

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

HR 31 oktober 2014, JAR 2014/298 (Enerco)

F. Dorssemont

1 Inleiding

In 2014 dienden twee hoge rechtscolleges een uitspraak te doen over de rechtmatigheid van collectieve acties die in het teken van solidariteit stonden. Tot op zekere hoogte staan (nagenoeg) alle *collectieve* acties in het teken van solidariteit. Een actie die géén uiting is van solidariteit is bezwaarlijk collectief te noemen. Acties van werknemers en bonden kunnen in tweevoudig opzicht als ‘collectief’ worden gekwalificeerd. Ze worden in een collectief verband uitgeoefend en kaderen (veelal) in een collectief belangenconflict. Werknemers grijpen naar collectieve acties omdat zij menen dat hun collectieve belangen botsen met de individuele belangen van hun werkgever. Zij voelen zich met elkaar verbonden door gemeenschappelijke belangen en ageren collectief teneinde die belangen te verdedigen. Een solidariteitsstaking is een pleonasme. Er is sprake van een uit solidariteit gevoerde actie indien werknemers van een bepaalde werkgever zich solidair verklaren met werknemers van een andere werkgever. De actie kadert niet in een belangenconflict met de eigen werkgever. In vergelijking met de klassieke werkstaking is eerder sprake van externe solidariteit.

Het meest recente arrest is van Hollandse bodem. Op 31 oktober 2014 sprak de Hoge Raad zich uit over de voorziening in cassatie die FNV Bondgenoten en de vakvereniging Het Zwarte Korps inleidden tegen een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.¹ Het hof vernietigde het vonnis in kort geding van de Rechtbank Utrecht. Het oordeelde dat de door beide bonden uit solidariteit met de werknemers van Rietlanden georganiseerde besmetverklaring van het schip *Evgenia* dat ter wille van Enerco diende te worden gelicht *niet* onder artikel 6 van het Europees Sociaal Handvest (herzien) (ESH) viel. Het arrest van de Hoge Raad werpt nieuw licht op de principiële voorvraag of uit solidariteit gevoerde collectieve acties onder artikel 6 § 4 ESH vallen. De Hoge Raad geeft eveneens enige duiding bij de vraag in welke mate economische schade aan een werkgever die buiten het collectief arbeidsconflict staat, een grond kan opleveren om het recht om uit solidariteit collectieve actie te voeren te begrenzen.

1 HR 31 oktober 2014, JAR, 2014/298, m.nt. van E.M. Hoogveen. Voor een bespreking zie ook: F.M. Dekker in ARupdates 2014/0914.

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

Nagenoeg acht maanden eerder diende het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zich uit te spreken over de vraag of de Britse wettelijke bepalingen die solidariteitsstakingen (*secondary actions*) verboden een aantasting inhielden van de door artikel 11 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) gewaarborgde vrijheid van vakvereniging. De Britse vakbond RMT (*National Union of Rail, Maritime and Transport Workers*) beweerde dat die bepalingen hem verhinderden de belangen te verdedigen van een aantal leden die aan de overnemer Hydrex waren overgedragen. Een staking (de *primary action*) van deze overgedragen werknemers tegen de overnemer bleek niet succesvol te zijn. RMT beweerde dat een solidariteitsstaking het verschil zou hebben gemaakt. Het RMT-arrest² werpt licht op de vraag of solidariteitsstakingen binnen artikel 11 EVRM vallen en in welke mate de onmogelijkheid van RMT om dergelijke solidariteitsstakingen in casu te voeren een legitieme beperking vormde van de vakverenigingsvrijheid. Niettegenstaande de conclusie van de advocaat-generaal (A-G) in Enerco na de publicatie van het RMT-arrest tot stand kwam, bevat ze geen enkele verwijzing naar het arrest. Dit mag opmerkelijk heten, omdat de A-G het standpunt verdedigt dat de 'besmetverklaring' niet binnen artikel 6 ESH viel, terwijl het EHRM eerder had geoordeeld dat solidariteitsstakingen wel degelijk onder artikel 11 EVRM vielen. Aan die vaststelling doet mijns inziens geen afbreuk dat het EHRM geen graten zag in het feit dat RMT door die bepalingen géén solidariteitsstaking kon voeren. De Hoge Raad ging niet in op de draagwijdte van artikel 11 EVRM, dat niet als cassatiemiddel werd ingeroepen. Op het ogenblik dat de cassatievoorziening werd ingesteld, had het EHRM nog géén uitspraak gedaan.

In deze bijdrage wordt het arrest van de Hoge Raad geanalyseerd en geduid. Het is alweer méér dan een halve eeuw geleden dat de Hoge Raad de kans kreeg zich uit te spreken over de rechtspositie van een uit solidariteit gevoerde collectieve actie. Het arrest Panhonlibco³ kwam in een ander tijdscharnier tot stand. Het ESH was nog niet eens ondertekend en een juridische grondslag voor de werkstaking ter bevordering van de eigen professionele belangen van werknemers was onbestaande.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Het Enerco-arrest wordt in drievoud gecontextualiseerd. De eerste contextualisering is van rechtsvergelijkende aard. Voorafgaand wordt een poging ondernomen om te verduidelijken wat men onder 'solidariteitsstaking' dient te begrijpen. Eerst moet immers worden verduidelijkt *wat* er wordt vergeleken. Uitgangspunt is de rechtspositie van de meest klassieke variant van de uit solidariteit gevoerde collectieve actie, namelijk de *solidariteitsstaking* in de zin van het niet uitoefenen van de contractueel bedongen arbeid in een collectief verband. In tegenstelling tot de Nederlandse rechtsorde, die heil zocht in artikel 6 ESH als juridische grondslag voor de collectieve actie, knopen andere landen aan bij een meer specifieke, in de wet of de grondwet gebruikte terminologie, namelijk de staking. In het midden wordt hier gelaten of de besmetverklaring uit solidariteit waarvan sprake is in het arrest Enerco, een staking

2 EHRM 8 april 2014, EHRC, 2014/168, m.nt. van F. Dorssemont.

3 HR 15 januari 1960, NJ 1960/84.

betrof. De rechtsvergelijking dient twee doeleinden. Het laat vooreerst toe de betekenis van het arrest Enerco intern te duiden. De vraag rijst hoe Nederlandse rechters in het verleden omgingen met uit solidariteit gevoerde collectieve acties en of dit mijlpaalarrest bakens heeft verzet. Ten tweede kan worden nagegaan in welke mate solidariteitsstakingen in Nederland beter beschermd worden dan in andere landen. De vergelijking blijft beperkt tot België, Frankrijk, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Italië. De auteur van deze bijdrage beperkt zich tot die lidstaten van de Europese Unie (EU) waarvan hij de officiële talen machtig is. Deze rechtsvergelijking laat toe om de impact in te schatten van het door het EHRM gewezen arrest op die rechtspositieregeling naar intern recht. De toekomst zal uitwijzen in welke mate het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) inspiratie zal putten uit de interpretatie door de Hoge Raad om zijn interpretatie van artikel 6 ESH op te rekken. Nog moeilijker is de vraag of rechtscolleges van andere lidstaten inspiratie zullen putten uit het Enerco-arrest om het ESH in diezelfde zin te interpreteren. Daarbij dienen enkele hordes te worden genomen. Het veronderstelt immers dat rechtscolleges zich bij de beslechting van stakingsgeschillen laten leiden door het ESH, dat ze zich willen laven aan de rechtscolleges van andere staten en dat dit arrest *überhaupt* buiten de Nederlandse grenzen bekendheid verwerft. Een betere disseminatie van dergelijke interne rechtspraak is een doelstelling van het Europese Academische netwerk rond het Europees Sociaal Handvest en de sociale grondrechten (*Academic network on the European Social Charter and social rights*).⁴

In een tweede beweging wordt onderzocht hoe de door de Hoge Raad gegeven interpretatie van artikel 6 ESH zich verhoudt tot de 'jurisprudentie' (lees : de conclusies van het ECSR) en met enkele spraakmakende commentaren van het ESH in verband met de rechtspositie van de uit solidariteit gevoerde collectieve actie. Die vergelijking laat toe om de orthodoxie dan wel de relatieve progressiviteit van het door de Hoge Raad beleden standpunt in te schatten. Beide kwalificaties worden hier in een louter beschrijvende en niet in een connotatieve betekenis gebruikt. Een standpunt is orthodox wanneer het aansluit bij een gangbare opvatting. Een standpunt is progressief wanneer het daarvan afwijkt op een wijze die tot een meer rekkelijke interpretatie van een grondrecht leidt. Een interpretatie is rekkelijk indien de toepassingsfeer wordt opgerekt, dan wel indien ze strengere grenzen stelt aan toegelaten beperkingen van het grondrecht. Er wordt géén politiek waardeoordeel uitgesproken over de wenselijkheid van orthodoxie of progressiviteit in de hier geschetste zin.

Tot slot wordt het Enerco-arrest geconfronteerd met het arrest RMT/VK. Een dergelijke benadering is ongebruikelijk in Nederland, waar de preoccupatie met het ESH de aandacht dreigt af te leiden van andere internationale instrumenten, niettegenstaande de rechtstreekse werking van het EVRM nochtans niet wordt betwist. De confrontatie biedt stof voor conclusies. Beide grondslagen voor de solidariteitsstaking (artikel 6 ESH en artikel 11 EVRM) zijn schatplichtig aan een onderscheiden kijk op de finaliteit van het recht te staken. In de conclusie worden die twee funderingen met elkaar vergeleken. Teleologische beperkingen hebben

4 <http://racseanesc.org>.

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

een impact op de voorvraag welke collectieve acties al dan niet onder een internationale norm vallen. De wederwaardigheden van de Enerco-zaak illustreren een andere belangrijke kwestie. Het betreft de verdeling van de bewijslast tussen de actoren die zich op een grondrecht beroepen om hun handelen te rechtvaardigen en de werkgevers die de rechterlijke macht adiëren met het verzoek om die actoren te verbieden dergelijke grondrechten uit te oefenen, casu quo de uitoefening daarvan te begrenzen. Beide arresten doen vragen rijzen over de rol van rechter. Beide kwesties, teleologie en bewijslast, kleuren ook de nationale rechtsvergelijking. Zo rijst de vraag of een (te) strakke bevoogding van de staking vanuit een visie op haar finaliteit er niet toe zal leiden dat de rechter zich in de plaats van de bonden stelt bij het beoordelen van een zuivere opportuniteitsappreciatie.

Een belangrijk aspect van de casuspositie blijft in deze annotatie onderbelicht. De Rechtbank Utrecht heeft mijns inziens terecht gewezen op de *ratio* achter de collectieve actie. Bepaalde passages in de beschikking van de kortgedingrechter stellen de problematiek van de ‘onderkruiperij’ centraal. De lezer verneemt dat de bonden de Arbeidsinspectie hebben verzocht een onderzoek naar ‘onderkruiperij’ te verrichten. De uitdrukking ‘besmetverklaring’ duikt op. De bonden hebben immers de *Evgenia* ‘besmet verklaard’. Het ware mijns inziens beter te stellen dat het litigieuze werk besmet werd verklaard. De vraag rijst in welke mate de Nederlandse rechtsorde de stakers beschermt tegen ‘onderkruiperij’. Indien onderkruiperij verboden is en dit verbod in de praktijk wordt nageleefd, bestaat er immers geen behoefte aan besmetverklaring. De vraag kan dan rijzen of in een dergelijk scenario de besmetverklaring onoorbaar zou zijn bij aanwezigheid van een rechtsmiddel om de gecontesteerde onderkruiperij in rechte te bestrijden. Deze kwestie werd evenwel niet uitgediept in de loop van de procedure.

2 Enerco, de saga

2.1 Feiten

Voor een juist begrip van de hier geannoteerde casuspositie is het aangewezen een onderscheid te maken tussen een rechtsgeschil en een belangengeschil. Dergelijke vaststelling is een gemeenplaats, telkenmale collectieve acties de inzet zijn van juridische procedures. In het geval van solidariteitsacties is het onderscheid des te relevanter, omdat het een impact heeft op de identiteit van de partijen in het rechtsgeschil en in het belangengeschil. De constellatie van de partijen in het belangengeschil en het rechtsgeschil is niet dezelfde.

Het juridische geschil dat aan de Hoge Raad werd voorgelegd, confronteert twee partijen die niet rechtstreeks in een belangenconflict zijn verwikkeld. De eiser in cassatie (Enerco) is een contractant (cliënt) van de ‘bestaakte’ werkgever Rietlanden. Het kolenveredelingsbedrijf Enerco heeft een kolenwasserij in de Amerikahaven te Amsterdam. Het wordt via zeeschepen bevoorraadt. Het op- en overslagbedrijf Rietlanden vormt een cruciale schakel. Enerco heeft een overeenkomst met Rietlanden gesloten om de zeeschepen die haar bevoorraden te lichten. Wegens de (letterlijk) geringe diepgang van de haven van Amsterdam moeten de zeesche-

pen in IJmuiden worden gelicht om de haven van Amsterdam te kunnen bereiken.

De verweerders zijn de vakbonden FNV Bondgenoten en VZC (Vereniging het Zwarte Corps). Zij hebben een belangenconflict met Rietlanden. Rietlanden wordt sedert 24 september 2012 met door de bonden georganiseerde collectieve acties geconfronteerd. Rietlanden is geen procespartij.

Wanneer het zeeschip *Evgenia* op 9 oktober 2012 de haven van IJmuiden binnenvaart, breekt bij Rietlanden een onaangekondigde staking uit. De werknemers van Rietlanden weigeren het schip via hun drijvende kranen te lichten. De *Evgenia* wordt afgemeerd naar een ankerplaats. De meest pragmatische uitweg voor Rietlanden of voor Enerco zou erin hebben kunnen bestaan om met een ander overslagbedrijf 'in zee te gaan'. Rietlanden had met een dergelijk bedrijf in onderaanneming kunnen werken of Enerco had een overeenkomst met zo'n bedrijf kunnen sluiten. Die weg wordt evenwel afgegrensd door een oproep van beide bonden om de schepen waarvan de lading door Rietlanden wordt overgeslagen te boycotten. Deze schepen worden 'besmet' verklaard. Beide bonden hebben immers een oproep gedaan tot de werknemers van de andere overslagbedrijven om de schepen van cliënten van Rietlanden 'uit solidariteit' met de stakende werknemers niet te lichten.

