

***EPPURE* ⁽¹⁾: ARTIKEL 6 VAN HET
EUROPEES SOCIAAL HANDVEST HEEFT
WEL DEGELIJK DIRECTE WERKING EN
EEN MEERWAARDE**

Filip DORSEMONT,
Gewoon hoogleraar UCLouvain

(1) Hoe dan ook.

INHOUD

I. INLEIDING: EEN REPLIEK	235
II. RECHTSTREEKSE WERKING VAN ARTIKEL 6 (H)ESH	236
III. GEBRUIK VAN RECHTSVERGELIJKENDE ARGUMENTEN	238
IV. A TALE OF ONE CITY, BUT OF TWO INSTRUMENTS	240
V. TOT SLOT: OVER NEUZEN OP DE “FEITEN” EN OVER DE SPIEGEL, GELUKKIGE METAFOREN?	242

In het vierde nummer van de jaargang 2022 van het Tijdschrift voor Sociaal Recht verscheen een opmerkelijke bijdrage van de hand van Alexander De Becker ("De draagwijdte van de directe werking van het artikel 6, lid 4 van het Europees Sociaal Handvest in rechtsvergelijkend perspectief: is de hetze wel nodig?"). De aanleiding voor die bijdrage betrof een omstreden arrest van 23 maart 2022 waarin het Hof van Cassatie op advies van advocaat-generaal Damien Vandermeersch op expliciete wijze de rechtstreekse werking van artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest verwierp. Alexander De Becker treedt in zijn artikel het oordeel van 's lands hoogste rechtscollege op beargumenteerde wijze uitdrukkelijk bij, maar zoekt zijn heil in artikel 11 EVRM. Volgens De Becker zou deze bepaling een "ruimere en juridisch makkelijker afdwingbare grondslag voor het stakingsrecht in België opleveren". In een repliek op deze bijdrage verdedigt de auteur de rechtstreekse werking van artikel 6, lid 4 (H)ESH, plaatst hij kanttekeningen bij de door Alexander De Becker ontwikkelde zienswijze en wijst hij op de meerwaarde van deze juridische grondslag voor het recht op collectieve actie.

Dans le quatrième numéro du volume de l'année 2022 de la Revue de droit social, Alexander De Becker a publié une contribution remarquable (« De draagwijdte van de directe werking van het artikel 6, lid 4 van het Europees Sociaal Handvest in rechtsvergelijkend perspectief: is de hetze wel nodig? ») à l'occasion de l'arrêt controversé de la Cour de cassation en date du 23 mars 2022. La Cour sur avis conforme de l'avocat général Damien Vandermeersch, y a explicitement rejeté l'effet direct de l'article 6 de la Charte sociale européenne. Alexander De Becker s'inscrit explicitement dans la logique de l'arrêt de la plus haute juridiction du pays, mais propose un remède en vue d'ancrer le droit de grève dans le droit international : l'article 11 de la CEDH. Selon Alexandre De Becker, cette disposition fournirait une « base plus large et juridiquement plus efficace pour le droit de grève en Belgique ». Dans une réplique à cette contribution, l'auteur défend par contre l'effet direct de l'article 6(4) CSE(R), critique les arguments développés par Alexander De Becker et souligne la valeur ajoutée de cette base juridique pour le droit de mener des actions collectives.

I. NLEIDING: EEN REPLIEK

1. Een bekende Vlaamse zegswijze luidt: "Van uw vrienden moet ge het hebben." Een ouder Latijns gezegde biedt meer troost: "*Amicitia non est idem velle et idem nolle.*"⁽²⁾ Beide leuzen spookten door mijn hoofd toen de identiteit van de auteur van een bijdrage die ik voor het *Tijdschrift voor Sociaal Recht* heb gereviseerd, mij ter kennis kwam. Aangezien ik de wetenschappelijke kwaliteit volstrekt onberispelijk vond, adviseerde ik dat het stuk zeker in aanmerking kwam voor publicatie. Er wordt stevig geargumenteed en het stuk is rijkelijk gelardeerd met voetnoten. Ik ben het echter grondig oneens met bepaalde onderdelen van deze bijdrage en vooral met de stelling die erin wordt verdedigd.

2. Alexander De Becker noemt de door vele collegae verdedigde stelling dat de rechtstreekse werking van artikel 6 van het Herziene Europees Sociaal Handvest ((H)ESH) uit de Belgische rechtspraak kan worden afgeleid, een "vergissing" die het Hof van Cassatie in zijn arrest van 23 maart 2022 heeft "hersteld"⁽³⁾. De auteur werpt niettemin een reddingsboei toe in een niet onsympathiek bedoelde poging aan "damage control" te doen. Ten onrechte suggererend dat auteurs die het cassatiearrest hekelden ooit zouden hebben gesteld dat het recht te staken door het cassatiearrest voortaan elke grondslag mist, zoekt hij heil in de evolutie van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Nog afgezien van het feit dat het betwifelbaar is of we die evolutie nu echt gemist zouden hebben, zou artikel 11 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) een "*herijkte, ruimere en juridisch makkelijker afdwingbare grondslag voor het stakingsrecht in België opleveren*". Degenen die volledig de evolutie van artikel 11 EVRM gemist hebben, zijn het Hof van Cassatie en zijn advocaat-generaal. Niettegenstaande artikel 11 EVRM als cassatiemiddel werd ingediend, wordt er noch in de conclusie van de advocaat-generaal, noch in het arrest van het Hof verwezen naar deze jurisprudentie, laat staan naar de erkenning van enig recht om te staken onder artikel 11 EVRM.

