uitspraak van de Commissie Gelijke Behandeling van 4 februari 1997*, SR 1997, p. 354. Eerder meende de Minister van BiZa daarentegen dat indirecte discriminatie op grond van nationaliteit jegens Filipijnse en Indonesische zeelieden geen probleem vormde onder de AWGB, zie W.C. Monster, B.P. Vermeulen & K. Waaldijk, 'Uitzonderingen (art. 2 lid 2 sub a en b, lid 3, 5 lid 2 t/m 6, 7 lid 2 en 3 AWGB)', in: I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk, *Gelijke behandeling: regels en realiteit, een juridische en rechts-sociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, 1999, p. 170; *Handelingen I* 1993/1994, p. 1086.

19. De Lange, a.w., p. 97-98.

op een ‘ver verleden, toen er Nederlandse rederijen bestonden waarvan de schepen uitsluitend in Zuidoost-Azië voeren.’<sup>20</sup> De formulering is wat eufemistisch – het gaat hier om de koloniale tijd. De mogelijkheden tot loon-differentiatie zouden in de tweede helft van de twintigste eeuw zijn voortgezet en verruimd, omwille van economische redenen (r.o. 3.3).<sup>21</sup> Ook elders in Europa was dat het geval. Vervolgens stelde de Commissie dat de levensstandaard in de Filipijnen en Indonesië aanzienlijk verschilt van de situatie in Nederland en tegen deze achtergrond waren de betaalde lonen, die voldeden aan de minimumnormen van de ILO, toch relatief gunstig (t.a.p.).<sup>22</sup>

Wat de juridische toelaatbaarheid van de loondiscriminatie betreft, constateerde de Commissie dat sprake was van *indirecte* discriminatie op grond van nationaliteit. Immers, de benadeelde zeelieden worden onder artikel 3 van de CAO weliswaar uitgesloten vanwege hun vestigingsplaats en niet vanwege hun nationaliteit, maar zij hebben in de regel nu eenmaal de Filipijnse en Indonesische nationaliteit (r.o. 4.5-4.6). Volgens artikel 2 lid 5 sub a AWGB kan indirect onderscheid toelaatbaar zijn volgens internationaal gewoonterecht (r.o. 4.10). Vereist is dan dat het loononderscheid een internationale praktijk vormt (*usus*) en ondersteund wordt door een internationale rechtsovertuiging (*opinio iuris sive necessitatis*).<sup>23</sup> Als iedereen het doet en meent dat het ook mag, is er geen probleem.

## Als iedereen het doet en meent dat het ook mag, is er geen probleem

Die internationale praktijk bestond onmiskenbaar: in de Nederlandse en internationale maritieme industrie wordt sinds jaar en dag gebruik gemaakt van arbeidskrachten uit lagelonenlanden. Uit dat gebruik zou volgens de Commissie meteen ook de bijhorende rechtsovertuiging blijken. Een *opinio iuris* zou niet expliciet hoeven te zijn, want de omstandigheid dat internationaal niet tegen loondiscriminatie wordt geprotesteerd, zou reeds een voldoende indicatie zijn voor het bestaan van een overeenstemmende *opinio iuris* (r.o. 4.10). Simpel gezegd: als niemand klaagt, zal het wel in orde zijn.

Voor het geval deze rechtsopvatting onjuist zou blijken, ging de Commissie bovendien voor een tweede anker liggen. Mocht de *opinio iuris* wél expliciet uit het internationale rechtsverkeer moeten blijken, dan zou bij gebreke van een zodanige expliciete rechtsovertuiging *in casu* het internationaal gewoonterecht geen rechtvaardiging bieden voor de loondiscriminatie. (Er zullen immers weinig commentatoren zijn die vertolken dat discriminatie de norm ‘hoort’ te zijn.) De Commissie vond echter een alternatieve rechtvaardigingsgrond in artikel 2 sub 1 AWGB: loondiscriminatie die objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en een passend en noodzakelijk middel tot dat doel vormt (r.o. 4.11). De Commissie zag in de continuïteit en rentabiliteit van Nederlandse maritieme

ondernemingen en de internationale concurrentiepositie van de Nederlandse maritieme sector een legitiem doel (r.o. 4.12).