In de optiek van beide bonden zou een dergelijk beroep op aannemers een vorm van onderkruiperij vormen. Om die reden hebben zij de Arbeidsinspectie verzocht om een onderzoek bij Enerco te verrichten op het inzetten van onderkruipers.

2.2 Procedure

Het door beide bonden geformuleerde ordewoord om de schepen te boycotten kan op weinig begrip rekenen bij Enerco. De onderneming spant een kortgeding-procedure aan tegen beide bonden bij de voorzieningenrechter om hen te bevelen dit ordewoord in te trekken. In de beschikking van de Rechtbank Utrecht luidt het op omstandige wijze als volgt :

'Enerco vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. FNV Bondgenoten en VZC zal verbieden de litigieuze alsmede toekomstige lichter- en loswerkzaamheden ten behoeve van het bedrijf van Enerco als besmet te (blijven) merken en de uitvoering van die werkzaamheden anderszins te verhinderen, en hen in het bijzonder zal verbieden mededelingen te doen waardoor de indruk zou kunnen ontstaan dat andere stuwadoors dan Rietlanden de voormelde werkzaamheden niet worden geacht te verrichten, alles op straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 50.000,- voor iedere dag of gedeelte daarvan dat FNV Bondgenoten en VZC deze verboden niet of niet volledig nakomen;
2. FNV Bondgenoten en VZC zal gebieden om binnen twee uur na het te wijzen vonnis aan al hun leden en publiekelijk bekend te maken, onder meer op hun websites, dat de kwalificatie "besmet" voor de litigieuze en toekomstige lichter- en loswerkzaamheden ten behoeve van Enerco is opgeheven en FNV Bondgenoten en VZC zal gebieden ook overigens alle medewerking en steun

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

te verlenen aan de inschakeling door Enerco van andere stuwadoors dan Rietlanden voor die werkzaamheden, en actief te bevorderen dat Enerco een andere stuwadoor kan inschakelen, door het uitvaardigen van een persbericht, eveneens binnen twee uur na dit vonnis, met de volgende tekst:

“Terzake van de staking bij Rietlanden Terminals B.V. te Amsterdam wordt het uitvoeren van werkzaamheden in het kader van het lichten en de lossing van het m.s. ‘Evgenia’ ten behoeve van Enerco B.V. en overige werkzaamheden voor Enerco B.V. niet langer als besmet aangemerkt, en FNV Bondgenoten en Het Zwarte Corps ondersteunen alle maatregelen ter hervatting van deze werkzaamheden, in het bijzonder ook de uitvoering van die werkzaamheden door Amsterdamse collega-stuwadoors van Rietlanden.”

2.2.1 *Rechtbank Utrecht*⁵

De voorzitter van de Rechtbank Utrecht beslecht het geschil in het licht van artikel 6 jo. artikel G ESH. Voorafgaand aan de toepassing van beide artikelen op het geschil zet de voorzitter de belangrijkste beginselen uiteen. Hij herinnert eraan dat artikel 6 ESH een recht op het voeren van collectieve acties inhoudt van ‘werknemers of hun vertegenwoordigende vakbonden’ in het kader van ‘belangen- geschillen met werkgevers’.

De voorzitter erkent dat collectieve acties schadelijke gevolgen kunnen hebben. De beoordeling van die gevolgen staat los van de vraag of een litigieuze collectieve actie al dan niet onder artikel 6 ESH valt. Dit verdragsartikel dringt zich zowel op aan de bestaakte werkgever als aan ‘derden’. De schadelijke gevolgen worden wel meegewogen in het kader van de beoordeling van de rechtmatigheid van de collectieve actie in concreto. De voorzitter refereert hierbij aan de zorgvuldigheidsnorm die in artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW) wordt vooropgesteld. *Prima facie* wenkt een rechterlijke belangenafweging die de rechter veel beleidsmarge zou geven. Dit toetsingskader wordt evenwel verdragsrechtelijk ingekleurd via artikel G ESH. Die vaststelling beperkt de rechterlijke beoordelingsmarge aanzienlijk.

Vooreerst dient de rechter ervan uit te gaan dat de bij de uitoefening van het desbetreffende grondrecht betrokken belangen voor de vakbond en zijn leden zwaarwegend zijn. De voorzitter waarschuwt dat het de rechterlijke macht niet toekomt om in de beoordeling van het aan de collectieve actie ten grondslag liggende belangengeschil te treden. De proportionaliteitstoets die door artikel G ESH wordt geboden, laat slechts toe om het recht op collectieve actie af te wegen tegenover de in dat artikel uitdrukkelijk genoemde *rechten van derden* of in dat artikel genoemde *algemene belangen*. De inbreuk op die specifieke rechten of algemene beperkingen dient van die aard te zijn dat een beperking van het door het ESH gewaarborgde grondrecht *dringend noodzakelijk* is. Die in het licht van artikel G ESH ingekleurde proportionaliteitstoets dient volgens de voorzitter te worden gemaakt ‘met inachtneming van alle omstandigheden van het geval in onderling verband’.

5 Rb. Utrecht 18 oktober 2012, 331267/KG ZA 12-736 (rechtspraak.nl).

In de toepassing van dit leerstuk op het geschil gaat de voorzitter er op impliciete maar zekere wijze van uit dat de litigieuze collectieve actie onder artikel 6 ESH valt. Maatgevend is dat de besmetverklaring niet losstaat van een belangengeschil. Dit belangengeschil betreft niet de verhouding tussen de procespartijen, maar tussen de bonden en Rietlanden. De voorzitter onderscheidt in diezelfde zin eveneens de staking die Rietlanden trof van de besmetverklaring die Enerco trof. Enerco wordt door de voorzitter gemachtigd om de ‘aantasting van de rechten en vrijheden van anderen’ in de zin van artikel G ESH in te roepen. Hieruit kan worden afgeleid dat de voorzitter Enerco aanmerkt als een derde in het belangengeschil. Het valt overigens op dat Enerco noch de voorzitter een zichtbare poging doet om aan te geven welke rechten en vrijheden door de veroorzaakte economische schade worden aangetast. De voorzitter van de rechtbank focust zich eerder op de door Enerco aangevoerde economische schade.

Hij stelt duidelijk voorop dat de bewijslast voor de stelling dat de besmetverklaring disproportionele schade in de zin van artikel G ESH genereerde, bij Enerco ligt. Het is *niet* aan de bonden om aannemelijk te maken dat de uitoefening van hun grondrecht de rechten en de vrijheden van derden niet onrechtmatig schendt. Hij erkent als vaststaand dat de boycot dermate succesvol is dat de *Evgenia* niet elders kan worden gelost. Niettegenstaande aannemelijk werd gemaakt dat de besmetverklaring het Enerco onmogelijk maakte het schip te laten lichten, dat deze zou leiden tot het stilvallen van de kolenwasserij, tot het verlies van winst doordat zij haar cliënten geen gewassen kolen kon leveren, acht de voorzitter het bewijs van die disproportionele schade niet afdoende aangetoond. Volgens de voorzitter vergt dit een duidelijk zicht op de impact van die economische schade op de totale omzet en een zicht op de financiële positie van de onderneming. De voorzitter is niet onder de indruk van de boude bewering dat het faillissement voor de onderneming en een collectief ontslag van honderd werknemers dreigen. Die bewering werd immers niet hard gemaakt. De vordering wordt afgewezen en Enerco wordt in de proceskosten veroordeeld.

2.2.2 *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden*⁶

Tegen de beschikking wordt door Enerco beroep ingesteld bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Op het ogenblik dat het gerechtshof een arrest wijst (2 juli 2013), was het onderliggende collectieve belangengeschil tussen de bonden en Rietlanden zonder voorwerp geworden. De *Evgenia* was bovendien reeds lang gelost en de bonden hadden beslist om de besmetverklaring op te schorten.

Het hof is gelukkig tegemoetgekomen aan het intellectuele plezier van de annotator en besliste dat Enerco nog steeds over een belang beschikte om de beschikking in kort geding in beroep aan te vechten. Het materiële belang van Enerco om de beschikking te betwisten is gelegen in de omstandigheid dat Enerco werd veroordeeld in de proceskosten op basis van de door de kortgedingrechter gemaakte toetsing aan de proportionaliteit. Mocht die toets in beroep op juridische gronden onterecht zijn gebleken, dan zou die financiële staart ongedaan kunnen worden gemaakt.

6 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, JAR 2013/211, m.nt. E.M. Hoogeveen.

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

Het arrest van het gerechtshof is haast een negatieve spiegel van de beschikking van de Rechtbank Utrecht. Zo de Utrechtse voorzitter oordeelde dat de besmetverklaring onder het bereik van artikel 6 § 4 ESH viel, komt het gerechtshof tot een diametraal tegenovergesteld oordeel. Het erkent dat de (primaire) collectieve actie bij Rietlanden onder het bereik viel van artikel 6 § 4 ESH. Het hof heeft evenwel moeite om de (secundaire) collectieve actie, de besmetverklaring, als een collectieve actie in het kader van een belangengeschil aan te merken. Het gerechtshof komt tot die bevinding op basis van de overweging dat enkel de eerste collectieve actie een belangengeschil betrof en de tweede collectieve actie op 'andere ondernemingen dan Rietlanden' betrekking had. Een boycotactie zou om die reden niet onder artikel 6 ESH vallen, omdat de bonden een actie voeren die zich keert tegen een andere onderneming (Enerco) dan de onderneming tot wie de collectieve actie is gericht.

In een strikte redenering leidt een dergelijke analyse tot de conclusie dat geen enkele secundaire collectieve actie of solidariteitsactie nog inpasbaar zou zijn in de systematiek van artikel 6 § 4 ESH. Het gerechtshof lijkt daarmee te insinueren dat de boycotactie te ver af zou staan van het belangengeschil. In een daaropvolgende overweging lijkt het gerechtshof die zienswijze wat beter uit te werken. Het gaat immers in op de door de bonden gegeven argumentatie voor de noodzaak van de boycotactie. De bonden hadden klaarblijkelijk betoogd dat de boycotactie nodig was om hun onderhandelingspositie te verbeteren. Hun argumentatie was dat de staking kon worden gebroken indien Rietlanden beroep kon doen op een onderaannemer om de uitvoering van het contract tussen haar en Enerco veilig te stellen. Het hof is door deze uitleg niet overtuigd. Het lijkt het bevreemdend te vinden dat Rietlanden beroep zou doen op concurrenten in dezelfde sector om de staking te 'breken'.

Het gerechtshof legt daarbij de bewijslast op de schouders van de bonden om aan te tonen dat de toevlucht tot de secundaire actie adequaat zou zijn om het stakingsdoel te bereiken. Indien de bonden dit niet hard kunnen maken, is de collectieve actie onrechtmatig. Door de bewijslast bij de bonden te leggen neemt het hof hier duidelijk afstand van de benadering door de Rechtbank Utrecht. Het is blijkbaar aan de bonden om aan te tonen dat de collectieve actie *niet* onrechtmatig zou zijn.

Het gerechtshof besluit zijn arrest met een denkoefening ten overvloede waarin de proportionaliteit van de litigieuze actie wél wordt getoetst aan artikel G ESH. Dit veronderstelt dat de litigieuze actie wel degelijk onder de reikwijdte van artikel 6 ESH zou vallen. Het hof oordeelt in dit verband dat ook dan de Rechtbank Utrecht had moeten besluiten tot de disproportionaliteit. Het hof beperkt zich er evenwel toe te verwijzen naar de hiervoor genoemde overwegingen die verband hielden met het adequate karakter van de secundaire collectieve actie ten aanzien van het stakingsdoel.

2.2.3 Arrest van de Hoge Raad

De bonden hebben tegen dit arrest cassatieberoep ingesteld. Tegen de conclusie in van A-G Vlas oordeelt de Hoge Raad het cassatieberoep gegrond en vernietigt het hoogste rechtscollege het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

Het belangrijkste onderdeel van het cassatieberoep betrof de vraag of de litigieuze collectieve actie onder het bereik van artikel 6 § 4 ESH viel. De Hoge Raad oordeelt dat die litigieuze actie, in tegenstelling tot wat het gerechtshof daarover stelde, onder artikel 6 § 4 ESH valt. Maatgevend in het oordeel lijkt me het uitgangspunt dat het recht op collectieve actie de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen heet te waarborgen. Op dit geïsoleerde punt bestaat er geen grote tegenstelling tussen het arrest in cassatie en dat in beroep. Waar die teleologische onderschikking het gerechtshof noopt tot een weinig rekkelijke benadering van het begrip 'collectieve actie', oordeelt de Hoge Raad dat het recht op collectief onderhandelen een sociaal grondrecht betreft. De aard van dit grondrecht verzet zich tegen een restrictieve bejegening van de actiemiddelen. De Hoge Raad stelt voorop dat de werknemersorganisaties vrij dienen te zijn in de keuze van die middelen. Er is een grens. De gekozen actiemiddelen moeten 'redelijkerwijze' bijdragen tot de uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. De Hoge Raad meent dat het gerechtshof van Arnhem om twee redenen die *nexus* tussen de collectieve actie en het recht op collectief onderhandelen op een te rigide wijze heeft geïnterpreteerd. Vooreerst leest de Hoge Raad in tegenstelling tot de A-G het arrest van het gerechtshof als een categorische 'veroordeling' van de secundaire collectieve actie. Volgens de Hoge Raad heeft het gerechtshof geoordeeld dat 'een besmetverklaring als de onderhavige reeds buiten de reikwijdte van artikel 6 aanhef en onder 4 ESH valt op grond dat een zodanige actie wordt uitgevoerd in een ander bedrijf dan dat van de werkgever tegen wie de actie zich richt'. Daarmee werd onvoldoende onderzocht of een dergelijke besmetverklaring *redelijkerwijze* kan bijdragen tot het actiedoel.

