

ANNOTATIE

Solidair staken: ja, mits...

F.M. Dekker

Annotatie bij Hoge Raad, 31-10-2014, ECLI:NL:HR:2014:3077 (AR-2014-0914)

1. Inleiding

Op 31 oktober jl. heeft de Hoge Raad zich voor het eerst sinds het *Douwe Egberts*-arrest (HR 28 januari 2000, NJ 2000/292, m.nt. T. Koopmans) weer eens inhoudelijk over het stakingsrecht uitgelaten (voor de volledigheid: HR 8 juni 2007, JAR 2007/163 betrof niet de staking zelf, maar een vordering tot schadevergoeding als gevolg van de reeds in een andere procedure onrechtmatig bevonden staking). Het ging om een belangenconflict tussen FNV Bondgenoten en Het Zwarte Corps (hierna: de vakbonden) enerzijds en het Amsterdamse havenbedrijf Rietlanden Terminals B.V. (hierna: Rietlanden) anderzijds. Dit conflict – dat al tot verschillende collectieve acties bij Rietlanden aanleiding had gegeven – leidde medio oktober 2012 tot een onaangekondigde staking. Ten tijde van die staking was Rietlanden bezig met het lichten en lossen van het zeeschip *Evgenia*, dat circa 120.000 ton steenkool voor Enerco B.V. (hierna: Enerco) bevatte. Door de staking werd het werk aan de *Evgenia* niet voltooid. De vakbonden hebben hun kaderleden bij andere overslagbedrijven vervolgens verzocht zich solidair te verklaren met de acties bij Rietlanden en schepen van klanten van Rietlanden niet te lossen. Dit werk werd ‘besmet verklaard’. Doordat de oproep van de vakbonden in grote mate werd opgevolgd, is het werk aan de *Evgenia*, dat onder de besmetverklaring viel, ook niet elders verricht. Enerco kreeg daardoor niet de beschikking over haar kolen. Omdat de vakbonden weigerden de besmetverklaring op te heffen, stapte Enerco naar de rechter.

2. Oordeel Hof Arnhem-Leeuwarden

Nadat de Voorzieningenrechter Utrecht de vakbonden in het gelijk had gesteld, legde het Hof Arnhem-Leeuwarden het gelijk alsnog bij Enerco (Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013, JAR 2013/211, m.nt. E.M. Hoogeveen). Het oordeelde dat een besmetverklaring die niet alleen werkzaamheden bij de bestaakte onderneming maar ook derden-ondernemingen betreft, niet door artikel 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest (ESH) wordt gedekt en derhalve in beginsel onrechtmatig is. De vakbonden hebben geen feiten en omstandigheden gesteld die een rechtvaardiging kunnen opleveren voor hun handelen. Volgens het hof valt niet in te zien op

welke wijze afbreuk zou worden gedaan aan het doel van de vakbonden wanneer de loswerkzaamheden door een ander bedrijf dan Rietlanden zouden worden verricht. Nu niet aannemelijk is dat de besmetverklaring heeft bijgedragen aan het stakingsdoel van de vakbonden, terwijl deze voor Enerco aanzienlijke en oplopende schade veroorzaakte, moet de besmetverklaring naar het oordeel van het hof in de gegeven omstandigheden als onrechtmatig worden aangemerkt. Ten overvloede voegde het hof nog toe dat ook als de besmetverklaring wel onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH zou vallen, deze een toetsing aan artikel G ESH niet zou doorstaan. Het hof baseerde dit oordeel op de voorgaande overwegingen.

3. Oordeel Hoge Raad

In cassatie bestreden de vakbonden beide pijlers van 's hofs arrest: zij klaagden zowel over het oordeel dat de besmetverklaring niet door artikel 6 lid 4 ESH zou worden gedekt als over het oordeel dat een toetsing aan artikel G ESH voor hen negatief zou uitvallen.

Bij de beoordeling van de eerste klacht herinnert de Hoge Raad er om te beginnen aan dat artikel 6 lid 4 ESH in Nederland rechtstreekse werking heeft. De strekking van deze bepaling – het waarborgen van de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen – geeft, mede gelet op het karakter van dit recht als sociaal grondrecht, volgens de Hoge Raad geen aanleiding het begrip ‘collectief optreden’ beperkt uit te leggen. Dit brengt mee dat een vakbond in beginsel vrij is in de keuze van middelen om haar doel te bereiken. Of (nog) sprake is van een collectieve actie in de zin van artikel 6 lid 4 ESH, wordt, aldus de Hoge Raad, vooral bepaald door het antwoord op de vraag of de actie redelijkerwijs kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Indien die vraag bevestigend wordt beantwoord, valt de collectieve actie onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH. Het oordeel van het hof dat de onderhavige besmetverklaring niet kan worden aangemerkt als een collectieve actie in de zin van artikel 6 lid 4 ESH, berust, zo vervolgt de Hoge Raad, kennelijk op de opvatting dat een dergelijke besmetverklaring reeds buiten de reikwijdte van dat artikel valt op de grond dat een zodanige actie wordt uitgevoerd in een ander bedrijf dan dat van de werkgever tegen wie de actie zich richt. Gelet op het geschetste juridisch kader, is die opvatting onjuist. Bepalend is immers of de besmetverklaring redelijkerwijs kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, en daarmee tot het actiedoel (hetgeen bijv. het geval kan zijn indien de besmetverklaring Enerco kan prikkelen druk uit te oefenen op Rietlanden). Een ontkennende beantwoording van die vraag volgt, zo concludeert de Hoge Raad, nog niet uit het door het hof gegeven oordeel dat geen afbreuk wordt gedaan aan het stakingsdoel indien de loswerkzaamheden door een ander bedrijf dan Rietlanden kunnen worden verricht.