Wat de noodzaak en proportionaliteit van de loondiscriminatie betreft, stelde de Commissie dat de Filipijnse en Indonesische zeelieden nauwelijks een link hebben met Nederland of de Nederlandse rechtssfeer, in de Filipijnen en Indonesië de levensstandaard lager ligt en de betaalde lonen naar die plaatselijke maatstaven vrij gunstig zijn. Met de ingrijpendheid van de loondiscriminatie – zo lezen wij het oordeel van de Commissie – zou het dus wel meevallen. De praktijk van ongelijke beloning was bovendien ‘historisch’ gegroeid (lees: vloeit voort uit kolonialisme) en zou ‘noodzakelijk’ zijn voor het behoud van Nederlandse scheepvaartondernemingen (r.o. 4.13). Deze laatste stellingname werd niet nader gemotiveerd.

Ten slotte ging de Commissie in op de eigen vaste jurisprudentie en die van de Hoge Raad<sup>24</sup> dat *louter* financieel-economische overwegingen geen objectieve rechtvaardigingsgrond voor discriminatie kunnen opleveren. Dit zou hier niet gelden, omdat de discriminatie tevens het publieke belang dient dat Nederlandse scheepvaartondernemingen blijven bestaan en onder Nederlandse vlag blijven varen (r.o. 4.1.4).

Kortom: de Commissie oordeelde in 1997 dat het discrimineren van deze Aziaten – zoals de zaken er *toen* voor stonden – niet in strijd was met de AWGB. De Commissie liet echter de mogelijkheid open dat toekomstige ontwikkelingen aanleiding zouden kunnen geven voor een ander oordeel, mede omdat de vraagstukken betreffende het internationale gewoonterecht en de mogelijkheid tot objectieve rechtvaardiging zo complex bleken te zijn (r.o. 4.15). Mede vanwege de historisch-koloniale achtergrond van de loondiscriminatie en de twijfelachtige manier waarop de Commissie het internationaal gewoonterecht benaderde, wordt de uitspraak reeds sinds 1997 met de nodige scepsis benaderd.<sup>25</sup> De vraag dringt zich dan ook op: zou men tegenwoordig tot eenzelfde oordeel kunnen komen?

### 4. Internationaal recht

Wat er ook zij van de stand van het recht in het vorige millennium en in koloniale tijden, ongelijke beloning is naar huidige inzichten op z’n zachtst gezegd problematisch. Zoals gezien, steunde het oordeel van de Commissie primair op het internationale gewoonterecht dat discriminatie op grond van artikel 2 lid 5 sub a AWGB zou rechtvaardigen. Anders dan de Commissie veronderstelde, menen vele auteurs dat deze rechtvaardigingsgrond beperkt is tot *verticale* relaties, dat wil zeggen tussen overheidsinstanties en burgers.<sup>26</sup> Hier betreft de loondiscriminatie echter de *horizontale*, privaatrechtelijke relatie tussen een rederij en de Filipijnse en Indonesische zeelieden.

De Commissie lijkt ook een verkeerd begrip van internationaal recht te hebben. Het is tegenwoordig – en wellicht reeds in 1997 – niet vanzelfsprekend dat een gewoonterechtelijke regel wordt aangenomen zonder dat de daaraan ten grondslag liggende *opinio iuris* expliciet tot uitdrukking is gekomen.<sup>27</sup> En al zou dit in algemene zin al wel het geval kunnen zijn, zelfs dan zou de voorliggende loondiscriminatie gepaard moeten gaan met een kenbaar tot uitdrukking gebrachte rechtsovertuiging om

## Het is tegenwoordig niet vanzelfsprekend dat een gewoonterechtelijke regel wordt aangenomen zonder dat de daaraan ten grondslag liggende *opinio iuris* expliciet tot uitdrukking is gekomen

als gewoonterecht te kunnen kwalificeren. Volgens de International Law Commission (ILC) kan het bestaan van een internationale praktijk – en het ontbreken van protest daartegen – namelijk slechts het bestaan van een *opinio iuris* impliceren, indien er geen reden is om aan te nemen dat aan deze praktijk andere dan normatieve redenen ten grondslag liggen.<sup>28</sup> Ten aanzien van de loondiscriminatie in de maritieme sector, die in hoge mate is gemotiveerd door winst- en concurrentieoverwegingen, kan men moeilijk betogen dat dit het geval is.<sup>29</sup> Voorts zijn inmiddels over de erbarmelijke arbeidsomstandigheden en exploitatie van Aziatische zeelieden – zelfs ‘moderne slavernij op zee’ – verschillende goed gedocumenteerde studies en rapportages verschenen (overigens géén betrekking hebbende op Nederlandse schepen), zodat men gereede twijfel kan hebben of het internationaal uitblijven van protest niet eerder te maken heeft met volstrekte machteloosheid en vrees voor intimidatie of *blacklisting* dan dat hieruit bewijs te putten zou zijn dat deze groep zelf de overtuiging heeft dat de manier waarop zij behandeld wordt correct is.<sup>30</sup>

