

2
<p>Hoge Raad  31 oktober 2014, nr. 13/04468  ECLI:NL:HR:2014:3077  (mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp,  mr. Snijders, mr. De Groot)  (concl. A-G mr. Vlas (niet opgenomen; Red.))  Noot A.M.W. van Vlodrop</p>
<p><b>Stakingsrecht. Reikwijdte ESH. Besmetverklaring. Derden. Schade. G ESH. Beperkingen.</b></p>
<p><b>Collectieve acties in een ander bedrijf dan dat van de werkgever tegen wie de actie zich richt, vallen in beginsel onder het sociale grondrecht van art. 6 ESH.</b></p>
<p>[ESH art. 6, G; BW art. 6:162]</p>

In deze zaak komt de vraag aan de orde of een 'secundaire' collectieve actie in de vorm van het 'besmet verklaren' van werkzamenheden bij een ander dan de bestaakte werkgever, valt onder de reikwijdte van art. 6 aanhef en onder 4 Europees Sociaal Handvest (ESH). Enerco exploiteert een kolenwasserij bij een van de terreinen van Rietlanden Terminals BV (hierna: Rietlanden) aan de Amerikahaven te Amsterdam. Rietlanden is een op- en overslagbedrijf. Rietlanden had een belangenconflict met FNV en HZC. Sinds 24 september 2012 vonden op het bedrijfsterrein van Rietlanden collectieve acties plaats. Op of omstreeks 9 oktober 2012 is het zeeschip Evgenia te IJmuiden aangekomen met circa 120.000 ton steenkool bestemd voor Enerco. Enerco heeft opdracht gegeven aan Rietlanden om het schip te lichten en te lossen. Voor het lichten maakt Rietlanden gebruik van drijvende kranen. Tijdens het lichten ontstond een onaangekondigde staking. Als gevolg daarvan werd het lichten van de Evgenia niet voltooid. De drijvende kranen zijn op last van de autoriteiten weggehaald en het schip is naar een ankerplaats gebracht omdat het de toegang tot de haven blokkeerde. FNV en HZC hebben hun kaderleden bij andere overslagbedrijven verzocht zich solidair te verklaren met de acties bij Rietlanden en schepen van klanten van Rietlanden niet te lossen. Dit werk werd 'besmet verklaard'. Veel overslagbedrijven, althans hun personeel, hebben aan die oproep gehoor gegeven. Het werk aan de Evgenia, dat onder de besmetverklaring viel, is daardoor ook niet elders verricht. Enerco heeft FNV en HZC gesommeerd de besmetverklaring op te heffen. Het hof oordeelde dat een 'besmetverklaring' die niet alleen het werken bij Rietlanden maar ook bij derdenondernemingen betrof, niet door art. 6 ESH wordt gedekt en derhalve onrechtmatig is. Ten overvloede merkte het hof op dat indien de actievorm als zodanig wel onder art. 6 ESH zou vallen, de disproportionaliteit tussen de belangen van de bonden enerzijds en de getroffen onderneming anderzijds de mogelijke onrechtmatigheid zou kunnen wegnemen.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De strekking van art. 6 ESH – het waarborgen van de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen – geeft, mede gelet op het karakter van dit recht als sociaal grondrecht, geen aanleiding het begrip 'collectief optreden' beperkt uit te leggen. Dit brengt mee dat een werknemersorganisatie 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 deze bepaling, wordt aldus 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 art. 6 aanhef en onder 4 ESH. De uitoefening van het recht op collectief optreden kan dan slechts worden beperkt langs de weg van art. 6 ESH, overeenkomstig hetgeen op dat punt is aanvaard in de rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. onder meer het hiervoor aangehaalde arrest van 30 mei 1986, alsmede HR 7 november 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0030, NJ 1987/226 en HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG3098). Het hof heeft geoordeeld dat de onderhavige besmetverklaring niet kan worden aangemerkt als een collectieve actie in de zin van art. 6 aanhef en onder 4 ESH voor zover deze betrekking had op werkzaamheden in (de uitoefening van) andere ondernemingen dan Rietlanden. Dit oordeel berust kennelijk op de opvatting dat een besmetverklaring als de onderhavige reeds buiten de reikwijdte van art. 6 aanhef en onder 4 ESH 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 hetgeen is overwogen, 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 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.