3. In deze repliek wil ik een lans breken voor de stelling dat artikel 6 (H)ESH in de context van een subjectief contentieux wel degelijk rechtstreekse werking heeft. Aan wie zweert bij "*Roma locuta, causa finita est*" en zoals De Becker stelt dat het Hof van Cassatie "*in de Belgische rechtsmachtverdeling het laatste woord heeft over de kwestie van de directe werking*", wil ik erop wijzen dat er uitgerekend in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en in conclusies van advocaten-generaal wel degelijk andere zinsneden te ontwaren zijn. Ook indien men meent dat rechtsgelerden als klapvee enkel moeten applaudiseren voor niet beargumenteerde standpunten van 's lands hoogste rechtscollege, rijst er een probleem als men niet meer weet wanneer en voor wie men in de handen moet klappen⁽⁴⁾.

4. Belangrijker dan gezagsargumenten zijn inhoudelijke argumenten, en die troffen we in het litigieuze arrest niet aan. Nu het onmogelijk is een niet bestaande argumentatie te weerleggen, worden argumenten gegeven pro de stelling dat artikel 6 (H)ESH wel degelijk rechtstreekse werking heeft.

(2) Vriendschap is hetzelfde willen en hetzelfde niet willen.

(3) A. DE BECKER, 'De draagwijdte van de directe werking van het artikel 6, lid 4 van het Europees Sociaal Handvest in rechtsvergelijkend perspectief: is de hetze wel nodig?', *TSR* 2022, afl. 4, 503-525.

(4) Deze opmerking is des te relevanter in het licht van een arrest dat na de redactie van de studie van De Becker en deze repliek werd gepubliceerd. In het arrest van de derde kamer van 12 december 2022 (AR C.18.0533.F, juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20221212.3F.4_FR.pdf) wordt uitdrukkelijk gesteld dat op basis van art. 6, lid 4 (H)ESH en van art. N volgt "*que les travailleurs ont le droit de grève et que ce droit peut faire l'objet de restrictions*". Er wordt in dit arrest geen enkel voorbehoud gemaakt tegen de rechtstreekse werking van dit artikel. Het litigieuze arrest dat door Alexander De Becker werd besproken, betreft een arrest van de tweede kamer.

5. Ook wil ik enkele kanttekeningen plaatsen bij de wijze waarop de auteur rechtsvergelijking hanteert om het “gelijk” van het Hof van Cassatie aan te tonen. Het gebruik van de comparatief⁽⁵⁾ nodigt uit tot een vergelijking van de bescherming die beide verdragen (EVRM en (H)ESH) bieden aan werknemers en werkgevers die naar de collectieve actie grijpen. Die vergelijking wordt niet echt gemaakt. De auteur schetst naar mijn mening een erg rooskleurig beeld van de jurisprudentie van het EHRM zonder aan te tonen dat het Hof een ruimere of betere bescherming zou bieden dan de bescherming die op basis van de jurisprudentie, of de quasi-jurisprudentie van het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) kan worden opgebouwd. Zoals ik al eerder betoogde in een vergelijkende studie van de jurisprudentie van artikel 6 (H)ESH en artikel 11 EVRM, is nuance geboden⁽⁶⁾. Op sommige punten biedt artikel 11 EVRM meer bescherming en op andere punten is artikel 6 (H)ESH ruimer. De vraag welk van beide verdragsartikelen de beste bescherming biedt, is om die reden een vraag die verkeerd werd geformuleerd. Wie uitgaat van de directe werking van artikel 6 (H)ESH en artikel 11 EVRM, dient er zich rekenschap van te geven dat België zich aan beide artikelen heeft gecommitteerd. De Belgische rechters moeten zich om die reden conformeren aan het allerhoogste niveau van bescherming. Soms betekent dit dat men zich moet conformeren aan de jurisprudentie van het EHRM en soms zal men zich moeten conformeren aan de jurisprudentie van het ECSR. Anders gezegd, het is niet omdat bepaalde beperkingen van het stakingsrecht onder één verdrag de toets van de proportionaliteit doorstaan, dat die beperkingen geen schendingen kunnen vormen op basis van een andere verdragsbepaling.

II. RECHTSTREEKSE WERKING VAN ARTIKEL 6 (H)ESH

6. Een interessante taalhygiënische verdienste van de bijdrage is dat de auteur het begrip “rechtstreekse werking” kadert in het subjectief contentieux. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen rechtscolleges die de conformiteit van administratieve of wetgevende handelingen toetsen aan internationale instrumenten, en de hoven en de rechtbanken die geschillen over subjectieve rechten beslechten. Het vraagstuk van de rechtstreekse werking wordt in het subjectief contentieux geplaatst en de auteur waarschuwt tegen het gevaar van extrapolatie. Anders gezegd, het is niet omdat de Raad van State of het Grondwettelijk Hof artikel 6 (H)ESH betrekken in hun toetsingskader, dat daaraan een argument kan worden ontleend voor de rechtstreekse werking van artikel 6 (H)ESH binnen het subjectief contentieux. Men kan die redenering echter ook omdraaien. Het is niet omdat het Hof van Cassatie plots bedenkt dat artikel 6 (H)ESH geen rechtstreekse werking heeft, dat de Raad van State of het Grondwettelijk Hof om die reden dit verdragsartikel uit hun legaliteitstoets moeten weren. Het komt me evenwel niet voor dat collegae die de rechtstreekse werking van artikel 6 (H)ESH hebben onderzocht zich steeds zouden hebben gebaseerd op het door de auteur geciteerde arrest-*Henry* van de Raad van State⁽⁷⁾. Velen deden dat niet en zo ze het al deden, werden nog wel andere argumenten aangehaald. Het meest aangehaalde arrest is wel de erkenning van de directe werking van artikel 6 ESH door de Hoge Raad in het kader van de fundamentele vraag of er een recht op collectieve actie bestond in de Nederlandse rechtsorde⁽⁸⁾. De relevantie van dit “precedent” wordt hieronder toegelicht.

(5) Alexander De Becker maakt immers gewag van een “ruimere en juridisch *makkelijker* afdwingbare grondslag voor het stakingsrecht in België”.