Er bestaan bovendien sterke contra-indicaties voor de beweerdelijke *opinio iuris*. In zijn algemeenheid staat het internationale recht in toenemende mate onwelwillend tegenover zowel directe als indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.<sup>31</sup> Het Europees Economisch en Sociaal Comité heeft herhaaldelijk kritiek geuit op loondiscriminatie jegens niet-Europese zeelieden en er bestaat dan ook een verlangen om deze in te perken.<sup>32</sup> In 1998 stelde de ILO reeds dat arbeidsvoorwaarden niet mogen worden gebruikt voor protectionistische doeleinden en dat het behalen van concurrentievoordeel geen rol mag spelen in de toepassing van internationale arbeidsrechtelijke wetgeving.<sup>33</sup>

Belangrijker nog is het in 2006 op instigatie van ILO gesloten Maritiem Arbeidsverdrag. Het verdrag beoogt de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden op zee te verbeteren en door middel van harmonisatie een *level playing field* te creëren.<sup>34</sup> Volgens de ILO is het immers niet de bedoeling dat verslechtering van arbeidsvoorwaarden door landen met een maritieme economie wordt aangevend als een internationaal concurrentievoordeel – een *race to the bottom* ten koste van individuele zeelieden.<sup>35</sup>

20. CGB 4 februari 1997, nr. 1997-13, r.o. 3.2.

21. Zie bijvoorbeeld RAZ 1977, *Stcrt.* 1977, 182, p. 7; Nota Welvaren onder Nederlandse Vlag 1987; Nota Voortvarend naar de volgende eeuw, *Kamerstukken II* 1992/93, 22811, nr. 2; Nota Zeescheepvaartbeleid van de Minister van V&W, *Kamerstukken II* 1994/95, 24165, nr. 1-2. Zie ook De Lange, a.w., p. 94 e.v.

22. Daarbij komt dat de Indonesische autoriteiten niet toestonden dat in gunstige zin van de ILO-normen wordt afgeweken, Van Hoek, *Nationaliteitsdiscriminatie*, a.w., p. 356.

23. Zie bijvoorbeeld art. 38 lid 1 sub d van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof, dat spreekt van ‘a general practice accepted as law’. Zie ook *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries* (2018) van de International Law Commission.

24. Zie onder meer HR 24 april 1992, ECLI:NL:PHR:1992:AG0367; CGB 12 januari 1994, nr. 463C-94-04; CGB 4 februari 1997, nr. 1997-13; CGB 29 december 2000, nr. 2000-99. Zie ook I.P. Asscher-Vonk & W.C. Monster, *Gelijke behandeling bij de arbeid*, 2002, p. 58.

25. Groenendijk, a.w., p. 362-63; Van Hoek, a.w., p. 354; T. Loenen & P.R. Rodrigues, *Non-discrimination law: comparative perspectives*, 1999, p. 151-52, die de uitspraak contrasteren met CGB 30 oktober 1997, nr. 1997-113; Monster, Vermeulen & Waalwijk, a.w., p. 170; Asscher-Vonk & Monster, a.w., p. 94; De Lange, a.w., p. 98. Zie ook C. Barnard, *European Network on Free Movement of Workers*, Thematic Report: Seafarers, 2011, ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7424&langId=en, p. 6.

26. Asscher-Vonk & Monster, a.w., p. 92-93; *Handelingen I* 1993/94, p. 1086. Men denke daarbij aan allerhande overheidsdiensten en sociale zekerheid, zie Toelichting AWGB-besluit, p. 13.

27. A. Hendriksen, *International Law*, Oxford 2017, p. 27-28.

28. Hendriksen, t.a.p. Zie de ILO, *Draft conclusions on identification of customary international law*, concl. nr. 10 sub 3 en commentaar nr. 8.