Een collectieve actie die valt onder de reikwijdte van art. 6 aanhef en onder 4 ESH, dient in beginsel te worden geduld als een rechtmatige uitoefening van het in deze verdragsbepaling erkende grondrecht. Niettemin kan de actie in verband met art. 6 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. Hoge Raad 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG3098). Het hof heeft voorts miskend dat het niet aan FNV en HZC is om hun handelen te rechtvaardigen indien hun collectieve actie valt onder de reikwijdte van art. 6 aanhef en onder 4 ESH. Die actie dient 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. Bij een collectieve actie als de onderhavige is onvermijdelijk dat deze schade veroorzaakt bij derden die door de actie worden getroffen. Indien de actie van FNV en HZC valt binnen de reikwijdte van art. 6 aanhef en onder 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 opeenvolgende schade leed als gevolg van de onmogelijkheid om de Evgenia, en mogelijk ook andere schepen, in Nederland te doen lossen" (r.o. 4.10 van het hof), 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. In dit verband is mede van belang dat FNV en HZC voor het hof de gestelde schade hebben betwist en daarbij onder meer hebben aangevoerd dat geen sprake zou zijn van duurzame gevolgen voor Enerco.

1. de vereniging FNV Bondgenoten, gevestigd te Utrecht,
2. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Vakvereniging Het Zwarte Corps, gevestigd te Nieuwegein, Eiseressen tot cassatie,

advocaat: mr. S.F. Sagel,  
tegen  
Enerco BV, gevestigd te Buchten,  
Verweerster in cassatie,  
advocaten: mr. R.S. Meijer en mr. N.T. Dempsey.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als FNV c.s., respectievelijk FNV en HZC, en Enerco.

## Hoge Raad:

### 1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 331267/KG ZA 12-736 van de voorzieningenrechter te Utrecht van 18 oktober 2012;
  - b. het arrest in de zaak 200.117.134 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 2 juli 2013.
- Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

### 2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben FNV c.s. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Enerco heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, alsmede door mr. K. van Belle, voor FNV c.s.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van FNV c.s. heeft bij brief van 11 juli 2014 op die conclusie gereageerd.

### 3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Enerco exploiteert een kolenwasserij bij een van de terreinen van Rietlanden Terminals BV (hierna: Rietlanden) aan de Amerikahaven te Amsterdam. Rietlanden is een op- en overslagbedrijf.

(ii) De kolenwasserij wordt ongeveer driewekelijks bevoorrad door zeeschepen, die in IJmuiden worden gelicht omdat zij te veel diepgang hebben om de haven van Amsterdam binnen te varen. Nadat zij zijn gelicht varen zij door naar de Amerikahaven te Amsterdam waar zij bij de kolenwasserij worden gelost. Het lossen van deze schepen wordt gedaan door Rietlanden.

(iii) Rietlanden had een belangenconflict met FNV en HZC. Sinds 24 september 2012 vonden op het bedrijfsterrein van Rietlanden collectieve acties plaats.

(iv) Op of omstreeks 9 oktober 2012 is het zeeschip Evgenia te IJmuiden aangekomen met circa 120.000 ton steenkool bestemd voor Enerco. Enerco heeft opdracht gegeven aan Rietlanden om het schip te lichten en te lossen. Voor het lichten maakt Rietlanden gebruik van drijvende kranen. Tijdens het lichten ontstond een onaangekondigde staking. Als gevolg daarvan werd het lichten van de Evgenia niet voltooid. De drijvende kranen zijn op last van de autoriteiten weggehaald en het schip is naar een ankerplaats gebracht omdat het de toegang tot de haven blokkeerde.

(v) FNV en HZC hebben hun kaderleden bij andere overslagbedrijven verzocht zich solidair te verklaren met de acties bij Rietlanden en schepen van klanten van Rietlanden niet te lossen. Dit werk werd 'besmet verklaard'. Veel overslagbedrijven, althans hun personeel, hebben aan die oproep gehoor gegeven. Het werk aan de Evgenia, dat onder de besmetverklaring viel, is daardoor ook niet elders verricht.

(vi) Enerco heeft FNV en HZC gesommeerd de besmetverklaring op te heffen. Zij hebben hieraan niet voldaan.