De Hoge Raad is evenmin overtuigd door de door het gerechtshof geformuleerde overweging dat 'niet valt in te zien op welke wijze afbreuk zou worden gedaan aan het stakingsdoel met name de onderhandelingspositie van de bonden ten opzichte van Rietlanden, wanneer de loswerkzaamheden voor Enerco door een ander (mogelijk concurrerend) bedrijf konden worden verricht'. De Hoge Raad merkt in dit verband uitdrukkelijk op 'dat niet valt uit te sluiten dat een dergelijke besmetverklaring Enerco kan prikkelen druk uit te oefenen op Rietlanden'. De overwegingen doen de Hoge Raad met noodzaak besluiten tot de vernietiging van het arrest. De Hoge Raad onderzoekt evenwel of de argumentatie die door het gerechtshof 'ten overvloede' werd aangedragen, alsnog het oordeel van dit gerechtshof zelfstandig kan dragen. De Hoge Raad struikelt evenwel over de wijze waarop het gerechtshof die argumentatie heeft uitgewerkt. Het gerechtshof verwijst immers naar zijn overwegingen die betrekking hadden op de vraag of de secundaire actie al dan niet onder artikel 6 § 4 ESH valt. Van die overwegingen kan geen dubbel gebruik worden gemaakt, om in een tweede moment aan te tonen dat de secundaire collectieve actie voor zover ze wel onder het ESH zou vallen alsnog onrechtmatig moet worden geacht.

De Hoge Raad had hiermee kunnen volstaan, maar zet op gelukkige wijze de punten op de spreekwoordelijke 'i' door de regels van de stelplicht in herinnering te brengen. De Hoge Raad sluit daarbij impliciet maar naadloos aan bij de door de Rechtbank Utrecht gemaakte overweging. Een collectieve actie die binnen het bereik van artikel 6 § 4 ESH valt, dient in beginsel als rechtmatig te worden aan-

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

gemerkt. De Hoge Raad legt de bewijslast van de disproportionaliteit op de schouders van Enerco. Het is niet aan de bonden om aan te tonen dat hun collectieve actie de toets doorstaat. De Hoge Raad legt de zwaktes van het door Enerco geleverde bewijs bloot. Er werden onvoldoende vaststellingen gemaakt over de omvang van de schade, over de betrokken belangen en de relevante overige omstandigheden. De Hoge Raad merkt in dit verband uitdrukkelijk op dat de bonden de schade hebben betwist en hebben aangevoerd dat er geen sprake zou zijn van *duurzame* gevolgen voor Enerco.

3 De rechtspositie van de solidariteitsstaking, enkele rechtsvergelijkende beschouwingen

3.1 Het begrip 'solidariteitsstaking'

Het begrip 'solidariteitsstaking' of 'sympathiestaking' betreft geen wettelijk gedefinieerd begrip. Het begrip duikt niet op in het ESH, noch in enige wettelijke bepaling van de Nederlandse rechtsorde. Het begrip wordt evenmin gedefinieerd in het door het secretariaat van de Benelux uitgegeven *Sociaalrechtelijk Woordenboek*.⁷

Doctrinale definities in de Nederlandstalige doctrine (Nederland en België) zijn erg schaars. Niettegenstaande dat het in Nederland en België niet ontbreekt aan diepgravende monografieën waarin voorafgaand aan het NS-arrest gezocht werd naar een juridische grondslag voor het recht te staken, treft men daarin zelden een definitie aan. Zo weiden Zonderland en Rood wel uit over de solidariteitsstaking, maar definiëren ze deze begrippen niet.⁸ Die vaststelling gaat ten dele ook op voor België. In het magistrale en zeer interdisciplinair opgezette proefschrift van Rigaux⁹ dat enkele jaren voor het Belgische mijlpaalarrest Debruyne¹⁰ van het Belgische Hof van Cassatie werd verdedigd, wordt evenmin een sluitende definitie gegeven. De meest expliciete definitie trof ik aan in een ouder Belgisch proefschrift van Suetens. Hij definieerde de sympathie- of solidariteitsstaking als een staking die 'tot doel heeft de eisen van andere stakers te steunen en aldus bij te dragen tot hun sukses'.¹¹ Het komt me voor dat die benadering van de 'solidariteitsstaking' te eng is. Ze veronderstelt dat de werknemers met wie men solidair wil zijn, de mogelijkheid hebben om zelf naar het stakingswapen te grijpen en dat ook hebben gedaan. Solidariteitsstakingen zijn mijns inziens niet *per se* secundaire acties. In Panhonlibco had men van doen met de praktijk van de *International Transport Workers Federation* (ITF) om schepen die onder een zogeheten *flag of*

7 Benelux Economische Unie, Sociaalrechtelijk Woordenboek, Brussel 1977, p. 268.

8 Zie o.a.: M. Rood, Naar een stakingswet, Deventer: Kluwer 1978, p. 201; P. Zonderland, Recht en plicht bij staking en tegenstaking, Deventer: Kluwer 1974, p. 380.

9 M. Rigaux, Staking en bezetting naar Belgisch recht, Antwerpen: Kluwer 1979, p. 527.

10 Het arrest Debruyne is de tegenhanger van het NS-arrest aan Belgische zijde, waarin het hoogste Belgische rechtscollege het bestaan erkent van het recht te staken. Cass. 19 december 1981, R.W. 1981/82, p. 2531 e.v. Zie ook M. Rigaux, Omtrent de juridisch aard van de werkstaking, R.W. 1981/82, p. 2540-2550.

11 Enkel de spelling van het proefschrift is progressief. L.P. Suetens, De werkstaking in het publiekrecht van de landen der Europese gemeenschappen, Brugge: Die Keure 1963, p. 32.

convenience voeren te boycotten.¹² Een vlag die niet overeenstemt met het land waar een reder is gevestigd, is voor de ITF verdacht. De ITF roept regelmatig op om schepen die onder zo'n vlag varen niet te laden en te lossen, vanuit de overtuiging dat de arbeidssituatie van de bemanning te precair is om hen toe te laten naar het stakingswapen te grijpen. Dergelijke acties moeten niet noodzakelijk worden weggezet als verdoken protectionistische uitwassen vanwege de dokwerkers. Dokwerkers oefenen niet enkel een ander metier uit, ze zijn actief in een andere bedrijfstak. Zo behandelt Jacobs in tegenstelling tot Rood in zijn handboek *Collectief arbeidsrecht* het arrest Panhonlibco onder de noemer solidariteits- of sympathiestakingen.¹³

Men dient er zich in dit verband vooral voor te hoeden om stakingen die zich richten tot een 'andere' werkgever, maar zich keren tegen de 'eigen' werkgever, alleen al om die reden als solidariteitsstakingen te kwalificeren of als uitingen van 'externe' solidariteit. Het betreft een totaal verouderd denkschema dat er ten onrechte van uitgaat dat de rechtspersoon die een arbeidsovereenkomst als contractuele werkgever tekent, de persoon is wiens beleid bepalend zou zijn voor de belangen van de werknemers die naar het stakingswapen grijpen. Het Britse recht vormt de perfecte illustratie van de benadering die werknemers finaal verhindert om *hun* belangen te verdedigen tegen een rechtspersoon die een bepaalde onderneming leidt, casu quo zal leiden. In dit verband mag worden herinnerd aan de wederwaardigheden in het arrest Unison.

In RMT weidt het EHRM uit over het onderscheid tussen de staking die in de zaak Unison¹⁴ centraal staat en de staking die centraal stond in het RMT-arrest. Het EHRM meent dat de staking in Unison een primaire actie betrof. Naar Brits recht werd de staking die bij een overdrager plaatsvond echter benaderd als een staking omtrent eisen die gericht waren tot de overnemer en die op de toekomst betrekking hadden. Het EHRM oordeelt dat bij eigenlijke secundaire acties (zoals in RMT) méér rekening moet worden gehouden met de rechten en de belangen van derden, omdat secundaire acties 'broader ramifications' hebben. Deze passage suggereert dat het EHRM bij solidariteitsstakingen of secundaire acties mogelijk toch iets meer gevoelig is voor de rechten en de belangen van derden. Hieruit blijkt ook dat de kwalificatie secundair/primair een autonoom karakter heeft. Tekenend lijkt me eveneens de kritiek die het ECSR in zijn laatste conclusie heeft uitgeoefend op de litigieuze Britse bepalingen. Het ECSR stelde:

'that employees nowadays often do not work solely for and under the direction of a single clearly defined employer, as evidenced by outsourcing, working in networked organisations, the formation of inter-organisational partnerships, particularly in public services, but also more use of agency staff, secondments and joint partnership working. The result is a far more diverse

12 Zie in dit verband: D. Fitzpatrick & M. Anderson, *Seafarers' rights*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 24-28; D. Fitzpatrick, *Transnational Collective Action: the FOC campaign. Case Study*, in: F. Dorsssement, T. Jaspers & A. van Hoek (red.), *Cross-border Collective Actions in Europe: A legal challenge*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 85-92.

13 A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 189-190.

14 EHRM 10 januari 2002, nr. 53574/99.

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

and complex matrix of contractual relationships with workers who used to share the same employer being split amongst different employers, even while they may find themselves simultaneously brought together with workers from other industries under new employment arrangements. As a consequence, trade unions increasingly find themselves representing a workforce whose terms and conditions are to a large extent not determined by their direct employer.'

Het ECSR maakte duidelijk dat het niet gebonden was aan de eerder beperkende interpretatie die aan het recht op solidariteitsactie was gegeven door het Straatsburgse Hof. De specificiteit van artikel 6 § 4 ESH zou volgens het ECSR een meer rekkelijke interpretatie rechtvaardigen:

'The Committee notes that Article 6 §4 of the Charter is more specific than Article 11 of the Convention. It therefore considers that while the rights at stake may overlap, the obligations on the State under the Charter extend further in their protection of the right to strike, which includes the right to participate in secondary action.'¹⁵

Het intellectuele vermogen om een *corporate veil* te doorprikken en aldus te opteren voor een meer institutionele benadering van het werkgeversbegrip, draagt bij tot het nuttig effect van bepaalde rechtsregels. Men ziet niet goed in waarom deze attitude ook niet heilzaam zou zijn in de beoordeling van de solidariteitsstaking. In de zaak Albron brak het Hof van Justitie van de Europese Unie reeds een lans voor een andere benadering van het werkgeversbegrip.¹⁶ In die benadering komt de niet-contractuele werkgever meer en meer in het vizier. In de Nederlandstalige versie van de Richtlijn Overgang wordt gewag gemaakt van de 'ondernemer'. Indien een vermeende solidariteitsstaking zich richt tot die ondernemer, is mijns inziens geen sprake van een authentieke solidariteitsstaking. Met de aan hem toegebrachte schade kan dan mijns inziens niet of slechts marginaal rekening worden gehouden.

3.2 Nederland

Het Enerco-arrest van de Hoge Raad is een mijlpaalarrest voor de rechtspositie van de solidariteitsstaking naar Nederlands recht.¹⁷ Tot op heden was het Panhonicco-arrest het enige baken waarop vakbonden en werknemers zich konden oriënteren. Dit arrest kwam tot stand in een tijdsschamier waarin van een ESH géén sprake was. Voor de Hoge Raad was de principiële erkenning van een recht

15 ECSR, Conclusions, XX-3 (Verenigd Koninkrijk).

16 HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09. Voor een annotatie: R.M. Beltzer & I.A. Haanappel, Het Hof van Justitie en zijn benigna interpretatio van werkgever en werknemer, ARA 2011/1, p. 57-77; F. Dorssemont, Overgang van onderneming en ter beschikkingstelling van werknemers. Enkele beschouwingen in de marge van de zaak Albron, Sociaalrechtelijke Kronieken 2012, p. 114-119.

17 Zie voor de rechtspositie van de solidariteitsstaking naar Nederlands recht: A.T.M. Jacobs, Dutch Labour Law report, in: F. Dorssemont, T. Jaspers & A. van Hoek (red.), Cross-border Collective Actions in Europe: A legal challenge, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 186-190.

op *collectieve* actie ondenkbaar. Het concept maakte *anno* 1960 immers geen deel uit van het juridische taaleigen. Het referentiekader van de Hoge Raad is louter individueel arbeidsrechtelijk van aard. Het is binnen de logica van het klassieke verbintenissenrecht dat een rechtvaardiging diende te worden gevonden voor de contractuele wanprestatie. De Hoge Raad aanvaardde schoorvoetend dat er 'omstandigheden' kunnen zijn die van die aard zijn 'dat naar heersende rechts-overtuiging in redelijkheid niet kan worden gevergd den arbeid voort te zetten'. De Hoge Raad oordeelde dat die 'omstandigheden' in beginsel moeten worden gesitueerd binnen de verhouding tussen de werkgever en zijn werknemers. Een stakingsdoel dat aan die verhouding vreemd is, geeft in de optiek van de Hoge Raad slechts aanleiding tot een gerechtvaardigde staking indien 'algemene belangen of zedelijke beginselen' (*sic*) in het geding zijn. Blijkbaar oordeelde de Hoge Raad dat sociaal rechtvaardige arbeidsverhoudingen op schepen die onder een *flag of convenience* varen, niet geschraagd worden door zedelijke beginselen. Onduidelijk blijft of de Hoge Raad daarmee suggereert dat de socio-economische sfeer ontsnapt aan de beginselen van de zedelijkheid, dan wel of niet was aangetoond dat de omstandigheden aan boord van de besmet verklaarde schepen onzedelijk waren. Het eerste standpunt lijkt me problematisch in het huidige tijdsscharnier, waarin ondernemingen de borst nat maken en de loftrompet doen schallen over hun eigen maatschappelijk verantwoord ondernemerschap.

Het Panhonlibco-arrest is alleszins een gedateerd arrest.¹⁸ Een van de doorslaggevende beweegredenen die de Hoge Raad in Panhonlibco tot een negatieve beoordeling van de legitimiteit van de solidariteitsboycot deed besluiten, was immers de omstandigheid dat de actie 'haar aanleiding vindt in omstandigheden welke de werkgevers niet hebben opgeroepen en ook niet kunnen beïnvloeden'. In het NS-arrest was eveneens sprake van een eisenbundel waarop de bestaakte werkgever geen enkel antwoord kon bieden. Dit was voor de Hoge Raad *geen* aanleiding om de principiële toepasselijkheid van artikel 6 § 4 ESH uit te sluiten.¹⁹

Het Panhonlibco-arrest zinderde tot na de erkenning van het recht op collectieve actie nog lang na, ook al mag hier worden opgemerkt dat de (gepubliceerde) jurisprudentie over solidariteitsacties schaars is. Die onbetwistbare vaststelling doet de moeilijk te beantwoorden vraag rijzen of het arrest Panhonlibco ontradend heeft gewerkt ten aanzien van het organiseren van solidariteitsacties. In de jurisprudentie van het EVRM zou men dan gewag maken van een problematisch geacht 'chilling effect'. Uit de (schaarse) jurisprudentie die volgde op het Panhonlibco-arrest spreekt alleszins een zeer zuinige tolerantie ten aanzien van uit solidariteit gevoerde acties. In alle gevallen slaagden bestaakte werkgevers tegen wie de collectieve actie zich keerde erin om die collectieve actie uit solidariteit te doen verbieden. Het NS-arrest maakte daarbij klaarblijkelijk *niet* het verschil.