29. Het uitblijven van een reactie kan wél gelden als bewijs van een *opinio iuris* indien de praktijk de economische belangen van een staat *schaadt*, omdat de staat zich anders geroepen zou moeten voelen tot het uiten van protest. Zie ILO, *Draft conclu-*

*sions on identification of customary international law*, t.a.p. Maar dit is het tegenovergestelde van de situatie hier.

30. Zie onder meer Greenpeace/Indonesian Migrant Workers Union, *Seabound: the Journey to Modern Slavery on the High Seas*, december 2019, p. 5, 13-20, 23-29, 32-33, 36-38, 44 (beschrijving van ‘forced labour’, ‘exploitation’, ‘human trafficking’, ‘inhumane conditions’ en ‘debt bondage’ van Indonesische en Filipijnse zeelieden in de internationale visvaart); International Transport Workers’ Federation, ‘ITF targets Blumenthal over persistent exploitation of seafarers’, *ITF Seafarers’ Bulletin* 2020, p. 6 (‘intimidation, threats and abusive treatment’, ‘forced overtime, withholding of wages and discrimination based on nationality’); zie ook p. 29 (‘a clear case of modern slavery’).

31. Van Hoek, a.w., p. 354; Loenen & Rodrigues, a.w., p. 151-52; Monster, Vermeulen & Waalwijk, a.w., p. 170; Asscher-Vonk & Monster, a.w., p. 94; De Lange, a.w., p. 98; Groenendijk, a.w., p. 362-363; Barnard, a.w., p. 6. Zie onder meer art. 21 lid 2 HGEU; art. 26 IVBPR; art. 2 IVESCR; art. 14 EVRM.

32. De Lange, a.w., p. 100; EESC Advisory

Opinion of 6 juni 2003 (C133/23) on the alteration of Directive 2001/25/EC (COM (2003) 1–2003/001 (COD)). Zie ook Europese Commissie, *Study on EU Seafarers’ Employment*, 2011, ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/modes/maritime/studies/doc/2011-05-20-seafarers-employment.pdf.

33. Par. 5 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 1998; P.B. Bayoyo, ‘The contribution of the 2006 ILO Maritime Labour Convention to global governance’, in: A. Chircop, Th. McDorman & S. Rolston (red.), *The future of ocean regime-building: essays in tribute to Douglas M. Johnston*, 2009, p. 390.

34. Bayoyo, a.w., p. 392; Dimitrova, a.w., p. 75-76, 82; E. Jones e.a., ‘Pay gaps between domestic and international fishers: an economic or ethical issue?’, *Maritime Studies* 2020, vol. 1, p. 16-17.

35. M.L. McConnel, ‘“Making labour history” and the Maritime Labour Convention, 2006: implications for international law-making (and responses to the dynamics of globalization)’, in: *The future of ocean regime-building*, a.w., p. 365; Dimitrova, a.w., p. 57; L.C. Piñeiro, *International Maritime Labour Law*, 2015, p. 266-67.

Om dit te vermijden bevat het verdrag een combinatie van 'hard law' en 'soft law'. Tot de laatste categorie behoort een aantal principiële richtlijnen dat nationale wetgevers tot richtsnoer dienen te nemen bij de interpretatie en implementatie van het verdrag. Een van de specifieke doeleinden van het Maritiem Arbeidsverdrag is het tegengaan van arbeidsdiscriminatie in de maritieme sector.<sup>36</sup>

Het Verdrag bouwt hiermee voort op onder meer het Verdrag betreffende Discriminatie in Arbeid en Beroep van 1958 (DAB Verdrag).<sup>37</sup> Onder arbeidsdiscriminatie dient, gezien het belang van het principe van *equal pay for equal work* in het internationale arbeidsrecht,<sup>38</sup> ook loondiscriminatie op grond van nationaliteit te worden verstaan. Richtlijn B2.2.2 lid 4 sub a codificeert het principe dat gelijke arbeid binnen hetzelfde schip ongeacht nationale herkomst gelijk moet worden beloond en stelt dat dit principe in ogenschouw moet worden genomen in nationale wetgeving en collectieve arbeidsovereenkomsten. Daarmee verwijst de richtlijn naar de realiteit op zee, waar veelvuldig gebruik wordt gemaakt van uit verschillende nationaliteiten samengestelde *crews-of-convenience* en loondifferentiatie aan de orde van de dag is.