(6) F. DORSEMONT, “The Right to Take Collective Action in the Council of Europe: A Tale of One City, Two Instruments and Two Bodies”, *King’s Law Journal* 2016, vol. 27/1, 67-88.

(7) RvS 22 maart 1995, nr. 52.424, *Henry*, APT 1995, 228, met advies van auditeur; *Soc.Kron.* 1996, 442, noot J. JACQMAIN.

(8) Hoge Raad (Nederland) 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688.

7. Het is niet de eerste keer dat een advocaat-generaal of het Hof van Cassatie zich heeft uitgesproken over de rechtstreekse werking van artikel 6 (H)ESH. Het Hof van Cassatie *diende* dit slechts te doen indien artikel 6 (H)ESH als cassatiemiddel werd ingeroepen. In het mijlpaalarrest-*De Bruyne* kon het Hof niet naar artikel 6 (H)ESH verwijzen omdat de ratificatieprocedure van het ESH nog niet voltooid was ⁽⁹⁾. Aangezien de voorziening door de werkgever werd ingeleid, werd artikel 6 ESH evenmin als cassatiemiddel ingediend. Het Hof diende integendeel te onderzoeken of het middel dat ontleend werd aan de contractuele aansprakelijkheid van een werknemer kon worden ontkracht door het bestaan van een wettelijke bepaling die een werknemer het recht gaf de contractueel bedongen arbeid niet uit te voeren. In zijn conclusie verwijst advocaat-generaal Lenaerts niet naar artikel 6 ESH, maar zocht hij zijn heil in de Wet Prestaties Algemeen Belang in Vredestijd. Overigens stelde professor Herman Lenaerts in zijn laatste editie van zijn *Inleiding tot het sociaal recht* (1995) dat de erkenning van het stakingsrecht besloten lag in “internationale oorkonden”, waaronder het ESH ⁽¹⁰⁾. Toen de ratificatieprocedure van het ESH was voltooid, aarzelde advocaat-generaal De Riemaeker niet om uitdrukkelijk te affirmeren dat de wettelijke grondslag van het stakingsrecht (de Prestatiewet) “achterhaald” was, “daar het stakingsrecht rechtstreeks erkend werd in het Belgisch sociaal recht, aangezien bij wet van 11 juli 1990 het Europees Sociaal Handvest werd goedgekeurd” ⁽¹¹⁾. In casu werd de voorziening ingeleid door de werkgever die om evidente redenen zich niet beriep op artikel 6 ESH. In de zaak-*Verlaeck*, die net als het litigieuze arrest de strafrechtelijke aansprakelijkheid betrof van actievoerende werknemers op basis van artikel 406 van het Strafwetboek, werd artikel 6 (H)ESH ingeroepen door de veroordeelde actievoerder tégen de toepasselijkheid van dit wetsartikel ⁽¹²⁾. In essentie werd beargumenteerd dat de toepassing van dit wetsartikel de proportionaliteitstoets van artikel 6 (H)ESH niet doorstond. Advocaat-generaal met opdracht Bart De Smet ging in zijn uitvoerig gemotiveerde conclusie impliciet maar zeker uit van de rechtstreekse werking van dit artikel, maar meende dat artikel 406 van het Strafwetboek de proportionaliteitstoets doorstond ⁽¹³⁾. Het Hof van Cassatie trad hem hierin bij, zonder de rechtstreekse werking te verwerpen ⁽¹⁴⁾.

Het is dan ook onbegrijpelijk dat advocaat-generaal Vandermeersch zonder enige verwijzing naar de rechtspraak van de Nederlandstalige Kamer postuleert dat artikel 6 (H)ESH geen rechtstreekse werking zou hebben ⁽¹⁵⁾. Het Hof van Cassatie trad hem hierin evenwel bij ⁽¹⁶⁾.

8. Advocaat-generaal Vandermeersch baseert de stelling dat artikel 6 (H)ESH gespeend is van rechtstreekse werking op de overweging dat de artikelen 6, lid 4, N en G (H)ESH in onvoldoende mate “*un caractère clair et précis*” hebben, “*permettant de leur conférer un effet direct en droit interne et n’attribuent pas aux demandeurs un droit subjectif qu’ils pourraient faire valoir à l’encontre de poursuites du chef d’entrave méchante à la circulation exercées à leur égard*” ⁽¹⁷⁾. Aangezien de directe werking gedefinieerd wordt in functie van de klaarheid en duidelijkheid van de wetsbepaling, betreft het hier veeleer een tautologische cirkelredenering. Artikel 6 (H)ESH heeft geen directe werking, omdat het geen directe werking heeft. Waarom artikel 6 (H)ESH onvoldoende duidelijk en helder zou zijn, wordt geenszins

(9) Cass. 21 december 1981, *RW* 1981-82, 2.525, concl. Adv. Gen. H. LENAERTS, noot M. RIGAUX. Voor een omvattende studie van de erkenning van het recht om te staken, zie I. VAN HIEL, “Staking en collectieve actie in de naoorlogse Belgische rechtspraak en rechtsleer”, *TSR* 2012, 147-179.

(10) H. LENAERTS, *Inleiding tot het sociaal recht*, Diegem, Kluwer rechtswetenschappen, 1995, 496.

(11) Concl. Adv. Gen. X. DE RIEMAECKER bij Cass. 31 januari 1997, *RW* 1997-98, 606.

(12) Dit werd ook opgemerkt door J. CLESSE in zijn noot onder het litigieuze arrest (*JLMB* 2022, 1.315).

(13) Concl. Adv. Gen. B. DE SMET bij Cass. 7 januari 2020, *RW* 2020-21, afl. 34, 1346.

(14) Cass. 7 januari 2020, *RW* 2020-21, 1.349.

(15) Concl. Adv. Gen. D. VANDERMEERSCH bij Cass. 23 maart 2022, *JLMB* 2022, 1.184 e.v.