18 Zie in die zin: L. Tilstra, *Grenzen aan het stakingsrecht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 98, A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, Deventer: Kluwer 2004, p. 58; F.M. Dekker, noot onder HR 31 oktober 2014, ArUpdates.

19 Zie in dit verband de boeiende parallel die door Dekker wordt getrokken tussen het NS-arrest en het Panhonlibco-arrest: F.M. Dekker, noot onder HR 31 oktober 2014, ArUpdates.

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

Drie zaken gaan aan het NS-arrest vooraf. In de nasleep van het Panhoblico-arrest werden twee boycotacties en één stakingsactie verboden.²⁰ De eerste boycotactie betrof een oproep van de Centrale van Zeevarenden ter Koopvaardij en Visserij (CKV) om geen loswerkzaamheden te verrichten uit solidariteit met stakende havenarbeiders in de Verenigde Staten.²¹ Concreet werd in deze zaak aan de schepelingen gevraagd om de bagage van de passagiers te lossen. Deze taak behoorde niet tot hun normale takenpakket. Ze werd immers verricht door de Amerikaanse havenarbeiders aan wal. De vakbond riep de schepelingen op om geen besmet werk te verrichten. Het onderscheid met de feitelijke casuspositie in Panhonlibco is aanzienlijk. In de CKV-zaak staat immers een praktijk van onderkruiperij centraal. De bonden vroegen aan de onder een Nederlandse vlag varende schepelingen om een staking van de Amerikaanse havenarbeiders niet te breken. De circulaire betreft duidelijk een secundaire collectieve actie ter ondersteuning van de havenarbeiders die een primaire actie voeren. Het Gerechtshof Den Haag meende dat de Nederlandse schepelingen gehoor dienden te geven aan de volgens het hof redelijke instructie van de werkgever. Daarbij werd wel meegewogen dat het lossen van de bagage niet volstond om de staking van de havenarbeiders te breken.

De tweede boycotactie kaderde evenmin in een *flag of convenience*-campagne. In casu werd door een derde partij beslag gelegd op een lading Chileens koper die door de *Birte Oldendorff* werd vervoerd. De Nederlandse bonden riepen de Nederlandse havenarbeiders op de in beslag genomen waren niet te lossen. Daardoor ontstond een catch 22-situatie. Het Nederlandse schip kon immers niet verder varen zolang de lading waarop beslag werd gelegd niet werd gelost. De Nederlandse bonden verdedigden hun boycot ter wille van de solidariteit met de Franse havenarbeiders in Le Havre die geacht werden de lading koper te lossen. Die oproep werd door de voorzitter van de Rechtbank Rotterdam verboden.²²

Een daaropvolgende zaak situeert zich niet in de maritieme sector. De ambtenaren van de gemeentelijke reinigingsdienst staakten uit solidariteit met collega's uit de private sector.²³ In deze beschikking wordt het recht te staken niet onderworpen aan een teleologische restrictie, maar aan een materiële beperking. De voorzitter van de rechtbank oordeelde *niet* dat de staking gelet op haar solidaire doelstelling verboden diende te worden. Hij woog deze doelstelling en de daarmee samenhangende belangen af tegen het algemene belang van een goed functionerende reinigingsdienst. Die materiële belangenafweging viel negatief uit voor de betrokken ambtenaren. Onverbeterlijke optimisten zouden hierin een opening kunnen zien. Impliciet wordt erkend dat de solidariteitsstaking een legitiem doel dient. In het anders liggende geval dringt zich immers geen noodzaak tot afwijging op.

De meest interessante zaak dateert van na het NS-arrest. Ze betreft een beschikking van de president van de Rechtbank Amsterdam van 26 augustus 1998.²⁴ De

20 Zie voor het relaas van deze twee boycotacties ook: H. van den Berg, P. Fortuyn & T. Jaspers, De ontwikkeling van het stakingsrecht in Nederland, Nijmegen: Sun 1978, p. 355, 367-368.

21 Hof Den Haag 21 december 1962, NJ 1963/35.

22 Rb. Rotterdam 24 oktober 1972, NJ 1972/457.

23 Vz. Rb. Utrecht 11 maart 1982, NJ 1982/346.

24 Pres. Rb. Amsterdam 26 augustus 1998, JAR 1998/195.

Vereniging van Nederlandse Verkeersvliegers (VNV) te Amstelveen verklaarde zich solidair met de collega's van Northwest Airlines. De Amerikaanse vakbonden hadden immers een staking uitgeroepen tegen hun werkgever naar aanleiding van een belangengeschil over regulier cao-overleg met betrekking tot hun arbeidsvoorwaarden. Voor een juist begrip van deze zaak is het belangwekkend aan te geven dat KLM en Northwest Airlines door een joint venture-overeenkomst zijn verbonden. Ingevolge die overeenkomst, gesloten voor een duur van tien jaar, verbonden beide maatschappijen zich tot *codesharing*. Ze werkten samen op bepaalde Noord-Atlantische lijnen naar enkele belangrijke Amerikaanse steden. De VNV besliste uit solidariteit om werkzaamheden, vluchten en capaciteitsuitbreidingen uitgevoerd voor of namens Northwest Airlines als besmet te verklaren. Die besmetverklaring was in zoverre overbodig omdat KLM zich reeds in de cao had verbonden om niet aan dergelijke praktijken mee te werken. De VNV poogde op die manier allicht te vermijden dat Northwest Airlines via die operaties de staking zou breken. Bovendien werd op een later moment beslist dat de KLM vluchten tussen Amsterdam en Minneapolis niet meer uit diende te voeren. Die laatste collectieve actie werd minder geapprecieerd door KLM. De werkgever vorderde het verbod van die solidariteitsstaking in een kortgedingprocedure.

Deze case draait in tegenstelling tot de Enerco-zaak niet over 'besmet werk'. Niet-tegenstaande de KLM-piloten en de Northwest-piloten door onderscheiden cao's zijn gedekt, betoogde de VNV dat de collectieve actie géén zaak was van puur altruïsme. De VNV was duidelijk bezorgd dat een te grote divergentie tussen de arbeidsvoorwaarden een *level playing field* ondermijnde en op lange termijn de werkgelegenheid binnen de KLM dreigde te ondermijnen. Voorts betoogde de pilotenbond dat solidariteitsacties door artikel 6 § 4 ESH worden gedekt. Geen van beide argumenten heeft de president klaarblijkelijk kunnen vermurwen. Zonder uitdrukkelijk te ontkennen dat de Nederlandse pilotenbond een belang had bij enige convergentie op het vlak van arbeidsvoorwaarden tussen twee maatschappijen die op het vlak van quota en tewerkstelling als communicerende vaten dreigden te werken, oordeelde de president dat een dergelijk belangengeschil maar aan de orde had moeten worden gesteld in het cao-overleg dat op het ogenblik van de stakingsaanzegging net was afgesloten. Dit onderdeel van de beschikking lijkt me uiterst onduidelijk. De KLM-cao hulde zich op dit punt in een volslagen mutisme, ondanks pogingen van de bonden om hierover afspraken te maken. Men ziet dan ook niet in waarom de cao een argument zou kunnen vormen voor een stakingsverbod omtrent een belangenconflict dat niet door deze cao was geregeld. De cao bevatte evenmin een absolute vredesclausule.

De president van de rechtbank oordeelde dat de solidariteitsstaking van de piloten buiten de reikwijdte viel van artikel 6 § 4 ESH, omdat de staking niet 'functioneel is ter waarborging van de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen van de bij Northwest werkzame verkeersvliegers'. Positief aan deze redenering lijkt me te zijn dat de president *niet* eiste dat de collectieve actie nuttig zou zijn voor een collectief overleg dat plaatsvindt tussen de actievoerende werknemers en hun werkgever. De president maakte het bewijs van de genoemde functionaliteit wel knap lastig. Voor hem diende immers te worden aangetoond dat de Amerikaanse bonden bij afwezigheid van een solidariteitsactie niet in staat

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

zouden zijn te onderhandelen of actie te voeren. Dat uitgangspunt lijkt me steriel en formalistisch. Maatgevend is immers dat de collectieve actie een doelmatige uitoefening (*effective exercise*) van het collectief overleg in de zin van artikel 6 ESH dient. De president was niet bekommerd om dergelijke doelmatigheid, waar hij het feit dat 'Northwest mogelijk eerder zou kunnen zwichten voor de verlangens van haar piloten, indien ook de piloten van KLM een deel van hun taken vanwege solidariteit met hun collega's bij Northwest niet uitvoeren' klaarblijkelijk niet relevant vond.

Dekker heeft erop gewezen dat deze functionele beoordeling van de legitimiteit van de solidariteitsstaking in het licht van een proces van collectief overleg vergelijkbaar is met de door de Hoge Raad in Enerco gevolgde redenering.²⁵ Hij lijkt me evenwel te veronachtzamen dat de Hoge Raad de lat van de bewijslast aanzienlijk lager legt.

3.3 België

In België werd het recht te staken erkend in het eerder aangehaalde arrest Debruyne (1981) van het Belgische Hof van Cassatie. Voor de juridische grondslag van dit recht kon géén nuttig gebruik worden gemaakt van het ESH. Op het ogenblik dat de aan het Belgische Hof van Cassatie voorgelegde feiten speelden, was het ESH nog niet geratificeerd. Om die reden werd inspiratie gezocht in de Wet Prestaties Algemeen Belang in Vredestijd (1948). Deze administratiefrechtelijke wet, die formeel niet de relatie raakt tussen werknemers en werkgevers, verzekert het verrichten van prestaties die noodzakelijk zijn 'om vitale behoeften van het land' te verzekeren en het in stand houden van machines of het materiaal te waarborgen. De wet is van toepassing in geval van een werkstaking en een lock-out. Uit die zorg van de wetgever werd door het Belgische Hof van Cassatie via een betwistbare *a contrario* redenering afgeleid dat stakingen of lock-outs die dergelijke prestaties niet in het gedrang brengen, oorbaar zouden zijn. Het Belgische Hof van Cassatie construeerde op deze wijze een recht om de contractuele bedongen arbeid niet te verrichten wegens de 'collectieve en de vrijwillige stopzetting van de arbeid'. Het erkennen van 'een recht te staken' kreeg het Belgische Hof van Cassatie niet uitdrukkelijk over de lippen.

Gepubliceerde Belgische rechtspraak over sympathie- of solidariteitsstakingen voorafgaand of volgend op dit mijlpaalarrest is evenwel uiterst schaars. De inzet van de discussie over de rechtspositie van de solidariteitsstaking ging in een tijdscharnier dat aan de erkenning van het stakingsrecht voorafging, *nooit* over de vraag of een staking een contractuele fout uitmaakt.²⁶ Maatgevend was de vraag hoe zwaar die fout moest worden gesanctioneerd. Concreet rees in het verleden vooral de vraag of de solidariteitsstaking een uitdrukking vormde van de wil van de werknemers de arbeidsovereenkomst te beëindigen, dan wel een dringende reden was voor ontslag op staande voet of een fout betrof die aanleiding kon geven tot schadevergoeding.

25 Zie de noot van F.M. Dekker onder HR 31 oktober 2014, ArUpdates.

26 Voor een indrukwekkende rechtshistorische studie van dit debat onder rechtsgeleerden: I. Van Hiel, Staking en collectieve actie in de naoorlogse Belgische rechtspraak, TSR 2012/2, p. 151-179.

Rigaux²⁷ haalt in zijn proefschrift een arrest aan van de *Conseil des Prud'hommes* van Luik van 23 februari 1963.²⁸ Het betreft een atypische solidariteitsstaking. In casu diende de Raad zich uit te spreken over de geldigheid van een patronale retorsiemaatregel naar aanleiding van een *interne* solidariteitsstaking. Werknemers eisten de re-integratie van enkele werknemers die aan de staking tegen de Belgische Eenheidswet hadden deelgenomen. De werkgever had ingeroepen dat de solidaire werknemers daardoor impliciet de wil tot uitdrukking hadden gebracht de arbeidsverhouding te beëindigen. In dit arrest maakt de Werkrechtersraad Beroep onder het voorzitterschap van de Belgische rechtsgeleerde Horion korte metten met de patronale interpretatie van deze solidariteitsstaking. Uitgerekend voor een solidariteitsstaking leek immers de redenering dat deelname aan een staking kon worden geïnterpreteerd als een stilzwijgende wilsuiting om de arbeidsovereenkomst te beëindigen onhoudbaar. Immers, de werknemers eisten geenszins een wijziging van de op hen van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden. Een gevolg van deze redenering was dat uitgerekend de solidariteitsstaking beter beschermd leek dan de klassieke professionele staking. Rood liet om die reden niet na de redenering die door Horion in een aantal doctrinale geschriften werd beleden, als merkwaardig te kwalificeren.²⁹

Diezelfde redenering gaat eveneens op voor externe solidariteitsstakingen en voor de tot de overheid gerichte staking. Het Belgische Hof van Cassatie zou dit schema in zijn mijlpaalarrest van 23 november 1967 overnemen in een geval van een tot de overheid gerichte staking.³⁰

Het Cassatie-arrest van 21 december 1981 veranderde de inzet van de discussie radicaal. Het Belgische Hof van Cassatie besloot immers tot het bestaan van een recht om de contractueel bedongen arbeid wegens staking niet uit te voeren. De vraag rees of die erkenning uitzondering zou lijden in het geval van een solidariteitsstaking. Het arrest van het Belgische Hof van Cassatie gaat niet in op deze vraag. Verwonderlijk is dit niet, nu de staking in casu een 'professionele staking' betrof. In zijn conclusie schonk A-G Lenaerts wel klare wijn.³¹ Aangezien de onwaarschijnlijke grondslag van het stakingsrecht te vinden was in de Wet Prestaties Algemeen Belang in Vredestijd, was voor de A-G slechts de definitie van de staking in deze wet relevant. De wetgever verwijst naar dit fenomeen als de 'collectieve en vrijwillige stopzetting van de arbeid'. Niets in de wet laat dan ook volgens de A-G toe om de principiële erkenning van het recht te staken te beperken in functie van deze of gene doelstelling van de staking. A-G Lenaerts meent dan ook dat alle vormen van staking in de door de wetgever gegeven definitie principieel erkend zijn. Hij stelt dat al die stakingen op dezelfde voet geplaatst worden. Een werknemer heeft volgens de A-G het recht om aan 'om het even welke staking deel te nemen'. Hij noemt bij wijze van illustratie de politieke en de in zijn ogen

27 Rigaux 1979, p. 399.

28 Werkrechtersraad Beroep 23 februari 1963, Tijdschrift voor Sociaal recht 1963, p. 129.

29 Rood 1978, p. 21.

30 Hof van Cassatie 23 november 1967, Tijdschrift voor Sociaal Recht 1967, p. 351.

31 Conclusie A-G bij Hof van Cassatie 19 december 1981, RW 1981-82, p. 2527-2531.

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

‘wilde’ (lees: spontane) staking. Er is geen enkele reden waarom die brede erkenning niet eveneens betrekking zou hebben op de solidariteitsstaking.