Het slagen van het eerste cassatieonderdeel brengt mee dat moet worden onderzocht of de beslissing van het hof zelfstandig kan worden gedragen door zijn ten overvloede gegeven oordeel. Dit oordeel houdt in dat zelfs indien de besmetverklaring zou vallen onder artikel 6 lid 4 ESH en derhalve zou moeten worden getoetst aan artikel G ESH, die toetsing voor de vakbonden negatief zou uitvallen. Ter onderbouwing verwijst het hof naar hetgeen in de

overwegingen daarvoor is gesteld. Die overwegingen bouwen echter voort op het (onjuiste) uitgangspunt dat de besmetverklaring in beginsel onrechtmatig is. Aangezien het hier aan de orde zijnde oordeel van het hof er veronderstellenderwijs van uitgaat dat de besmetverklaring juist in beginsel rechtmatig is omdat zij onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH valt, kan de verwijzing naar de voorgaande overwegingen volgens de Hoge Raad niet als basis voor dat oordeel dienen. Het arrest van het hof lijdt, althans zo begrijp ik de Hoge Raad, aan een innerlijke tegenstrijdigheid. Meer in het bijzonder wijst de Hoge Raad nog op de volgende twee punten:

a. Voor het oordeel dat de besmetverklaring de toetsing aan artikel 6 ESH niet zou doorstaan, is medebepalend de vaststelling dat de vakbonden geen feiten en omstandigheden hebben gesteld die een rechtvaardiging kunnen opleveren voor hun handelen. Daarmee heeft het hof evenwel miskend dat, indien een collectieve actie valt onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH, het niet aan de vakbonden is om hun handelen te rechtvaardigen. Die actie dient dan immers in beginsel te worden aangemerkt als een rechtmatige uitoefening van hun sociale grondrecht. Het was derhalve aan Enerco om de door haar gestelde onrechtmatigheid te onderbouwen.

b. Bij een collectieve actie als de onderhavige is onvermijdelijk dat deze schade veroorzaakt bij derden die door de actie worden getroffen. Indien de actie valt binnen het bereik van artikel 6 lid 4 ESH, is echter uitgangspunt dat daarmee een zwaarwegend belang wordt gediend. Dan brengt de enkele omstandigheid dat Enerco als derde voldoende onderbouwd heeft gesteld 'dat zij aanzienlijke en in de tijd oplopende schade leed als gevolg van de onmogelijkheid om de Evgenia, en mogelijk ook andere schepen, in Nederland te doen lossen', niet zonder nadere vaststellingen omtrent de omvang van de schade, de betrokken belangen en de relevante overige omstandigheden van het geval mee dat de besmetverklaring vanwege die schade onrechtmatig is.

4. De solidariteitsstaking en artikel 6 lid 4 ESH

De maandag na de uitspraak van de Hoge Raad verscheen in *de Volkskrant* een artikel met de kop 'Stakingsrecht opgerekt: ook acties bij leveranciers'. In dat artikel stelt Sagel, die in cassatie namens de vakbonden optrad, dat het arrest een doorbraak in het Nederlandse stakingsrecht betekent. Volgens hem is nu duidelijk dat het, als dat redelijkerwijs kan bijdragen aan het actiedoel, ook is toegestaan te staken bij bijvoorbeeld de toeleverancier van degene met wie een conflict bestaat. Dit standpunt van Sagel wordt in hetzelfde artikel door Verhulp genuanceerd. Volgens de auteur van het krantenartikel merkte Verhulp op dat het al langer zo is dat actievoeren ook bij derden mag, zolang dat maar gericht is op arbeidsvoorwaarden. Wel erkende Verhulp dat er sprake is van een trend in de jurisprudentie waarin het stakingsrecht wordt verruimd en dat dit arrest in die trend past.