3.2 In cassatie is – alleen nog in verband met de proceskostenveroordeling – de vraag aan de orde naar de geoorlooftheid van de hiervoor in 3.1 onder (v) bedoelde ‘besmetverklaring’, meer in het bijzonder de vraag of deze actie valt onder het bereik van art. 6, aanhef en onder 4, ESH en, bij bevestigende beantwoording, de vraag of FNV c.s. met de actie een disproportionele inbreuk hebben gemaakt op de belangen van Enerco en daardoor jegens haar onrechtmatig hebben gehandeld. De voorzieningenrechter heeft de eerste vraag bevestigend beantwoord en de tweede ontkennend.

3.3 Het hof heeft daarentegen de eerste vraag ontkennend beantwoord en de tweede vraag – ten overvloede – bevestigend. Samengevat overwoog het daartoe als volgt:

De oproep van FNV c.s. aan alle leden bij andere stuwadoors- en overslagbedrijven in Nederland (en mogelijk ook daarbuiten) om de Evgenia, het schip van Enerco, niet te lossen, kan niet worden gezien als een onder art. 6 ESH geoorloofde ‘besmetverklaring’ van de (in de uitoefening van) de bestaakte onderneming te verrichten werkzaamheden. Deze besmetverklaring was veel ruimer, want zij betrof ook werkzaamheden in (de uitoefening van) derden-ondernemingen. De besmetverklaring voor zover deze zag op werkzaamheden in (de uitoefening van) andere ondernemingen dan Rietlanden, kon niet op de voet van art. 6, aanhef en onder 4, ESH worden aangemerkt als een collectieve actie in het belangengeschil met Rietlanden. (rov. 4.7) De besmetverklaring valt daarmee buiten het bereik van art. 6 ESH, en is dus in beginsel onrechtmatig jegens Enerco (rov. 4.8).

FNV c.s. hebben geen feiten en omstandigheden gesteld die een rechtvaardiging kunnen opleveren voor dit handelen. Het is niet aannemelijk geworden dat met het besmet verklaren van het voor Enerco lossen van de Evgenia een (rechtmatig) doel van FNV c.s. werd gediend in het kader van de staking bij Rietlanden. Niet valt in te zien op welke wijze afbreuk zou worden gedaan aan het stakingsdoel wanneer de loswerkzaamheden door een ander bedrijf konden worden verricht. (rov. 4.9) Aannemelijk is dat Enerco, zoals zij voldoende onderbouwd heeft gesteld, als gevolg van de besmetverklaring aanzienlijke en in de tijd toenemende schade leed (rov. 4.10).

Nu niet aannemelijk is dat de besmetverklaring heeft bijgedragen aan het stakingsdoel van FNV en HZC, terwijl de besmetverklaring voor Enerco aanzienlijke en oplopende schade veroorzaakte, moet de besmetverklaring in de gegeven omstandigheden als onrechtmatig worden aangemerkt (rov. 4.11).

Ten overvloede overwoog het hof nog het volgende. Als een staking in beginsel wordt gedekt door art. 6, aanhef en onder 4, ESH, moet zij ondanks de met haar beoogde en op de koop toe genomen schadelijke gevolgen voor werkgever en derden, in beginsel – ook door de werkgever – worden geduld als een rechtmatige uitoefening van het in deze verdragsbepaling erkende grondrecht. Dit is echter anders als de staking, gelet op de zorgvuldigheid die krachtens art. 6:162 BW in het maatschappelijk verkeer in acht moet worden genomen ten aanzien van de persoon en de goederen van anderen, in zodanige mate inbreuk maakt op de in (thans) artikel G ESH aangewezen rechten van derden of algemene belangen dat beperkingen, maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk zijn. Onbepaalde uitoefening van het grondrecht is dan jegens allen die daarvan schade ondervinden onrechtmatig, ook jegens de werkgever. Of zulks het geval is, is een vraag van proportionaliteit, die slechts kan worden beantwoord door – met inachtneming van alle in het debat van partijen betrokken, voor het gegeven geval kenmerkende omstandigheden in onderling verband en samen-

hang – de bij de uitoefening van het grondrecht betrokken belangen af te wegen tegen die waarop inbreuk wordt gemaakt (HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG3098). Zelfs indien de onderhavige collectieve actie zou vallen onder art. 6, aanhef en onder 4, ESH en derhalve zou moeten worden getoetst aan art. G ESH, zou die toetsing negatief uitvallen voor FNV Bondgenoten en HZC op grond van het onder 4.9 tot en met 4.11 overwogene. (rov. 4.12)