(16) Cass. 23 maart 2022, concl. D. VANDERMEERSCH, *JT* 2022, 402, *JLMB* 2022, 1.184, concl. D. VANDERMEERSCH (uittrek), noot J. CLESSE en *NJW* 2022, 499, noot P. PECINOVSKY.

(17) Concl. Adv. Gen. D. VANDERMEERSCH bij Cass. 23 maart 2022, *JLMB* 2022, 1.184 e.v.

verhelderd. Het Hof van Cassatie trad de advocaat-generaal hierin bij. Die analyse leidt tot de vaststelling dat een verdragsartikel (art. 11 EVRM) dat geen melding maakt van het recht op collectieve actie, wel rechtstreekse werking heeft, daar waar een verdragsartikel dat uitdrukkelijk melding maakt van het recht op collectieve actie, geen rechtstreekse werking heeft. Begrijp wie begrijpen kan. Overigens is artikel 6 (H)ESH geenszins als een program-matorische bepaling geformuleerd die staten zou instrueren het recht op collectieve actie te bevorderen. Sterker, artikel 6 § 4 (H)ESH is het enige onderdeel van het (H)ESH waarin verdragsluitende staten er zich niet toe verbinden iets te bevorderen, maar iets te erken-nen (*to recognise*).

III. GEBRUIK VAN RECHTSVERGELIJKENDE ARGUMENTEN

9. Het kan naar mijn mening moeilijk worden ontkend dat de Nederlandstalige doctri-ne sterk werd beïnvloed door het Nederlandse *NS*-mijlpaalarrest (1986)⁽¹⁸⁾. De Hoge Raad werd geconfronteerd met een uitgangssituatie die sterk gelijkaardig was aan de context toen het Hof van Cassatie het arrest-*De Bruyne* heeft gewezen. Net als in België kon de Hoge Raad noch op een grondwettelijke bepaling, noch op een wettelijke bepaling te-rugvallen die uitdrukkelijk en expliciet het recht te staken erkende⁽¹⁹⁾. Er was evenwel één belangrijk verschil. In Nederland was de ratificatieprocedure van het ESH al voltooid. Net als België kenmerkt Nederland zich door een monistische staatsopvatting. De Nederlandse Hoge Raad verwoordde in het genoemde arrest de voorwaarden waaronder een verdrags-bepaling rechtstreekse werking kan hebben in het raam van een subjectief contentieux. Deze voorwaarden zijn gedeeltelijk vergelijkbaar met de voorwaarden die in de Belgische rechtsorde gangbaar zijn. Anders gezegd, het gaat ten dele om dezelfde exercitie.

10. Zo stelde de Hoge Raad in het *NS*-arrest: *“Of de verdragsluitende Staten al dan niet hebben beoogd aan art. 6 lid 4 ESH directe werking toe te kennen, is niet van belang nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Verdrag valt af te leiden dat zij zijn overeengekomen dat aan art. 6 lid 4 die werking niet mag worden toegekend. Bij deze stand van zaken is naar Nederlands recht enkel de inhoud van de bepaling zelf beslissend: ver-plicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren? Art. 6 lid 4 is – in tegenstelling tot de meeste andere bepalingen van het ESH en met name ook tot de overige leden van dit artikel – zo geredigeerd dat de betrokken verdragsstaten niet een verplichting tot regelgeving wordt opgelegd, maar integendeel aldus dat werknemers en werkgevers zich op het door de betrokken verdragsstaten binnen zekere grenzen erkende recht in de nationale rechtsorde zonder meer kunnen beroepen. Ook uit de in de ‘Bijlage bij het ESH’ opgenomen ‘glosse’ bij art. 6 lid 4 blijkt dat de Staten niet verplicht zijn ‘het recht van staking’ – waarmede klaarblijkelijk is bedoeld op wat art. 6 lid 4 noemt ‘het recht van werknemers (...) op collectief optreden in gevallen van belangengeschil-len, met inbegrip van het stakingsrecht’ – bij de wet te regelen: verdragsstaten die de toepas-sing en nadere begrenzing van art. 6 lid 4 en art. 31 aan de jurisprudentie overlaten, schenden dusdoende – mits de rechtspraak de door laatstgenoemd artikel getrokken grenzen eerbiedigt – het Verdrag niet. Van dit laatste gaan ook de gezaghebbende ‘Conclusions’ van het in art. 25 ESH bedoelde Comité van deskundigen uit (Conclusions I, p. 38 onder (e) en VIII, p. 97). Een en ander wettigt de bepaling van art. 6 lid 4 ESH aan te merken als een bepaling die naar haar inhoud een ieder kan verbinden in de zin van art. 93 Gr.w.”*

(18) Hoge Raad (Nederland) 30 mei 1986, NJ 1986, 688.

(19) Zie hierover L.A.J. SCHUT, *Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht*, Den Haag, Sdu, 1996, 9-54.

11. In zijn bijdrage stelt De Becker dat het Hof van Cassatie naast een objectief criterium (de duidelijkheid en de klaarheid van de tekst) ook belang hecht aan een subjectief criterium. De verdragsluitende staten moeten de bedoeling hebben gehad subjectieve rechten toe te kennen aan hun rechtsonderhorigen. Op dit punt dient zich inderdaad een verschil aan met het Nederlandse leerstuk inzake rechtstreekse werking.

De Nederlandse Grondwet bepaalt immers in artikel 93 klaar en duidelijk: *“Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.”*

In de Belgische Grondwet ontbreekt een dergelijke bepaling. Artikel 34 van de Grondwet biedt op dit punt geen uitsluitel.