De nuancering van Verhulp is in zoverre terecht dat de redenering die de Hoge Raad toepast niet geheel nieuw is. Al in het *NS*-arrest (HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688, m.nt. P.A. Stein) aanvaardde de Hoge Raad dat ook stakingen die plaatsvinden bij een derde onder het bereik

van artikel 6 lid 4 ESH kunnen vallen. De Hoge Raad sprak in dat verband over acties die afwijken van het ‘het normale type’, doordat zij zich keren tegen de één, maar zich richten tegen een ander. Verder knoopte de Hoge Raad voor het oordeel dat dergelijke collectieve acties evenzeer door artikel 6 lid 4 ESH kunnen worden gedekt, ook toen al aan bij de strekking van die bepaling. Hij overwoog:

‘3.4 (...) Essentieel kan daarbij niet zijn dat acties welke het Comité kwalificeert als “politieke stakingen”, zich richten tegen de overheid; beslissend moet veeleer zijn dat het bij dergelijke acties gaat om stakingen die niet meer vallen onder de strekking van art. 6 lid 4, die ook volgens het Comité is: bescherming van het recht op collectief onderhandelen, omdat zij resultaten beogen die duidelijk geheel buiten het terrein van zulk onderhandelen vallen. Daarmede is voor wat betreft art. 6 lid 4 tevens de grens bepaald tussen collectieve acties met een “politek element” die nog wel, en collectieve acties met een “politek element” die niet meer door het door de verdragsstaten erkende recht worden gedekt: richten dergelijke acties zich tegen overheidsbeleid op het stuk van arbeidsvoorwaarden die het onderwerp plegen of behoren te zijn van collectief onderhandelen, dan vallen zij (nog) onder art. 6 lid 4; keren zij zich tegen andersoortig overheidsbeleid, dan vallen zij daarbuiten en is in die zin sprake van een zuiver politieke staking.’

Blijkens deze overweging is het voor de vraag of een staking onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH valt niet van belang of de staking zich ook keert tegen dezelfde entiteit als waartegen zij is gericht, met andere woorden: of de staking plaatsvindt bij de werkgever met wie het conflict bestaat. Bepalend voor de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH is de strekking ervan, door de Hoge raad verwoord als de ‘bescherming van het recht op collectief onderhandelen’. Wel brengt een redelijke toepassing van die bepaling volgens de Hoge Raad mee dat de bestaakte werkgever in dergelijke situaties wordt aangemerkt als een ‘derde’ in de zin van artikel G ESH, wiens rechten onder omstandigheden een beperking in de uitoefening van het stakingsrecht kunnen rechtvaardigen. Deze leer is kort na het *NS*-arrest door de Hoge Raad herhaald in het kader van een staking bij Hoogovens (HR 7 november 1986, *NJ* 1987/226, m.nt. P.A. Stein) en nadien nogmaals in het *Havenstaking*-arrest (HR 11 november 1994, *NJ* 1995/152, m.nt. P.A. Stein). In dit licht bezien verbaast het hier geannoteerde arrest dan ook niet.

Toch meen ik dat Sagel het met zijn opmerkingen in *de Volkskrant* bij het rechte eind had. De Hoge Raad mag dan weliswaar een vergelijkbare redenering hanteren als in voorgaande arresten, hij doet dit echter wel op een totaal andersoortige casus dan in die arresten aan de orde was. Het ging daarin namelijk steeds om politieke stakingen: de collectieve actie richtte zich tegen voorgenomen (arbeidsvoorwaarden)beleid van de overheid. Deze situatie verschilt in twee – met elkaar samenhangende – opzichten van het geval dat zich in casu voordeed. In de eerste plaats richtte de staking zich hier tegen een particulier bedrijf (Rietlanden). Het was om deze reden heel goed mogelijk om degene met wie het conflict bestond zelf te bestaken. Sterker nog, dit gebeurde ook: de collectieve actie bestond primair uit een (onaangekondigde) werkstaking bij Rietlanden. Dit brengt mij direct bij het tweede relevante verschil, namelijk dat de besmetverklaring een solidariteitsstaking was – ook wel sympathiestaking of secundaire staking genoemd. Het betrof niet de ‘hoofdstaking’, maar een (tweede) staking ter

ondersteuning van die hoofdstaking. Vanwege deze twee verschillen was het wat mij betreft op voorhand niet zeker dat de Hoge Raad simpelweg toepassing zou geven aan de redenering uit het *NS*-arrest. Door dat wel te doen heeft de Hoge Raad artikel 6 lid 4 ESH een breed toepassingsbereik gegeven en in ieder geval *in abstracto* aanvaard dat een solidariteitsstaking onder dat artikel kan vallen.

Het *Enerco*-arrest is niet de eerste keer dat de Hoge Raad zich over een solidariteitsstaking uitsprak. Een dergelijke staking was ook aan de orde in de bekende *Panhonlibco*-kwestie uit 1960 (HR 15 januari 1960, *NJ* 1960/84). In dat arrest besliste de Hoge Raad dat werkweigering, ook als die in collectief verband wordt uitgevoerd, wanprestatie oplevert, tenzij zij plaatsvindt onder omstandigheden die van dien aard zijn dat naar de heersende rechtsovertuiging in redelijkheid van de werknemers niet kan worden gevergd de werkzaamheden voort te zetten. Bij de beoordeling van de vraag of deze uitzondering zich voordoet, moest volgens de Hoge Raad een onderscheid worden gemaakt tussen ‘acties, waarbij een doel wordt beoogd dat de verhouding tussen de betrokken werknemers en hun werkgevers betreft, en acties, welke op een buiten die verhouding gelegen doel zijn gericht’. Bij acties van de laatste soort, zoals de voorliggende solidariteitsstaking, achtte de Hoge Raad het genoemde criterium slechts vervuld, ‘indien bij het doel der actie algemene belangen of zedelijke beginselen in zodanige mate zijn betrokken en met het oog daarop de actie zo dringend is geboden, dat tegenover die werkgevers de doorbreking der contractuele gebondenheid daardoor kan worden gerechtvaardigd’.