Dit betekent niet dat het Maritiem Arbeidsverdrag op zichzelf een einde maakt aan loondiscriminatie op grond van nationale herkomst. Als vorm van *soft law* is de richtlijn immers op zich niet bindend. Artikel 7:646 lid BW (de Nederlandse wetsbepaling waarin de richtlijn volgens de parlementaire concordantietabel zijn weerslag vindt) ziet bovendien slechts op discriminatie op grond van geslacht, en niet van nationale herkomst.<sup>39</sup> Nederland heeft dus verzuimd de richtlijn volledig te implementeren.

Maar daar gaat het hier niet om. De werkelijke relevantie van de richtlijn is dat hierdoor onmiskenbaar is dat de internationale gemeenschap loondifferentiatie op grond van nationale herkomst *niet* ziet als een juridisch of moreel gerechtvaardigde praktijk, maar als een misstand die verholpen dient te worden. Tegen deze achtergrond kan moeilijk worden volgehouden dat de onderhavige loondiscriminatie voortvloeit uit een internationale rechtsovertuiging en zodoende onder artikel 2 lid 5 sub a AWGB naar internationaal gewoonterecht gerechtvaardigd zou zijn.

### 5. Is loondifferentiatie objectief gerechtvaardigd?

Dan rijst de vraag of de praktijken die onder Nederlandse vlag plaatsvinden een rechtvaardigingsgrond vinden in lid 1 van artikel 2 AWGB. Is indirecte loondiscriminatie op grond van nationale herkomst in de Nederlandse maritieme sector een passend en noodzakelijk middel tot het bereiken van een legitiem doel? Voorop staat dat

– als uitzondering op het principe van gelijke behandeling – de ontsappingsclausule van lid 1 met terughoudendheid moet worden toegepast.<sup>40</sup> Het beginsel van gelijk loon voor gelijk werk weegt immers zwaar.<sup>41</sup> De enkele omstandigheid dat de loondiscriminatie is vastgelegd in een CAO is op zichzelf nog geen rechtvaardiging<sup>42</sup> en andersom vereist ongeoorloofde loondiscriminatie op grond van nationaliteit onder de AWGB niet dat de loondifferentiatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid 'onaanvaardbaar' is in de zin van artikel 6:248 lid 2 BW.<sup>43</sup> De maatstaf die de rechtspraak hanteert om ongeoorloofde loondiscriminatie aan te nemen is dus relatief licht en de maatstaf voor rechtvaardiging ervan relatief hoog.

Het staat buiten kijf dat Nederlandse rederijen financieel welvaren bij het kunnen aanstellen van zeelieden uit lagelonenlanden. Rederijen maken gebruik van de reeds genoemde *manning agencies*, die de Filipijnse en Indonesische zeelieden rekruteren. Ten overvloede zij opgemerkt dat deze constructie de ongeoorloofdheid van het verschil in loonbetaling ongemoeid laat, aangezien ook op Nederlandse zeeschepen de plicht bestaat om eigen werknemers en uitzendkrachten krachtens artikel 8 lid 1 sub a WAADI gelijk te betalen.<sup>44</sup> Nu we al weten dat een louter particulier financieel belang geen legitiem doel oplevert (zie hiervóór, par. 3), is de vraag of in de kostenbesparingen voor Nederlandse rederijen niet tevens een publiek belang schuilt, zoals in de opvatting van de Commissie het voorbestaan van de scheepvaart onder Nederlandse vlag.

Flexibele loonstandaarden en de mogelijkheid om zeelieden uit lagelonenlanden tewerk te stellen zijn belangrijke voordelen waarmee vlaggenstaten elkaar beconcurreren. Mede dankzij artikel 91 UNCLOS dat slechts vereist dat tussen schip en vlaggenstaat een '*genuine link*' bestaat,<sup>45</sup> is mogelijk dat noch de rederij, noch de bemanningsleden de nationaliteit van de vlaggenstaat hebben of daar zijn gevestigd. Verschillende landen (doch niet Nederland) hebben zelfs een apart 'internationaal' scheepsregister met allerhande bijkomende voordelen<sup>46</sup> om zo buitenlandse schepen aan te trekken en te voorkomen dat reeds geregistreerde schepen zich laten 'omvlaggen'. Dit 'omvlaggen' kan leiden tot operationele kostenbesparingen van 22% (op containerschepen) tot 44% (op bulkschepen).<sup>47</sup> Het door de vingers zien van loondiscriminatie maakt het varen onder Nederlandse vlag dus niet alleen aantrekkelijk voor de Nederlandse scheepvaart maar ook voor buitenlandse rederijen.