12. Volgens mij kan een bepaling die stelt dat verdragsluitende staten zich ertoe verbinden het recht op collectieve actie te erkennen, moeilijk anders worden gelezen dan als de uitdrukking van de bedoeling een subjectief recht toe te kennen. Het komt mij voor dat artikel I (H)ESH niet in die zin mag worden gelezen dat de verdragsluitende staten niet de bedoeling hadden om subjectieve rechten toe te kennen⁽²⁰⁾. Die veronderstelling berust op een merkwaardige *a contrario*-redenering, die in feite alleen maar relevant is voor monistische stelsels. Het is immers in dualistische stelsels de evidentie zelf dat verdragen moeten worden omgezet in wetgeving. Wel werd door Salomez opgeworpen dat uit een bepaling uit de Appendix bij het (H)ESH⁽²¹⁾ zou kunnen worden afgeleid dat de verdragsluitende staten niet de bedoeling zouden hebben gehad subjectieve rechten aan burgers toe te kennen en zich enkel volkenrechtelijk zouden hebben verbonden⁽²²⁾. Evenmin kan naar mijn oordeel enige conclusie ten faveure van de verwerping van de rechtstreekse werking van artikel 6, lid 4 (H)ESH worden getrokken op basis van de annex bij het Herziene Europees Sociaal Handvest. In deze annex wordt enkel gesteld dat het verdragsluitende staten vrijstaat het stakingsrecht te reguleren. Die regulerende tussenkomst is echter enkel relevant en zelfs vereist indien het recht om te staken wordt beperkt⁽²³⁾.

13. Voor een adequaat rechtsvergelijkend onderzoek lijkt het me niet relevant na te gaan of dualistische rechtsordes – bijvoorbeeld de Britse rechtsorde – de rechtstreekse werking van het (H)ESH hebben erkend. Die vraag is immers zinloos. Geen enkel verdrag heeft in dergelijke rechtsorde immers rechtstreekse werking, aangezien een omzettingswet nu eenmaal noodzakelijk is.

14. Wat betreft de verwijzing die de auteur maakt naar Frankrijk of Duitsland, past toch wel een belangrijke kanttekening. In landen waar het recht om te staken een grondwettelijke status heeft, dreigt het (H)ESH een minder relevant referentiekader te zijn. Zo kreeg het recht om te staken in Frankrijk een grondwettelijke status door de goedkeuring van de

(20) *“Article I – Implementation of the undertakings given 1 Without prejudice to the methods of implementation foreseen in these articles the relevant provisions of Articles 1 to 31 of Part II of this Charter shall be implemented by: a laws or regulations; b agreements between employers or employers’ organisations and workers’ organisations; c a combination of those two methods; d other appropriate means.”*

(21) Het betreft de volgende bepaling uit de appendix: *“Part III It is understood that the Charter contains legal obligations of an international character, the application of which is submitted solely to the supervision provided for in Part IV thereof.”*

(22) Zie K. SALOMEZ, “Het grondrecht op collectieve actie” in G. COX en M. RIGAUX, *De grondrechtelijke onderbouw van het collectief arbeidsrecht*, Mechelen, Kluwer rechtswetenschappen, 2005, 85.

(23) Zie de volgende bepaling in de appendix: *“It is understood that each Party may, insofar as it is concerned, regulate the exercise of the right to strike by law, provided that any further restriction that this might place on the right can be justified under the terms of Article G.”* De derde kamer verwijst uitdrukkelijk naar deze bepaling, zonder nochtans de rechtstreekse werking te betwisten (juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20221212.3F.4_FR.pdf).

Grondwet van 1946, en in Duitsland gaf het Grondwettelijk Hof een grondwettelijke status aan het stakingsrecht in een moment van jurisprudentiële *Rechtsfortbildung* ⁽²⁴⁾.

IV. A TALE OF ONE CITY, BUT OF TWO INSTRUMENTS

15. In zijn bijdrage breekt de auteur een lans voor artikel 11 EVRM als solide juridische grondslag voor het recht op collectieve actie naar Belgisch recht. Hij stelt onomwonden dat er sprake is van een meer vergaande bescherming, Waarom die bescherming nu meer vergaand zou zijn, wordt naar mijn oordeel minder duidelijk gemaakt. De auteur stipt enkel aan dat het EHRM de solidariteitsstaking heeft erkend. Hij meldt ook terecht dat het (H) ESH het recht op collectieve actie contextualiseert binnen belangenconflicten. Voor een juist inzicht is het relevant om de bescherming die beide verdragsartikelen bieden, in het licht van de jurisprudentie van het EHRM en het ECSR, systematisch te vergelijken.

16. Een puur lexicale vergelijking tussen beide verdragsartikelen brengt aan het licht dat artikel 11 EVRM de vrijheid van vakvereniging primair beschouwt vanuit het perspectief van een individu dat een vakbond (*syndicat - trade union*) wenst op te richten of erbij wenst aan te sluiten. Dit artikel erkent geenszins op expliciete wijze collectieve actiemiddelen die een vakbond effectief toelaten om de belangen van werknemers te verdedigen. Artikel 6 (H)ESH erkent daarentegen uitdrukkelijk het recht op collectieve actie, inclusief het recht om te staken. Sterker, het betreft de eerste internationaalrechtelijke norm waarin het recht om te staken wordt geaffirmeerd, niettegenstaande het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR, 1966) eerder werd geratificeerd ⁽²⁵⁾. In het licht van de personele toepassingsfeer valt die erkenning zelfs breder uit, omdat artikel 6 (H)ESH het recht op collectieve actie van werknemers én werkgevers erkent. Het is dus bepaald onvriendelijk ten aanzien van werkgevers om zonder meer te stellen dat het EVRM een meer vergaande bescherming zou bieden van het recht op collectieve actie. In het EVRM wordt alles vastgeknoot aan *syndicats of trade unions*. Het is allesbehalve evident om werkgeversorganisaties als *syndicats of trade unions* te kwalificeren.