De meeste vonnissen of arresten die in de Belgische doctrine met het vraagstuk van de solidariteitsstaking worden geassocieerd, hebben in werkelijkheid betrekking op het aan de Franse doctrine ontleende onderscheid tussen de interne en de externe ‘solidariteit’. Dit geldt ook voor de enige gepubliceerde affaire die op het mijlpaalarrest van 1981 volgde. In een arrest van 16 september 1987 boog het Arbeidshof van Luik zich over de rechtmatigheid van een ontslag om dringende redenen van een werknemer van een van de maatschappijen van de groep Cockerill.³² De man werd ontslagen omdat hij als werknemer van een dochtermaatschappij actief had deelgenomen aan een collectieve actie die gericht was tegen de moedermaatschappij. Het betoog van de werkgever dat een dergelijke solidariteitsstaking van een werknemer met het lot van de werknemers van een andere maatschappij een verboden ‘externe solidariteitsstaking’ betrof, trof geenszins doel. Het Arbeidshof van Luik oordeelde dat de nauwe verwevenheid tussen de verschillende onderdelen van de groep en de vaststelling dat het door de moeder gevoerde beleid (dat het gevolg was van een overheidsbeleid ten aanzien van zieltoegende staalindustrie) alle werknemers van die groep trof. Het Arbeidshof van Luik verzette zich tegen de diskwalificatie van deze staking als een professionele staking. Het is erg gevaarlijk om in navolging van enkele Belgische advocaten uit dit arrest *a contrario* af te leiden dat zuivere externe solidariteitsstakingen om die reden onwettig zouden zijn.³³ Deze vraag diende immers door het Arbeidshof van Luik niet te worden beslecht. Recent werd dit standpunt zonder verdere onderbouwing herhaald door alweer twee Belgische advocaten.³⁴ Een analyse van de Belgische rechtspraak leidt dan ook slechts tot de conclusie dat de rechtmatigheid van stakingen die uit externe solidariteit werden gevoerd tot op heden niet ter beoordeling werden voorgelegd. Het is evenwel niet vermetel om aan te nemen dat dergelijke stakingen in het licht van de conclusie van A-G Lenaerts principieel als de uitoefening van het naar Belgisch recht erkende recht te staken moeten worden beschouwd. Er is mij slechts één recent doctrinaal geschrift bekend waarin deze stelling wordt ontkend op basis van een weinig overtuigend en ondeugdelijk gebruik van oudere doctrine die voorafgaat aan het mijlpaalarrest Debruyne.³⁵

32 Arbh. Luik 16 september 1987, Sociaalrechtelijke Kronieken 1988, p. 162. (Het betreft het beroep tegen Arbrb. Luik 11 februari 1986, Sociaalrechtelijke Kronieken 1986, p. 176). Zie ook: P. Humblet, Belgian Labour report, in: F. Dorssemont, T. Jaspers & A. van Hoek (red.), Cross-border Collective Actions in Europe: A legal challenge, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 100.

33 C. Willems & F. Lagasse, Reflexions sur la grève de solidarité, JTT 1988, p. 153-155.

34 F. Saelens & S. Marquant, Stakingen en stakingspiketten, een stand van zaken, Orientatie 2008, p. 133.

35 Saelens & Marquant 2008, p. 133.

3.4 Frankrijk

Niettegenstaande dat het recht te staken in Frankrijk grondwettelijk beschermd wordt, is het statuut van de solidariteitsstaking naar Frans recht zeer precair.³⁶ Een preambule van de Franse grondwet erkent slechts dat het recht te staken wordt erkend binnen de perken van de wetten die dat recht reguleren (*'le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent'*). Bij afwezigheid van een stakingswet werden de contouren van het recht te staken door de jurisprudentie afgebakend. Het Franse Hof van Cassatie heeft het recht te staken gedefinieerd als een collectieve en geconcerteerde stopzetting van de arbeid teneinde 'professionele' eisen (*revendications professionnelles*) af te dwingen. Voor de beoordeling van de legitimiteit van een solidariteitsstaking is vereist dat de door de stakers geformuleerde eisen 'hun' professionele belangen dienen. In de Franse doctrine wordt om die reden veelal een onderscheid gemaakt tussen stakingen die een uitdrukking zijn van interne solidariteit en stakingen die een uitdrukking zijn van externe solidariteit. Een interne solidariteitsstaking is een staking waarin stakende werknemers hun solidariteit betonen met de belangen van werknemers binnen dezelfde onderneming. De legitimiteit van die stakingen vormt geen probleem. In een zekere zin is elke staking van het gewone type een uiting van solidariteit onder werknemers van dezelfde onderneming.

Een externe solidariteitsstaking is een staking die door werknemers van een onderneming A uit sympathie met werknemers van een onderneming B wordt gevoerd. Het vereiste dat stakende werknemers *hun* professionele belangen dienen na te streven, bemoeilijkt in de praktijk aanzienlijk de legitimiteit van solidariteitsstakingen. Tenzij werknemers erin slagen een afdoende band tussen de belangen van de werknemers in beide ondernemingen aan te tonen, zal Barbortje hangen. Kortom, louter altruïstische solidariteitsstakingen maken er weinig kans. Solidariteitsstakingen uit sympathie met werknemers van een andere werkgever die op dezelfde site werken, kunnen wel door de beugel. Het Franse Hof van Cassatie biedt ook ruimte voor stakingen die worden gevoerd uit solidariteit met werknemers van een andere onderneming die zich niet op dezelfde site bevinden. Maatgevend is evenwel dat de stakende werknemers aantonen dat zij een eigen professioneel belang hebben bij een dergelijke 'solidariteit'.

3.5 Duitsland

De solidariteitsstaking staat in Duitsland op gespannen voet met het DNA van het Duitse collectief arbeidsrecht. Het stakingsrecht wordt er strak gekoppeld aan het beginsel van *Tarifvertragbezogenheit* en van de *Waffengleichheit*.³⁷ Collectieve acties moeten verband houden met een proces van collectief onderhandelen. De Duitse rechtsorde hecht aan de idee dat de collectieve slagkracht van werkgevers en die van de bonden aan elkaar gewaagd moeten zijn. Die gelijkheid waarborgt

36 Zie de volgende bijdragen: H. Sinay & J.Cl. Javillier, *La grève*, Parijs : Dalloz 1984, p. 204-208; B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, Parijs : Litec 2005, p. 497-498 ; P. Lokiec, *Droit du travail. Les relations collectives de travail*, Parijs: Puf 2011, p. 393.

37 Zie hierover: B. Waas, *The right to strike in Germany*, in: B. Waas, *The right to strike*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2014, p. 239-240 en 244, 257-258.

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

dat de collectieve autonomie tot evenwichtige oplossingen leidt. De solidariteitsstaking is in een dergelijk schema moeilijk inpasbaar. In een strikte redenering kan immers worden betoogd dat de werknemers die hun solidariteit betonen zelf geen partijen zijn in het relevante collectief overleg. Klassiek is ook het argument dat een te breed uitdijende collectieve actie 'te' veel druk zou zetten op de werkgever in het belangenconflict. In de hiervoor aangehaalde KLM-beschikking van de president van de Rechtbank Amsterdam treft men eveneens dit argument aan. De president leest artikel 6 § 4 ESH door typisch Duitse ogen, waar hij stelde dat 'artikel 6 lid 4 ESH er immers op gericht is de machtsverhouding tussen de bij een belangengeschil betrokken partijen door het recht op collectieve actie in evenwicht te brengen, *maar niet op meer dan dat*'.³⁸

Een arrest van het *Bundesarbeitsgericht* (BAG) van 19 juni 2007³⁹ leidde een kentering in. Het BAG erkende in dit arrest een secundaire staking (bij een drukkerij) om een primaire staking in de sector van de dagbladen te ondersteunen. De werkgevers die door de primaire en de secundaire acties werden geraakt, vielen onder het bereik van onderscheiden sectorale cao's. Het BAG maakte een bocht van 180 graden. In tegenstelling tot een ouder arrest van 5 maart 1985 ging het niet meer uit van de principiële ongeoorloofdheid van de solidariteitsstaking.⁴⁰ Solidariteitsstakingen werden voortaan geoorloofd geacht voor zover deze stakingen een *primary action* met het oog op cao-overleg ondersteunden. De oorbaarheid van de solidariteitsstaking moet *in concreto* worden beoordeeld via een proportionaliteitstoets. Voor het BAG wordt het proportionaliteitsbeginsel slechts geschonden indien de solidariteitsstaking manifest niet geschikt is voor de nagestreefde doelstelling (*offensichtlich ungeeignet*), manifest niet noodzakelijk is (*offensichtlich nicht erforderlich*) of manifest niet passend is (*offensichtlich unangemessen*).

3.6 Het Verenigd Koninkrijk

Een van de weinige landen waar een duidelijk wettelijk kader werd uitgewerkt voor de solidariteitsstaking is het Verenigd Koninkrijk.⁴¹ Vooreerst bestaat naar Brits recht géén recht te staken. Er werd wel een wettelijke immuniteit uitgewerkt voor vakbonden die naar het stakingswapen grijpen (*strike*) in de context van een *trade dispute*. De aanhef van de definitie van een *trade dispute* in Section 244 van de TULRCA verduidelijkt dat solidariteitsstakingen buiten de toepassingsfeer vallen. Een *trade dispute* wordt daar immers gedefinieerd als 'a dispute between workers and their employer'. Deze definitie sluit de aanwending van het stakingswapen in het kader van een belangengeschil tussen werknemers van een andere onderneming en die derde onderneming uit. De TULRCA bevat mijns inziens ten

38 Pres. Rb. Amsterdam 26 augustus 1998, JAR 1998/195. Zie ook de referentie naar Waffengleichheit door Jaspers 2004, p. 125.

39 BAG, Urteil van 19 juni 2007, 1 AZR 396/06. Zie ook: Waas 2014; H. Wolter, Sondernormen des Streiks, in: W. Däubler, Arbeitskampfrecht, Baden-Baden: Nomos 2011, § 17, nrs. 107-140.

40 BAG 5 maart 1985, AP nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskamps. Zie H. Otto, Arbeitskamp- und Schlichtungsrecht, München: C.H. Beck 2006, § 10, nr. 39; O.R. Kissel, Arbeitskampfrecht, München: C.H. Beck 2002, § 24, nr. 18-31.

41 Zie in dit verband; J. Bowers, M. Duggan & D. Reade, The law of industrial action and trade union recognition, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 83-85, 96-100.

overvloede nog een andere bepaling (Section 224) die aan de ‘secondary action’ uitdrukkelijk de door de wetgever geregelde bescherming ontzegt. Van een ‘secondary action’ is sprake zodra een collectieve actie de uitvoering van arbeidsovereenkomsten in het gedrang brengt die met een werkgever werden gesloten die géén partij is in het belangenconflict (‘employer under the contract of employment is not the employer party to the dispute’).

3.7 Italië

In Italië maakt de rechtspositie van de solidariteitsstaking eveneens het voorwerp uit van een wettelijke regeling. In tegenstelling tot in het Verenigd Koninkrijk betreft het evenwel een strafrechtelijke wet. Voor een juist begrip dienen deze strafrechtelijke bepalingen historisch te worden gekaderd en te worden geïnterpreteerd in het licht van de naoorlogse jurisprudentie van het Italiaanse Grondwettelijk Hof.

In 1926, kort na de machtsvername door Benito Mussolini, ging het Italiaanse arbeidsrecht op de schop. Er werd afgestapt van een louter privaatrechtelijke benadering ten faveure van een op een meer publiekrechtelijke leest geschoeid *diritto corporativo*.⁴² Deze omvattende wettelijke regulering wordt in de Italiaanse naoorlogse doctrine aangeduid met de term *leggi fascistiche*. Vanuit de al dan niet betwistbare en al dan niet geveinsde overtuiging dat stakingen niet enkel louter private schade genereerde, maar het staatshuishouden bedreigden, werd een titel in de *Codice Penale* ingelast die misdrijven tegen het staatshuishouden, de industrie en de handel beteugelden. Artikel 505⁴³ van de *Codice Penale* bepaalt dat de in artikel 502 van het Italiaanse strafwetboek beteugelde collectieve acties (stakingen en atypische uitvoering van de contractueel bedongen arbeid) ook strafbaar zijn, indien die acties worden gesteld vanuit een solidariteit met andere werknemers. Dit artikel beantwoordde aan een legistische noodzaak omdat artikel 502 van het strafwetboek de staking enkel strafbaar stelde vanuit een daarvan onderscheiden strafrechtelijke opzet. Artikel 502 beteugelt immers slechts stakingen door minimaal drie werknemers die beogen de arbeidsvoorwaarden met de contractuele werkgever te wijzigen.⁴⁴

Deze strafrechtelijke beteugeling was in alle opzichten reactionair. Het betekende immers een terugkeer naar een negentiende-eeuwse strafrechtelijke benadering van collectieve acties die in 1889 was verlaten. De formele erkenning in de Italië

42 Zie voor een contemporaine en weinig kritische beschrijving: O. Fantini, *Legislazione corporativa del lavoro*, Milaan: DFV 1938, p. 498; F. Pergolesi, *Istitutioni di diritto corporativo*, Turijn, Unione tipografico-Editrice torinese 1934, p. 580. Zie voor een naoorlogse kritische duiding: G. Ghezzi & U. Romagnoli, *Il diritto sindacale*, Bologna: Zanichelli 1997, p. 6-12.