Maar welk publiek of staatsbelang is er nu precies mee gemoeid om de Nederlandse vlag zo populair mogelijk te maken? Een enkele, niet nader onderbouwde verwijzing naar een overstijgend algemeen belang – zoals de

**De werkelijke relevantie van de richtlijn is dat hierdoor onmiskenbaar is dat de internationale gemeenschap de loondifferentiatie *niet* ziet als een gerechtvaardigde praktijk, maar als een misstand**

## Panama, de ‘thuishaven’ van ’s werelds grootste vloot, hanteert een strikt *verbod* op loondiscriminatie naar nationaliteit en blijft desondanks als vlaggenstaat aantrekkelijk

Commissie die naar voren heeft gebracht – is onvoldoende om indirecte discriminatie op grond van nationaliteit te rechtvaardigen.<sup>48</sup> En in het Europese recht, dat als inspiratiebron diende voor artikel 1 lid 1 en artikel 2 lid 1 AWGB, geldt economisch beleid evenmin als voldoende rechtvaardiging voor indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.<sup>49</sup> De toets voor rechtvaardiging is daar erg streng<sup>50</sup> en laat in essentie slechts *sociale* beleidsdoeleinden toe.<sup>51</sup> Daar komt bij dat ILO, zoals gezien, voorop heeft gesteld dat arbeidsvoorwaarden niet mogen worden gebruikt voor protectionistische doeleinden.

Doorgaans is met het stimuleren van een aantrekkelijk vestigingsklimaat een werkgelegenheidsbelang gediend. Dit is hier echter niet het geval, want het kiezen van een vlaggenstaat staat los van de plaats van vestiging en de loondiscriminatie creëert juist de concurrentie op de arbeidsmarkt vanuit lagelonenlanden die tot een gestage *afname* in het aantal Nederlandse banen heeft geleid en nog steeds leidt (par. 2).

Is het dan wellicht zo dat de kostenbesparing de winstgevendheid van Nederlandse reders beoogt te vergroten, die tenslotte via de winstbelasting ook de staatskas ten goede komt? Ook deze redenering heeft haar beperkingen. Belastinginkomen mag dan het staatsbelang dienen, een afname van de werkgelegenheid doet dat niet. Als het gebruik van zeelieden uit lagelonenlanden leidt tot inkrimping van de arbeidsmarkt voor Nederlandse zeelieden, zodanig dat, zoals gezegd, nog slechts 6% van de opvarenden de Nederlandse nationaliteit heeft – na België het laagste percentage van landgenoten op de eigen schepen van alle Europese vlaggenstaten<sup>52</sup> – dan is de kans groot dat de fiscus slechts wint aan winstbelasting wat aan loonbelasting is verloren. Daar schiet de staatskas weinig mee op.

Het is evenmin vanzelfsprekend dat de loondiscriminatie voldoet aan het ‘noodzakelijkheidsvereiste’ (of subsidiariteitsvereiste) van artikel 2 lid 1 AWGB. Dat volgt reeds hieruit dat lang niet alle economieën een beleid van loondiscriminatie hanteren, ook niet die waar de maritieme sector wel degelijk floreert.<sup>53</sup> Panama bijvoorbeeld, de ‘thuishaven’ van ’s werelds grootste vloot, hanteert een strikt *verbod* op loondiscriminatie naar nationaliteit en blijft desondanks als vlaggenstaat aantrekkelijk.<sup>54</sup> Andersom zijn de afgelopen decennia veel schepen, *ondanks* de mogelijkheid tot het aanstellen van Filipijnse en Indonesische zeelieden, toch ‘omgevlagd’ naar andere vlaggenstaten.<sup>55</sup> Dit suggereert sterk dat loondiscriminatie noch noodzakelijk noch geëigend is als middel in de concurrentiestrijd tussen vlaggenstaten.