In de literatuur werd al enige tijd betwijfeld of de *Panhonlibco*-leer na het *NS*-arrest nog wel betekenis had (zie bijv. L. Tilstra, *Grenzen aan het stakingsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994, p. 98; en A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, Deventer: Kluwer 2004, p. 58). In het *NS*-arrest brak de Hoge Raad immers al met deze leer voor de politieke staking. Nu doet hij dat ook voor de – niet-politieke – solidariteitsstaking. Voor de vraag of een collectieve actie (in beginsel) rechtmatig is, is dus niet (langer) van belang of daarmee een doel wordt beoogd die de verhouding tussen de stakende werknemers en hun werkgever betreft, maar of die actie redelijkerwijs kan bijdragen tot een doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Het mag daarbij ook gaan om een geschil tussen andere werknemers en een andere werkgever dan waar de staking plaatsvindt.

Over de solidariteitsstaking is maar weinig rechtspraak voorhanden. Mij zijn – naast het *Panhonlibco*-arrest – slechts drie uitspraken over dit onderwerp bekend. De eerste stamt uit 1972. In die zaak paste de president van de Rechtbank Rotterdam het *Panhonlibco*-arrest toe. Hij gaf aan de gedaagden toe ‘dat solidariteit in georganiseerd verband tegenover vakgenoten een groot goed is’, maar oordeelde vervolgens dat ‘een dergelijke solidariteit er nimmer toe mag leiden, dat nodeloos schade wordt toegebracht aan derden, die buiten het gerezen conflict staan, dan wel dat de normale rechtsgang wordt belemmerd’ (Pres. Rb. Rotterdam 24 oktober 1972, *NJ* 1972/457). Tien jaar later gooide zijn Utrechtse collega het over een andere boeg. Hij oordeelde dat de door de ambtenaren van de gemeentelijke reinigingsdienst voorgenomen solidariteitsstaking vanwege een onevenredigheid tussen het middel en het nagestreefde doel misbruik van bevoegdheid opleverde (Pres. Rb. Utrecht 11 maart 1982, *KG* 1982/51). Tot slot is

er de uitspraak van de Amsterdamse president van 24 september 1998 (JAR 1998/195), de enige uitspraak die dateert van na het NS-arrest. Deze president bediende zich van een redenering die vergelijkbaar is met die van de Hoge Raad in het *Enerco*-arrest. Het ging in die zaak om een door KLM-piloten voorgenomen staking ter betuiging van solidariteit aan de piloten van Northwest Airlines. De president overwoog dat voor de beantwoording van de vraag of een solidariteitsstaking rechtmatig kan zijn, moet worden onderzocht of een dergelijke staking wordt gedekt door artikel 6 lid 4 ESH. Om dat vast te stellen moest volgens hem worden onderzocht 'of de solidariteitsstaking door piloten van KLM functioneel is ter waarborging van de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen in het geval van een belangengeschil'. Nadat hij had vastgesteld dat van een belangengeschil tussen de piloten en KLM geen sprake was, overwoog de Amsterdamse president:

'Dat betekent dat moet worden nagegaan of de solidariteitsstaking functioneel is ter waarborging van de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen van de Northwest verkeersvliegers in hun belangengeschil met Northwest en zo ja, of aan VNV, althans aan de bij KLM werkzame piloten, op grond van artikel 6 lid 4 ESH de bevoegdheid toekomt vanwege een geschil over arbeidsvoorwaarden tussen Northwest en de piloten die bij haar in dienst zijn de eigen werkgever met wie geen geschil bestaat te bestaken.'

Dit onderzoek pakte voor de KLM-piloten nadelig uit. Volgens de president was niet gebleken dat de Northwest-piloten werden belemmerd in hun recht op collectief onderhandelen of in hun bevoegdheid om collectief actie te voeren. Om die reden was de solidariteitsstaking niet functioneel ter waarborging van de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen van de bij Northwest werkzame verkeersvliegers. 'Die waarborg is er immers al', aldus de Amsterdamse president. Daaraan kon niet afdoen 'dat niet kan worden uitgesloten 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. Artikel 6 lid 4 ESH is er immers op gericht 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'.