43 Art. 505: ‘Serrata o sciopero a scopo di solidarietà o di protesta. Il datore di lavoro o i lavoratori, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commettono uno dei fatti preveduti dall’articolo 502 soltanto per solidarietà con altri datori di lavoro o con altri lavoratori ovvero soltanto per protesta, soggiacciono alle pene ivi stabilite.’

44 Art. 502: ‘Serrata e sciopero per fini contrattuali. Il datore di lavoro che, col solo scopo di imporre ai suoi dipendenti modificazioni ai patti stabiliti, o di opporsi a modificazioni di tali patti, ovvero di ottenere o impedire una diversa applicazione dei patti o usi esistenti, sospende in tutto o in parte il lavoro nei suoi stabilimenti, aziende o uffici, e’ punito con la multa non inferiore a euro 103.’

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

aanse grondwet (1948) van het recht te staken vormde geen onmiddellijke aanleiding voor de Italiaanse wetgever om deze bepalingen op te heffen. Daardoor belandde de vraag naar de grondwettigheid van deze bepalingen op het bord van het Italiaanse Grondwettelijk Hof.⁴⁵ Niettegenstaande het Grondwettelijk Hof in arrest nr. 29 van 4 mei 1960 besloot dat artikel 502 strijdig was met de Italiaanse grondwet, werd met betrekking tot de grondwettigheid van artikel 505 een andere weg bewandeld. Er werd geopteerd voor een grondwetsconforme interpretatie. Het Grondwettelijk Hof besloot in arrest nr. 123 van 28 december 1962 dat het strafrechtelijk verbod van de solidariteitsstaking géén betrekking had op secundaire acties ter ondersteuning van primaire acties indien er tussen de werknemers die hun solidariteit betoonden en de belangen van de werknemers die de primaire actie voerden een affiniteit bestond. Het volstond verder aan te tonen dat er een *risico* bestond dat de primaire actie zonder ondersteuning van de secundaire actie vruchteloos zou blijken te zijn. Een dergelijk bewijs valt mijns inziens lichter uit dan het bewijs dat de secundaire actie noodzakelijk of adequaat was om de eisen van de werknemers in de primaire actie af te dwingen. Finaal diende de rechter ten gronde te oordelen over het bestaan van die gemeenschappelijke belangen tussen werknemers van verschillende werkgevers.

Een vergelijking van de rechtspositie van de solidariteitsstaking in deze zes landen toont aan dat met uitzondering van België een ruimhartige erkenning van de solidariteitsstaking geen evidentie uitmaakt. Die vaststelling gaat in het bijzonder op voor Nederland. Het overzicht van de rechtspraak toont aan dat de uit solidariteit gevoerde collectieve acties voor het arrest Enerco géén genade kenden. Nederlandse rechters hadden ofwel een probleem met solidariteit, ofwel stelden hoge eisen aan de functionele band met het collectief overleg. Er diende te worden aangetoond dat de eisen niet effectief zouden worden ingewilligd zonder de ondersteunende secundaire acties of, erger nog, dat er zonder die secundaire acties zelfs geen begin van onderhandelingen mogelijk was. Het EHRM overwoog in het RMT-arrest mijns inziens terecht:

*“The comparative information adduced before the Court reveals a spectrum of national positions, ranging from a broadly permissive stance in countries such as Greece, Finland, Norway and Sweden, to those that do not recognise or permit it.”*⁴⁶

Het beeld is dat van een breed spectrum, een continuüm met extrema die gaan van een algeheel verbod tot een principiële erkenning.⁴⁷ Een principiële en

45 Zie voor een analyse: B. Caruso & A. Alaimo, *Diritto sindacale*, Bologna: Il mulino 2012, p. 280-282; R. del Punta, *Lo sciopero*, in: F. Carinci, *Il lavoro subordinato*. T 1. *Il diritto sindacale*, Turijn: G. Giappichelli Editore 2007, p. 418-422; Ghezzi & Romagnoli 1997, p. 6-12; G. Giugni, *Diritto sindacale*, Bari: Cacucci editore 2006, p. 239-243. De hier aangehaalde arresten zijn gratis consulteerbaar via www.cortecostituzionale.it/actionGiurisprudenza.do.

46 Zie r.o. 91 van het RMT-arrest.

47 Zie in dit verband ook de rechtsvergelijkende analyse van A.T.J.M. Jacobs, *The law of strikes and lock outs*, in: R. Blanpain, *Comparative labour law and Industrial relations in industrialized Market economies*, Austin: Wolters Kluwer 2007, p. 648-649.

ondubbelzinnige erkenning door het EHRM of door het ECSR zal om die reden worden verwelkomd als *standard setting* in plaats van louter *standard reflecting*.⁴⁸

4 De rechtspositie van de solidariteitsstaking in het ESH

Het Nederlandse stakingsrecht is vrij uniek door de zeer consequente wijze waarop zowel de erkenning als de rechterlijke regulering van het recht te staken wordt geënt op artikel 6 § 4 en artikel G ESH. De Hoge Raad heeft evenwel niet het monopolie op de interpretatie van dit artikel. Zo kan men moeilijk naast de door het ECSR ontwikkelde quasi-jurisprudentie kijken. Het ECSR 'superviseert' via recurrenente conclusies en via ad hoc beslissingen, gewezen na collectieve klachten, de naleving van het ESH door de ratificerende staten. Deze supervisie veronderstelt onvermijdelijk een interpretatie van het ESH door die organen. Om die reden is het goed te analyseren hoe de interpretatie van artikel 6 § 4 ESH door de Hoge Raad zich verhoudt tot deze quasi-jurisprudentie.

Voorafgaand aan deze analyse is het zinvol stil te staan bij de tekst van artikel 6 ESH. In dit artikel wordt het recht van werknemers en werkgevers om collectieve acties te voeren in geval van belangengeschillen erkend, inclusief het recht te staken.⁴⁹

Uit de aanhef van artikel 6 ESH blijkt dat dit recht wordt erkend 'with a view to ensuring the effective exercise of the right to bargain collectively'.

Zowel de aanhef als de formulering van het recht op collectieve actie dwingt tot een contextualisering van het recht op collectieve actie. Het recht wordt uitgeoefend teneinde het recht op collectief overleg in een context van een belangengeschil te verzekeren. Niettegenstaande werkgevers en werknemers genoemd worden als de titularis van het recht op collectieve actie, laat niets toe om te stellen dat werknemers slechts naar collectieve acties kunnen grijpen omwille van een collectief overleg tussen hen en 'hun' werkgever. Geen enkel argument laat evenmin toe te stellen dat het belangengeschillen tussen de werkgever en *zijn* werknemers dient te betreffen. Het ECSR heeft tot op heden evenwel nagelaten om ondubbelzinnig aan te geven of en onder welke voorwaarden solidariteitsstakingen binnen het Europees Sociaal Handvest vallen.

In enkele gezaghebbende commentaren wordt ietwat boud gesteld dat het ECSR zich wel zou hebben uitgesproken over de vraag of solidariteitsstakingen binnen het bereik van artikel 6 § 4 ESH vallen. Als gezaghebbende commentaren worden die commentaren beschouwd die zijn geschreven door eminente arbeidsjuristen die de kans hebben gehad te zetelen in het ECSR. Zo stelt Mikkola, een voormalig lid van het ECSR, dat 'the ECSR has interpreted Article § 6 4 in a restricted way so that neither sympathy strikes nor political strikes are covered by the provision'.⁵⁰

48 Zie in dit verband: A. Bogg & K. Ewing, The implications of the RMT Case, *Industrial law Journal* 2014, p. 244-246.

49 'The right of workers and employers to collective action in cases of conflicts of interest, including the right to strike, subject to obligations that might arise out of collective agreements previously entered into.' Zie hierover: Jaspers 2004, p. 40-45.

50 M. Mikkola, *Social Human Rights of Europe*, Porvoo: Bookwell Ltd 2010, p. 283.

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

Een ander lid van het ECSR, Swiatkowski, neemt een gelijkaardig standpunt in waar hij stelt: 'Workers organize in trade unions, negotiate with employers and carry out collective action to ensure that *their* economic and professional interests are protected. On this basis, the legal protection ensured by Article 6 § 4 does *not* protect strikes when they are organized to support the interests of other groups of workers.'⁵¹ In een recente studie bewaart Evju zedig het stilzwijgen over de vraag of de solidariteitsstaking onder artikel 6 § 4 ESH valt, niettegenstaande hij uitvoerig ingaat op de koppeling van het recht op collectieve actie aan belangengenschillen in een context van collectief overleg.⁵² Jaspers stelde in zijn monografie *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?* dat 'solidariteitsacties in beginsel onder artikel 6 lid 4 ESH worden gebracht'.⁵³

Die stelligheid van bepaalde commentatoren is opmerkelijk. Ze vond wel enige weerklank in de conclusie van de A-G in de Enerco-zaak. Meester Vlas stelt in een onderdeel dat ziet op de analyse van het ESH dat 'solidariteitsstakingen in beginsel ongeoorloofd zijn'. Onduidelijk is hoe hij tot die bevinding is gekomen. Hij haalt in een voetnoot bij deze stelling de monografie van De Meyer aan. In *Proportioneel stakingsrecht* lees ik op de door de A-G aangeduide pagina evenwel dat 'solidariteitsacties in beginsel binnen de scope van artikel 6. § 4 HESH worden geplaatst'.⁵⁴ De A-G voegt er evenwel betekenisvol aan toe dat dit verbod geldt 'met name wanneer zij [lees : de solidariteitsstakingen] *niet* als doel hebben het collectief onderhandelen te bevorderen'. Het bewijs dat hij daarvoor aandraagt, *id est* een conclusie van het ECSR waarin slechts wordt *vastgesteld* dat deze acties in Zweden onder bepaalde voorwaarden zijn toegelaten, lijkt me evenwel (te) dun.⁵⁵ Dit betekent in wezen dat de A-G wel degelijk ruimte laat voor solidariteitsstakingen. Hij acht enkel de in cassatie geformuleerde kritiek op het arrest van het hof onterecht. Naar zijn oordeel heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden niet op categorische wijze gesteld dat solidariteitsstakingen buiten artikel 6 § 4 ESH vallen. De Hoge Raad is de A-G niet gevolgd in deze interpretatie van het arrest. Noch de *Digest*⁵⁶ die door het secretariaat van het ECSR wordt geredigeerd, noch het door de Raad van Europa uitgegeven rechtspraakoverzicht⁵⁷ van het ECSR dat door Lenia Samuel werd geredigeerd, maakt melding van een dergelijk categorisch verbod van de solidariteitsstaking.

In géén enkele van de tot op heden bij het ECSR ingediende collectieve klachten over de vermeende schending van artikel 6 § 4 ESH staan *teleologische* beperkingen van het recht op collectieve actie centraal. Het komt me voor dat de conclusies van het ECSR omtrent het meest categorische verbod van solidariteitsstakingen

51 A. Swiatkowski, Charter of Social Rights of the Council of Europe, Alphen aan den Rijn 2007, p. 227-228.

52 Zie S. Evju, The right to collective action under the European Social Charter, European Labour Law Journal 2011/3, p. 196-224.

53 Jaspers 2008, p. 58.

54 L. De Meyer, Proportioneel stakingsrecht?, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 34.

55 ESCR, Conclusions X-1, p. 76.

56 www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/digest/digestindex_EN.asp?

57 L. Samuel, Droits sociaux fondamentaux, Straatsburg : Editions du Conseil de l'Europe 2002, p. 513.

gen wel een sleutel kunnen vormen voor de rechtspositie van de uit solidariteit gevoerde collectieve acties in het licht van artikel 6 § 4 ESH. In het Verenigd Koninkrijk verhinderen twee eerdergenoemde bepalingen de legitimiteit van de solidariteitsstaking. In de meest recente conclusie (2014) oordeelt het ECSR dat de beperking van de immuniteit voor *trade unions* tot stakingen in een context van een 'industrial dispute' tussen de stakers en *hun* werkgever 'excessively limited' is.⁵⁸ Het ECSR merkt in dit verband op dat een te contractuele invulling van het werkgeversbegrip achterhaald is. De gewijzigde productieverhouding is van dien aard dat de contractuele verhoudingen tussen werknemers en 'werkgevers' veel diverser en complexer geworden zijn. In dit verband passeren de netwerkonderneming, het fenomeen van outsourcing, samenwerkingen tussen bepaalde ondernemingen, en het beroep op uitzendkrachten de revue. Het is voor het ECSR een uitgemaakte zaak dat werknemers het recht hebben collectieve acties te ondernemen tegen ondernemingen waarvan zij afhankelijk zijn.

Indien men het Enerco-arrest vergelijkt met de *status quaestionis* in de doctrine en de (quasi-)jurisprudentie van het ECSR, kan slechts worden vastgesteld dat de Hoge Raad lijnrecht ingaat tegen een hardnekkig oordeel van sommige commentaren als zou de solidariteitsstaking buiten het ESH vallen en aanzienlijk verder gaat dan het ECSR. Ook solidariteitsstakingen die zich richten tegen een werkgever die noch de contractuele, noch de 'economische' werkgever is, kunnen onder bepaalde voorwaarden onder het ESH vallen.

5 De rechtspositie van de solidariteitsstaking in het EVRM

In de inleiding werd reeds verwezen naar het RMT-arrest waarin het EHRM uitspraak deed over de vraag of een solidariteitsstaking onder de bescherming viel van artikel 11 EVRM.