Ten tweede is het nuttig effect voor de eigen economie allerm minst bewezen. In 2011 werd in het Verenigd Koninkrijk wetgeving geïntroduceerd om loondifferentiatie op basis van nationaliteit in de maritieme sector van een wettelijke basis te voorzien.<sup>56</sup> Hieraan voorafgaand is een belangrijk onderzoeksrapport uitgebracht over de mogelijke economische gevolgen van gelijke betaling. Geconcludeerd werd enerzijds dat een dergelijk regime inderdaad zou leiden tot hogere kosten voor de maritieme industrie en het omvlaggen van ongeveer 20% van de Britse vloot, maar anderzijds dat de negatieve economische impact beperkt blijft en op de lange termijn *niet* opweegt tegen de toename van het aantal arbeidsplaatsen voor Britse zeelieden.<sup>57</sup> Het rapport laat zien dat de met de loondiscriminatie gemoeide belangen veel meer omvatten dan louter kostenbesparing voor reders. Ofschoon de Britse wetgeving na vurige debatten door een allesbehalve eensgezind parlement niettemin werd aangenomen,<sup>58</sup> is de discussie bij onze zeevarende

36. Art. 3 sub d Maritiem Arbeidsverdrag 2006.

37. Preambule van het Maritiem Arbeidsverdrag 2006. Zie ook art. 2 jo. art. 1 lid 1 sub a DAB Verdrag.

38. Zie bijvoorbeeld art. 23 lid 2 Univ. Verkl. van de Rechten van de Mens; art. 7 sub a lid 1 IVESCR; o.v. 18 ESH. Zie art. 7 IVESCR en art. 4 ESH.

39. MvT Bijlage 1, wetsvoorstel houdende implementatie van het Maritiem Arbeidsverdrag, *Kamerstukken II* 2010/11, 32534, nr. 3.

40. CGB 4 februari 1997, nr. 1997-13, r.o. 4.15.

41. M.S.A. Vegter, *T&C Arbeidsrecht* 2020, art. 1 AWGB. Zie ook HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322 (*Agfa/*

*Schoolderman*).

42. HR 18 december 2015,

ECLI:NL:HR:2015:3628, r.o. 3.3.4.

43. HR 30 januari 2004,

ECLI:NL:HR:2004:AM2312, r.o. 3.3.

44. Art. 1a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs. Zie ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32534, 3, p. 73.

45. Bayoyo, a.w., p. 389-90; Dimitrova, a.w., p. 20, 48, 92.

46. McConnel, a.w., p. 359.

47. Dimitrova, a.w., p. 92.

48. HvJ EG 9 februari 1999,

ECLI:EU:C:1999:60 (*Seymour-Smith & Perez*). Vgl. EHRM 27 november 2007, nr.

77782/01 (*Luczak/Poland*); M.B. Dumbour, ‘Gaygusuz revisited: the limits of the European Court of Human Rights’ equality

agenda’, *Hum. Rgts. L. Rev.* 2012, 4, p. 707.

49. HvJ EG 13 juli 1989,

ECLI:EU:C:1989:328, r.o. 14; HvJ EG 24 februari 1994, ECLI:EU:C:1994:71; S.

Fredman, *Discrimination law*, Oxford, 2011, p. 193.

50. HvJ EG 13 mei 1986,

ECLI:EU:C:1986:204 (*Bilka Kaufhaus*); Fredman, a.w., p. 193.

51. Fredman, t.a.p.

52. Europese Commissie, a.w., p. 20-24.

53. Barnard, a.w., p. 6-10.

54. Dimitrova, a.w., p. 91, 111, 119.

55. D. Fitzpatrick & M. Anderson, *Seafarer’s rights*, 2005, p. 399; H. Leggate, J.

McConville & A. Morvillo, *International*

*maritime transport: perspectives*, 2005, p. 116.

56. Zie art. 5 Equality Act 2010 (Work on Ships and Hovercraft) Regulations 2011;

Schedule 23 (1-2) van de Equality Act

2010; Explanatory Memorandum to the

Equality Act 2010 (Works on Ships and

Hovercraft) Regulations 2011, nr. 1771.

57. S. Carter, *Review of stakeholder evidence on differential pay in the shipping*

*industry* (DEP2010-1277), 2010, parliament.uk/depositedpapers?page=3488&sort

asc=True#toggle-1277, pp. 3-4, 10, 13, 14,

16, 20-21.