Het oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden in de *Enerco*-zaak kwam de facto neer op een algeheel verbod op solidariteitsstakingen. Daarmee was het hof strenger dan de Hoge Raad in het *Panhonlibco*-arrest en ook dan de hiervoor genoemde presidenten. Geen van hen sloot de solidariteitsstaking immers categorisch uit. Het valt toe te juichen dat de Hoge Raad niet in die lijn van het hof is meegegaan. Daarmee zou Nederland internationaal te zeer uit de pas hebben gelopen. De ILO verzet zich bijvoorbeeld al sinds 1983 tegen een volledige uitsluiting van de *sympathy strike*. Zij koppelt de rechtmatigheid van een dergelijke staking rechtstreeks aan die van de hoofdstaking: is de hoofdstaking toegestaan, dan is de *sympathy strike* dat ook (B. Gernigon, A. Odero en H. Guido, *ILO Principles Concerning the Right to Strike*, Geneve: ILO 2000, p. 15-16). Ook het ESH-deskundigencomité heeft zich over deze problematiek uitgelaten. Zij stelt zich op het standpunt dat een solidariteitsstaking in beginsel onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH valt. Het comité heeft het Verenigd Koninkrijk om die reden inmiddels meermaals op de vingers getikt vanwege het daar geldende verbod op *secondary*

action (zie laatstelijk Conclusions XVII-1, Vol. 2, p. 517). Uit een studie van Warneck uit 2007 blijkt voorts dat solidariteitsstakingen, al dan niet onder voorwaarden, in vrijwel alle – destijds – 27 lidstaten van de EU zijn toegestaan. Als uitzonderingen werden slechts Letland, Luxemburg, Nederland en het Verenigd Koninkrijk geïdentificeerd (W. Warneck, *Strike Rules in de EU27 and Beyond*, Brussel: ETUI-REHS, p. 8). Tot slot heeft in de lente van dit jaar ook het EHRM geoordeeld dat een *secondary industrial action* binnen het bereik van artikel 11 EVRM valt (EHRM 8 april 2014, *EHRC* 2014/168, m.nt. F. Dorssemont). Het baseerde zich daarbij op voormelde standpunten van de ILO en het ESH-deskundigencomité: ‘In this regard, it is clear from the passages set out above (paragraphs 26-37) that secondary action is recognised and protected as part of trade union freedom under ILO Convention No. 87 and the European Social Charter.’ Daarnaast hechtte het EHRM belang aan het feit dat solidariteitsstakingen in veel lidstaten als rechtmatige vorm van collectieve actie is aanvaard: ‘In addition, such an understanding of trade union freedom finds further support in the practice of many European States that have long accepted secondary strikes as a lawful form of trade union action.’ De conclusie luidde dan ook:

‘77. It may well be that, by its nature, secondary industrial action constitutes an accessory rather than a core aspect of trade union freedom, a point to which the Court will revert in the next stage of its analysis. Nonetheless, the taking of secondary industrial action by a trade union, including strike action, against one employer in order to further a dispute in which the union’s members are engaged with another employer must be regarded as part of trade union activity covered by Article 11.’

Uiteindelijk hielp dit oordeel de Engelse vakbonden overigens niet verder. Het Britse verbod op *secondary industrial action* hield volgens het EHRM namelijk een geoorloofde beperking van het grondrecht op vakverenigingsvrijheid in. Binnen de hem toekomende ruime beoordelingsvrijheid kon de Britse wetgever zich naar het oordeel van het EHRM redelijkerwijs op het standpunt stellen dat het verbod noodzakelijk was ‘for the protection of the rights and freedoms of others’ als bedoeld in artikel 11 lid 2 EVRM. Van belang om op te merken is wel dat de beperkingsgronden van artikel 11 EVRM ruimer zijn dan die van artikel G ESH.

In het *Enerco*-arrest heeft de Hoge Raad nog slechts *in abstracto* geaccepteerd dat een solidariteitsstaking onder artikel 6 lid 4 ESH kan vallen. Of dit artikel ook in het concrete geval van de besmetverklaring van het werk van Rietlanden van toepassing is, heeft ons hoogste rechtscollege nog niet uitgemaakt. Dat kan ook niet, nu de vraag of die besmetverklaring redelijkerwijs kan bijdragen aan het stakingsdoel van de vakbonden een feitelijke aangelegenheid betreft. Het is nu aan Hof ’s-Hertogenbosch om zich over deze vraag te buigen. Het zal interessant zijn te zien hoe dat hof aan het door de Hoge Raad geformuleerde criterium invulling gaat geven. Het gebruik van het woord ‘redelijkerwijs’ in dat criterium laat enige ruimte voor objectivering en discussie. De Hoge Raad lijkt evenwel een ruime toepassing voor te staan. Na de overweging dat voor de vraag of de besmetverklaring valt onder artikel 6 lid 4 ESH bepalend is of die redelijkerwijs kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, voegde de Hoge Raad tussen haakjes