Het feitencomplex heeft betrekking op een primaire staking die uitbrak na een overgang (augustus 2007) van een deel van een onderneming binnen de groep Jarvis Plc. De overgedragen werknemers werden in maart 2009 op de hoogte gebracht van het feit dat de overnemer de voorheen bij de overdrager geldende arbeidsvoorwaarden niet wenste voort te zetten. De werknemers keken daardoor aan tegen een drastische loonvermindering, die tot 40% kon oplopen. De primaire staking in november 2009 werd gedragen door een meerderheid van de overgedragen werknemers. Het handjevol (overgedragen) werknemers slaagde er evenwel niet in om druk uit te oefenen op de overnemer. Het lukte de vakbond wel om de overnemer tot een iets beter voorstel te bewegen, maar dit werd door de overgenomen werknemers verworpen. Hoewel een nieuwe stakingsaanzegging al was ingeleid, kwam het evenmin tot een tweede stakingsgolf. De vakbond stelde in zijn verzoekschrift dat in een dergelijke casuspositie enkel een solidariteitsstaking (een secundaire actie) in andere onderdelen van de groep ten faveure van de overgenomen werknemers druk op de ketel had kunnen zetten. Die solidariteitsstaking kon niet worden georganiseerd, omdat naar Brits recht de immuniteit

58 ECSR, Conclusions, XX-3 (Verenigd Koninkrijk).

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

slechts geldt indien werknemers staken in het kader van een conflict met hun juridische werkgever. Solidariteitsstakingen (*secondary actions*) worden uitdrukkelijk van die immuniteit uitgezonderd. Een dergelijke solidariteitsstaking vond niet plaats en werd derhalve evenmin preventief of post factum door de Britse rechters verboden. Voor het EHRM stelt de vakbond uitdrukkelijk dat de wettelijke bepalingen over *secondary action* in strijd zijn met artikel 11 EVRM.

Het EHRM oordeelt dat de klacht ontvankelijk is, maar niet gegrond. Het onderzoekt of secundaire (collectieve) actie onder de toepassingsfeer van artikel 11 EVRM valt. Het verduidelijkt dat de erkenning van de vakverenigingsvrijheid 'for the protection of his interests' geenszins letterlijk moet worden geïnterpreteerd. Zowel de interpretatieregels van de Conventie van Wenen als de interpretatiecanon die het EHRM in eerdere rechtspraak heeft geformuleerd, wettigen een meer rekkelijke interpretatie. Volgens die canon moet het EVRM worden geïnterpreteerd in het licht van andere internationale instrumenten, in het licht van de interpretatie van die instrumenten door bevoegde toezichthoudende organen én een praktijk in bepaalde Europese staten waaruit een gemeenschappelijke benadering spreekt. Al deze elementen pleiten volgens het EHRM ten voordele van het oordeel dat de solidariteitsactie onder artikel 11 EVRM valt. Onvermijdelijk leidt dit tot de conclusie dat het Britse verbod van dergelijke solidariteitsacties een beperking vormt van de door artikel 11 EVRM gewaarborgde vrijheid van vakvereniging.

Het EHRM oordeelt dat secundaire acties de rechten en de vrijheden van derden die niet bij het collectieve arbeidsconflict betrokken zijn, kunnen aantasten, zware economische schade kunnen genereren ('broad disruption within the economy') en de dienstverlening aan het publiek in het gedrang kunnen brengen. Om al deze redenen oordeelt het EHRM dat de toepassing in casu van het wettelijke verbod aan een legitieme doelstelling beantwoordde.

Het RMT-arrest dwingt alle staten die het EVRM hebben geratificeerd de solidariteitsstaking principieel te erkennen als een aspect van de vrijheid van vakvereniging. Beperkingen van dit recht dienen de toets te doorstaan van artikel 11 § 2 EVRM. De wijze waarop het EHRM deze proportionaliteitstoets uitvoert, maakt duidelijk dat lidstaten een (te) grote *margin of appreciation* wordt gegund. Positief lijkt me dat het arrest duidelijk aangeeft dat de solidariteitsstaking niet op basis van een teleologische toets kan worden verboden.

Het RMT-arrest lijkt me evenwel problematisch omwille van een aantal opmerkelijke paradoxen of zelfs contradicties, die hier kort worden aangegeven. Deze contradicties worden in kaart gebracht teneinde de door het EHRM aangegeven marge te versmallen. Hoe smaller die marge wordt, hoe groter het belang zal uitvallen van de principiële erkenning van de solidariteitsstaking in dit arrest.

De belangrijkste paradox van dit arrest betreft de vaststelling dat het EHRM het voor bestaanbaar houdt dat een staat die decennialang een absoluut en algemeen verbod van een solidariteitsstaking in zijn wetgeving in stand houdt, aan een veroordeling door het EHRM ontsnapt in een mijlpaalarrest waarin de solidariteitsstaking wordt erkend als een aspect van artikel 11 EVRM.⁵⁹ Merkwaardig genoeg

59 Zie de kritiek van verband: Bogg & Ewing 2014, p. 236.

wordt de ouderdom van een wettelijke beperking van artikel 11 EVRM door het EHRM gebruikt als een indicatie dat ze legitiem is.⁶⁰

In casu diende het EHRM zich uit te spreken over een niet-geclausuleerd verbod voor werknemers in de private sector om naar solidariteitsstakingen te grijpen. De verzoeker wees op het absolute karakter van de verbodsbepaling, dat naar zijn oordeel een afweging van conflicterende rechten en belangen uitsloot. Enigszins paradoxaal overweegt het EHRM dat 'the general character of a law justifying an interference is not inherently offensive to the principle of proportionality'. Uit de daaropvolgende passage blijkt dat het EHRM weigert een dergelijk algemeen verbod in zijn algemeenheid aan het proportionaliteitsbeginsel te toetsen. Het ware dan ook beter te stellen dat het EHRM heeft onderzocht of de toepassing van dit algemeen verbod in het gegeven geval de toets van de proportionaliteit doorstaat. Men kan dan ook niet uitsluiten dat het EHRM het verbieden van een andere solidariteitsstaking in een andere context op basis van deze algemene bepaling wel strijdig acht met het EVRM.

Het EHRM heeft in zijn arrest niet nagelaten om lippendienst te bewijzen aan de intertekstuele canon van interpretatie die in het Grote Kamer-arrest Demir en Baykara werd afgekondigd. Het weert alle aanvallen van de Britse regering af op de twee belangrijkste mensenrechtencomités die de geviseerde bepalingen van de Britse TULRCA eerder onder vuur hadden genomen. De Britse regering minimaliseerde de relevantie van de conclusies van het ESCR, dat het ESH controleert, op basis van de ietwat banale en goedkope vaststelling dat dit comité geen 'judicial' of een 'quasi-judicial' orgaan zou zijn. Het EHRM kwalificeert het ESCR uitdrukkelijk als een 'particularly qualified body'. Het treedt evenmin de kritiek bij die de Britse overheid uitoefende op de rapportage door het Expertencomité van de International Labour Organisation (ILO), dat volgens de regering niet gezaghebbend zou zijn. Het EHRM erkent in navolging van dit Comité dat die rapportage niet formeel bindend is, maar oordeelt dat dit op geen enkele wijze afbreuk doet aan het gezaghebbende karakter. Het verduidelijkt in niet mis te verstane bewoordingen *niet* onder de indruk te zijn van de door de Britse overheid gemelde onenigheid over de rapporten van het ILO-Expertencomité op de 101ste ILO-Conferentie. De vermeende onenigheid is verre van algemeen en gold slechts één van de drie geleidingen van de Algemene Conferentie. Al deze diplomatieke egards van het EHRM ten spijt en in weerwil van een systematische en langdurige kritiek door deze toezichthoudende organen op deze wetgeving, concludeert het EHRM uiteindelijk wel dat de 'wealth of international law materials' niet dwingt tot de vaststelling dat de *toepassing van de* wettelijke verbodsbepalingen op de concrete feite van het geding de vrijheid van vakvereniging van de verzoekster in casu schond. Het EHRM wijst in dit verband als verklaring op de onderscheiden aard van de monitoring die werd ondernomen door het ECSR en het CEACR in vergelijking met de jurisdictionele rol die aan het EHRM werd toevertrouwd. Het wekt

60 Zie de kritiek van Bogg & Ewing 2014, p. 247: 'It surely cannot be the case that human rights breaches can be justified by long usage and the support of the majority opinion within a particular country.'

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

daarbij de indruk dat het ECSR en het IAO CEACR⁶¹ meer abstract te werk gaan. Er is minder sprake van een subjectief contentieux waarin een verzoeker klaagt over de schending van een grondrecht in een concreet geval, dan van een objectief contentieux waarin de conformiteit van wetgeving met internationale verdragsverplichtingen wordt nagegaan. Dit alles zou dan verklaren waarom in casu de overschouwing van deze rapportage niet tot een meer kritisch oordeel hoefde te leiden.

Het komt me voor dat deze voorstelling van zaken toch enige nuancering behoeft. Zowel in de schoot van de ILO als in de schoot van de Raad van Europa bestaan collectieve klachtenprocedures die belanghebbende collectieve actoren toelaten om schendingen van de vakverenigingsvrijheid op een veel meer concrete en punctuele wijze aan te klagen. Er kan echter worden betoogd dat het Freedom of Association Committee (FAC) deze klachten niet op een louter juridische wijze benadert door eerder bemiddelend op te treden tussen klagers en overheid. Hoewel het FAC niet primair beoogt een geschil te beslechten, maar veeleer een conflict op te lossen, blijft het een feit dat de 'jurisprudentie' van het FAC werd 'gecodificeerd' tot zeer juridisch ogende *Digesten*. Alleszins mag worden opgemerkt dat het ECSR collectieve klachten wel exclusief op hun louter juridische merites beoordeelt. Die aanpak is uit de aard van de zaak veel concreter dan de door dit comité uitgesproken conclusies. Voor zover de collectieve klachtenprocedure voor het ECSR in de toekomst tot jurisprudentie zou gaan leiden omtrent de conformiteit van bepaalde teleologische beperkingen, zou dit ertoe kunnen leiden dat het hier besproken arrest moet worden 'overruled'. Het Verenigd Koninkrijk deed er allicht goed aan het Aanvullend Protocol over de collectieve klachtenprocedure (1995) niet te ondertekenen.

Het EHRM weigert, ondanks het uitdrukkelijke verzoek van de eiser, de vraag te beantwoorden of de staking nu een essentieel dan wel een belangrijk middel vormt ter verdediging van de werknemersbelangen. In het RMT-arrest (par. 84) valt te lezen: 'The Court does not discern any need in the present case to determine whether the taking of industrial action should now be accorded the status of an essential element of the Article 11 guarantee.' Het EHRM merkt op dat zowel de belangrijke als de essentiële elementen onder de bescherming van artikel 11 EVRM vallen. Het onderscheid zou niet relevant zijn.

Geheel overtuigend lijkt mij die overweging over de vermeende irrelevantie van het onderscheid niet. Nogmaals, het lijkt mij toch wel redelijk om aan te nemen dat beperkingen van essentiële middelen minder snel als 'nodig in een democratische samenleving' kunnen worden aangemerkt, dan middelen die slechts belangrijk zijn. Het is om die reden wél noodwendig om uit te maken of het middel belangrijk dan wel essentieel is. Sterker, het EHRM merkt dit zelf op. In paragraaf 87 zegt het EHRM zelf dat 'if a legislative restriction strikes at the core of trade union activity, a lesser margin of appreciation is to be recognised to the national legislature and more is required to justify the proportionality of the resultant interference'. Het is dan ook onbegrijpelijk dat het EHRM de conceptuele noodzaak van het onderscheid niet inziet. Het onderzoekt overigens wel of de juridi-

61 CEACR = Committee of Experts for the Application of Conventions and Recommendations.

sche onmogelijkheid om de solidariteitsstaking aan te wenden de uitdrukkelijk als essentieel erkende middelen niet onder druk zet. In dit verband herinnert het aan de erkenning van het recht door de werkgever te worden gehoord en de erkenning van de vrijheid van collectief onderhandelen. Dit onderzoek valt negatief uit. Het EHRM oordeelt dat de onwettigheid van de solidariteitsstaking in casu de vakbond er niet van weerhield zijn looneisen kenbaar te maken en zelfs met de werkgever in onderhandeling te treden.

De door het EHRM gevolgde methode biedt mijns inziens wel perspectieven voor een meer ruimhartige benadering van de zogeheten primaire staking die tegen de juridische casu quo economische werkgever wordt gevoerd. De vrijheid van collectief onderhandelen die gespeend is van een mogelijkheid de contractueel bedongen arbeid neer te leggen, lijkt mij namelijk volstrekt illusoir. De ontkenning van die mogelijkheid tast de vrijheid van collectief onderhandelen in de kern aan. Collectief onderhandelen wordt dan collectief bedelen. Vakbonden worden herleid tot bedelordes in plaats van strijdbare organisaties. In paragraaf 87 wekt het EHRM de indruk dat primaire stakingen in tegenstelling tot secundaire stakingen wél een essentieel middel betreffen. Het maakt een onderscheid tussen 'secondary aspects' van vakverenigingsvrijheid, die accessoir zijn, en beperkingen die de kern raken. Er is niet veel fantasie nodig om in te zien dat begrippenparen als *core/accessory* en *essential/important* erg dicht bij elkaar liggen. De verleiding is sterk om de secundaire actie te verbinden met de accessoire aspecten, en de primaire actie met de kernaspecten van de vakverenigingsvrijheid. Met een dergelijke benadering is men niet ver verwijderd van de stelling dat secundaire actie een belangrijk en de primaire actie een essentieel middel betreft.

Het EHRM houdt er in het RMT-arrest ook een dubbele moraal op na ten aanzien van door de procespartijen aangehaalde speculatieve argumenten. Daar waar RMT beweert dat de door de wettelijke bepalingen afgeblokte solidariteitsstaking het verschil had kunnen maken, krijgt deze verzoeker het verwijt een louter speculatief argument te gebruiken.⁶² De Britse regering wordt evenwel toegelaten om de louter speculatieve stelling te verdedigen dat solidariteitsstakingen a priori mogen worden verboden omdat ze steeds een *risico* inhouden om tot een ontwrichting van de economie en tot de publieke dienstverlening te leiden.⁶³ Wanneer de verzoeker opwierp dat hij geenszins de intentie had om tot een dergelijke vrij algemene solidariteitsstaking op te roepen, krijgt uitgerekend hij alweer het verwijt te speculeren.⁶⁴

Tot slot verraste het EHRM in dit arrest door de wijze waarop het omgaat met de impact van de wetgeving op de mogelijkheid om nog naar het stakingswapen te

62 Zie § 88: 'The Court has noted the applicant's conviction that secondary action would have won the day. Inevitably, that can only be a matter of speculation.'