3.4 Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen de rov. 4.7 en 4.8. Het klaagt dat het hof aldaar heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het onderdeel betoogt dat een actie als de onderhavige zonder meer, althans in beginsel, valt onder de reikwijdte van art. 6, aanhef en onder 4, ESH. Bij de beoordeling van het onderdeel wordt het volgende vooropgesteld.

3.5.1 Art. 6, aanhef en onder 4, ESH heeft rechtstreekse werking in Nederland (HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, NJ 1986/688). Voor zover voor de beoordeling van het onderhavige geschil van belang erkent deze bepaling, “teneinde de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen”, het recht “van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht, behoudens verplichtingen uit hoofde van reeds eerder gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten”.

3.5.2 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, geen aanleiding het begrip ‘collectief optreden’ beperkt uit te leggen. Dit brengt mee dat een werknemersorganisatie 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 deze bepaling, wordt aldus 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 art. 6, aanhef en onder 4, ESH. De uitoefening van het recht op collectief optreden kan dan slechts worden beperkt langs de weg van art. G ESH, overeenkomstig hetgeen op dat punt is aanvaard in de rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. onder meer het hiervoor aangehaalde arrest van 30 mei 1986, alsmede HR 7 november 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0030, NJ 1987/226 en HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG3098).

3.6 Het hof heeft geoordeeld dat de onderhavige besmetverklaring niet kan worden aangemerkt als een collectieve actie in de zin van art. 6, aanhef en onder 4, ESH voor zover deze betrekking had op werkzaamheden in (de uitoefening van) andere ondernemingen dan Rietlanden. Dit oordeel berust kennelijk op de opvatting dat een besmetverklaring als de onderhavige reeds buiten de reikwijdte van art. 6, aanhef en onder 4, ESH 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 hetgeen hiervoor in 3.5.2 is overwogen, 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 bijvoorbeeld het geval kan zijn indien de besmetverklaring Enerco kan prikkelen druk uit te oefenen op Rietlanden). Een ontkennende beantwoording van die vraag volgt nog niet uit het door het hof in rov. 4.9 (in ander verband) gegeven oordeel dat geen afbreuk wordt gedaan aan het stakingsdoel indien de loswerkzaamheden door een ander bedrijf dan Rietlanden kunnen worden verricht.

3.7 De op het bovenstaande gerichte klachten van onderdeel 1 zijn dus terecht voorgedragen. Het onderdeel behoeft voor het

overige geen behandeling. Het slagen van onderdeel 1 brengt mee dat dient te worden onderzocht of de beslissing van het hof zelfstandig kan worden gedragen door zijn ten overvloede gegeven oordeel in rov. 4.12. Tegen die overweging richt zich onderdeel 2.

3.8.1 Zoals het hof in rov. 4.12 terecht vooropstelt, dient een collectieve actie die valt onder de reikwijdte van art. 6, aanhef en onder 4, ESH, in beginsel te worden geduld als een rechtmatige uitoefening van het in deze verdragsbepaling erkende grondrecht. Niettemin kan de actie in verband met art. 6 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).

3.8.2 Het hof heeft in rov. 4.12 geoordeeld dat zelfs indien de onderhavige collectieve actie zou vallen onder art. 6, aanhef en onder 4, ESH en derhalve zou moeten worden getoetst aan art. 6 ESH, de toetsing van de besmetverklaring negatief zou uitvallen voor FNV en HZC op grond van hetgeen het in de rov. 4.9-4.11 heeft overwogen. Laatstgenoemde overwegingen bouwen echter voort op de rov. 4.7 en 4.8, die op het (onjuiste) uitgangspunt berusten dat de besmetverklaring in beginsel onrechtmatig is. Een verwijzing naar de rov. 4.9-4.11 kan daarom niet dienen als basis voor het oordeel van het hof in rov. 4.12, dat immers veronderstellenderwijs ervan uitgaat dat de besmetverklaring juist in beginsel rechtmatig is omdat zij onder het bereik van art. 6 ESH valt. Meer in het bijzonder kan daarbij worden gewezen op het volgende.