58. Parlementair debat op 27 juni 2011 in

het House of Lords over de Equality Act

2010 (Work on Ships and Hovercraft)

Regulations 2011 (vol. 728).

## De welvaartssituatie in het thuisland van zeelieden heeft op productiviteit en de waarde van de geleverde arbeidsprestatie geen invloed

westerburen nog niet ten einde; deze werd onlangs nieuw leven ingeblazen, toen de Britse veerdienst P&O in opspraak kwam door het voorgenomen ontslag van 800 werknemers en hun vervanging door goedkopere krachten, waartegen de Britse Minister van Transport zich vervolgens heeft verzet.<sup>59</sup>

Bij de gepastheid van loondifferentiatie van artikel 2 lid 1 AWGB kunnen verdere vraagtekens worden geplaatst. Het beginsel van gelijk loon voor gelijk werk brengt tot uitdrukking dat de productiviteit van de werknemer bepalend is voor de waarde van de verrichte arbeid en niet bijvoorbeeld van de vraag of deze zijn loon wel echt 'nodig' heeft of welke werknemer het inkomen het beste kan gebruiken. Wie meer ervaring heeft en harder of efficiënter werkt, kan meer verdienen. Maar de welvaartssituatie in het thuisland van zeelieden heeft op productiviteit en de waarde van de geleverde arbeidsprestatie geen invloed en dient dan ook geen rol te spelen.<sup>60</sup>

In de *Carson*-zaak achtte de Straatsburgse rechter onderscheid naar rato van de verschillen in plaatselijke levensstandaard – in de internationale context ook wel geduid als *satisfaction of need* – niet per definitie ontoelaatbaar in het kader van artikel 14 EVRM.<sup>61</sup> Maar die zaak betrof ongelijke *pensioenaanspraken* van Britse onderdanen die in verschillende landen woonden en dus geen onderscheidenlijke waardering van gelijke *arbeidsproductiviteit* behelsden. Bovendien ging het alleen om Britten en werd dus geen onderscheid gemaakt wegens nationaliteit. Het is vaste rechtspraak dat de *margin of appreciation* een stuk smaller is indien gediscrimineerd wordt, zoals hier, op grond van nationaliteit.<sup>62</sup>

### 6. Conclusie

Reeds in 1997 werd het oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling inzake indirecte loondiscriminatie jegens Filipijnse en Indonesische zeelieden met de nodige scepsis ontvangen. Na de internationale ontwikkelingen van de afgelopen 25 jaar is er anno 2022 des te meer reden voor dergelijke scepsis. Het internationale recht lijkt geen ondersteuning te bieden aan voortzetting van deze praktijk en het is de vraag of het dat eigenlijk ooit wel heeft gedaan. Het is evenmin vanzelfsprekend dat de continuïteit van de Nederlandse maritieme sector vandaag de dag een objectieve rechtvaardiging kan bieden voor loondiscriminatie – een mogelijkheid waar de Commissie in 1997 al rekening mee hield. Het is daarom hoog tijd dat de sociale partners, de minister, het College voor de Rechten van de Mens of de rechter de indirecte loondiscriminatie jegens Filipijnse en Indonesische zeelieden opnieuw tegen het licht houden. •

<sup>59</sup>. 'P&O signals willingness to pay minimum wage if rivals do', *Financial Times* 28 maart 2022.

<sup>60</sup>. Zoals de Raad van State in 2019 ten aanzien van de Wet Minimumloon heeft duidelijk gemaakt. ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1235, r.o. 21.

<sup>61</sup>. Zie EHRM 16 maart 2010, 42184/05 (*Carson*). Art. 14 verbiedt slechts discriminatie t.a.v. rechten erkend 'in this Convention', daaronder mede verstaan art. 1 van Protocol 1 EVRM dat tevens loonaanspra-

ken beschermt. Zie Rb. Den Haag 11 jan. 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8165, r.o. 3.6; vgl. EHRM 13 februari 2007, nr. 75252/01 (*Evaldsson/Sweden*), r.o. 52.

<sup>62</sup>. Zie A. Mowbray, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention of Human Rights*, 2011, p. 826; EHRM 23 mei 1996, 39/1995/545/631 (*Gaygusuz*); EHRM 28 mei 1985, 15/1983/71/107-109 (*Abdulaziz/UK*); *Dumbour*, a.w., p. 690, 695-705.