63 Zie § 82: 'As the Government have argued, by its nature secondary action may well have much broader ramifications than primary action. It has the potential to impinge upon the rights of persons not party to the industrial dispute, to cause broad disruption within the economy and to affect the delivery of services to the public.'

64 Zie § 102: 'In this respect, the applicant has argued that it would have limited its action to a secondary strike at Jarvis, with no further spill-over effects. That can only be a matter of speculation however.'

Collectieve acties uit solidariteit, als *correlarium* van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

grijpen. In de RMT-zaak werden ook de omstreden bepalingen in de TULRCA getoetst die een ballotprocedure voorschrijven. Het loutere feit dat na een mislukte poging alsnog een staking plaatsvindt, wordt door het EHRM gebruikt als een argument om deze administratieve hordes te relativiseren. Wanneer evenwel ingevolge het *chilling effect* een solidariteitsstaking niet plaatsvindt, wordt dit gebruikt om te stellen dat de bewering dat die verboden staking het verschil zou hebben gemaakt louter speculatief is. Popper indachtig, valt er via een dergelijke benadering niet veel meer te falsificeren.

6 Slotbeschouwingen

In deze annotatie werd de rechtspositie van de solidariteitsstaking onderzocht binnen het ESH en het EVRM. Voor dit onderzoek werd gebruikgemaakt van een arrest van een rechtscollege dat artikel 6 ESH in de interne Nederlandse rechtsorde handhaaft en van een arrest van een rechtscollege dat artikel 11 EVRM binnen de Raad van Europa handhaaft. Op deze wijze lichten twee onderscheiden juridische funderingen op van de staking die elkaar aanvullen. De onderlinge vergelijking van beide funderingen komt in deze slotbeschouwingen aan bod.

Banaal, maar niet onoverkomelijk is de vaststelling dat het EVRM zich in een volslagen mutisme hult omtrent het bestaan van het recht te staken, terwijl het recht op collectieve actie uitdrukkelijk in artikel 6 § 4 ESH werd opgenomen. Het EHRM heeft in constante rechtspraak geoordeeld dat het recht op collectieve actie onder artikel 11 EVRM valt.⁶⁵

Belangrijker is de verschillende wijze waarop het recht op collectieve actie in het EVRM en het ESH werd geconcipieerd. Het recht op collectieve actie is binnen het EVRM een *correlarium* van de vakverenigingsvrijheid. Het waarborgt aan werknemers die lid zijn van een vakvereniging de actiemiddelen die nodig zijn om 'hun' belangen te waarborgen. De structuur van artikel 6 ESH is van dien aard dat alle daarin opgenomen rechten worden toegekend 'with a view to ensuring the effective exercise of the right to bargain collectively'. Het recht op collectieve actie wordt slechts erkend in het kader van belangenconflicten tussen werkgevers en werknemers, als een *correlarium* van de vrijheid van collectief overleg *sensu lato*.

Voor de erkenning van de solidariteitsstaking onder beide artikelen dient telkenmale een andere horde te worden genomen. De horde die het EHRM in het RMT-arrest diende te nemen, was aanzienlijk. De vakverenigingsvrijheid wordt immers erkend teneinde werknemers toe te laten 'hun' belangen (*his interests*) te verdedigen. In zijn *concurring opinion* merkte rechter Wojtyczek op dat 'the wording of the provision does not suggest that it encompasses secondary industrial action (or sympathy strikes)'. Het EHRM is daar impliciet maar zeker overheen gestapt. Solidariteitsstakingen vallen immers binnen de reikwijdte van artikel 11 EVRM, zo niet, dan was een toets aan de proportionaliteit van de beperking overbodig geweest. De Hoge Raad heeft op analoge wijze geweigerd om de belangenconflic-

65 Zie in dit verband de arresten van het EHRM: *Enerji Yapi Yol Sen*, *Unison*, *RMT*, *Hrvatski liječnički sindikat/Croatia*.

ten waarin de uitoefening van het recht op collectieve actie kaderde te reduceren tot conflicten tussen de werkgever en 'zijn' werknemers. Daar was ook minder aanleiding toe, daar in artikel 6 § 4 ESH nergens een bezittelijk voornaamwoord opduikt. Het recht op collectieve actie wordt niet erkend ten faveure van werkgevers en werknemers in het kader van 'hun' belangenconflicten. De belangrijkste teleologische beperking schuilt evenwel in de *nexus* tussen de solidariteitsactie én een proces van collectief overleg (*collective bargaining*). De benadering van de Hoge Raad is duidelijk. Er wordt niet vooropgesteld dat de werknemers die actie voeren verwikkeld zijn in een collectief overleg met de werkgever tegen wie de actie zich keert. Noch werknemers van Enerco, noch collega's van andere overslagbedrijven in de transportsector waren verwikkeld in een overleg met Rietlanden. In de optiek van de Hoge Raad dient wel te worden aangetoond dat de collectieve actie de onderhandelingspositie van een vakbond in een onderhandelingsproces 'dient'. Het komt me voor dat wie zich op artikel 6 ESH beroept, die band moet aantonen. De vraag is hoe zwaar die bewijslast op de schouders van de bonden weegt. Dienen bonden aan te tonen dat de solidariteitsactie noodzakelijk is voor een succesvolle uitkomst van het collectief overleg of kan worden volstaan met de vaststelling dat redelijkerwijze mag worden aangenomen dat de solidariteitsactie de onderhandelingspositie van bepaalde vakbonden in het collectief overleg versterkt?

De Hoge Raad lijkt me duidelijk te kiezen voor de tweede weg, waar hij stelt dat het volstaat dat de 'besmetverklaring *redelijkerwijze* kan *bijdragen* tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen en daarmee tot het actiedoel'. Hieruit mag *a contrario* worden afgeleid dat de Hoge Raad niet vooropstelt dat moet worden aangetoond dat het actiedoel moest worden gehaald en dat de solidariteitsstaking daartoe onontbeerlijk was. De lat zou dan immers onredelijk hoog worden gelegd. Zoals hiervoor gemeld, lijkt ook het *Bundesarbeitsgericht* uit te gaan van een gelijkaardige rekkelijke benadering van de band die vereist is tussen de collectieve actie en het collectief overleg. Het is immers nagenoeg onmogelijk om aan te tonen dat collectieve actie, inclusief de primaire actie, steeds succesvol zal zijn. De Hoge Raad zegt dat het afdoende was dat aannemelijk werd gemaakt dat de besmetverklaring Enerco *kon* prikkelen om druk uit te oefenen op Rietlanden.⁶⁶

In landen die een band met het collectief overleg eisen (Nederland en Duitsland), zal het RMT-arrest bij afwezigheid van die band (enige) soelaas kunnen bieden. Het volstaat dan dat de staking noodzakelijk is voor de verdediging van de belangen van bepaalde werknemers. In die landen waar een eng of een ruim verband met de eigenbelangen wordt vooropgesteld (Frankrijk, Italië), kan de door de Hoge Raad gemaakte interpretatie van artikel 6 ESH een oplossing bieden. Ontbreekt een dergelijke utilitaristisch eigenbelang, dan kan onderzocht worden of er een verband aanwezig is tussen de collectieve actie en een proces van collectief overleg. Indien zo'n band niet kan worden gevonden, niettegenstaande een solidariteitsstaking wel degelijk de belangen van de solidaire werknemers dient, lijken

66 E.M. Hoogeveen stelt in een noot onder de Enerco-zaak dat 'daar snel aan zal zijn voldaan, omdat er geen subsidiariteitseis inzit' (JAR 2014/298).

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

werknemers er alle belang bij te hebben toch maar de vakverenigingsvrijheid in te roepen. In een dergelijk scenario is die juridische grondslag voor het recht op collectieve actie op het eerste gezicht ‘interessanter’. Na analyse van het RMT-arrest rijst er echter een bewijsrechtelijke hobbel. In het kader van een analyse van de proportionaliteit van de beperking van het recht op collectieve actie, overweegt het EHRM immers:

‘What the facts of the case reveal is that the applicant led a strike, albeit on a limited scale and with limited results. It was its wish to escalate the strike, through the threatened or actual involvement of hundreds of its members at Jarvis, another, separate company not at all involved in the trade dispute in question, that was frustrated. The Court has noted the applicant’s conviction that secondary action would have won the day. Inevitably, that can only be a matter of speculation – including as to the result of any ballot on the subject – since that course of action was clearly ruled out. It cannot be said that the effect of the ban on secondary action struck at the very substance of the applicant’s freedom of association.’⁶⁷

Het EHRM lijkt te suggereren dat het bewijs moet worden geleverd dat de collectieve actie het verschil zou hebben gemaakt. Die eis van de effectieve doelmatigheid van de collectieve actie ten aanzien van de door de bonden geformuleerde eisen lijkt me onredelijk. Of een collectieve actie al dan niet doelmatig is, is immers steeds ‘a matter of speculation’. Het is inherent aan collectieve actie dat de uitkomst voor de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming voor bonden én werkgevers a priori onduidelijk is. De belangrijkste reden waarom de bonden slechts konden speculeren over het succes van hun collectieve actie ligt mijns inziens in het feit dat de Britse regelgeving een *chilling effect* had. Zij konden eenvoudigweg niet naar het wapen van de solidariteitsstaking grijpen en daardoor werd het hen structureel verhinderd een dergelijk bewijs te leveren. Ook in de eerder aangehaalde CKV-zaak van het Gerechtshof Den Haag werd mijns inziens ten onrechte belang gehecht aan de overweging dat de collectieve actie niet volstond om te vermijden dat de primaire actie werd gebroken. Dit veronderstelt immers een bewijs van de doelmatigheid van de secundaire actie in zoverre ze effectief ‘onderkruiperij’ verhindert.

Een tweede punt van kritiek lijkt me te zijn dat een dergelijke eis van ‘doelmatigheid’ van de actie, hoe verwerpelijk ook, logischerwijze thuishoort in een analyse van de vraag of de actie al dan niet onder de reikwijdte van artikel 11 EVRM valt. Het is mijns inziens een kwestie van teleologie en niet van proportionaliteit. Mijns inziens is ook het arrest van het *Bundesarbeitsgericht*⁶⁸ in ditzelfde bedje ziek, waar het de doelmatigheid van de solidariteitsactie kadert in een proportionaliteitstoets. Het verschil tussen proportionaliteit en teleologie is mijns inziens wel degelijk belangrijk. Indien men aanneemt dat het recht op collectieve actie doelgebonden is, zullen de actievoerende bonden genoodzaakt zijn aan te tonen

67 Zie § 88.

68 BAG, Urteil van 19 juni 2007, 1 AZR 396/06.

dat de collectieve actie deze doelgebondenheid eerbiedigde in hun verweer tegen een werkgeverszijde dat de collectieve actie niet onder het ESH of het EVRM viel. Hier werd betoogd dat die bewijslast niet onredelijk zwaar mag zijn. De proportionaliteitstoets dringt zich slechts op indien aangetoond werd dat een collectieve actie binnen de reikwijdte van artikel 6 ESH of artikel 11 EVRM viel. Indien een dergelijke collectieve actie binnen die reikwijdte valt en een staat een beperking introduceert, moet worden aangetoond dat een beperking van die collectieve actie aan een legitieme doelstelling beantwoordt, rechtens is voorgeschreven en niet op disproportionele wijze het recht op collectieve actie aantast. Dat bewijs ligt volledig bij de werkgeverszijde. Het is niet aan de bonden om aan te tonen dat de collectieve actie het beginsel van proportionaliteit eerbiedigt. Wel zal de rechter rekening dienen te houden met de economische belangen van de werkgever *tegen* wie de solidariteitsstaking zich keert, voor zover hij vreemd is aan het belangenconflict. De Hoge Raad gaf eerder al te kennen in een dergelijk scenario terdege rekening te houden met de aan een werkgever toegebrachte economische schade.⁶⁹ De benadering van het EHRM in het RMT-arrest gaat eveneens in diezelfde zin. In het Enerco-arrest is de Hoge Raad niet ongevoelig voor de door Enerco geleden schade. De Hoge Raad beklemtoont wel dat moet worden aangetoond dat de schade *duurzame* gevolgen heeft. Daardoor wordt een onduidelijke grens gesteld die ergens het midden houdt tussen een desorganisatie van de productie en een structurele desorganisatie van de onderneming waardoor de productiviteit wordt aangetast.

De structuur van de artikelen 6 ESH en 11 EVRM laat geen andere conclusie toe. Deze artikelen onderwerpen niet de uitoefening van rechten, maar wel beperkingen van die grondrechten aan een proportionaliteitstoets. Het ECSR heeft bij herhaling gesteld dat rechters zich niet mogen mengen in de opportuniteitsappreciatie van de in het geding zijnde belangen. Ze mogen hun oordeel over de opportuniteit van de aanwending van het stakingswapen niet in de plaats stellen van de door de bonden gemaakte afweging. Hun controle beperkt zich tot een legaliteitstoets. Deze belangrijke les spoort met de eerder gemaakte analyse dat werknemers niet moeten aantonen dat de uitoefening van het stakingswapen de proportionaliteit eerbiedigt. Bij de rechterlijke beoordeling van de solidariteitsstaking loert dit gevaar constant om de hoek. Italiaanse rechtsgeleerden hebben precies om die reden het arrest van het Italiaanse Grondwettelijk Hof bekritiseerd.⁷⁰ Of werknemers al dan niet een affiniteit ervaren tussen hun belangen en die van collega's van een andere onderneming, is een kwestie van syndicale autonomie, niet van rechterlijke appreciatie.

Zo kan moeilijk worden ontkend dat het vermeende onderscheid tussen de 'eigen' professionele belangen en de belangen van 'andere' werknemers berust op een subjectieve appreciatie. Indien men de gedachte van de syndicale autonomie ernstig neemt, moet worden aanvaard dat werknemers mogen oordelen dat het in hun 'eigenbelang' is om eisen van andere werknemers te 'ondersteunen'. Waarom zou een rechter beter uitgerust zijn dan de werknemers om te beoordelen waar de

69 Zie hierover in extenso: Jaspers 2004, p. 115-117.

70 Zie referenties in noot 42.

Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en van de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)

verdediging van de eigenbelangen stopt en overslaat in de verdediging van de belangen van derden? Impliceert dit niet onvermijdelijk dat de rechter zich op het gladder pad van een opportuniteitsappreciatie begeeft en de autonomie van de vakbeweging zal bevoogden?