namelijk toe: 'hetgeen bijvoorbeeld het geval kan zijn indien de besmetverklaring Enerco kan prikkelen druk uit te oefenen op Rietlanden'. Voor zover ik weet bestaat tussen Enerco en Rietlanden geen andere relatie dan dat Enerco een klant van Rietlanden was. In dat licht bezien is deze toevoeging van de Hoge Raad verstrekkend. Hier kan een aardige vergelijking worden gemaakt met de recente pilotenstaking bij Air France. Gevolg van die staking was dat tal van vluchten niet doorgingen. Veel passagiers hebben hun reis daardoor moeten omboeken bij een concurrent van Air France. Maar stel nu dat de vakbonden met succes werknemers van andere luchtvaartmaatschappijen hadden opgeroepen om geen tickets te verkopen aan gedupeerde Air France-passagiers. Dat zou ver gaan, maar is in wezen wat in deze zaak gebeurde. Enerco werd door de vakbonden ingezet als pressiemiddel richting Rietlanden: Enerco werd welbewust belemmerd in haar mogelijkheden de schadelijke gevolgen van de staking te beperken, in de hoop dat Enerco op haar beurt druk zou uitoefenen op Rietlanden. Het is naar mijn mening echter wel erg veel gevraagd van een klant om zich met het arbeidsvoorwaardenbeleid van zijn opdrachtnemer te bemoeien. Zeker wanneer wordt bedacht dat het – zoals dat per definitie het geval is bij collectieve acties – gaat om een belangenconflict en niet om een rechtsgeschil. Een belangenconflict kenmerkt zich daardoor dat er niet noodzakelijkerwijs een juist en een onjuist standpunt is: noch de werkgever noch het personeel heeft objectief het gelijk aan zijn zijde. Kan dan wel van een derde worden gevergd dat die zich in de strijd mengt en partij kiest? Bij solidariteit kan ik mij iets voorstellen indien binnen een bedrijf sprake is van een grove misstand, bijvoorbeeld als de werkgever structureel minder betaalt dan het wettelijk minimumloon of het voor de bedrijfstak geldende cao-loon, of als hij structureel weigert de verschuldigde overwerkvergoedingen uit te betalen. Indien de discussie evenwel 'slechts' is of de lonen in het betreffende bedrijf met 1% of met 2% moeten stijgen, ligt solidariteit mijns inziens minder voor de hand.

5. De solidariteitsstaking en artikel G ESH

De formulering van de beperkingsmogelijkheden

Een collectieve actie die valt onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH moet, ondanks de met haar beoogde en op de koop toegenomen schadelijke gevolgen voor werkgever en derden, volgens vaste rechtspraak in beginsel worden geduld als een rechtmatige uitoefening van het in de genoemde bepaling erkende sociale grondrecht. Dit uitgangspunt stelt de Hoge Raad ook in het *Enerco*-arrest voorop. Hij overweegt daarna:

'3.8.1 (...) Niettemin kan de actie in verband met art. G ESH worden verboden of beperkt indien zij, gelet op de zorgvuldigheid die krachtens art. 6:162 BW in het maatschappelijk verkeer in acht moet worden genomen ten aanzien van een derde (in dit geval: Enerco), in zodanige mate inbreuk maakt op diens rechten dat beperkingen, maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk zijn. Of dit het geval is, is een vraag die moet worden beslist door – met inachtneming van alle omstandigheden van het geval – de met de uitoefening van het grondrecht gediende belangen af te wegen tegen die waarop inbreuk wordt gemaakt (vgl. HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG3098).'

Het arrest waar de Hoge Raad aan het slot van deze overweging naar verwijst is het VSN-arrest. Het is opvallend dat de Hoge Raad voor de formulering van de beperkingsmogelijkheden van een collectieve actie bij dat arrest aansluit. Het VSN-arrest wijkt op dit punt namelijk af van alle andere stakingsarresten. In die andere arresten overwoog de Hoge Raad steeds dat slechts plaats is voor het oordeel dat een – door artikel 6 lid 4 ESH gedekte – collectieve actie onrechtmatig is, indien – met inachtneming van de door artikel G ESH gestelde beperkingen – op grond van een afweging van alle omstandigheden van het geval moet worden geoordeeld dat de vakbonden in redelijkheid niet tot hun actie hadden kunnen komen (vgl. HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688, m.nt. P.A. Stein (*NS*); HR 7 november 1986, *NJ* 1987/226, m.nt. P.A. Stein (*Hoogovens*); HR 19 april 1991, *NJ* 1991/690 (*Kip en Sloetjes*); HR 22 november 1991, *NJ* 1992/508 (*Landelijk patiënten/consumenten platform*); HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 152, m.nt. P.A. Stein (*Havenstaking*); en HR 28 januari 2000, *NJ* 2000/292, m.nt. T. Koopmans (*Douwe Egberts*)). Waarom de Hoge Raad in het VSN-arrest een andere formulering hanteerde en waarom hij die formulering nu opnieuw van stal haalt, is mij niet duidelijk. Deze formulering maakt op mij, met name door de toevoeging dat het verbod of de beperking ‘maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk’ moet zijn, een strengere indruk. Toch waag ik te betwijfelen of dit ook door de Hoge Raad is bedoeld. De slotzin van het hierboven weergegeven citaat, waaruit blijkt dat de onrechtmatigheid van een collectieve actie moet worden vastgesteld door middel van een belangenafweging, doet namelijk vermoeden dat beide formuleringen uiteindelijk op hetzelfde neerkomen. Dat maakt het feit dat de Hoge Raad zich van twee verschillende formuleringen bedient evenwel des te verwarrender.