(a) Voor het oordeel van het hof in rov. 4.12 is medebepalend zijn vaststelling in rov. 4.9 dat FNV en HZC geen feiten en omstandigheden hebben gesteld die een rechtvaardiging kunnen opleveren voor hun handelen. Ook indien in aanmerking wordt genomen dat in een kort geding de gewone regels van stelplicht en bewijslast niet van toepassing zijn, miskent deze overweging dat het niet aan FNV en HZC is om hun handelen te rechtvaardigen indien hun collectieve actie valt onder de reikwijdte van art. 6, aanhef en onder 4, ESH. Die actie dient 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 van FNV en HZC valt binnen de reikwijdte van art. 6, aanhef en onder 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 olopemde schade leed als gevolg van de onmogelijkheid om de Evgenia, en mogelijk ook andere schepen, in Nederland te doen lossen” (rov. 4.10 van het hof), 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. In dit verband is mede van belang dat onderdeel 2 van het middel onder verwijzing naar vindplaatsen in de stukken erop wijst dat FNV en HZC voor het hof de gestelde schade hebben betwist en daarbij onder meer hebben aangevoerd dat geen sprake zou zijn van duurzame gevolgen voor Enerco.

3.8.3 Onderdeel 2 bevat op het vorenstaande gerichte klachten,

die dan ook doel treffen. Het onderdeel behoeft voor het overige geen behandeling.

3.9 Onderdeel 3 bouwt voort op de onderdelen 1 en 2 en slaagt eveneens.

#### 4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 2 juli 2013;

verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Enerco in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van FNV c.s. begroot op € 921,= aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

#### NOOT

1. Het stakingsrecht staat de afgelopen twee jaar weer behoorlijk in de belangstelling, zowel nationaal als internationaal. Wellicht dat de economisch zware jaren hier een rol in spelen; na tijden waarin werknemers (veel) hebben ingeleverd, zullen zij willen meeprofiteren van het voorzichtige economische herstel, en lijkt de actiebereidheid groot. In ieder geval heeft het stakingsrecht – of beter: het recht op collectieve actie – in de literatuur aardig wat aandacht gekregen. Ook in de rechtspraak heeft het recht op collectieve actie de gemoederen beziggehouden. Op 31 oktober 2014 heeft de Hoge Raad (sinds bijna vijftien jaar) weer een arrest op dit gebied gewezen, en voor het eerst in ruim vijftig jaar over een zogenoemde ‘solidariteitsstaking’.

2. Hoe zat het ook weer met het recht op collectieve actie? Dit recht is in Nederland niet in enige wet verankerd. Het recht staat echter wel in het Europees Sociaal Handvest (“ESH”), en wel in art. 6, aanhef en onder 4: “Teneinde de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen, verbinden de Partijen zich (...) en erkennen het recht van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht, behoudens verplichtingen uit hoofde van reeds eerder gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten”. De Hoge Raad heeft reeds in 1986 uitgemaakt dat art. 6 lid 4 ESH naar zijn inhoud eenieder kan binden in de zin van art. 93 Grondwet, en dat het artikel dus rechtstreekse werking heeft (HR 30 mei 1986, NJ 1986/688 (NS)).

De Hoge Raad heeft sinds 1986 in diverse arresten geoordeeld over de reikwijdte en beperkingen van het recht op collectieve actie. Als uitgangspunt geldt dat een actie die onder het actierecht van art. 6 lid 4 ESH valt, in beginsel rechtmatig is, tenzij zwaarwegende procedureregels (‘spelregels’) zijn veronachtzaamd. Onder deze ‘spelregels’ valt dat een collectieve actie tijdig moet worden aangekondigd (zie het NS-arrest) en dat een collectieve actie eerst kan worden ingezet als ‘uiterste middel’ (HR 28 januari 2000, NJ 2000/292 (Douwe Egberts)). Als de spelregels in acht zijn genomen, kan nog op grond van een belangenafweging worden geoordeeld dat de collectieve actie niettemin onrechtmatig is (zie voor de volgorde van ‘toetsen’ het Douwe Egbert-arrest). Voor die belangenafweging zijn de beperkingsmogelijkheden van het collectieve actierecht, zoals opgenomen in art. 6 ESH, leidend. Dit houdt in dat het collectieve actierecht slechts kan worden beperkt indien deze beperkingen “bij de wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden”. Daarbij geldt volgens de Hoge Raad als maatstaf dat de staking kan worden beperkt indien deze, gelet op de zorgvuldigheid die krachtens art. 6:162 BW in het maatschappelijk verkeer in acht