17. Sinds het arrest-*Syndicat national de la Police belge* heeft het EHRM evenwel het juridisch bestaan vooropgesteld van middelen die essentieel zijn om een vakbond toe te laten de belangen van werknemers te verdedigen ⁽²⁶⁾. Beperkingen van die middelen moeten de toets van artikel 11, § 2 EVRM doorstaan. Het Hof maakt in dit geval gewag van essentiële middelen. Voor de goede orde merk ik op dat noch het recht op collectieve actie, noch het recht om te staken vooralsnog als een essentieel middel zijn erkend. Het Hof kwam in *Hrvatski lijevnicki sindikat t. Kroatië* niet verder dan de overweging dat het wel “the most powerful means” betrof om die belangen te verdedigen ⁽²⁷⁾. Sedert het arrest-*Unison* toetst het Hof echter ook beperkingen van niet-essentiële middelen aan de beperkingssystematiek van artikel 11, § 2 EVRM ⁽²⁸⁾. In het arrest-*Enerji* gebeurt die toetsing wat betreft de beperking van het recht om te staken ⁽²⁹⁾. Het zou vermetel zijn om daaruit af te leiden dat het onderscheid tussen essentiële middelen en louter belangrijke middelen niet relevant zou zijn. Volgens mij mag worden aangenomen dat een beperking van essentiële middelen

(24) Zie hierover J.W.L. BROEKSTEEG en F. DORSSEMENT, “Artikel 11 EVRM” in J.H. GERARDS, *SDU Commentaar EVRM*, Den Haag, Sdu, 2020-21, 1.315-1.325.

(25) Zie F. DORSSEMENT, “The right to bargain collectively” in N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN en S. CLAUWAERT, *The European Social Charter and the Employment relation*, Oxford, Hart Publishing, 2017, 265.

(26) EHRM 27 oktober 1975, nr. 4.464/70, *National Union of Belgian Police t. België*.

(27) EHRM 27 november 2014, nr. 36.701/09, *Hrvatski lijevnicki sindikat t. Kroatië*, EHRC 2015/5, 3, noot F. DORSSEMENT.

(28) EHRM 10 januari 2002, nr. 53.574/99, *Unison t. VK*.

(29) EHRM 21 april 2009, nr. 68.959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen t. Turkije*, EHRC 2009/76, noot F. DORSSEMENT.

minder snel door de beugel van de noodzakelijkheid in een democratische samenleving kan, dan een beperking van een middel dat niet essentieel wordt geacht.

18. De effectiviteit van de bescherming die beide artikelen bieden, hangt vooral af van de beperkingssystematiek die eigen is aan beide instrumenten. Die beperkingssystematiek werd niet geïntegreerd om verdragsluitende staten te verplichten of uit te nodigen om de erkende grondrechten te beperken. De systematiek reikt instrumenten aan om te appreciëren of bepaalde beperkingen schendingen opleveren van de erkende grondrechten. Voorafgaandelijk aan die oefening, rijst evenwel de vraag naar de interne of impliciete limieten van de daaraan voorafgaande erkenning. Die interne limieten hebben te maken met de *contextuele* interpretatie van de verdragsbepalingen. Vanuit een puur contextuele benadering biedt artikel 11 EVRM betere troeven dan artikel 6 (H)ESH. Dit heeft te maken met de teleologie waarbinnen de erkenning van het recht om te staken wordt gekaderd. In artikel 6 (H)ESH wordt het recht op collectieve actie ontwikkeld in de context van een overkoepelend recht van collectief onderhandelen (*droit de négociation collective - right to bargain collectively*) en wordt dit recht gesitueerd in een context van belangenconflicten. Dit houdt in dat het recht wordt uitgeoefend in het raam van een conflict dat past binnen een sociale dialoog *sensu lato*. Het is om die reden niet zonder meer evident om een recht op collectieve actie aan te wenden tegen een overheidsbeleid. Dit kan naar mijn mening alleen maar anders liggen als dit overheidsbeleid zelf het recht van collectief onderhandelen aantast. Indien per hypothese een vakbond collectieve acties voert tegen een wettelijk kader dat de collectieve autonomie structureel en preventief aantast, komt het mij voor dat een dergelijke actie wel perfect binnen die teleologie zou passen.

19. Artikel 11 EVRM kadert een jurisprudentieel erkend stakingsrecht binnen de noodzaak om de belangen van werknemers te verdedigen. Die belangenverdediging wordt hier helemaal niet gecontextualiseerd. Om die reden biedt dit artikel veel meer ruimte voor collectieve acties die tegen overheidsbeleid worden gevoerd. In theorie had de coda "*for the protection of his interests*" aanleiding kunnen geven tot de conclusie dat de sympathie- of solidariteitsstaking buiten artikel 11 EVRM zou vallen, maar het Hof heeft zich van een dergelijke redenering uitdrukkelijk gedistantieerd in het arrest-*RMT v UK* ⁽³⁰⁾. Dit is dan ook zowat het enige positieve wat over dit arrest kan worden gezegd. Op het eerste gezicht lijkt ook het onderscheid tussen de wijze waarop beperkingen worden geformuleerd aangaande de personele toepassingsfeer van beide artikelen met betrekking tot de leden van de krijgsmacht, de politie en het ambtelijk apparaat van de staat, relevant. Waar artikel 11 EVRM stelt dat dit artikel niet verbiedt dat rechtmatige beperkingen worden gesteld aan de uitoefening van deze rechten door leden van de krijgsmacht, van de politie of van het ambtelijk apparaat van de staat, komen deze korpsen in artikel 6 (H)ESH niet ter sprake. Dit lijkt een positief punt voor artikel 6 (H)ESH op te leveren, maar uit artikel 5 ESH blijkt dat dit verdrag ruimte biedt voor een beperking van de vrijheid van vakvereniging van de politie en voor een uitsluiting van de vrijheid van vakvereniging ten nadele van de leden van de krijgsmacht. Het EHRM heeft zich in de arresten-*Matelly* en *Adefdromil* duidelijk uitgesproken tegen het zonder restrictie verbieden (dus niet louter beperken) van de vrijheid van vakvereniging ten koste van de Franse gendarmerie en de leden van de krijgsmacht ⁽³¹⁾. In theorie leent artikel 6 (H)ESH zich wel tot een uitsluiting van de vrijheid van vakvereniging ten nadele van de krijgsmacht. Het ECSR heeft evenwel zijn interpretatie gealigneerd op de jurisprudentie van het EHRM ⁽³²⁾. Wat betreft de specifieke problematiek van het sta-

(30) EHRM 8 april 2014, nr. 31.045/10, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers t. VK*, EHRC 2014/168, noot F. DORSESMONT.