Stelplicht en bewijslast

Aan het slot van het *Enerco*-arrest vraagt de Hoge Raad aandacht voor een tweetal aspecten van de stelplicht en bewijslast bij een beroep op artikel G ESH. Het eerste aspect betreft de verdeling van die stelplicht en bewijslast. De Hoge Raad overweegt dat het, indien een collectieve actie valt onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH, niet aan de vakbonden is om hun handelen te rechtvaardigen, maar dat het aan de derde is om de door haar gestelde onrechtmatigheid te onderbouwen. Dit oordeel van de Hoge Raad is niet nieuw, maar kwam ook al in het *Havenstaking*-arrest voor. Dat het hof hier de mist in ging, komt doordat het bij de bespreking van het beroep op artikel G ESH verwees naar vaststellingen in het kader van de vraag of de actie werd gedekt door artikel 6 lid 4 ESH. Ten aanzien van laatstgenoemde vraag rust de stelplicht en bewijslast (kan de actie redelijkerwijs bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen) wel bij de vakbonden.

Belangrijker is het tweede aspect waar de Hoge Raad op ingaat en dat betrekking heeft op de zwaarte van de stelplicht en bewijslast. De Hoge Raad memoreert dat indien een actie binnen het bereik van artikel 6 lid 4 ESH valt, uitgangspunt is dat daarmee een zwaarwegend belang wordt gediend. Dan brengt de enkele omstandigheid dat *Enerco* als derde voldoende onderbouwd heeft gesteld ‘dat zij aanzienlijke en in de tijd oplopende schade leed als gevolg van de onmogelijkheid om de *Evgenia*, en mogelijk ook andere schepen, in Nederland te doen lossen’, volgens de Hoge Raad niet zonder nadere vaststellingen omtrent de omvang van de schade, de betrokken belangen en de relevante overige omstandigheden van het geval mee dat

de besmetverklaring vanwege die schade onrechtmatig is.

Het oordeel dat als uitgangspunt moet worden genomen dat met een onder artikel 6 lid 4 ESH vallende collectieve actie een zwaarwegend belang wordt gediend, is wederom niet nieuw. Dit oordeelde de Hoge Raad reeds in het VSN-arrest. Hij voegde in dat arrest evenwel toe dat zulks onder bijzondere omstandigheden anders kan zijn. Het is naar mijn mening jammer dat de Hoge Raad in casu niet van deze *escape* gebruik heeft gemaakt. Voormeld uitgangspunt van de zwaarwegendheid van de zijdens de vakbonden spelende belangen ligt mijns inziens bij een solidariteitsstaking, zoals de onderhavige besmetverklaring, namelijk minder voor de hand. Zoals het hof ook overwoog, valt niet goed in te zien op welke wijze afbreuk zou worden gedaan aan het doel van de vakbonden wanneer de loswerkzaamheden door een ander bedrijf dan Rietlanden zouden worden verricht. Het belang bij een solidariteitsstaking is volgens mij per definitie minder zwaarwegend dan het belang bij de primaire staking. Ook het EHRM oordeelde in het al genoemde arrest in deze richting (zie ook randnummer 17 van de noot van Dorsemont in *EHRC* 2014/168):

‘87. 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, in the general interest, with the exercise of trade union freedom. Conversely, if it is not the core but a secondary or accessory aspect of trade union activity that is affected, the margin is wider and the interference is, by its nature, more likely to be proportionate as far as its consequences for the exercise of trade union freedom are concerned.’

Tegen deze achtergrond achtte het EHRM het Britse (wettelijke) verbod op *secondary action* een gerechtvaardigde beperking van artikel 11 EVRM. Op dit punt lagen er volgens mij mogelijkheden voor de Hoge Raad om de scherpe kantjes van zijn oordeel af te halen. De situatie zou dan zijn dat een solidariteitsstaking weliswaar door artikel 6 lid 4 ESH kan worden gedekt, en in dat geval dus als in beginsel rechtmatig zou moeten worden toegestaan, maar dat een beperking ervan wegens aan derden toegebrachte schade eerder kan worden aangenomen dan bij ‘primaire’ stakingen. Bij solidariteitsstakingen dient mijns inziens meer ruimte te bestaan voor een proportionaliteitstoetsing. De van de solidariteitsstaking te verwachten schade moet daarbij dan niet worden afgewogen tegen het belang van de staking *an sich*, maar tegen de toegevoegde waarde van die staking ten opzichte van de hoofdstaking. Daarbij dient ook te worden meegewogen dat Enerco nog weer een andersoortige derde is dan de concurrenten van Rietlanden. De concurrenten hebben richting het stakende personeel de mogelijkheden om tegenmaatregelen (inhouding van loon, uitsluiting, enz.) te nemen, zoals elke bestaakte werkgever die heeft. Voor Enerco geldt dat niet.