moet worden genomen ten aanzien van de persoon en de goederen van anderen, een zodanige inbreuk maakt op de in art. G ESH aangewezen rechten van derden of algemene belangen dat beperkingen, maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk zijn (HR 21 maart 1997, «JAR» 1997/70 (VSN)). Blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad dient aldus als volgt te werk te worden gegaan bij de beoordeling van een collectieve actie: 1) bepaal of de actie onder de reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH valt; 2) beoordeel of zwaarwegende procedureregels in acht zijn genomen; 3) beoordeel of het recht op collectieve actie op basis van een belangenafweging toch dient te worden beperkt.

3. Met voornoemde maatstaven in het achterhoofd, diende de Voorzieningenrechter Utrecht in kort geding te oordelen over de 'besmetverklaring' als gevolg waarvan de loswerkzaamheden ten behoeve van het zeeschip 'Evgenia' (met een lading steenkool voor Enerco) niet konden worden verricht. De Voorzieningenrechter Utrecht oordeelde in het voordeel van de vakbonden, waarna Enerco hoger beroep instelde bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Hoewel de Evgenia op dat moment al lang was gelost, had Enerco nog wel belang bij het appel, aangezien zij in eerste instantie in de proceskosten was veroordeeld. Het Hof komt in zijn arrest (in rov. 4.7 en 4.8) tot de conclusie dat de besmetverklaring niet onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH viel, en daarmee in beginsel onrechtmatig was jegens Enerco. Ten overvloede merkt het Hof daarbij in rov. 4.9 tot en met 4.12 op dat zelfs als de collectieve actie wel onder artikel 6 lid 4 ESH zou vallen, de actie op grond van artikel G ESH zou moeten worden beperkt, aangezien (kort samengevat) Enerco schade heeft geleden, de vakbonden onvoldoende hebben gesteld om hun handelen te rechtvaardigen en niet valt in te zien op welke wijze afbreuk zou zijn gedaan aan het stakingsdoel als de loswerkzaamheden door een concurrent van Rietlanden zouden worden uitgevoerd. De vakbonden stellen cassatie in.

4. Waar advocaat-generaal Vlas concludeert tot verwerping van het cassatieberoep, maakt de Hoge Raad korte metten met het oordeel van het hof. De Hoge Raad merkt vooraleerst op dat de strekking van art. 6 aanhef en lid 4 ESH – het waarborgen van de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen – geen aanleiding geeft om het begrip 'collectief optreden' beperkt uit te leggen. In beginsel is het aan de werknemers(organisaties) te kiezen welk middel zij inzetten om hun doel te bereiken. Om te bepalen of het gekozen middel wordt 'gedekt' door het ESH, dient volgens de Hoge Raad de vraag te worden beantwoord 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 art. 6, aanhef en onder 4, ESH". De Hoge Raad voegt hieraan toe: "De uitoefening van het recht op collectief optreden kan dan slechts worden beperkt langs de weg van art. G ESH, overeenkomstig hetgeen op dat punt is aanvaard in de rechtspraak van de Hoge Raad".