(31) EHRM 2 oktober 2014, nr. 10.609/10, *Matelly t. Frankrijk*, EHRC 2015/9, noot F. DORSESMONT en EHRM 2 oktober 2014, nr. 32.191/09, *Adefdromil t. Frankrijk*, EHRC 2015/8, noot F. DORSESMONT.

(32) M. FALSONE, "Union Freedoms in the Armed Forces: Still a Taboo?", *Industrial Law Journal* 2021, 375-402.

kingsrecht, laat het EHRM wel degelijk ruimte voor een stakingsverbod ten aanzien van de politie⁽³³⁾.

20. Ook op het vlak van de beperkingssystematiek lijkt artikel 11 EVRM in theorie minder ruimte voor beperkingen te bieden dan artikel 6 (H)ESH. Die vaststelling heeft te maken met een interne limiet die aan de beperkingssystematiek van artikel G (H)ESH voorafgaat. In artikel 6 (H)ESH wordt het recht op collectieve actie immers erkend binnen de grenzen die collectieve arbeidsovereenkomsten stellen (*subject to obligations that might arise out of collective agreements previously entered into*). Het (H)ESH stelt geen grenzen aan de beperkingen die deze collectieve akkoorden opleggen. Anders gezegd, de grenzen die artikel G stelt aan de beperkingen van in het (H)ESH geregelde rechten, gelden hier niet. Artikel 11 EVRM onderwerpt daarentegen alle beperkingen aan dezelfde limieten. Beperkingen die voortvloeien uit cao's, zijn rechtens voorgeschreven grenzen die de toets aan artikel 11, § 2 EVRM moeten doorstaan.

21. Op basis van de hier geformuleerde analyse lijkt de stelling van Alexander de Becker dat men beter zijn heil zoekt in artikel 11 EVRM, op eerste gezicht niet geheel ongerijmd. Een zorgvuldige analyse van de rechtspraak van het EHRM noopt echter tot enige voorzichtigheid. Het EHRM heeft immers de neiging om een teleologische beperking van het recht om te staken uit de hoed te toveren, die nergens steun vindt in de tekst van artikel 11 EVRM. Het Hof heeft de gewoonte de door een vakbond te verdedigen werknemersbelangen te reduceren tot zogeheten professionele belangen (*occupational interests*) die restloos worden gesitueerd in de verhouding tussen de werknemer en zijn werkgever. Kritiek op regeringsbeleid dat wel degelijk relevant is voor de werknemers, werd eerder afgebrand⁽³⁴⁾. Ook heeft het Hof in het verleden ruimte geboden voor een beperking van stakingsrecht door het *ultimum remedium*-beginsel, waar het ECSR eerder oordeelde dat dit ertoe kon leiden dat rechters zich dan in de plaats van vakbonden en werknemers stellen bij de beoordeling van de opportuniteit van de staking⁽³⁵⁾. Het EHRM hanteert eveneens een zeer rekbare interpretatie van de rechten en vrijheden van anderen die van aard is het recht om te staken aan te tasten⁽³⁶⁾. Die leidt ertoe dat de louter economische belangen van de onderneming, zelfs de louter desorganisatie van de productie, in rekening werd gebracht. Het ECSR is nooit zo ver gegaan en heeft vraagtekens geplaatst bij de inpasbaarheid van die economische overwegingen in de proportionaliteitstoets van artikel G (H)ESH.

V. TOT SLOT: OVER NEUZEN OP DE “FEITEN” EN OVER DE SPIEGEL, GELUKKIGE METAFOREN?

22. In de bijdrage van collega Alexander De Becker komen twee merkwaardige metaforen voor. De eerste metafoor is opgebouwd rond de neus van de arbeidsjurist en de tweede rond de spiegel waarvoor hij zo nu en dan postvat.

De Becker schrijft: “Het arrest van het Hof van Cassatie van 23 maart 2022 heeft alle arbeidsjuristen even met de neus op de feiten gedrukt. De redenering dat artikel 6, lid 4 Europees Sociaal

(33) EHRM 21 april 2015, nr. 45.892/09, *Junta Rectora Del Ertzerzainen Nazional Elkartasuna* t. Spanje.

(34) EHRM 9 oktober 2012, nr. 29.723/11, *Szima t. Hongarije*, EHRC 2013/12, noot F. DORSEMONT.

(35) Zie vooral ECSR, Conclusions XVI-1, 2002.

Zie hierover A.Ph.C.M. JASPERS, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor*, Deventer, Kluwer, 2004, 69-70 en F. DORSEMONT, “De prullenbak, een locus naturalis voor het leerstuk van misbruik van stakingsrecht?”, *Sociaal Recht* 2002, 326.

(36) Zie hierover F. DORSEMONT, “The Right to Take Collective Action in the Council of Europe: A Tale of One City, Two Instruments and Two Bodies”, *King’s Law Journal* 2016, vol. 27/1, 83-86 en vooral EHRM 10 januari 2002, nr. 53.574/99, *Unison t. VK*, en EHRM 28 oktober 2010, nr. 4241/03, *Trofimchuk t. Oekraïne*, § 46.

Handvest voldoende duidelijk was om er directe werking aan te verlenen, werd te licht bevonden."