De overweging van de Hoge Raad dat de enkele omstandigheid dat Enerco als derde voldoende onderbouwd heeft gesteld ‘dat zij aanzienlijke en in de tijd oplopende schade leed als gevolg van de onmogelijkheid om de Evgenia, en mogelijk ook andere schepen, in Nederland te doen lossen’, niet zonder nadere vaststellingen omtrent de omvang van de schade, de betrokken belangen en de relevante overige omstandigheden van het geval

meebrengt dat de besmetverklaring vanwege die schade onrechtmatig is, houdt strikt genomen een verwijt richting het hof in. Het hof had volgens de Hoge Raad immers meer moeten vaststellen. Voor de feitenvaststelling is een rechter evenwel afhankelijk van de inbreng van partijen (met uitzondering van feiten van algemene bekendheid). In het verwijt ligt dus tevens een oordeel over de zwaarte van de stelplicht en bewijslast besloten. Een vergelijking van het *Havenstaking*-arrest en het *VSN*-arrest maakt duidelijk dat op dit punt niet elke derde gelijk is. In het *Havenstaking*-arrest ging het om een politieke staking, zodat de bestaakte werkgevers – zoals ook de Hoge Raad in overweging 5.1 van dat arrest uitdrukkelijk vaststelde – als derde in de zin van artikel G ESH moesten worden beschouwd. In overweging 5.5 oordeelde de Hoge Raad vervolgens dat voor een beperking van de staking sprake diende te zijn van ‘een onmiddellijk en concreet gevaar voor een specifieke, aanzienlijke schade, waarvan aard en vermoedelijke omvang, tegenover een eventuele betwisting, van de zijde van de werkgevers aannemelijk dienen te worden gemaakt’. In het *VSN*-arrest ging het om een collectieve actie in het openbaar vervoer van – in de woorden van het *NS*-arrest – het ‘normale type’. De Hoge Raad overwoog in dat arrest:

‘4.7.1. (...) dat het hier – anders dan in de zaak die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 11 november 1994, NJ 1995, 152 – niet gaat om de omvang van door de werkgever als gevolg van de staking geleden en bij onbeperkt voortduren van de staking te lijden schade, maar om die van derden, waaronder niet alleen de door de staking direct gedupeerde reizigers van het normaliter door VSN verzorgde streek- en stadsvervoer, maar ook de werkgevers van die reizigers. Kan in eerstbedoelde situatie van de bestaakte werkgever, zeker als de door hem in algemene termen gestelde schade door de bond gedetailleerd wordt betwist, worden verlangd dat hij de door hem beweerdelijk te lijden schade cijfermatig aannemelijk maakt, in laatstbedoelde situatie kan een dergelijke eis niet worden gesteld.’ [cursivering toegevoegd, FMD]

De gecursiveerde woorden zijn opvallend. De werkgevers uit het *Havenstaking*-arrest – het arrest waar de Hoge Raad in het citaat naar verwijst – waren immers eveneens derden. In overweging 5.1 van dat arrest stelde de Hoge Raad dit ook uitdrukkelijk. Blijkbaar zijn er in dit verband twee soorten derden. Aan de ene kant is er de ‘echte’ derde, zoals de reiziger in het geval van de OV-staking of de passagier bij de Air France-pilotenstaking. Aan de andere kant is er de werkgever die als derde wordt beschouwd omdat de staking, hoewel tegen hem gekeerd, niet tegen hem is gericht. Deze werkgever-derde is blijkbaar niet in alle opzichten gelijk aan de hiervoor bedoelde ‘echte’ derde. Weliswaar is hij derde in die zin dat zijn schade een beperking van de collectieve actie kan rechtvaardigen, maar op hem rust in dat verband een zwaardere stelplicht. Van de werkgever-derde wordt immers verwacht dat hij zijn schade cijfermatig aannemelijk maakt, van de ‘echte’ derde niet. De Hoge Raad lijkt Enerco, gezien de zwaarte van haar stelplicht, in het hokje van de werkgever-derde te stoppen.

6. Slot

Hoewel vrijwel elk oordeel van de Hoge Raad in het *Enerco*-arrest valt terug te voeren op een eerder arrest, dient het mijns inziens toch als baanbrekend te worden beschouwd. De reden

daarvoor is dat de casuspositie waarover de Hoge Raad had te oordelen een totaal andere was dan die uit de bedoelde eerdere arresten.

Het oordeel dat een solidariteitsstaking onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH kan vallen is verstrekkend, doch gezien de internationale ontwikkelingen begrijpelijk en onvermijdelijk. Op dit punt had de Hoge Raad volgens mij dan ook weinig ruimte voor een andersluidende beslissing. Een dergelijke beslissing zou bovendien een categorische uitsluiting van de solidariteitsstaking moeten inhouden, hetgeen evenzeer verstrekkend zou zijn.

Het voorgaande geldt echter niet voor het oordeel over de mogelijkheden tot het beperken van een solidariteitsstaking. Op dat punt had de Hoge Raad een stuk meer beoordelingsvrijheid en het is jammer dat daarvan geen gebruik is gemaakt. Zo had ik liever gezien dat de Hoge Raad had geoordeeld dat het uitgangspunt dat de vakbonden een zwaarwegend belang hebben bij een door artikel 6 lid 4 ESH gedekte staking bij solidariteitsstakingen niet geldt, zodat een beperking van die staking eerder kan worden aangenomen. Op die manier hadden de scherpe kantjes van het scharen van de solidariteitsstaking onder artikel 6 lid 4 ESH kunnen worden afgehaald en zou in mijn visie een evenwichtiger systeem hebben bestaan.