De Hoge Raad aanvaardt met bovengenoemde maatstaf kennelijk dat ook besmetverklaringen in principe onder de reikwijdte van het collectieve actierecht kunnen vallen. Immers, iedere actie die redelijkerwijs kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, is in beginsel geoorloofd. In de praktijk en literatuur lijkt de uitspraak van de Hoge Raad te worden ontvangen als een 'uitbreiding' van het stakingsrecht (zie bijvoorbeeld G. Herderschee, 'Stakingsrecht opgerekt: ook acties bij leveranciers', *De Volkskrant* 3 november 2014). De Hoge Raad had zich echter nog niet eerder uitgesproken over een situatie als de onderhavige, dus de reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH was (in Nederland) eenduidigweg nog niet bekend – en is vast nog niet volledig afgebakend. Tot nu toe had de Hoge Raad zich enkel hoeven uitspreken over 'gewone' stakingen (waarbij actie wordt

gevoerd bij de eigen werkgever, tegen de eigen werkgever) en stakingen met een politiek element (waarbij actie wordt gevoerd bij de eigen werkgever, tegen bijvoorbeeld overheidsbeleid op het gebied van arbeidsvoorwaarden). Deze acties vielen in beginsel onder de reikwijdte van het collectieve actierecht. Naar nu uit het arrest van de Hoge Raad blijkt, kunnen ook acties bij andere partijen, maar gericht tegen de eigen werkgever, onder de reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH vallen (wat overigens niet in strijd is met de eerdere – en enige – uitspraak van de Hoge Raad over een solidariteitsstaking; HR 15 januari 1960, *NJ* 1960/84 (*Panthonlibco*)).

5. De Hoge Raad komt uiteindelijk tot de conclusie dat het hof niet de juiste maatstaf aan de dag heeft gelegd bij het beantwoorden van de vraag of de 'besmetverklaring' onder art. 6 lid 4 ESH valt. Het hof heeft kennelijk gemeend dat *omdat* de staking bij een ander bedrijf dan Rietlanden plaatsvond (en dus een "veel ruimer" bereik had dan enkel het werk bij de bestaakte onderneming), deze collectieve actie niet onder het bereik van art. 6 lid 4 ESH viel. Het hof had evenwel de vraag moeten beantwoorden of de actie redelijkerwijs kon bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Dit heeft het hof niet gedaan – en ook zijn oordeel dat geen afbreuk wordt gedaan aan het stakingsdoel als de loswerkzaamheden door een concurrent van Rietlanden zouden worden uitgevoerd (welk oordeel het hof geeft in het kader van de belangenafweging – en *niet* in het kader van de reikwijdte-toets), is nog geen ontkennde beantwoording van de vraag. Overigens lijkt de Hoge Raad al een kleine voorzet te geven voor de beantwoording (waarvoor wordt verwezen naar het Hof 's-Hertogenbosch); de Hoge Raad merkt immers op dat de collectieve actie redelijkerwijs zou kunnen bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen "indien de besmetverklaring Enerco kan prikkelen druk uit te oefenen op Rietlanden".

Nu het hof op onjuiste gronden tot het oordeel is gekomen dat de collectieve actie niet onder art. 6 lid 4 ESH viel, gaat de Hoge Raad nog in op het 'ten overvloede' gegeven oordeel, om te bezien of dat wellicht voldoende is om de conclusie te dragen dat de collectieve actie niettemin onrechtmatig was. Ook hier houdt het arrest van het hof geen stand. Het hof gaat weliswaar uit van de juiste toets voor de belangenafweging, maar borduurt bij de toepassing ervan (in r.o. 4.9 tot en met 4.11) voort op het (onjuiste) uitgangspunt dat de besmetverklaring in beginsel onrechtmatig is. Dat is een onjuiste benadering. Immers, het hof zou pas toekomen aan een belangenafweging (en art. G ESH) als de collectieve actie in beginsel wel onder de reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH zou vallen. Dat zou het uitgangspunt moeten zijn bij de toets 'ten overvloede'. Had het hof dit correct gedaan, dan was het tot de conclusie gekomen dat het aan Enerco was om te stellen (en bij betwisting te bewijzen) dat de collectieve actie niettemin onrechtmatig was. Door nu aan de vakbonden tegen te werpen dat zij onvoldoende feiten en omstandigheden hebben gesteld die een rechtvaardiging kunnen opleveren voor hun handelen, miskent het hof de bewijsregels (ook indien wordt aangenomen dat in kort geding de gewone regels van stelplicht en bewijslast niet van toepassing zijn). Voor het overige merkt de Hoge Raad nog op dat meer zal moeten worden vastgesteld omtrent de omvang van de schade van Enerco, de betrokken belangen en de overige omstandigheden voordat kan worden geoordeeld dat de besmetverklaring daadwerkelijk onrechtmatig was.