Zo mogelijk nog meer confronterend, is de spiegel: *"Misschien moeten we als arbeidsjuristen (inclusief ondergetekende) even voor de spiegel staan. Hebben we niet al te graag een afwijkend arrest in een heel specifieke context uit een ander land proberen te transponeren naar onze rechtsorde terwijl de meeste andere landen die interpretatie om gedegen redenen net niet volgen? Hebben we niet een interpretatie gegeven aan arresten van de Raad van State die net niet gegeven kon worden maar waarvan we allemaal hoopten dat die eraan gegeven kon worden? Was de wens niet de vader van de geschriften?"*

23. Vooreerst wil ik opmerken dat de interpretatie door het Hof van Cassatie van artikel 6 (H)ESH naar mijn bescheiden mening geen "feit" betreft. Het gaat hier over een interpretatie van een tekst. Veeleer dan te stellen dat een door een meerderheid van arbeidsjuristen gehuldigde redenering *"te licht werd bevonden"*, meen ik in eer en geweten te moeten stellen dat ik in het arrest van het Hof van Cassatie noch in de conclusie een spoor van een redenering heb aangetroffen. Het zou verkeerd zijn te poneren dat de door het Hof van Cassatie gevoerde redenering hier te licht werd bevonden. Er is hier gewoon nooit sprake geweest van een redenering. Nu mag men genres niet verwarren. Een arrest van 's lands hoogste rechtscollege is geen forum voor doctrinale redeneringen. Niettemin kan ik toch enige ontgoocheling niet verhele over de conclusie van de advocaat-generaal waarin dergelijke doctrinale redeneringen, minstens een dialoog met doctrinale redeneringen wel op hun plaats zouden zijn. Eerder werd gewezen op de doctrinale beschouwingen die we wel terugvonden in de conclusies van advocaat-generaal Xavier De Riemaeker en advocaat-generaal met opdracht Bart De Smet.

24. In verband met de bespiegelingen over de spiegel ben ik van oordeel dat het *NS*-arrest van de Hoge Raad wel degelijk een relevant arrest is. De Nederlandse rechtsorde kon in tegenstelling tot de door De Becker onderzochte arresten in Frankrijk en Duitsland niet bogen op een grondwettelijke verankering van het recht om te staken. Wat betreft de verwijzing naar de rechtspraak van Britse hoven en rechtbanken, kan slechts worden opgemerkt dat het vraagstuk van de rechtstreekse werking in een dualistisch stelsel volgens mij per definitie niet aan de orde is. Bovendien getuigt de Britse rechtsorde niet echt van een liberale visie op het stakingsrecht en werd uitgerekend de Britse stakingsreglementering op vele punten afgebrand door internationale toezichthoudende organen. Precies op die pijnpunten gaf het EHRM niet thuis. Het arrest-*Henry*⁽³⁷⁾ van de Raad van State waarvan De Becker gewag maakt, heeft op zijn beurt maar bij een beperkt aantal commentaren een wezenlijke rol gespeeld als een stapsteen voor extrapolatie. Die vaststelling doet geen afbreuk aan het onderscheid dat De Becker maakt tussen het objectief en het subjectief contentieux en dat relevant blijft. Hij heeft overschot van gelijk dat men de bruikbaarheid van artikel 6 (H)ESH in een legaliteitstoets niet kan extrapoleren naar de these dat dit artikel ook rechtstreekse werking heeft.

25. Meer fundamenteel is het antwoord op de vraag hoe het ECSR zal oordelen over het arrest van het Hof van Cassatie van 23 maart 2022. Het ECSR heeft er in een beslissing na een collectieve klacht van de Belgische representatieve werknemersorganisaties en het Europees vakverbond op gewezen dat artikel 6 (H)ESH verdragsluitende staten niet verplicht om het stakingsrecht bij wet te erkennen⁽³⁸⁾. Een jurisprudentiële erkenning volstaat. Meer specifiek rijst de vraag wat er overblijft van die jurisprudentiële erkenning van het recht op collectieve actie zoals gewaarborgd door artikel 6 (H)ESH. De stelling dat die

(37) RvS 22 maart 1995, nr. 52.424, *Henry*, APT 1995, 228, adv. Aud. en Soc. *Kron.* 1996, 442, noot J. JACQMAIN.

(38) ECSR, Décision sur le bien-fondé: Confédération Européenne des Syndicats (CES)/Centrale Générale des Syndicats Libéraux de Belgique (CGSLB)/Confédération des Syndicats chrétiens de Belgique (CSC)/(CC 59/2009), 13 september 2011 (hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-59-2009-dmerits-fr).

kan worden gered door artikel 11 EVRM, is niet zo plausibel, nu de door het EHRM ontwikkelde rechtspositie van de staking op bepaalde punten onder de maat van artikel 6 (H)ESH blijft. Recent stelde Farag nog dat “*Straatsburg niet bekend staat voor zijn bescherming van syndicale vrijheden*”⁽³⁹⁾. Het staat de vakbonden vrij dit in het raam van de op gang zijnde rapportage door België op te werpen, en ook het ECSR zou dit ambtshalve kunnen opwerpen. Naar verluidt werd het arrest door het ECSR opgevraagd⁽⁴⁰⁾. Nu wordt dit onbehagen deels getemperd door het eerder geciteerde arrest van de derde kamer van 12 december 2022, maar enige rechtsonzekerheid moet blijvend worden weggewerkt.

26. Zoals Galilei na zijn gedwongen knieval mompelde “*Eppure si muove*”⁽⁴¹⁾, ben ik dan ook geneigd te stellen: *eppure*, artikel 6 (H)ESH heeft directe werking en een onbetwiste meerwaarde.

(39) H.G. FARAG, “Het Belgische stakingsrecht onder vuur”, *TVRM* 2022-23, 24.

(40) Zie P. PECINOVSKY, “Het Hof van Cassatie struikelt over de rechtstreekse werking van artikel 6.4 Europees Sociaal Handvest”, *NJW* 2022, 501.

(41) En toch beweegt **het**.