6. Zoals de Hoge Raad in zijn arrest aangeeft, kan een collectieve actie die onder de reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH valt, "slechts worden beperkt langs de weg van art. G ESH, overeenkomstig hetgeen op dat punt is aanvaard in de rechtspraak van de Hoge

Raad'. Deze laatste toevoeging is opvallend, aangezien de Hoge Raad niet verwijst naar de door hem zelf geïntroduceerde 'spelregeltoets' (zie onder meer het *NS*-arrest en *Douwe Egberts*-arrest). Volgens de eerder geldende jurisprudentie van de Hoge Raad kon immers een collectieve actie die was 'gedekt' door art. 6 lid 4 ESH niettemin onrechtmatig zijn, indien óf niet was voldaan aan zwaarwegende procedureregels, óf een belangenafweging (met inachtneming van art. 6 ESH) in het nadeel van de werkgeversorganisaties uitviel. Waar de Hoge Raad wel verwijst naar zijn eerdere arresten voor wat betreft die belangenafweging, noemt hij de 'spelregeltoets' (die overigens in diezelfde arresten is ontwikkeld) nu niet. Uit de conclusie van de advocaat-generaal leid ik af dat de 'spelregeltoets' in het cassatiemiddel wel is genoemd, maar dat niet tot uitgangspunt is genomen dat het hof deze toets onjuist of onterecht heeft toegepast. De advocaat-generaal gaat er niettemin (zij het kort) op in, en hij meent zelfs dat het hof de spelregeltoets, althans de ultimium-remediumtoets, heeft toegepast. Deze toets zou dan volgens de advocaat-generaal zijn toegepast bij het beoordelen van de reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH (hetgeen mijns inziens in ieder geval van een onjuiste rechtsopvatting getuigt). De advocaat-generaal constateert dat hierover geen oordeel van de Hoge Raad wordt gevraagd, en geeft dan ook niet zijn visie weer. Mogelijk dat de Hoge Raad om deze reden heeft gemeend zich ook niet over de spelregeltoets uit te (hoeven) laten.

Evenwel had de conclusie van de advocaat-generaal voor de Hoge Raad aanleiding kunnen zijn zich nog eens expliciet uit te spreken over (de geldigheid van) de 'spelregeltoets'. Dat de Hoge Raad dit niet heeft gedaan, is jammer, zeker nu het ultimium-remediumbeginsel (internationaal) bekritiseerd wordt (zie onder meer de conclusies van het Europees Comité van Sociale Rechten, waarnaar ook A-G Vlas verwijst, alsook I. van der Helm, 'Heeft het ultimium remedium beginsel binnen het stakingsrecht z'n langste tijd gehad?', *ArbeidsRecht* 2014/39). Heeft de Hoge Raad met dit arrest gebroken met de 'spelregeltoets' en zo de Nederlandse rechtspraak in overeenstemming gebracht met het ESH? Dat zal nog moeten blijken. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland is in ieder geval van mening dat de spelregeltoets nog onverminderd geldt, en stelt dat de Hoge Raad geen breuk met zijn eerder geformuleerde maatstaf heeft beoogd (zie Voorzieningenrechter Rb. Midden-Nederland 30 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7163, onder 4.5-8).

7. De Hoge Raad verwijst het geding naar het Hof 's-Hertogenbosch voor verdere behandeling en beslissing. Dit hof zal aldus nog moeten beoordelen of de besmetverklaring redelijkerwijs kon bijdragen aan de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen van de vakbonden (waarbij het hof mijns inziens moeilijk tot een ontkennend antwoord kan komen, gelet op de voorzet die de Hoge Raad doet). Als het hof tot een bevestigend antwoord komt, zal het vervolgens moeten onderzoeken of de besmetverklaring niettemin onrechtmatig was. Gelet op het onderhavige arrest van de Hoge Raad, lijkt het erop dat het hof zich daarbij alleen kan bedienen van de weg van art. 6 ESH – en dus niet van de 'spelregeltoets'. Het is afwachten hoe het Hof 's-Hertogenbosch dit ziet.

Dit arrest is ook becommentarieerd door E.M. Hoogeveen in «JAR» 2014/298 en door F.M. Dekker in *AR Updates*, Annotatie AR 2014-0914.